

**III CONGRESO PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. JUSTICIA Y SEGURIDAD. NUEVOS RETOS.
“LA DOBLE VICTIMIZACIÓN. PERSPECTIVA DESDE LA PRÁCTICA JUDICIAL”.**

**Ana María Rubio Encinas
Magistrada
Audiencia Provincial de Cádiz**

El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género acaba de entregar su VIII “Premio de Reconocimiento a la labor más destacada en la erradicación de la Violencia de Género 2012” al Consejo de Europa y la Fundación Ana Bella, mujeres maltratadas. Al primero por la elaboración Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul) y a la Fundación Ana Bella, por su valentía en la lucha contra la violencia de género.

El secretario general del Consejo de Europa, Thorbjorn Jagland, se mostró orgulloso de los resultados obtenidos en la lucha contra la violencia de género y doméstica hasta el momento y optimista porque la campaña contra la violencia de género y doméstica está firmemente presente en la agenda política en Europa a pesar del difícil contexto económico. Al mismo tiempo se mostró muy preocupado porque todavía millones de mujeres siguen siendo en Europa víctimas de la violencia de género y doméstica concluyendo que es momento de actuar.

La presidenta de la fundación Ana Bella, agradeció a las instituciones su esfuerzo por implantar medidas para ayudar a las mujeres víctimas de malos tratos a seguir adelante, manifestando ser ella una de esas mujeres que sigue viva gracias a las mismas. Decía que, como otras muchas más, se ha transformado de víctima en superviviente y agente de cambio social.

La presidenta del Observatorio Inmaculada Montalbán, hacía hincapié en la necesidad de mantener la red asistencial que permite a las mujeres salir del círculo de la violencia.

Estamos pues en el camino, pero tenemos que seguir trabajando en la erradicación de la violencia de género y doméstica, todavía presente en nuestra sociedad sin olvidar el problema derivado de la doble victimización que es el objeto de esta mesa redonda.

Quiero comenzar refiriéndome a tres nuevos instrumentos que se refieren a la lucha contra la violencia de género y doméstica, aunque dos no exclusivamente a ello, que son el **Convenio de Estambul** citado, la **Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre que crea la Orden Europea de Protección** y la **Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos** y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, que contemplan expresamente medidas para evitar la victimización secundaria tanto de las víctimas de violencia doméstica y de género como de las víctimas de los delitos en general.

El **Convenio de Estambul** abre el camino para la creación de un marco jurídico a un nivel pan-europeo para proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica y promover la cooperación internacional para eliminar este tipo de violencia.

Este convenio define y criminaliza varias formas de violencia contra las mujeres, como el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el acoso sexual o la violencia física y psicológica contra las mujeres.

Asimismo establece un mecanismo de seguimiento específico para garantizar la aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes y prevé la creación de un grupo de expertos independiente (GREVIO) para examinar si los países ratificantes cumplen o no sus compromisos, y hacerles recomendaciones.

En el informe explicativo se señala como la formación y sensibilización de los profesionales que tratan con las víctimas y los autores de los delitos, constituye un medio eficaz de prevenir y detectar tales actos de violencia. La formación contribuye al cambio de perspectiva, al acercamiento profesional hacia las víctimas y a evitar la victimización secundaria. El art. 15 contempla la obligación de las Partes de establecer o reforzar esta formación adecuada de los profesionales.

El art. 18 del Convenio impone a las partes la obligación de adoptar medidas legislativas u otras necesarias para velar por que existan mecanismos adecuados para poner en práctica una cooperación eficaz entre todas las agencias estatales pertinentes, incluidas las autoridades judiciales, los fiscales, las fuerzas y cuerpos de seguridad, las autoridades locales y regionales así como las organizaciones no gubernamentales y demás organizaciones para la protección y el apoyo a las víctimas de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del convenio. Asimismo se señala la importancia de tener en cuenta todas las circunstancias de su entorno, su realidad social y necesidades específicas pues sólo así los profesionales que trabajen con ellas podrán tomar decisiones informadas y apropiadas ya que las ayudas y servicios basados en buenas intenciones, pero que no miden los efectos devastadores de la violencia y la duración del proceso de recuperación, o que traten a las víctimas sin tacto, traen consigo un riesgo de revictimización.

Señala también que la prestación de los servicios correspondientes no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testificar contra el autor del delito y el art. 55 prevé la persecución de oficio de determinados delitos. (violencia física y sexual, matrimonios forzados, mutilaciones genitales y aborto y esterilización forzada)

En el art. 56, cuando se refiere a las víctimas que actúen en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales, dice que las medidas que se tomen velarán en especial porque tanto ellas como sus familiares, estén al amparo de los riesgos de intimidación, represalias y nueva victimización.

La Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre que crea la Orden Europea de Protección.

La orden europea de protección es una resolución que, descansando en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales o equivalentes de

medidas de protección adoptadas en el ámbito penal, provoca un procedimiento judicial o equivalente que tiene por objeto adoptar en el Estado de Ejecución la medida o medidas, con arreglo a su propio Derecho Nacional, a fin de mantener la protección de la persona protegida.

En la **Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer**, se instó a los Estados Miembros a que mejoraran sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendieran acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pidió a la Unión que garantizara el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia.

En la **Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010** sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea, se refrendó la propuesta de establecer una orden de protección europea de las víctimas.

La **Resolución de 10 de junio de 2011 del Consejo**, señaló que debía llevarse a cabo una actuación a escala de la Unión para reforzar los derechos y la protección de las víctimas de delitos y que debía crearse un mecanismo de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las decisiones en relación con las medidas de protección de las víctimas del delito.

Fruto de todo ello es esta **Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección**.

Los Estados miembros de la Unión Europea a más tardar, el **11 de enero de 2015**, deberán poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Su **Objetivo** es garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado. Así se garantiza el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

La OEP establece normas que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro (Estado de emisión) en el que se haya adoptado una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, dicte una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro Estado miembro (Estado de ejecución) para mantener la protección de la persona en su territorio a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al derecho nacional del estado de emisión. Así determinadas medidas de protección dictadas con arreglo al Derecho de un Estado miembro (Estado de emisión) pueden ampliarse a otro Estado miembro en el que la persona objeto de la protección decida residir o permanecer (Estado de ejecución).

Esta destinada a proteger a todo tipo de víctimas o posibles víctimas, no sólo de hechos dentro del ámbito de la violencia de género y se aplica a medidas de protección adoptadas en el ámbito penal sin que sea necesario que se haya declarado mediante resolución firme la existencia de un delito. La protección puede extenderse a familiares de la persona protegida y no está destinada a proteger testigos.

Con arreglo al art. 5 de la Directiva sólo se podrá dictar una orden europea de protección cuando previamente se haya adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las prohibiciones que enumera que son:

- prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o frecuenta;

- prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o

-prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

La autoridad competente del Estado de emisión transmitirá la orden europea de protección a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje **constancia escrita** y en condiciones que permitan a la autoridad competente del Estado de ejecución determinar su **autenticidad**.

La OEP se dictará siempre **a instancia de la persona protegida** y antes de dictarla ha de darse a **la persona causante del peligro la posibilidad de ser oída**.

Las autoridades competentes que adopten una medida de protección de las previstas en el art. 5 citado, informarán a la persona protegida de la posibilidad de solicitar que se dicte una OEP en el caso de que decida trasladarse a otro Estado miembro.

También se recogen los motivos por los que puede denegarse el reconocimiento y las causas por las que puede suspenderse su ejecución, así como previsiones sobre la lengua y los gastos.

La Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo es una norma compleja que contempla una amplia protección de las víctimas de los delitos, tanto en la fase estrictamente procesal, como en las actuaciones anteriores y posteriores.

Este nuevo régimen jurídico se asienta en un modelo de justicia penal reparadora y la víctima del delito pasa a tener una posición central en el proceso penal. La legislación procesal debe adaptarse a este nuevo enfoque y los Estados miembros deben incorporarla a su derecho interno en los próximos tres años.

La nueva posición que se contempla de la víctima se proyecta sobre sus derechos y su posición procesal. Se exige que los profesionales que hayan de tratar con ella antes del proceso penal, durante o después de éste, como los policías, peritos, personal al servicio de la administración de justicia, jueces, fiscales o abogados tengan una formación especializada para facilitar el trato y comprensión de su situación y evitar así situaciones de victimización secundaria o reiterada.

Se insiste igualmente en que se debe proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias y en que han de recibir apoyo adecuado para facilitar su recuperación y contar con un acceso suficiente a la justicia. La directiva detalla medidas específicas a

adoptar con personas determinadas (menores, discapacitados o personas que desconocen la lengua que se está utilizando en el proceso penal, entre otras) o con víctimas de determinados delitos como terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, entre otros. La Directiva también contiene los distintos derechos de las víctimas, que los jueces están llamados a salvaguardar como parte de la efectiva tutela judicial que tienen encomendada.

Pues bien, el reto es que incorporemos estos instrumentos a nuestra legislación y que la práctica judicial evolucione de modo acorde con ello.

En estos instrumentos, se aborda el problema de la doble victimización y desde la perspectiva que me han encargado que es la práctica judicial, los ámbitos en que esta puede producirse, según vengo observando en mi trabajo diario y sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva son los siguientes:

.-Competencia de los Juzgados de violencia sobre la Mujer vinculada al domicilio de la víctima al ocurrir los hechos.

.-Declaración de la víctima en el juicio.

.-Irrelevancia del consentimiento de la víctima para la imposición de la pena de alejamiento.

.- Pronunciamientos judiciales dispares sobre el mismo supuesto de hecho que producen inseguridad jurídica y pueden dar lugar a un trato desfavorable a la mujer.

.-Asistencia de distintos letrados designados de oficio a la víctima a lo largo de todo el procedimiento o en los distintos procesos civiles y/o penales que pueda tener al mismo tiempo.

Habrán otros que ustedes puedan ayudar a identificar y ese es entre otros, el sentido de este Congreso para así poder buscar la solución.

Para abordar el análisis de estas cuestiones he tenido en cuenta:

.-Las conclusiones del grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del consejo General del Poder Judicial sobre el análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex pareja.

.- Las propuestas de reforma legislativa que hacen para acabar con los problemas técnicos existentes en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

.- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias.

.- La **Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011**

.-Mi **experiencia propia** tras muchos años de ejercicio.

También diré las posibles soluciones que se han propuesto y los elementos en juego para que ustedes pueden proponer las suyas.

En el estudio del grupo de expertos del CGPJ se trataba, entre otros, de determinar si:

.-Eran hechos criminales ejecutados en su mayor parte por hombres.

.-Si existía una situación precedente de violencia.

.-Si estas agresiones mortales venían condicionadas mayoritariamente por la ingesta de bebidas alcohólicas, drogas o por la alteración mental.

El resultado que se obtuvo por un lado ratificó el desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre del cual la violencia contra las mujeres es una manifestación y derribó mitos tales como que los hombres al cometer estos hechos delictivos actuaban generalmente influidos por drogas, sustancias estupefacientes, alcohol o con algún tipo de enajenación mental que alteraba sus facultades intelectivas o volitivas. Así la práctica totalidad de las sentencias eran condenatorias y **la autoría se atribuía mayoritariamente a un varón (91%)**. En un **12%** de los casos se apreció la **conurrencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal vinculada al consumo o adicción al alcohol, drogas o con una alteración psíquica**. En una gran parte de las sentencias se apreció que **previo al ataque, la víctima mujer había expresado al agresor su deseo de terminar la relación y que previamente al ataque había habido malos tratos físicos o psíquicos** denunciados o no y en las cuatro sentencias de violencia doméstica que se dictaron, esto es, cuando la **autora era una mujer**, en todas la mujer **había sido acometida o maltratada bien habitualmente bien en el momento del acto criminal objeto del juicio, por parte del varón** con quien mantenía la relación sentimental.

Esto indica pues que la mayor parte de los homicidios o asesinatos perpetrados por hombres contra quienes son o han sido sus parejas se deben a actos de violencia de género motivados por una relación de dominación previa, a través de los malos tratos que les han dispensado durante su relación o bien porque no admiten perder su acción de control sobre la mujer que quiere acabar con la relación.

Esto indica también la necesidad de contar con **instituciones** que ayuden a las mujeres a salir de esta esfera de dominación y maltrato, (art. 20 C. de Estambul) cuya eficacia ha sido demostrada a través, entre otros del testimonio de Ana Bella; a necesidad de seguir trabajando en la creación de una **red asistencial de ayuda** a las víctimas que las permita identificar la situación de riesgo en la que viven y las dote de las habilidades para encontrar el camino para salir de ella. Es preocupante que las mujeres que acabaron con la vida de sus parejas que previamente habían sido objeto de malos tratos por parte de estos, no contemplaran otra solución para salir de esa

situación que acabar con la vida de su agresor, que tal vez no se hubiera producido de haber contado con las habilidades suficientes para identificar y anticiparse a salir del círculo de violencia que no pudieron soportar y que también habría servido para salvar esas vidas y que ellas no hubieran tenido que sufrir las consecuencias de la acción criminal que no habrían cometido.

En el **Informe del Observatorio contra la Violencia de Género y Doméstica de 25 de mayo de 2011** se resalta que en los casos de denuncias, las afectadas presentaron denuncia por hechos de aparente menor gravedad -como insultos, desprecios o humillaciones- lo que deja patente que aún es necesaria una mayor implicación del entorno familiar y social y que “el asesinato no es un hecho aislado, súbito o repentino, sino que viene precedido de insultos o vejaciones que constituyen un **indicador de riesgo**...las amenazas y el miedo expresado por la mujer, son los **primeros signos de alerta**...es preocupante que siete de cada diez mujeres que perdieron la vida en 2010 no habían denunciado a su agresor...lo que reclama una **mayor implicación del entorno familiar y social** para ayudar a la víctima a poner fin a su situación de maltrato”.

Se ha de seguir por tanto incidiendo en una campaña de sensibilización para que la sociedad tome conciencia de que la **violencia de género y doméstica** no es una cuestión privada sino **pública**, de que todos y cada uno desde su ámbito puedan actuar como **agentes sociales de cambio**, ya denunciando los hechos, informando a las mujeres en situación de malos tratos, prestándolas ayuda o dirigiéndolas a las **instituciones** que pueden prestársela y también trabajar con quienes ejerzan esta violencia.

El **Convenio de Estambul** establece la obligación de los estados Parte de tomar las medidas legislativas y demás necesarias así como poner en práctica **políticas globales y coordinadas para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia incluidos en su ámbito de aplicación** (art. 5 y 7). También fomentar y apoyar el trabajo de las **organizaciones no gubernamentales** pertinentes y de la **sociedad civil** que sean activas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y establecer una **cooperación efectiva con dichas organizaciones** (art. 9) así como en su Capítulo III que se refiere a la **prevención** de la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, a realizar con ese fin **campañas de sensibilización y educación** con reflejo en los programas de estudios oficiales; **formación de los profesionales** que traten con las víctimas y **programas de tratamiento** a quienes ejerzan estos actos de violencia (art. 12 a 17) y expresamente en su art. 12 contempla que las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los **cambios en los modos de comportamiento socioculturales** de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres. El art. 16 establece que las partes tomarán medidas legislativas u otras para apoyar programas dirigidos a **enseñar a quienes ejerzan la violencia doméstica a adoptar un comportamiento no violento** en las relaciones interpersonales para prevenir nuevas violencias y cambiar los esquemas de comportamientos violentos y programas de tratamiento dirigidos a **prevenir la reincidencia** de los autores de los delitos a que se refiere el Convenio.

Estas campañas que pese a la situación de crisis económica que vivimos no deben disminuir. Ya se refería a ello el Secretario General del Consejo de Europa al recibir el Premio antes señalando manifestando que se mostraba optimista porque la campaña contra la violencia de género y doméstica está firmemente presente en la agenda política de Europa a pesar del difícil contexto económico. Hay pues que explotar los recursos al máximo y así se está haciendo con muchas mujeres que trabajan de forma voluntaria y altruista para ayudar a otras mujeres víctimas de violencia de género y hombres condenados por estos delitos que participan en campañas de concienciación y sensibilización para explicar a sectores de la población que fue lo que les llevó a cometer el hecho criminal y el camino que han recorrido a la inversa para tomar conciencia de la situación de violencia de género y doméstica y cambiar su mentalidad y actitud hacia ella.

En este sentido también sería interesante, a la vista de las características comunes de las personas que cometen estos actos de violencia de género o doméstica o de las víctimas para, una vez identificados esos grupos de riesgo, trabajar con ellos tanto para prevenir y evitar la comisión de actos de violencia como el ser víctimas. En la práctica judicial diaria seguimos encontrándonos con hombre condenados por delitos en el ámbito de la violencia de género que los ha cometido varias veces contra la misma o distinta víctima así como mujeres víctimas de violencia de género de distintos hombres.

En cuanto a los puntos que he señalado anteriormente donde puede producirse doble victimización en la práctica judicial, uno se derivaría de la **competencia territorial en el orden penal de los juzgados de violencia sobre la mujer vinculada al domicilio de la víctima al momento de ocurrir los hechos**. La competencia territorial de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer viene determinada por el lugar del domicilio de la víctima (art. 15 bis de la L.E. Criminal).

La **Circular de la Fiscalía General del Estado 4/05** señalaba que “el nuevo criterio normativo no precisa si hay que atender al domicilio de la víctima en el momento en que ocurren los hechos punibles, o al que tenga en el momento de la denuncia” añadiendo que “en principio razones de índole práctica aconsejarían inclinarse por este último, habida cuenta de que en ocasiones las víctimas se ven obligadas a cambiar de domicilio precisamente a consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto, más no podemos olvidar que en la LOMPIVG el domicilio de la víctima fija la competencia y que ésta afecta al derecho al juez legal, por lo que habrá que estar al **domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos como fuere predeterminado por la ley**, pues otra interpretación podría dejar a la voluntad de la denunciante la elección del juez territorialmente competente”. En el mismo sentido se pronuncia la **CFGE 6/2011**.

El **Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006** señaló que “**el domicilio a que se refiere el Art. 15 bis de la LECrim es el que tenía la víctima al ocurrir los hechos**”. Por tal ha de entenderse el lugar de residencia efectiva o domicilio real y no administrativo. Siguiendo este criterio se han dictado muchas resoluciones judiciales (Autos del TS de 3 y 6 de marzo, y 3 y 6 de octubre de 2006; 24

de septiembre de 2009; 9 de julio y 21 de octubre de 2010, 14 y 19 de enero, 18 de febrero, 10 de marzo y 12 de mayo de 2011).

Sin embargo el **grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ en el informe elaborado en enero de 2011** a que antes me he referido, han sostenido que atribuyendo la competencia en estos casos al Juzgado de Violencia en que la mujer tenga su **residencia habitual al tiempo de presentar la denuncia**, se salvaría el inconveniente de que aquélla tuviera que desplazarse a la ciudad donde precisamente fue objeto de la violencia habitual denunciada, lo que podría suponer una **nueva victimización** y por eso proponen la adicción de un párrafo al actual art. 15 bis de la LECrim que diga:

“Por domicilio de la víctima se entenderá el de su residencia habitual al tiempo de presentar la denuncia.” Y si prosperara esta reforma debería llevar aparejada la del art. 769 de la LEC, estableciendo que, “en los casos de violencia habitual en los que la víctima haya abandonado el primer domicilio, la competencia para conocer de los procedimientos civiles a que se refiere el art. 87 ter. 2 LOPJ correspondería al Juzgado de Violencia en cuyo partido tenga la mujer su residencia habitual al tiempo de presentarse la demanda”.

Estos inconvenientes también los he detectado al visitar casas de acogida para mujeres maltratadas en que los responsables me expresaban las disfunciones que se producen cuando la mujer tiene que desplazarse hasta el juzgado competente que conoce de los hechos que denunció cuando, precisamente por razones de seguridad, reside en una ciudad distinta, problemas derivados del transporte, alojamiento en caso de que no pueda ir y venir en el día o seguridad que se agravan si tiene menores conviviendo con ella.

Sin embargo y pese a estos inconvenientes, creo que los problemas que plantea la regulación actual cuando la mujer tiene que acudir a llamamientos judiciales en una ciudad distinta de la que reside, se pueden minimizar acudiendo a **medios técnicos como la videoconferencia** cuando fuere posible y así evitar desplazamientos innecesarios. Ello en aras de la **seguridad jurídica** acerca del juzgado competente para conocer de los hechos e impedir que quede al arbitrio de una de las partes la elección del juzgado que vaya a conocer de su denuncia y porque tampoco a mi juicio la reforma propuesta soluciona el problema si la víctima vuelve a cambiar de domicilio.

La **Directiva 2012/29/UE de 15/10/12 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos**, en el art. 23.3 b) se refiere a esta posibilidad cuando habla de proteger a las víctimas frente a la victimización secundaria durante el proceso ante los tribunales. Así, dice que tendrán a su disposición “**medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante tecnologías de la comunicación**”. Tal vez esta medida se dirija más a evitar una confrontación visual con el infractor, pero también sirve para evitar los inconvenientes de estos desplazamientos de que venimos hablando.

Ello no obsta a que en casos de **urgencia**, por ejemplo si se trata de dictar una orden de protección o medidas cautelares del art. 13 de la L.E.Criminal, pueda hacerlo el Juzgado de Instrucción de Guardia del lugar de comisión de los hechos o ante el que se denuncian o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en funciones de guardia en los lugares donde esté establecido este servicio, sin perjuicio de su inhibición posterior al órgano competente para conocer del asunto. (Acuerdo de 17 de julio de 2008, del

Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

Otra de las situaciones en que se puede producir una nueva victimización se deriva de la **declaración de la víctima en el juicio**. No sólo por el hecho de declarar, sino por las consecuencias del contenido de su declaración o de su falta de asistencia al juicio.

También a ello se refiere la **Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre** por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En el **art. 18** señala que sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la **victimización secundaria o reiterada**, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas **durante la toma de declaración y cuando testifiquen**.

En el caso de las víctimas que no quieren declarar por las razones que sea, reconciliación, quieren olvidar el hecho, presión social, sentimiento de culpabilidad u otras, puede ocurrir que opte por **no acudir al juicio** pese a estar debidamente citada, o que acuda y **se acoja a su derecho a no declarar** que se contempla en el art. 416 de la L.E.Crim.

En el primer caso se pueden producir dilaciones en el curso del proceso pues normalmente habrá de suspenderse el juicio, lo que tiene gravedad sobre todo cuando la persona acusada se encuentre en situación de prisión preventiva o sujeta a medidas limitativas de otros derechos fundamentales. En este caso la víctima, a su vez testigo, podría llegar a ser detenida con arreglo a lo establecido en el **art. 420 de la LECrim** (“...el que sin estar impedido no concurriera al primer llamamiento judicial incurrirá en multa y si persistiere en su resistencia será conducido a presencia judicial por los agentes de la autoridad”).

Como señala Carlos Granados, magistrado de la Sala 2ª TS en su libro sobre “la Valoración de la prueba”, resulta chocante que “se ingrese a la víctima en unos calabozos, a la espera de ser conducida ante el juez de instrucción o al juicio. De ahí que sólo se admita la conducción como última ratio, una vez agotadas otras posibilidades y con un régimen distinto del previsto para los supuestos enumerados en el art. 492 de la LECrim. Es decir, sólo cuando la detención, quedara perfectamente concretada a la exclusiva conducción del testigo hasta el juzgado o tribunal, instruido de sus derechos y por el mínimo tiempo que sea posible”.

Si la **víctima-testigo comparece al juicio**, a su vez pueden darse tres situaciones:

- .- Que no quiera declarar y se acoja al derecho a no declarar establecido en el art. 416 de la LECrim.
- .-Que declare.
- .-Que declare y se retracte de sus declaraciones anteriores para exculpar al acusado.

Por terminar con los supuestos en que la víctima no quiere declarar comenzaré por referirme a la **dispensa del deber de declarar** que se contempla en el **art. 416 de la LECrim**.

Esta exención, dice el TS en su **sentencia de 14 de mayo de 2010 nº 459/2010, rec. 1159/2009. Pte. José Manuel Maza Martín**, “suele justificarse desde el principio de **no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio**. Tal fundamento es también el que justifica la **exención de responsabilidad penal** ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de **encubrimiento**. Así resulta del artículo 454 del Código Penal.

La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de **solidaridad entre el testigo y el imputado**, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la **intimidación del ámbito familiar**, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución”.

En la **Sentencia 1208/1997, de 6 de octubre**, señaló que “la ley establece determinadas exenciones a dicho deber de declarar, que con exclusión de los imputados, son únicamente los testigos, y a ellos se refieren los artículos 416 y siguientes de la Ley Procesal. La Constitución dispone que la ley habrá de regular los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos -artículo 24.2 párrafo 2.º-. Se habilita pues al legislador para establecer casos de secreto procesal, aunque en realidad se legitiman los que estaban previstos con anterioridad, al no establecer la Constitución ningún parámetro normativo para esta regulación. Y uno de ellos -artículo 416.1. º Ley Enjuiciamiento Criminal- es el secreto familiar que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar.

En algún caso, como los de las **Sentencias nº 1062/1996, de 17 de diciembre y en la nº 331/1996, de 11 Abril**, se ha proclamado el dudoso principio de que el precepto contenido en el art. 416.1 LECrim está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar.

Desde luego, pese a la ausencia de desarrollo específico de la previsión constitucional de exoneración de la obligación genérica del artículo 118 de la Constitución, no es cuestionable la conciliación de aquella con los compromisos derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y por ello está consagrada por el Tribunal Europeo en diversas sentencias (Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 Sep. 1990; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 Nov. 1986). El TEDH, en este último caso, para proteger a testigo evitándole problemas de conciencia, considera que un precepto que autorice al testigo a no declarar en determinados casos no infringe el art. 6.1 y 3 d) del Convenio”.

Esta dispensa de la obligación de declarar del testigo víctima se produce en **tres momentos (STS nº 160/2010 de 5 de marzo)** “uno primero, en la **fase prejudicial**, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de "denuncia espontánea". Una

segunda en el **Juzgado instructor**, donde se le debe informar del art. 416 LECrim. y una tercera en el **Plenario**, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá también hacérsele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase”.

La doctrina del TS en esta materia es examinada detalladamente en la **STS de 14 de mayo de 2010 nº 459/2010** antes citada.

Debe hacerse esta advertencia pues a las personas que declaran en el atestado, aunque no es necesario a los que lo hacen de un modo espontáneo, sino a los que comparecen tras el llamamiento policial en el curso de unas diligencias ya iniciadas pero no por denuncia suya.

La **STS 385/2007 de 10 de mayo** señaló que “carecería de todo sentido que se excluyera a la policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción”. Sin embargo no es la misma situación cuando es la persona que podría estar amparada por la dispensa del art. 416 la que acude espontáneamente a denunciar que la que acude tras ser llamada. En el primer caso no existe la obligación de informar pues como señala la **STS 294/2009 de 28 de enero** “cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente”. En el mismo sentido las **SSTS de 26 de enero de 2010, nº 17/2010, rec. 10615/2009. Pte. Ramos Gancedo, Diego y S. de 4 de marzo 2010.**

En fase de instrucción y en el juicio es preciso informar de la dispensa de la obligación de declarar contenida en el art. 416 de la L.E.Criminal a denunciantes y testigos antes de tomarles declaración y hay que conocer cuales son las relaciones que les unen con el acusado para determinar si se pueden acoger o no a este derecho. Nada impide que si el testigo se acogió a la dispensa del art. 416 de la L.E. Criminal en fase de instrucción declare después si lo desea en el juicio. Sin embargo si en el juicio la víctima se acoge a su derecho a no declarar, no es posible introducir sus declaraciones prestadas en la instrucción. Como señala la **S.T.S. 459/2010 de 14 de mayo de 2010, rec. 11529/2009 Pte. José Manuel Maza Martín** y ya es doctrina jurisprudencial consolidada “...reconocido, con base en las razones que ya han quedado expuestas, el derecho de la denunciante a eximirse de prestar declaración en el acto del Juicio oral, haciendo uso de la dispensa que al respecto le otorga el artículo 707 de la Ley procesal, en relación con el 416.1 de ese mismo Cuerpo legal, con la clara y voluntaria intención de que sus manifestaciones no constituyan elementos de incriminación contra su esposo, resulta de todo punto evidente que carecería de sentido acudir a lo declarado por ella en la fase de Instrucción como sustento del pronunciamiento condenatorio, no sólo **contraviniendo con ello la eficacia del ejercicio de ese derecho, legalmente reconocido**, sino, lo que es más, **privando de tal modo al acusado, como consecuencia de la decisión de un tercero, de garantías tan básicas para su defensa como la de someter a cuestionamiento la credibilidad de la**

prueba mediante el interrogatorio practicado a presencia del Tribunal que ha de conocer del enjuiciamiento de los hechos que se le atribuyen, máxime cuando tal situación no tiene cabida en ninguno de los supuestos, **existencia de contradicciones** entre lo afirmado en la investigación y lo declarado en el Juicio oral ni **imposibilidad de práctica de la prueba** en dicho acto, que habilitan, con carácter excepcional y tasado (arts. 714 y 730 LECr), la posibilidad de valoración de material probatorio distinto del producido con regularidad, de forma oral, pública, contradictoria e inmediata, ante el propio Juzgador”.

Para mí el mayor problema en este punto y que puede producir situaciones de inseguridad jurídica y por ende de victimización secundaria, se refiere a la disparidad de resoluciones judiciales acerca del **momento en que ha de contemplarse la existencia de las relaciones** a que dicho artículo se refiere, si al ocurrir los hechos o al prestar la declaración y cuales son las **relaciones** que se entienden **incluidas** en los supuestos de este artículo.

Las disposiciones legales que entran en juego son los arts. 416.1; 707 par. 2º y 261 de la L.E. Crim. y 44 del código Penal.

El art. 416.1º de la L.E.Criminal señala que:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1º.- Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el nº 3 del artículo 261.

El juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia”.

En esta materia además han de tenerse en cuenta las previsiones de los artículos 707 par.1 y 261 de la LECRIM y 454 del CP.

El art. 707 par.1 dispone que *“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 en sus respectivos casos”.*

Por su parte el art. 261 de la L.E.Crim. establece que *“Tampoco estarán obligados a denunciar:*

1.- El cónyuge del delincuente.

2.- Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.

Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos”.

El art. 454 del CP dice: *“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen*

ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del art. 451”.

Al referirse el art. 416 al “cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”, se plantea si deben entenderse incluidas las relaciones de **noviazgo**, los **descendientes de la pareja o conviviente pero que no lo son del acusado** o los **suegros del acusado y padres de la víctima**.

En este punto **la doctrina está dividida**. Unos sostienen que deben excluirse de la dispensa los novios pues no son ni cónyuges ni personas unidas por relación de hecho análoga a la matrimonial (**Circular Fiscalía General del Estado 6/2011 o la STS 134/07 de 22 de febrero**). Otros por el contrario sostienen que no puede darse una respuesta genérica y que habrá que estar en cada caso al tipo de relación que existe, pues la misma razón hay para incluirlos en la dispensa del 416 que dentro del ámbito de protección de los delitos relativos a la violencia contra la mujer y además se dan los vínculos de solidaridad fundamento de la dispensa del 416 y no es congruente que no se incluyan en esta dispensa pero sí que estén exentos de las penas de los encubridores (art. 454 CP). En este último sentido se pronuncia María Teresa Chacón, magistrada de la **Sección 27ª de la AP de Madrid** que señala en su ponencia “Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del art. 416 de la LECIM” que “de esta forma, si bien considero que ha de exigirse una relación con estabilidad y vocación de permanencia, quedando excluidas, en todo caso, las relaciones de amistad pasajeras o esporádicas, entiendo que se tratará de una cuestión de prueba, sin fórmulas apriorísticas, el determinar si una pareja, que no convive por diferentes circunstancias, como puede ser imposibilidad económica, constituye una pareja de hecho con vínculos profundos de afecto y lealtad en la que puede surgir el conflicto entre la obligación de declarar del testigo y el deber de solidaridad con el acusado. Además entiendo carecería de sentido que a las personas unidas al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial que no convivieran, se les excluyera de la dispensa legal a no declarar recogida en el artículo 416 de la LECrim, y, sin embargo, se le pudiese aplicar la exención de responsabilidad penal que por encubrimiento se recoge en el artículo 454 del Código Penal”.

En cuanto a si la relación entre una persona y los **descendientes de su pareja conviviente** es de las incluidas en las relaciones que se contemplan en el art. 416 o no, también hay posturas enfrentadas. Un sector de la doctrina entiende que podrían estar incluidas pues se da entre ellos el vínculo de solidaridad y familiaridad que justifica esta dispensa así lo dice Mª Teresa Chacón en la ponencia citada señalando “soy partidaria de no seguir una fórmula rigurosa y formalista, entendiéndolo que si la finalidad de la dispensa es resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiar que le une al procesado y preservar la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos, conforme esa colisión y necesidad de protección, se puede dar en el caso de los hijastros del acusado que convivan con la pareja, que hayan tenido una relación consolidada de convivencia y familiaridad con aquel, a los que poner en la tesitura de declarar en su contra cuando no quieran, puede avocar en situaciones comprometidas. Vínculo que sería evidentemente más fuerte que el que puede tener el acusado con algunos de los parientes que contempla el artículo 416, piénsese en los

familiares colaterales hasta el segundo grado que no convivan con él". Así lo hemos entendido también en la **AP de Cádiz**.

Otros sin embargo entienden lo contrario pues dicen que si el legislador hubiera querido incluirlos lo hubiere hecho expresamente (**SAP Barcelona, Sec. 8ª nº 492/2011 de 14 de junio**) en tanto que los supuestos de dispensa de declarar del art.416 de la LECrim, en cuanto que excepción a la regla general del art. 707 de la misma ley y del principio de investigación de oficio y averiguación de la verdad material, son de interpretación estricta y no susceptible de extensión o analogía a otros supuestos no contemplados en la norma.

Estas mismas cuestiones se suscitan en las relaciones entre los **suegros del acusado** y padres de la víctima. Tampoco en este punto existe unanimidad. Señala Teresa Chacón en la obra citada que "los partidarios de excluir a los suegros señalan que dicha relación no está incluida en el artículo 416 de la LECrim y además a diferencia de lo que ocurre en las relaciones more-usorio, la LECrim no ha desconocido su existencia y ha excluido a este pariente de la obligación de denunciar.

En este sentido el artículo 261.2 de la LECrim, establece que están dispensados de la obligación de denunciar los ascendientes, descendientes y afines del delincuente. Sin embargo el artículo 416 de la LECrim solo dispensa de declarar como hemos visto a los ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos consanguíneos, uterinos y colaterales hasta el segundo grado. Y en cuanto a los demás parientes se remite al artículo 261.3º de la LECrim.

Por su parte, a favor de la inclusión de los suegros en la dispensa legal referida se esgrime los siguientes motivos:

a) Que en otros supuestos no contemplados en el artículo 416 de la LECrim se ha venido admitiendo por la Jurisprudencia y la doctrina dicho acogimiento, equiparando a dichos efectos las relaciones análogas al matrimonio, efectuando una interpretación integradora, racional y necesaria que provocó la reforma legal 13/2009 de 3 de noviembre en la que ya se incluye expresamente a las personas unidas por vínculos análogos a la matrimonial.

b) Porque el artículo 416 de la LECrim ha de ponerse en relación con el artículo 261 de dicha ley que dispensa de la obligación de denunciar, entre otros, a los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines al del delincuente y sus familiares consanguíneos, uterinos o afines hasta el segundo grado inclusive.

Precepto, por tanto, que exime de dicha obligación a los suegros; lo que evidencia que resulta contradictorio que se obligue a testificar en contra del acusado a personas que, conforme al artículo referido, no tienen obligación de denunciar.

c) Porque en todo caso la declaración falsaria en beneficio del acusado podría considerarse como un supuesto de encubrimiento impune al amparo del artículo 454 del Código Penal, que establece que están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o personas que se hallen ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º. del artículo 451 del Código Penal".

La otra cuestión a que me refería en este punto es si la relación que permite acogerse a la dispensa del art. 416 de la L.E.Criminal ha de existir en el momento en

que se va a prestar la **declaración** o ha de referirse al **en que ocurrieron los hechos** sobre los que se va a declarar.

La jurisprudencia se ha venido decantando últimamente por esta última posibilidad que es la que seguimos en la AP de Cádiz por lo que más adelante diré, aunque no existe unanimidad y como decía produce inseguridad jurídica que también repercute en una doble victimización.

Así en **SS. TS de 26 de marzo de 2009** y **459/2010 de 14 de mayo de 2010, rec. 11529/2009 Pte. José Manuel Maza Martín**, se considera que la víctima siempre se puede acoger a este derecho **“si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento”** y el **Auto del Tribunal Constitucional nº 187 de 6 de Junio de 2006** no vincula la convivencia y la dispensa del art. 416 de la LECRIM y señala que: **“no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la ley de enjuiciamiento Criminal. Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esa dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado”**.

La **STS 998/2011 de 29 de septiembre** entendió como relación comprendida en las del art. 416 la de una pareja que había mantenido una relación análoga al matrimonio y de la que tenían una hija en común aun cuando en el momento en que la declaración se produjo no existía convivencia y la mujer, que indicaba como domicilio el que sería **“un piso tutelado por el dispositivo especial para Mujeres Agredidas”**, señaló que **“ese día “volvió a casa con el acusado “pero no porque quisiera a Juan Luís, sino por su hija”, de la que el acusado Juan Luís era el padre”** entendiendo que **“el contenido documentado de la declaración sobre la intensidad y calidad del afecto con el recurrente..contrasta con el hecho, que se deriva de la misma, de que en tal fecha volvía a casa del acusado a causa de la hija, es decir para mantener una relación de patria potestad compartida con el acusado respecto de la hija en común, lo que, por sí sólo, implica suficiente dato para tener dicha relación por asimilada a la descrita en el art. 416 de la L.E. Criminal cualquiera que sean los estados coyunturales por lo demás no ajenos entre cónyuges, por lo que la simetría de la relación no cabe considerarla rota...Por todo ello no consta suficientemente acreditada la ruptura de la relación que hiciera no exigible la información a la testigo de su derecho a no declarar”**.

Razones de seguridad jurídica también avalan esta última postura de desligar el estado de la relación del momento en que se haya de prestar la declaración, admitiendo la dispensa del 416 para los casos en que **“la declaración compromete la intimidad familiar bajo la que ocurrieron los hechos”** pues así se evitaría repercutir en el acervo probatorio practicado en el juicio el estado concreto de la relación ya que no es infrecuente que haya rupturas y reconciliaciones a lo largo de la tramitación de la causa que permitirían o no a la víctima acogerse al 416 con la consiguiente incidencia en el resultado del juicio y por tanto distinto trato procesal al mismo hecho según la relación se hubiere reanudado o no. Esta postura también sigue la sec. 27ª de la AP de Madrid.

Ahora bien, como señala la **STS nº459/2010 de 14 de mayo** antes citada **“Tras todas estas consideraciones hay que tener en cuenta, no obstante, lo distinto que**

sería, por supuesto, aquel caso en el que el Tribunal "a quo" apreciase que, como por desgracia en otras ocasiones sucede, **la testigo presentaba rasgos o actitudes que hicieran sospechar el que pudiera sufrir amenazas o que, de cualquier forma, se sintiera atemorizada**, a cuyo fin debieran adoptarse medidas excepcionales de esclarecimiento de tales circunstancias y, en su caso, de la consiguiente **protección** para la declarante, pudiéndose encontrar entonces, por tal motivo, justificada la negativa a otorgar valor a su decisión, no plenamente voluntaria, de no declarar”.

El TS en un caso en que las testigos declaraban tras un biombo pero el acusado se había dirigido a ellas provocándolas el llanto y se habían acogido entonces a su derecho a no declarar consideró, tras escuchar la grabación del juicio, que **esa decisión no fue tomada con la exigida libertad** y anuló la sentencia a fin de que por tribunal distinto se celebrara nuevamente el juicio tomando las medidas adecuadas para que se desarrollara con las debidas garantías. Así dijo: “Ciertamente, puede comprobarse al visionarse el video que cuando iba a declarar la menor María Inés , presunta víctima de los hechos enjuiciados, hija del acusado, fue instruida de la dispensa de la obligación de declarar que se establece en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando expresó que había entendido lo que le había dicho la Presidenta del Tribunal, y mostrase dudas y temores a hacerlo, el acusado se dirigió a la testigo, sin que conste lo que le dijo, si bien se aprecia como un funcionario del Tribunal se coloca delante del acusado para evitar que continúe con tal comportamiento, y tras unos tensos momentos, la testigo renuncia a declarar...Visto lo sucedido, como se denuncia por las acusaciones particulares recurrentes, el acto del juicio oral no ha discurrido con las suficientes garantías para que testigos esenciales se hubiesen pronunciado con la exigida libertad, privando a la acusación de los medios de prueba necesarios para hacer valer sus pretensiones.

Así las cosas, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectivo, a utilizar los medios de prueba que se consideren pertinentes y a que el proceso discurra con las debidas garantías para todas las partes, en igualdad de armas, determina la estimación del recurso, debiéndose celebrar un nuevo juicio con otro Tribunal distinto al que dictó la sentencia recurrida, en el que se deberán tomar las medidas adecuadas para que el acto del juicio oral se desarrolle con las debidas garantías” **(STS 1280/2011 de 22 de noviembre, rec. 213/2011, Pte. Carlos Granados Pérez)**.

La cuestión que se plantea entonces es que ha de hacerse por el órgano de enjuiciamiento cuando se comprueba que esta decisión “no se toma con la exigida libertad”, si ello le habría de llevar a entender que la manifestación de la víctima de acogerse a su derecho a no declarar esta viciada y que por tanto debía declarar, o suspender el juicio hasta que la víctima se encontrara en condiciones de “decidir libremente” si quería acogerse o no a este derecho o si sería posible, ante esa falta de “exigida libertad”, traer al plenario las declaraciones de la víctima en la instrucción por la vía del 730 de la LECRIM por entender que se trata de un supuesto de imposibilidad de práctica de prueba en el juicio oral. Es esta una situación a la que no puede darse una sola respuesta y habrá de estarse a las circunstancias de cada caso.

La **falta de advertencia de los derechos que otorga el art. 416** conlleva que esa declaración no pueda formar parte del conjunto de medios probatorios atendibles para enervar la presunción de inocencia. La **STS nº 1301/2011 de 28 de noviembre de 2011**, en un caso de una declaración testifical de una menor que incriminaba a su madre pero que en ningún momento tuvo intención de

denunciarla, limitándose a relatar a sus amigas como ésta la fotografiaba desnuda con su teléfono móvil remitiendo posteriormente esas fotografías a su pareja sentimental, señaló que al no haberse informado ni por el juez de instrucción ni en el juicio oral a la menor del derecho a no contestar si no lo deseaba al tratarse de hechos que incriminaban a su madre, se trataba de una prueba inválida y por tanto ineficaz para su valoración como prueba de cargo.

Soy partidaria de interpretar en un sentido amplio las relaciones que han de entenderse incluidas dentro de las descritas en el art. 416 LECRIM como el momento en el que se ha de producir esa relación para **evitar una victimización secundaria**, pues no se puede obviar que no queriendo la víctima declarar en contra del acusado en el juicio, si se ve obligada a ello por no estar comprendida en las excepciones del art. 416 de la LECrim interpretado en un sentido restrictivo, puede faltar a la verdad para protegerlo y ser perseguida por un **delito de falso testimonio**.

En casos en que el **testimonio de la víctima es la única prueba de cargo**, esa ausencia de declaración afecta de un modo esencial al resultado del juicio. Por ello es importante dotar a las víctimas de **servicios asistenciales de apoyo** tan amplios como sea posible que las ayuden a tomar sus decisiones con madurez sin estar influidas por miedo, intimidación o represalias y conseguir que éstas nunca se acojan a su derecho a no declarar por esos motivos. En este sentido la **Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre** señala que con el fin de **fomentar y facilitar las denuncias** y ofrecer a las víctimas la posibilidad de romper el círculo de la victimización secundaria, es esencial que las víctimas dispongan de servicios de apoyo fiables y que las autoridades competentes estén preparadas para responder a las denuncias de las víctimas de forma respetuosa, considerada, no discriminatoria y profesional. Esto aumentaría la **confianza de las víctimas en los sistemas de justicia penal y reduciría el número de delitos no denunciados** (par 63 preámbulo).

El artículo 8 de la Directiva 2012/29/UE señala que uno de los cometidos principales de estos servicios y de su personal, que desempeñan un importante papel para ayudar a la víctima a recuperarse de los posibles daños o traumas resultantes de un delito y a superarlos, debe consistir en informar a las víctimas de sus derechos en virtud de la Directiva, para que puedan **tomar decisiones** en un entorno que las apoye y trate con dignidad, respeto y sensibilidad. (p.38)

Otras soluciones pasan por pedir un **cambio legislativo** como el propuesto por el **grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ** que proponen los siguientes cambios en la ley:

En primer lugar “estableciendo que dicha dispensa **no resultará de la aplicación a los testigos que sean víctimas y/o perjudicados por el delito que se persiga**”.

De prosperar la reforma, dicen, “las disfunciones derivadas de la posibilidad de que la víctima, decidida, en su caso, a exonerar a su agresor, optara por mentir para no declarar en su contra, con la posible consecuencia de que pudiera perseguírsele por un delito de falso testimonio, justifica la propuesta complementaria, relativa a **excluir a dichos testigos**, cuando declaren a favor del acusado en el acto del juicio oral, retractándose de las declaraciones que hubieren efectuado durante la instrucción, **de la posibilidad de ser perseguidos como autores de un delito de falso testimonio**, por las manifestaciones que hicieran en este último acto plenario “

Creo que esta solución podría llevar a resultados indeseados que supondrían dirigir la vida de la víctima de un modo no querido por ella. Por ello entiendo que sería

mejor que la víctima participara en el proceso amparada y arropada por esos servicios de apoyo generales a que me refería. Además entiendo que si la víctima esta decidida a declarar a favor del reo de un modo o de otro lo hará, pues siempre puede ir al juicio y declarar en ese sentido, (no se la puede privar del derecho a ser oída e intervenir en el juicio) o decir que no recuerda nada, o declarar de forma inconcreta, confusa o con contradicciones, con lo cual su testimonio en el juicio poco aportaría como prueba de cargo, aunque eso sí, se podrían utilizar sus declaraciones anteriores en la instrucción siempre que se introdujeran validamente en el plenario.

Como dice el Magistrado de la Sala 2ª del TS José Manuel Maza Maza en su sentencia de 14/05/2010 “no cabe discutir el derecho del denunciante a ejercer esa dispensa, que la propia ley le otorga, cuando él dispuso, sustituyendo la libre disposición voluntaria de una persona mayor de edad y capaz, por **criterios de orientación tuitiva** cuando no impropiamente paternalistas en forma de facultad que el tribunal se atribuye y que tiende a suprimir la libertad del ciudadano en la disposición y ejercicio de un derecho”, sin embargo en sentido contrario puede sostenerse que en supuestos de violencia de género en los que se ha llevado a reconocer un “**estatuto de protección singular**” a la presunta víctima, en atención a su vulnerabilidad, resultaría contraria a los principios que inspiran la norma, permitir actuaciones de desprotección.

Yo creo que más vale ayudar a la víctima para recobrar y aprender a superar sus vivencias que “protegerla” de tal modo que corramos el riesgo de dirigir su vida de un modo ni deseado ni querido por ella y al margen suyo.

Esta actitud que puede presentar la víctima en la persecución del delito no ha pasado desapercibida en el **Convenio de Estambul**, y en su art. 18.4 cuando habla de la prestación de servicios a las víctimas, no lo hace depender de la voluntad de estas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor del delito; o en su art. 55 que contempla la **persecución de determinados delitos de oficio** sin que ello dependa totalmente de la denuncia de la víctima.

El **grupo de expertos/as del CGPJ** en caso de no prosperar la anterior propuesta, hace una alternativa y es que “debería contemplarse, expresamente, en la legislación procesal la **posibilidad de introducir, mediante su lectura, la declaración que prestase, durante la instrucción de la causa, la víctima** o perjudicado de un delito que, cuando es llamado como testigo al juicio oral, decide acogerse, en ese momento a la dispensa de prestar declaración del referido art. 416.1, también prevista en el art. 707 de la LECrim. Esta alternativa permitiría valorar la declaración inicial como medio de prueba, con el alcance y virtualidad que resulte procedente en cada caso, en función de su contenido y el resto de las pruebas practicadas”.

A tal efecto, se propone la introducción de un art. 730 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establezca que, “Podrán leerse, también, a instancia de cualquiera de las partes, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el art. 416.1 de la Ley de enjuiciamiento Criminal”.

Esta posibilidad de momento no es posible en nuestro sistema jurídico pues ni existen contradicciones entre lo afirmado en la investigación y lo declarado en el juicio oral, ni imposibilidad práctica de prueba en dicho acto que son los casos que habilitan, con carácter excepcional y tasado con arreglo a lo establecido en los artículos 714 y

730 de la L.E.Criminal la posibilidad de valoración de material probatorio distinto del producido con regularidad, de forma oral, pública, contradictoria e inmediata ante el propio juzgador. (STS 459/2010 de 14 de mayo, rec. 11529/2009 Pte. José Manuel Maza Martín), por ello insisto en tanto nuestra legislación y jurisprudencia digan lo que les acabo de relatar, creo que debe apostarse fuertemente por el mantenimiento y fortalecimiento de los servicios generales de apoyo a las víctimas de que venimos hablando. Esto se puede hacer y **Ana Bella** es un ejemplo de ello.

También para solventar los problemas derivados de la ausencia de prueba de cargo cuando la víctima no declara, resulta imprescindible que los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad que intervengan en el caso desde el primer momento recaben cuanta información y vestigios del hecho como les sea posible, así, por ejemplo haciendo reconocimientos del lugar con fotografías, descripción completa del estado de la víctima y agresor en el momento de la denuncia, descripción detallada de las lesiones de la víctima y agresor si las tuviere y fotografías, recabar identificación de testigos que hayan podido presenciar los hechos o escuchado algo y también llamar al juicio al médico que haya atendido a la víctima en urgencias y haya recibido directamente su relato acerca del origen de las lesiones que presentaba, o cualquier otra que pueda ser útil en la investigación de la causa.

Por último me referiré a la victimización secundaria que se puede producir a la víctima que acude al juicio y declara.

Declarar en el juicio es generalmente un momento de gran tensión para la víctima, pues ha de recordar las malas experiencias vividas, someterse a unos interrogatorios que ahondan en hechos dolorosos y además puede verse nuevamente con el agresor. Es por ello importante que vaya preparada para ese escenario. Esto no significa que vaya dirigida acerca de las respuestas que debe dar, sino preparada para soportar el clima de tensión. En este campo prestan grandes servicios las oficinas de atención a las víctimas y también el personal de las casas de acogida. Si el contacto entre ambas se establece pronto pueden tener tiempo antes del juicio para ayudar a las víctimas a prepararse psicológicamente para ese momento, incluso pueden presenciar otros juicios y ver como actúa la víctima y saber con que se van a enfrentar ellas en su día, o ir acompañadas por personal de la oficina de ayuda a las víctimas para sentirse apoyadas y con confianza para prestar su testimonio en el juicio.

Es también importante que se evite todo tipo de confrontación visual con el agresor, ya sea utilizando medios físicos en la propia sala o utilizando el sistema de videoconferencia. Las barreras físicas en la sala no siempre aíslan del ruido, y si la víctima escucha comentarios del agresor o ruidos procedentes de éste puede influirle en su testimonio. Es muy importante que el testimonio de la víctima sea lo más coherente posible y para ello es preciso que no sienta temor alguno por lo que está haciendo, de ahí la necesidad de los servicios asistenciales de apoyo a que nos venimos refiriendo. Esto en el caso de que la víctima quiera declarar, es importante que su testimonio lo mas completo y coherente posible porque en muchos casos el testimonio de la víctima es la única prueba de cargo que va a existir y las contradicciones en que pueda incurrir pueden desvirtuar su credibilidad y por tanto su valor como prueba de cargo.

Esta situación de la víctima es objeto de protección tanto en el **Convenio de Estambul** como en la **Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre**. El Convenio en su art. 56 g) e i) contempla como medidas de protección a la víctima entre otras, que en la

medida de lo posible se evite el contacto entre las víctimas y los autores de los delitos en la sede de los tribunales y que se permita a las víctimas declarar ante el tribunal sin estar presente o al menos sin que el presunto autor del delito esté presente, especialmente recurriendo a las tecnologías de la comunicación adecuadas.

En la **Directiva 2012/29/UE (arts. 18,19 y 20)** se señala que el riesgo de **victimización secundaria o reiterada** como resultado de la participación en un proceso penal debe limitarse llevando a cabo **actuaciones de forma coordinada** y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar confianza en las autoridades. Así, señala que “El riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias por el infractor o como resultado de la participación en un proceso penal debe limitarse llevando a cabo actuaciones de forma coordinada y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar **confianza en las autoridades**. Se debe facilitar al máximo la **interacción con las autoridades competentes**, al tiempo que se **limita** el número de interacciones innecesarias que la víctima haya de mantener con ellas, recurriendo, por ejemplo, a **grabar en vídeo las declaraciones y permitiendo su uso en los procesos judiciales**. Se debe poner a disposición de los profesionales del Derecho la más **amplia gama** de medidas posible con objeto de evitar angustia a la víctima en el transcurso del proceso judicial, especialmente como resultado del **contacto visual con el delincuente**, su familia, sus colaboradores o el público en general. A tal efecto, se ha de animar a los Estados miembros a que introduzcan, especialmente en las dependencias judiciales y las comisarías de policía, medidas prácticas y viables para que las dependencias cuenten con **instalaciones como entradas y salas de espera separadas para las víctimas**. Además, los Estados miembros deberán, en la medida de lo posible, **planificar los procesos penales** evitando el contacto entre las víctimas y sus familiares y los infractores, por ejemplo **citando** a las víctimas y a los infractores a audiencias en momentos distintos”.

La jurisprudencia interpreta como ha de ser este testimonio de la víctima y “ofrece unos criterios orientativos para los Tribunales de instancia, en orden a la valoración que éstos tienen que hacer de esa prueba en relación con todas las circunstancias que rodearon el hecho y la prestación del testimonio en las diferentes fases del procedimiento. Sin el carácter de enumeración exhaustiva estos criterios son: la inexistencia de motivos espurios, la persistencia y la coherencia de dicho testimonio y la concurrencia de datos corroboradores. No se trata de requisitos que hayan de concurrir necesariamente en el caso para que el Juzgado o Tribunal pueda considerar suficiente la declaración del testigo como prueba de cargo, sino de unos elementos que han de servir para profundizar en la reflexión que debe hacerse a fin de que el propio órgano que presidió el juicio oral valore la suficiencia de esa prueba, siendo necesario, eso sí, que en la propia sentencia condenatoria se exprese de modo razonado el uso que se haya hecho de este método, para que, si se recurre, las partes puedan argumentar, y el Tribunal superior pueda en definitiva examinar, si es o no razonable una condena con esa sola prueba de la declaración de un testigo” (Auto nº 1173/2011) ” lo definitivo siempre es la capacidad de convicción de la declaración prestada por la víctima, susceptible de llevar al ánimo del Tribunal, el convencimiento de que la testigo ha sido veraz, de conformidad con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, esta prueba es adecuada para enervar la presunción de inocencia en los casos en los que la declaración se ve acompañada de una

corroboración, cuando la mecánica de los hechos así lo permita.”(Sentencia de 10 de julio de 2001).

Esto no significa como señala la STS de 21/05/2010 que el contenido de una testifical que supere este triple filtro deba ser tenido en cuenta como válidamente inculpatario “lo único que cabe sostener, es que un testimonio que no lo hiciera, tendría que ser desestimado a límite como medio de prueba, mientras que, en el caso contrario resultará en principio atendible y por tanto cabrá pasar en un segundo momento a confrontar sus aportaciones con las de la otra procedencia para confirmar la calidad de los datos”.

Por ello, si la víctima declara asustada, confusa o influida por la tensión ambiental puede que su testimonio carezca de la persistencia y coherencia suficientes para considerar su solo testimonio sustento suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Es por ello importante que el personal de los distintos sectores que estén en contacto con las víctimas de violencia de género y doméstica estén especializados para que comprendan el problema y sean lo más eficaces posible al prestar el servicio o asistencia que en cada caso corresponda a las víctimas.

De esto también se ocupa como decíamos el **Convenio de Estambul** en su art. 15 cuando habla de la **formación de los profesionales** y el art. 25 de la **Directiva 2012/29/UE de 20 de octubre** por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos que dice que los Estados miembros garantizarán que aquéllos funcionarios que probablemente vayan a entrar en contacto con las víctimas como **agentes de policía y el personal al servicio de la administración de justicia** reciban formación con el fin de mejorar su condición respecto de las necesidades de las víctimas y de capacitarles para tratar a las víctimas de manera imparcial, respetuosa y profesional, pero también se prevé la formación de **jueces, fiscales y abogados**.

Esta **situación psicológica de la víctima** cuando se valora la credibilidad de su testimonio tampoco pasa desapercibida en la jurisprudencia.

Así en la **STS nº 1065/2010** al valorar la credibilidad del testimonio de la víctima se hace referencia a los “**vaivenes afectivos** que, en la mayoría de los casos, forman parte de los **síntomas de su propio padecimiento**” y en otras se reflexiona sobre lo que en muchos casos pueda parecer un indicador que resta credibilidad a su testimonio, como es la **falta de precisión**, el **retraso en denunciar**, denunciar un **hecho menor** en vez de otros mucho más graves anteriores o que **complete** o **altere** su versión de los hechos a lo largo del proceso, lejos de ello, no son mas que reflejos de la huella que el maltrato ha dejado en ella y del grave daño emocional que le ha provocado. En este sentido los psicólogos forenses reiteran que una vez que la víctima se aleja del foco estresor, -la relación o convivencia con el agresor-, que se puede haber producido tras el dictado de una orden de alejamiento o el ingreso del imputado en prisión, va reaccionando sintiéndose más segura, menos presionada y capaz de relatar los diversos actos de maltrato que ha sufrido y que generalmente por temor o por la dependencia afectiva que tenía del mismo, había ido callando y por ello no es infrecuente que a medida que avanza el proceso y se aleja del foco estresor vaya relatando con más detalle los hechos de que ha sido víctima y los vaya ampliando y completando, lo que no significa que esté faltando a la verdad sino que es la expresión de la reacción normal y lógica y el indicador de que está recuperándose.

En cualquier caso es muy difícil generalizar y no es infrecuente ver **situaciones similares tratadas de un modo diferente en la jurisprudencia**.

Así encontramos sentencias que valoran negativamente y entienden que resta credibilidad al testimonio de la víctima el que **después de ocurridos los hechos haya querido volver a estar con el agresor** como la **STS de 21 de mayo de 2010, nº 490/2010, rec. 2349/2009 Pte. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**: “Tampoco se entiende bien que, habiéndose dado una agresión sexual la primera noche, la afectada se hubiera puesto voluntariamente en la situación de ser de nuevo forzada en la segunda. ...Y, en fin, no casa el dato de que, de haber tenido lugar en los términos de la sentencia ambos episodios, tras el acaecimiento del segundo, Teresa hubiese telefonado a Brigida buscando a Desiderio en su casa, manifestando preocupación porque no hubiera vuelto a casa...” y otras sin embargo que lo entienden e interpretan dentro del estado de deterioro que el maltrato ha producido en la víctima, como verdadera expresión de la sintomatología del maltrato como la **STS de 26 de noviembre de 2010, nº 1065/2010, rec. 10151/2010 Pte. Manuel Marchena Gómez** que dice que “Los Jueces de instancia pudieron percibir por sí el **desequilibrio que todavía en el acto del juicio oral afectaba a aquélla**, interpretando algunas de las contradicciones que pretende destacar la defensa como **verdadera expresión de la sintomatología característica del maltrato**”. Así, en relación con las visitas que la víctima ha realizado a la prisión con posterioridad a los hechos, razona que”... estos encuentros son interpretados (...) como un reflejo del **deterioro emocional y dependencia que el contexto de permanente sometimiento y humillación han causado a la denunciante**. En su declaración transmite de forma nítida su miedo y horror cuando relata los episodios de agresión sobre los que se pregunta; reconoce sin problemas -no parece mentir en ningún caso- las dos visitas a prisión, e incluso se muestra sincera cuando preguntada por la razón de su conducta insiste en que “no sabe”, “tenía que verle”, “me da pena”, “no sé qué me pasa”. En realidad **este tipo de reacciones aparecen como reflejo de la culpabilidad y confusión que se detectan normalmente en un gran número de supuestos de agresiones reiteradas de este tipo. Es decir, lejos de afectar a su credibilidad, son una nueva prueba del grave daño emocional que le han provocado los hechos**: de hecho, la denunciante siempre resulta creíble, e incluso admite sin dudas -si bien con desánimo y sufrimiento- esos mismos encuentros sobre los que la defensa informa. No adornó tales episodios justificándose en la existencia de amenazas o presiones de cualquier tipo, sino que se le limitó a expresar con sinceridad sus sentimientos: no entiende por qué lo hace ni por qué siente dolor por él; es decir, no inventa respuesta, sino que expresa el sincero sentimiento de culpa que se describe habitualmente en este tipo de situaciones. Lo que resulta en todo caso claro es que nunca falta a la verdad: reconoce sin dudas y sin pensárselo esos encuentros a los que hace referencia”.

No es infrecuente que la víctima cambie su versión de los hechos a lo largo del proceso que refleja ese deterioro emocional señalado en la sentencia anterior y que se contempla también en la **STS de 21 de octubre de 2010, nº 902/2010, rec. 798/2010. Pte. Maza Martín, José Manuel** que se refiere a un caso en que el tribunal otorgó veracidad a los testimonios de la víctima en la instrucción aunque después se retractó en el juicio valorándolos en conjunto con otros elementos periféricos o en la **STS de 19 de octubre de 2010, nº 899/2010, rec. 10526/2010 Pte. Ramos Gancedo, Diego**.

La **STS de 12 de mayo de 2009, nº 510/2009, rec. 11582/2008. Pte. Manuel**

Marchena Gómez considera que la **tardanza en denunciar** o el que sea un **hecho menor el que desencadena la denuncia** de uno mayor, no son elementos que hayan de restar credibilidad al testimonio de la víctima sino que son reacciones y actuaciones frecuentes por parte de la misma.

La **STS de 21 de marzo de 2011, nº 238/2011, rec. 2068/2010. Pte. Adolfo Prego de Oliver** tras señalar los criterios a tener en cuenta para valorar la credibilidad del testimonio de la víctima, razona en el caso concreto como el que en sucesivas declaraciones la víctima haya ido ampliando su relato no resta necesariamente credibilidad al mismo.

En el **Convenio de Estambul** esta situación no pasa desapercibida y establece en su **art. 13** que las partes promoverán **campañas de sensibilización** para incrementar la conciencia y comprensión por el público en general de las distintas manifestaciones de la violencia incluida en su ámbito de aplicación y de la necesidad de prevenirlos.

Otra de las situaciones que pueden producir **victimización secundaria** es que no hay garantía para la víctima que el **letrado de oficio** que la asiste sea **el mismo para todo el proceso** ni el mismo **en los distintos procesos penales y civiles** que pueda tener, con la consiguiente necesidad de tener que ir contando cada vez a un letrado nuevo la situación completa.

El **Grupo de expertos/as del CGPJ** en su informe citado de enero de 2011 proponía una modificación de los artículos 20 y 47 de la LO 1/2004 y un art. 20.1 en este sentido: “Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/96, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a **asesoramiento jurídico previo** a que comience el procedimiento, asistencia, defensa y representación gratuitas por abogado y Procurador, en todos los procesos y trámites cualquiera que sea la jurisdicción, así como en los procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos **una misma dirección letrada asumirá el asesoramiento, asistencia y defensa de la víctima desde la primera entrevista e inicio del proceso o procedimiento hasta su finalización, y en los distintos procedimientos que se tramiten**. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En todo caso, se garantizara la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten... en todo caso, cuando se trate de **garantizar el asesoramiento previo**, la asistencia jurídica y defensa a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita”.

Consideran “de especial importancia que las víctimas de violencia de género tengan asistencia jurídica con carácter previo a la interposición de la denuncia, con la finalidad de que conozcan y sean informadas de sus derechos, de los trámites a seguir en un procedimiento, de la colaboración que de ellas requiere el proceso, de los efectos que un proceso penal tiene para el agresor, para la denunciante y para sus hijos menores, en caso de que los tuviera, y del resto de los extremos que para ellas

son relevantes de tal forma que **se evite un desencuentro entre sus expectativas y los efectos del proceso penal**”, esto es, que haya una victimización secundaria. Hay víctimas que no asumen las consecuencias del proceso y de haber tenido asesoramiento jurídico previo no hubieran denunciado.

La **Directiva 2012/29/UE** de 25 de octubre contempla en su **art. 4.1.b)** que a las víctimas se les informe de los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos. La razón de proporcionar esta información es entre otras, para permitirles adoptar decisiones con conocimiento y asunción de sus efectos.

Así se evitarían problemas como que la víctima luego no quiera declarar para evitar una condena que no quiere que se produzca porque no quiere todos sus efectos, como es por ejemplo el **alejamiento obligatorio**, y que decida no ir al juicio para no tener que declarar y se exponga como decíamos a ser detenida, o que vaya al juicio y declare de forma distinta a en su denuncia y a favor del acusado porque no quiera que lo condenen y se exponga a ser perseguida por un delito de **falso testimonio**. Es decir, que antes de poner la denuncia sepa todas sus consecuencias, y desde luego, un vez que tome la decisión, la que sea, este apoyada por esos servicios asistenciales que son tan necesarios y se ha demostrado están cumpliendo un gran papel y salvando vidas.

Continúa el informe del grupo de expertos/as que “asimismo se considera conveniente que se garantice que el letrado o letrada que asesore y asista a la víctima continúe prestando la asistencia jurídica a lo largo de todo el procedimiento y en otros procedimientos que, relacionado con esta materia, pueda tener la misma perjudicada. Superar las disfunciones producidas en la práctica, en la que conviven más de un letrado o letrada en los procesos civiles y penales, incluso en los procesos penales, si se ha iniciado más de uno, no sólo proporciona un **mejor conocimiento de la situación real al profesional sino que evita también la victimización secundaria, obviando inútiles reiteraciones y facilitando una mayor confianza de la víctima en sus asistencia letrada**”

Otra de las situaciones en que puede producirse victimización secundaria es por la **imposición obligatoria del alejamiento en los casos previstos en los art. 48 y 57.2 del Código Penal** no querido en todos los casos por la víctima y con la incertidumbre de si será perseguida como autora o cooperadora necesaria de un **delito de quebrantamiento de condena** en caso de que propicie o realice un acercamiento con el condenado o sujeto a una medida cautelar de alejamiento.

Los preceptos penales que están en juego en relación con el consentimiento de la víctima y el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar o de seguridad son los **artículos 57, 48, 83, 88 y 468 del Código Penal**.

El artículo 57 establece que en los procesos criminales en que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del CP, se impondrá la pena prevista en el nº 2 del art. 48, que es la prohibición de aproximarse a la víctima y a los familiares que en él se señalan.

Si se incumple esta pena se podrá incurrir en un delito del art. 468 citado que establece pena de prisión en estos casos. A su vez, la suspensión de esta pena de prisión o su sustitución queda condicionada con arreglo a lo establecido en los artículos 83 y 88 del CP, a la prohibición, entre otros, de aproximarse a la víctima.

La realidad nos demuestra que las víctimas en muchas ocasiones **se reconcilian con su agresor y reanudan la convivencia, o acceden a comunicarse y establecer relaciones con él** pese a que haya un proceso penal en marcha en el que se haya dictado o pueda dictarse una medida cautelar de protección o se haya impuesto una pena que prohíbe al agresor aproximarse a la víctima.

Las **soluciones** que por los tribunales se dieron a esta situación fueron **dispar** produciendo sin duda aparte de **inseguridad jurídica, victimización secundaria** hasta que se produjo el **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 25/11/2008** que señaló: **“El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP”**.

El consentimiento de la mujer puede ser valorado para examinar si concurre un **error de prohibición**, al menos cuando se trata de medidas cautelares y no de penas, pues en este último caso parece fácilmente comprensible que una pena impuesta por una autoridad judicial ha de cumplirse, sobre todo en casos en que el acusado ha estado asistido de un letrado de quien tiene por tanto la posibilidad de asesorarse sobre el particular.

Tras el Acuerdo del Pleno del TS se resuelve el problema de la seguridad jurídica, pero permanece el **problema humano** cuando la víctima quiere volver a vivir o comunicarse con el agresor al haberse producido una reconciliación y existe la posibilidad de una condena por quebrantamiento del artículo 468 del CP.

Puede sostenerse que la víctima en ningún caso puede ser perseguida penalmente por haber consentido ese acercamiento o comunicación con quien lo tiene prohibido pues no hay ninguna medida judicial que haya restringido su capacidad ni le haya impuesto ninguna obligación o prohibición pero también puede sostener lo contrario.

Para evitar este efecto indeseable en el caso de que nos hallemos ante medidas cautelares, una solución sería que la víctima, antes de reanudar la convivencia o comunicación con quien lo tiene prohibido, acudiera ante el juez que las dictó e instar una modificación de las mismas. Alzadas éstas se resolvería el problema posibilitando de nuevo la convivencia o comunicación sin incumplimiento de resolución judicial alguna pero seguiría persistiendo si, pese a la petición de la víctima, el juez entendiera que seguía existiendo una situación objetiva de riesgo y no las alzara. En los casos en que se tratara de penas y no de medidas cautelares, el condenado podría interesar el indulto y la suspensión de la pena mientras se resolviera conforme a lo establecido en el artículo 4.4 del Código Penal, pues para suspender la pena de prisión o sustituirla conforme a los arts. 83 y 88 del CP es requisito imprescindible que se cumpla el alejamiento del agresor frente a la víctima. El problema volvería a plantearse si el indulto fuere denegado.

Algunas SS TS que se han referido a estos supuesto últimamente son la **STS de 31 de enero de 2011, nº 126/2011, rec. 10701/2010, Pte. Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo**; la **de 31 de enero de 2011, nº 9/2011, rec. 10605/2010, Pte. Soriano Soriano, José Ramón**; la **de 26 de noviembre de 2010, nº 1065/2010, rec. 10151/2010. Pte.**

Marchena Gómez, Manuel y la **de 21 de octubre de 2010, nº 902/2010, rec. 798/2010. Pte. Maza Martín, José Manuel.**

Aparte de los problemas que se plantean sobre la eficacia jurídica del consentimiento de la víctima que no quiere se imponga esta pena en los supuestos que contempla el artículo 57 del CP, se han planteado problemas de interpretación acerca de si es de obligada imposición en los supuestos de malos tratos de obra donde no se ha causado lesión.

La **STS 1023/2009 de 22 de octubre** señaló, en un caso de maltrato sin lesión del art. 153.2 del CP que no era preceptiva la imposición de esta pena pues la acción típica era un maltrato de obra sin lesión señalando "...entre los delitos previstos en el art. 57.1, no se contempla el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado, pues aunque el delito de maltrato en el ámbito familiar se incluya dentro del Título III del Libro II "De las lesiones" y el tan citado art. 57.1 y 2 disponga su aplicación, entre otros delitos, en el de "lesiones", esta aplicación se tendrá que realizar cuando la conducta típica constituya realmente un delito de lesiones, pero no cuando la acción típica sancionada –como es el caso- se integra exactamente en una acción de maltrato de obra a otro "sin causarle lesión", constitutiva de delito". Esta tesis fue seguida en **SAP de Guadalajara, sec. 1ª de 9/11/2011.**

La Fiscalía General del Estado en aras a evitar conflictos humanos y familiares que tantas veces se han puesto de relieve por la imposición obligatoria de la pena, admitió con marcado carácter excepcional, ponderando las circunstancias del hecho, las personales del autor y la situación de riesgo de las víctimas, la posibilidad de no interesar la pena de alejamiento del art. 57-2 en los diferentes supuestos del art. 153-1 y 2 del mismo texto legal.

Sin embargo en la **Circular 6/2011** mantiene que "no puede sostenerse el carácter discrecional de la pena en los procedimientos de violencia sobre la mujer y doméstica (art. 57.2), por lo que los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre la pena de alejamiento de conformidad con los parámetros establecidos en el art. 57.1 del CP".

Llega a esta conclusión tras citar la **STS 703/2010 de 15 de julio** que, aunque no se planteó expresamente la obligatoriedad de la imposición de la pena de alejamiento, la impuso en un supuesto en que casó para condenar por maltrato de obra sin causar lesión, dando por supuesto que esta pena era de obligatoria imposición; la **STS 1182/2010 de 29 de diciembre** que dice que el tipo del maltrato del 153 CP es homogéneo con el de lesiones del 148.4 CP; la **STC 60/2010 de 7 de octubre** que declara la constitucionalidad de la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación.

Por la **Audiencia Provincial de Tarragona** se dictó Auto el 15 de septiembre de 2009 planteando **Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea** al amparo del artículo 234 del Tratado CE con el objeto de determinar si el nivel adecuado de protección a la víctima que preceptuaba la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, (ahora sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos) "resultaba compatible con la imposición de medidas preceptivas de alejamiento y de prohibición de

comunicación entre víctima y victimario cuando se trata de delitos cometidos en el ámbito familiar, aun cuando no se identifique ninguna finalidad concreta de preservación de la integridad física o moral de la víctima, y, por el contrario, se aprecie una intensa lesión del derecho a la vida privada y familiar y al derecho a la autonomía personal, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la víctima”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicto **sentencia** el **15/9/2011** y señaló que "los artículos 2,3 y 8 de la Decisión marco - DM 2011/220/JAI del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal- (que se referían al apoyo a la víctima, a que esta fuera oída y participara en el proceso ahora situación regulada en los arts. 1, 8, 9 y 10) deben interpretarse en el sentido de que **no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aún en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida**".

Entiendo que tras las anteriores sentencias citadas ya no cabe duda de la obligatoriedad de la imposición de la pena de alejamiento del art. 57 del CP en los casos que contempla pues en cualquier caso el maltrato de obra del 153 del CP aparte de la homogeneidad que tiene con el de lesiones, esta dentro del Título III “De las lesiones” del Libro II del CP, delito que específicamente se enumera en el art. 57 del CP. Una interpretación distinta en el sentido de su no obligatoria imposición supone una interpretación restrictiva *contra legem*. En su lugar debe procederse a una reforma del actual art. 57 del Código Penal en el sentido de no obligar a la imposición de las prohibiciones que se contemplan en el art. 48, sino dejarlo al arbitrio del tribunal tras la ponderación de las circunstancias del caso, del autor y de la víctima y escuchando siempre a ésta sobre ese particular.

El grupo de expertos/as del CGPJ también se ha hecho eco de este problema y ha señalado que “en la medida en que en pura técnica jurídica, resulta viable la imputación de la persona que induce o consiente el quebrantamiento, en calidad de inductora o cooperadora necesaria, se considera conveniente introducir un nuevo párrafo al art. 468.2 CP que acabe con la grave inseguridad jurídica que ha generado el enjuiciamiento de los casos de quebrantamiento inducido o consentido por la (presunta) víctima, con resoluciones contradictorias que van desde la condena del ofendido y quebrantador hasta la absolución de ambos.

Por ello se propone la adición de un nuevo párrafo al art. 468.2 CP, con el siguiente contenido:

“En estos supuestos, el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará responsabilidad penal para el mismo”.

Además señalan que “la experiencia demuestra que, una vez que ha surgido el primer episodio de maltrato, y a pesar de las muestras de arrepentimiento del agresor que pueden suceder tras él, la probabilidad de que surjan nuevos episodios violentos se incrementa. Pero también es cierto que un alejamiento forzoso, en todos los casos, puede conducir a situaciones indeseadas entre personas que van a seguir vinculadas por determinados lazos de afectividad, familiares, económicos, sociales etc. La vigente redacción del apartado 2 del art. 57 CP impide al juzgador realizar una adecuada

ponderación de las circunstancias concurrentes, para la adopción de la resolución que resulte más proporcionada al caso concreto.

Por ello, se entiende que debe suprimirse este apartado, rigiendo también para los supuestos de delitos de violencia doméstica o de género, las previsiones del apartado 1 del mismo precepto, que permiten al juzgador imponer una o varias de las prohibiciones contenidas en el art. 48 CP, resolución que habrá de ser motivada en todo caso.

Subsidiariamente, y para el supuesto de no prosperar la reforma que se postula, se propondría la extensión a estas penas accesorias del régimen de suspensión de las penas privativas de libertad, con las cautelas que se estimen necesarias y subordinado al cumplimiento de las condiciones y reglas de conducta que se estimasen oportunas”

Por último otro de los ámbitos en que se puede producir victimización secundaria es en la **exigencia de un elemento subjetivo o animus especial en los subtipos agravados de los delitos de malos tratos ocasionales (art. 153.1 CP), amenazas leves (art. 171.4); coacciones leves (art. 172.2 CP) y lesiones (art. 148.4 CP)**. Las resoluciones judiciales dispares en esta materia además de producir inseguridad jurídica, pueden producir una victimización secundaria en tanto que supondría una agravación de la situación de la mujer frente al hombre pues al exigírsele a él un animo especial (de dominación) que de no concurrir podría dar lugar a la degradación del hecho a falta, cuando fuera sujeto activo la mujer, no existiría la posibilidad de exigir ese ánimo especial y su acción, si cumpliera las exigencias del tipo, sería siempre delito y penado por tanto más gravemente.

La situación en la jurisprudencia del TS es la siguiente. Se ha pronunciado en varias ocasiones a este respecto. En la sentencia de **12 de mayo de 2009** no exigía ningún elemento finalístico especial y decía que conforme a la literalidad del art. 153.1 del CP parecía fuera de dudas que golpear a la persona con la que se mantiene una relación de afectividad produciendo un hematoma integraba este delito. Sin embargo, en la posterior de **24/11/2009, nº 1177/2009, rec.629/2009. Pte. Ramos Gancedo, Diego Antonio** y cuando el art. 153 del Código Penal ya había sido declarado constitucional -SS.95/2008 y 100/2008-, señaló lo contrario y exigía una intención específica de “dominación” del hombre sobre la mujer aunque esta sentencia tuvo un voto particular discrepante. Decía que la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibile.

Posteriormente el **T.S. en sentencia de 30/09/2010 nº 807/2010, rec. 10242/2010. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto** ha vuelto a reiterar lo señalado en la sentencia de **12/05/2009** concluyendo que el art. 153 del Código Penal debe ser aplicado siendo indiferente la motivación del autor si se dan, por supuesto, los requisitos precisos de la relación entre las partes.

El TS nuevamente cambia de posición y en **sentencia nº 1376/2011 de 23 de diciembre** vuelve a señalar que, entre otros elementos, este delito esta integrado por

un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina.

En fin, lo que se impone es un criterio unánime del TS como el acuerdo que se tomó en lo relativo a la relevancia del consentimiento de la víctima para acceder a acercarse o comunicarse con quien o tenía prohibido por una sentencia o una medida cautelar a los efectos de la comisión del delito de quebrantamiento del art. 468 del Código Penal.

Esta cuestión también ha sido resalada por el grupo de expertos/as del CGPJ citado y proponen, para evitar problemas de interpretación, la inclusión en todos los subtipos introducidos por la Ley Integral el inciso “con cualquier fin” o fórmula de análoga significación.

Por último termino como empecé, y ya que el objeto de este Congreso es definir los nuevos retos ante los que nos encontramos, **el reto es que incorporemos los nuevos instrumentos a que me he referido a nuestra legislación y que la práctica judicial evolucione de modo acorde con ello así como que se produzca la consiguiente evolución y cambio de mentalidad de la sociedad.**