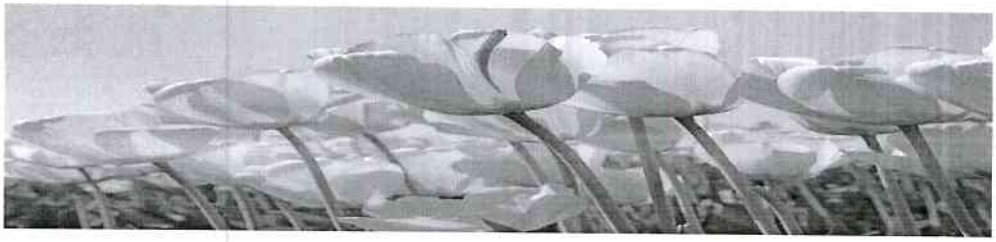

Por una sociedad libre de violencia de género

Especialidades en el proceso penal en delitos de violencia de género: instrucción, fase intermedia, juicio oral y ejecución

En Vigo, 25 de noviembre de 2019

PONENTE: María Belén Rubido de la Torre, magistrada del Juzgado de lo Penal número cuatro de Pontevedra (con especialidad en violencia de género y doméstica)

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS TIPOS PENALES EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

I. Introducción: líneas generales y modificaciones principales.

La reforma que entrará en vigor el 1 de julio de 2015, supone la reforma más profunda efectuada en dicho Código desde su aprobación. Se modifican 252 de sus artículos y se suprimen 32. Además, se reforman otros 18 artículos de la LECrim, uno de la Ley de Indulto, uno de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y se añade una disposición a la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE

Si hacemos caso del Preámbulo, que a modo de resumen esquemático de su contenido y sin la altura de miras y aclaración de intenciones propia de una verdadera Exposición de Motivos que se echa en falta, las líneas generales de la reforma son atender a las nuevas demandas sociales surgidas por el transcurso del tiempo, y, en general, revisar el régimen de penas y su aplicación, adoptar mejoras técnicas para ofrecer un sistema penal más ágil y coherente, introducir nuevas figuras delictivas o adaptar las ya existentes como respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia, suprimir las infracciones que por su escasa gravedad no merecen reproche penal y dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España.

Las principales modificaciones que incorpora podríamos centrarlas en **lo tocante a la parte general en la desaparición de las faltas con creación de los delitos leves,** la modificación de la responsabilidad de las personas jurídicas, la introducción de la prisión permanente revisable, el nuevo régimen de la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, la enésima modificación de la expulsión de extranjeros, una considerable ampliación de la reincidencia internacional y un profundo cambio en la regulación del decomiso, junto con otras reformas penológicas de menor alcance.

Respecto de **la parte especial**, son abundantes los delitos que se modifican, destacando por una parte como nuevos delitos tipificados la financiación ilegal de partidos políticos, **los matrimonios forzados, el hostigamiento, acecho o acoso, la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones obtenidas con anuencia de la persona afectada y la manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas cautelares;** y por la amplitud de la reforma a que se les somete, **el homicidio y asesinato, los delitos contra la libertad sexual, la inmigración ilegal**, los delitos contra la propiedad, en particular las estafas, la administración

desleal, las insolvencias punibles, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, la corrupción privada, la malversación, los delitos de atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal con secuestro o desaparición e intrusismo.

II. Víctimas DIRECTAS en delitos de la VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

a) **La mujer.**
b) **Los hijos y otros descendientes.**

II.A) Las mujeres como víctimas de violencia de género.

Siempre que consideremos un delito de violencia sobre la mujer, debemos distinguir el **ámbito objetivo** (la tipología delictiva) y el **ámbito subjetivo** (quiénes son víctima/s y agresor)

Aunque es materia conocida por todos es importante establecer las premisas para tratar de delimitar qué es competencia de Violencia sobre la Mujer y la introducción de las nuevas tipologías penales, debemos atender al artículo 87 ter de la LOPJ para determinar qué es competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, bien exclusivos bien por competencia otorgada por el CGPJ.

Se modifican las letras a) y d) y se añade la g) al apartado 1 por el art. único.25 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio **en vigor desde el día 01/10/2015.**

Establece el artículo que: tienen competencia penal en los siguientes delitos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o **cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación**, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de

afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o ~~incapaces~~personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de l~~a~~os ~~faltas contenidas en~~delitos leves que l~~a~~oes ~~títulos I y II del libro III del Código Penal,~~atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Por ello, siempre que consideremos un delito de violencia sobre la mujer, debemos distinguir el ámbito objetivo (la tipología delictiva) y el ámbito subjetivo (quiénes son víctima y agresor)

Pero como no sólo debemos tratar los delitos de violencia contra la mujer, sino también los delitos de violencia de género, sobre todo cuando hablamos de

menores de edad, debemos distinguir lo que es la violencia de género o violencia sobre la mujer y lo que sería la violencia doméstica.

Esta última realmente no está determinada específicamente al establecer lo que sería violencia doméstica, pero respecto del ámbito "objetivo" se interpreta que se trata de los mismos delitos de violencia sobre la mujer cuando está referido específicamente en el artículo, la referencia al artículo 173.2 del CP.

Pero como no sólo debemos tratar los delitos de violencia contra la mujer, sino también los delitos de violencia de género, debemos distinguir lo que es la violencia de género o más correctamente llamada "violencia sobre la mujer en el ámbito doméstico".

Este ámbito subjetivo se prevé en el artículo 173.2 del CP pero también en el artículo 1 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

II.A. Las MUJERES como víctimas de violencia de género.

En la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de **desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres,** se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las **mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.**

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

La ley señala que son víctimas de violencia de género la mujer "***quien sea o haya sido su cónyuge*** *o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una* ***análoga relación de afectividad*** *aun sin convivencia".*

Sobre la interpretación que se ha dado recientemente en la STS 4146/2015, de la Sala Segunda del TS, recoge la jurisprudencia de la Sala sobre el concepto de "***relación de afectividad***". Dice la STS que debe estimarse tal relación en los términos legales cuando:

a) Exista una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y

b) Que el delito cometido tenga **relación directa o indirecta** con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.

Es ordinario o común que lo que se cuestiona es la concurrencia **del requisito de la relación sentimental con la víctima, y de la misma esencia de tal relación de afectividad**, diciendo el encausado que no era pareja sentimental, que es cierto que tenían relaciones sexuales con cierta habitualidad pero no una relación estable de carácter sentimental, y que mantener relaciones sexuales aún habituales con una persona no necesariamente supone tener ese vínculo que exige la culpabilidad ese mayor reproche penal.

Es por ello muy importante recabar toda la información precisa a tal efecto sin dar por hecho el hecho mismo de la relación. También es importante recabar datos sobre la situación matrimonial, no sólo para determinar el momento en el que estamos desde el punto de vista civil, sino el hecho mismo de la ruptura puede afectar a algo tan importante como la dispensa legal del artículo 416 de la LECRIM.

II.B. Los MENORES ya no sólo como víctimas de violencia doméstica sino como víctimas directas de violencia de género.

Mediante la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se lleva a cabo la modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, añadiendo a los MENORES como personas directamente perjudicadas, como víctimas directas de la violencia de género.

Explica la Exposición de Motivos, que cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.

Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, **reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.**

Por ello, y además de su reconocimiento como víctimas directas de la violencia de género (ya no sólo como víctimas de violencia doméstica que ya lo eran supuso introducir una serie de novedades:

- la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.
- La ampliación de las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

- Se supera la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores.

Porque antes de esa fecha, de la reforma de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el menor sólo era víctima de violencia doméstica en caso de que su madre fuera también maltratada. Ahora se pueden y deben considerar directamente víctimas de violencia de género cuando el delito contra ellos se comete en el marco de un ambiente propio de la violencia de género.

Por ello debemos distinguir cómo se prevé en la Ley, especialmente en el Código Penal, quiénes se consideran especialmente protegidos en el ámbito penal agravando la punición.

En general, los hijos del agresor y/o de la víctima (no biológicos del agresor) son descendientes y como tales están incluidos en la descripción del artículo 173.2 del CP.

Concretamente en el artículo 173.2 del CP se considera violencia doméstica la que se ejerce "sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o sobre los menores o incapaces personas con discapacidad necesitadas de especial protección (antes decía "incapaz") **que con él convivan** o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre **integrada en el núcleo de su convivencia familiar**, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran **sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados**"

Requisitos:

a) **Convivencia estable** entre las personas/parientes mencionadas en el momento de los hechos. Sin duda se ha planteado algún problema respecto de los actos de violencia contra las personas que por su especial

vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda **en centros públicos o privados.** Parece que si están en un Centro de menores o en un Centro para mayores no cumplirían con el requisito de la "convivencia". En este caso, el legislador está pensando en los casos en que el menor/mayor en esa relación de dependencia pueda tener en su caso, convivencia ocasional con el presunto agresor, y en ese momento realizarse el acto de violencia doméstica amparada por la llamada violencia doméstica.

b) Por **vínculo de sangre** (consanguineidad) **o por afinidad** (del otro cónyuge o pareja sentimental)

Por ello, ahora los menores son especialmente relevantes y el Legislador les ha dotado de una condición de víctima directa de la violencia de género.

III. EL GÉNERO (femenino) como agravante genérica.

Esta agravante habrá de referirse específicamente en sentencia (apreciándose expresamente) y se refiere a los delitos cometidos contra la mujer, sin que sea en el ámbito doméstico o de relación de pareja o matrimonio antes explicada. Se prevé como una agravante genérica dentro del catálogo de los llamados "*delitos de odio*".

Con la reforma se incorpora **el género como motivo de discriminación** en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011.

La Ley Orgánica 1/2015 ha modificado el artículo 22.4 del Código Penal introduciendo como factor de agravación la motivación de género. El Convenio de Estambul no recoge esta circunstancia entre el catálogo de agravantes de su artículo 46, pero conviene hacer una breve referencia a esta modificación legislativa por su relevancia y por su conexión material con el contenido del Convenio.

El artículo 22.4.ª del Código Penal dispone que es circunstancia agravante: "Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a

la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, **razones de género**, la enfermedad que padezca o su discapacidad".

La sanción penal de los actos discriminatorios por "razones de género" también ha originado que esta circunstancia se incluya en los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (artículos 510 , 510 bis, 511 y 512) .

Esta agravante fue introducida **por la LO 1/2015, de 30 de marzo**, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: "En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22 . La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el **Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica**, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "*los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo."*

Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su art. 3 apartado d) Por "violencia contra la mujer por razones de género", *"se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".*

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA.

Las agravantes suelen clasificarse en objetivas y subjetivas. Las primeras suponen un incremento de la gravedad objetiva del hecho y las segundas un mayor reproche al autor, una desvalorización del autor por referencia a su vida anterior, a su forma de pensar o a su actitud ante el ordenamiento jurídico (2) .

Esta nueva agravante por razones de género participa de las mismas características que la **agravación por discriminación racial o ideológica**, y buena prueba de ello es que se encuentra situada en el mismo precepto que las restantes agravantes por razones discriminatorias (artículo 22.4 CP). Se trata de una agravante **"subjetiva"**, cuya reprochabilidad se asienta en el móvil abyecto del autor y para cuya aplicación habrá de probarse por la acusación, generalmente mediante el uso de presunciones, que el sujeto actuó por un móvil de género.

Se objeta, sin embargo, que ese modo de comprender la agravante limita su aplicación porque no pueden desconocerse las dificultades de probar los motivos internos del autor y **porque resulta asimétrico y difícil de comprender que las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones causados por un hombre a una mujer en el contexto de una relación de matrimonio o pareja (artículos 148 y 153 CP), en cuanto caracterizados de "violencia de género",** sean castigados con una pena mayor que si la causante fuera la mujer, sin necesidad de prueba sobre la intención del autor, y que en un homicidio, por citar el ejemplo de un delito más grave, **no se pueda hacer lo mismo salvo que se acuda al engorroso trámite de probar la intención del autor.** Se añade, además, que la agravante de género debe aplicarse exclusivamente para la protección de la mujer, en tanto que es ella y no el varón quien forma parte del colectivo a quien afecta la relación de dominación característica de la violencia de género. Género a estos efectos debe ser el femenino, según esta posición.

La agravante **por motivos discriminatorios o en "delitos de odio"** parece que tiene su primer pronunciamiento en la "Wisconsin versus Penalty-Enchancement Statute 939.645 (1991-992)" y se ha ido reconociendo poco a poco en algunos países europeos y americanos (3) . Los problemas de su aplicación y la crítica a su existencia provienen de los problemas de su legitimación.

Toda norma penal tiene que estar legitimada y la legitimación requiere que la norma proteja un bien jurídico valorando los costes que esa protección conlleva, lo que permite ponderar su necesidad y su proporción. Ahora bien, una norma penal que sancione un delito más gravemente tomando en consideración en exclusiva los

motivos del autor podría ser inconstitucional por contravenir la libertad ideológica y de expresión (artículo 16.1 y 18 CE).

Afirma DOPICO GÓMEZ-ALLER que en la medida en que el legislador no está legitimado para prohibir ideologías o sentimientos, tampoco lo está para fundamentar una (mayor) sanción (4) en la ideología del autor. No existe la obligación de pensar de una determina forma, cada cual es libre de pensar como quiera, por más abyectos e inmorales que sean sus pensamientos, y nadie puede ser sancionado por pensar de forma discrepante a la mayoría. Desde el Digesto forma parte de nuestra tradición jurídica el principio "cogitationis poenam nemo pátitur" (5) .

Debemos cuestionarnos ¿Por qué es más grave matar a otro por motivos racistas que por motivos económicos? ¿Qué justificación tiene castigar más gravemente la primera acción? ¿No son acciones igualmente graves?

Las posturas son las siguientes:

a) Posición subjetiva

El mayor castigo del delito motivado por razones discriminatorias o de odio se justifica desde el utilitarismo en la protección de colectivos discriminados, en la eficacia disuasoria de este tipo de sanciones y en la sensación de protección que proporciona la existencia de estas sanciones. Desde posiciones deontológicas, que vinculan la noción de castigo con la de justicia, se considera justificada la agravante porque los delitos de odio o por motivos discriminatorios conllevan un daño superior que los otros delitos ya que la víctima los entiende como un ataque a su identidad, porque el grupo al que pertenece la víctima se siente amenazado, porque incrementa la tensión social entre los grupos y porque, en fin, suponen un ataque a los valores constitucionales. Pero en verdad ninguna de estas posiciones es totalmente satisfactoria y no explica con suficiencia por qué motivo debe sancionarse más gravemente un delito atendiendo exclusivamente a la motivación de su autor ya que con ello parece castigarse el pensamiento, no la acción.

b) Posición objetiva

Con muchos matices diferenciales otros autores han buscado el fundamento de la agravación en la mayor gravedad del injusto. MACHADO RUIZ (6) considera que la explicación de la agravante no sólo se encuentra en los motivos del autor sino en el efecto que el delito produce en el sujeto pasivo Para este autor, el bien jurídico protegido es el derecho a ser diferente. LAURENZO COPELLO (7) también refiere como relevante para la justificación de esta agravante no la motivación sino los efectos que produce en el sujeto pasivo, en el mayor desvalor del resultado como consecuencia de la lesión del derecho del sujeto pasivo a ser tratado como igual. LANDA GOROSTIZA (8) afirma que el fundamento de la agravante está en el desvalor adicional del resultado analizado desde la impresión o afectación que produce, no en el sujeto pasivo, sino en el colectivo objeto de discriminación. Para DOPICO GÓMEZ-ALLER (9) , el fundamento de la agravación reside en la existencia de una mayor antijuridicidad. Entiende que la motivación de género, como la motivación racista, no hace referencia la "actitud espiritual interna" sino la carga expresiva del acto, a su carga o carácter ofensivo. Se aplicará la agravante valorando los efectos perversos de la carga expresiva, tanto desde una perspectiva sistemática como político-criminal.

No faltan posiciones eclécticas. SALINERO ECHEVARRÍA (10) , sitúa la agravante en el plano del injusto, en un desvalor tanto objetivo como subjetivo. El desvalor objetivo consiste en la mayor peligrosidad del hecho y en el mayor desvalor del resultado que engloba, a su vez, el desvalor del delito unido al desvalor de la lesión del principio de igualdad. Este último afecta tanto al sujeto pasivo como al grupo al que pertenece. El desvalor subjetivo está en que el autor actúe por un motivo discriminatorio.

c) La **posición del Tribunal Supremo.**

El Tribunal Supremo optaba por la consideración de la agravante de género como agravante de tipo subjetivo.

Muy recientemente, en la **STS, Penal sección 1 del 19 de noviembre de 2018** (ROJ: STS 3757/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3757) se ha establecido Doctrina Casacional sobre la cuestión.

EXPOSICIÓN DEL CASO: La Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al encausado como autor criminalmente responsable de dos delitos, uno de maltrato habitual y otro de homicidio intentado, y en la resolución judicial de casación se plantearon varias cuestiones, entre las que nos interesan, la aplicación de la agravante de género y su compatibilidad con la agravante de parentesco.

Decir antes, que en los delitos más graves (entre ellos se cuenta el delito de homicidio, pero también todos los relativos a la libertad sexual de la víctima) no se encuentran específicamente incluidos en delitos de violencia de género, y respecto de ellos se les aplica no una agravación específica de violencia de género (como pasa en los delitos de maltrato, amenazas leves, o incluso el maltrato habitual o el acoso), por lo que se les viene aplicando la agravante de parentesco. En esta sentencia se alegó que no había una relación de afectividad entre víctima y encausado durante la comisión de los hechos (***convivían juntos pero no parecían ya tener relación de afecto***) y por eso no era de aplicación la agravante de parentesco.

En los hechos probados de la sentencia, constaba que el encausado había mantenido relación de tres años, aproximadamente, de relación análoga a la conyugal con convivencia con la víctima, y que tuvo lugar en varios domicilios. Asimismo, la víctima volvía en alguna ocasión a su domicilio, pero consta probado que el acusado le conminaba a volver con él bajo amenazas de mostrar fotografías suyas desnuda a su madre, con lo que el ámbito convivencial ha sido acreditado en el juicio oral y elevado al resultado de hecho probado, lo que constituye el eje central para la aplicación de la agravante de parentesco del art. 23 CP que se cuestiona.

Recordar que la circunstancia mixta de parentesco, se prevé en el artículo 23 lo siguiente: *" es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito,* ***ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad****, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente"*.

RESOLUCIÓN Y RAZONAMIENTO DE LA CUESTIÓN RELATIVA A CÓMO HA DE APLICARSE LA AGRAVANTE DE PARENTESCO: Se fundamentaba por la sentencia (y el TS lo avala) que la agravante de parentesco deriva de una **circunstancia**

objetivable basada en la convivencia, sin exigirse vínculo alguno de afectividad subjetiva en la relación de pareja, ya que ello haría ineficaz la aplicación de la misma si se exigiera la prueba del afecto entre autor del delito y su víctima por no formar parte de la esencia de la agravación por su naturaleza puramente objetiva basada exclusivamente en la relación entre las partes y en la convivencia.

En efecto, el Tribunal Supremo ya ha declarado en reiterada doctrina **que el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante.** El texto legal ni siquiera exige la presencia actual de la relación, sino que se expresa como "ser o haber sido" pareja por lo que la exigencia de la relación actualizada entre víctima y encausado no es exigible.

Así, podemos citar la reciente STS 610/2016, de 7 de julio, en la que se dice por el Tribunal Supremo que: *"Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero , que* ***la circunstancia mixta de parentesco está fundada en la existencia de una relación de matrimonio a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos*** *en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el* ***plus de culpabilidad*** *que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y* ***no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación.****"*

Lo propio se dijo también en la STS 251/2018, de 24 de mayo: "La STS. 59/2013 de 1.2 , recuerda que concurre dicha agravante cuando se da el elemento objetivo de la relación de pareja estable, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar como consecuencia del marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida, aunque se haya roto. En efecto el artículo 23 C.P . en su actual redacción se refiere a *"...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad*". Redacción actual que tiene su origen en la L.O. 11/2003, **que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable", respecto a la relación de afectividad.**

RESOLUCIÓN DEL CASO EN RELACIÓN A LA AGRAVANTE DE GÉNERO Y SU POSIBLE CONCURRENCIA CON LA AGRAVANTE DE PARENTESCO.

Esta sentencia estudia, y esto es lo más relevante, si procede o no aplicar la agravante de parentesco para los delitos cometidos contra la víctima cuando ya no hay vigente una relación de afectividad habiéndose aplicado la agravante de parentesco.

Dicho de otro modo: es si es o no compatible esta agravante de parentesco con la aplicación de la agravante de género.

EXPOSICIÓN DEL CASO: La sentencia recurrida declaraba en su resultancia fáctica que desde el inicio de la relación, *"el acusado de forma reiterada amedrentaba a la víctima, le tiraba del pelo y le insultaba como forma de manifestación del dominación sobre ella, y que cuando volvía a su casa en Madrid le conminaba a volver con él diciéndole que iba a mostrar fotografías de ella desnuda a su madre, consiguiendo de este modo el control sobre la mujer, lo que al perdurar en el tiempo le provocó un síndrome ansioso depresivo".*

El Tribunal que dicta la sentencia en primera instancia, justifica en su sentencia la aplicación de la agravante de genero, en la posición de control que ejercía el recurrente sobre la víctima, dado que en el FD 2º in fine señala que el acusado actuó con ánimo discriminatorio, reflejado en la posición de control que ejercía sobre la víctima "desde el inicio de la relación " y que está en el origen del hecho que conduce al intento de homicidio que se inicia cuando el recurrente la busca en su habitación considerando que la misma carece de intimidad, y le coge el dinero que consideraba suyo, y todo ello en base al hecho de ser mujer y poder disponer de las cosas de ella a su conveniencia.

RESOLUCIÓN DEL CASO. Lo que dice el Tribunal Supremo sobre la agravante de género.

Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos

motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, **sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer**. Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".

Como también decía otra sentencia muy reciente (**STS 420/2018, de 25 de septiembre**) la nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género.

Distingue la STS entre:

a) Discriminación en relación al **Sexo**, entendido como las **características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres.**

b) Discriminación por razón de **género** se refiere a **aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres** (Convenio de Estambul, art. 3.c).

Es claro que **la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja.** Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra.

En el caso enjuiciado, destaca el Tribunal "a quo" que la mujer era agredida constantemente por su pareja, lo que evidencia una posición de dominio, hasta el punto de que le había quitado la documentación.

Este tipo de actitudes la considera el TS como referida a una situación propia de dominación y machismo, con la finalidad de que no pueda circular con libertad sin su consentimiento o autorización, y si se marcha del domicilio le amenaza con divulgar fotos comprometidas de ella, lo que constituye un conjunto de actos de sometimiento psicológico para conseguir una posición de dependencia de la víctima sobre el agresor.

Por ello, el tribunal de instancia dijo en su día que "el acusado llevó a cabo una conducta altamente violenta generando una conducta de terror y de dominación sobre la víctima". Todo ello queda evidenciado en el episodio final, cuando la víctima reacciona saltando al vacío desde la terraza al no poder salir de otro modo, por impedirlo el acusado. De igual forma, este acto refleja claramente la situación de subyugación de la que era víctima la mujer debido al terror que se refleja ante "el escenario del miedo", expresión que quedó fijada en la Sentencia 247/2018, de 8 de mayo. Y ello, con la idea y finalidad de conseguir tal **clima de terror para llegar a dominar su capacidad de decisión y voluntad al someterla a sus decisiones**, lo que implica un acto de dominación y machismo **que conduce a la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP que correctamente aplica el Tribunal sentenciador.**

Esta situación de "sometimiento continuado" del agresor sobre la víctima, dice el TS, le lleva a anular su voluntad, que es el fin directo de la reiteración de actos que tiene el desenlace final con la tentativa de homicidio, y aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado que conforma todos los actos delictivos bajo la estigmatización que provoca en los sentimientos de la víctima y que se desarrolla en la ejecución de actos tendentes a conseguir la posesión física e intelectual por el sujeto autor del delito hacia la víctima y doblegar su voluntad para quedar sometida a la del ahora recurrente.

Por ello, se realiza una opción: la situación de machismo que condiciona la vida de la mujer, es suficiente para aplicar la agravante de género.

Por lo que la siguiente cuestión a abordar sería **la compatibilidad entre la agravante de genero con la agravante de parentesco.**

Explica el TS que se parte en primer lugar de su distinto fundamento.

En efecto, la agravante de género tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención -manifestada por actos de violencia-, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo. En consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja. Hemos declarado también que existe ese requisito en supuestos de reanudación de la convivencia cuando ha habido una ruptura y la víctima vuelve al hogar mediatizada por actos del agresor para que regrese al mismo, continuando con las agresiones que en muchos casos acaban con la vida de la víctima, tal y como ocurrió en el supuesto analizado por esta Sala en Sentencia 371/2018, de 19 de julio, ante un supuesto de asesinato cometido hacia su pareja que había abandonado el hogar y que regresó para continuar su convivencia con quien más tarde acabaría matándola de 51 puñaladas.

Declara por tanto, que al tener distinto fundamento, son COMPATIBLES la agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género.

Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia **no excluye que la agravante de genero del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente** si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo **no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.**

En suma, y como se venía manteniendo desde la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y

subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

En este mismo sentido, la doctrina apunta en cuanto a la admisión de la compatibilidad de ambas agravantes que la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante de genero prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito una ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo. Con ello, no se vulnera la prohibición de doble valoración (non bis in idem) por la aplicación de ambas, ya que existen dos hechos distintos, que no se tienen que dar necesariamente juntos, y que permiten fundamentar la agravación en uno y otro caso.

También pone de manifiesto la doctrina que la agravante por razón de género se fundamenta, precisamente, en la discriminación que sufre la mujer en atención al género, y ello con independencia de la existencia o no de una relación de pareja entre la víctima y el sujeto activo. Por su parte, la agravante de parentesco se asienta en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas.

Así resulta del Convenio de Estambul que fue ratificado en Instrumento publicado en el BOE en fecha 6 de junio de 2014, y, por ello, formando parte de nuestro derecho interno de aplicación al caso concreto. Vemos:

a.- Violencia contra las mujeres: Debe destacarse que el art. 3, a) del Convenio de Estambul señala que "Por "violencia contra las mujeres" se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

b.- Violencia contra la mujer por razón de género. En el art. 3 c) se recoge que Por "violencia contra la mujer por razones de género" se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

c.- Sanción de los tipos penales. Construido el citado Convenio en razón a la violencia que se ejerce sobre las mujeres debemos destacar, y es clave para ello, el art. 43 del Convenio que señala que los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.

En consecuencia, el fundamento de la agravante se ubica en la **mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma** entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el acto ilícito penal añadimos el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima.

Con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer.

Naturalmente, no puede aplicarse la agravante de genero ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la **prohibición non bis in idem.**

En definitiva el Tribunal Supremo se adhiere a la Doctrina más autorizada, cuando afirma que la agravante de genero debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento

de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia.

La dispensa a no declarar y la renuncia a las acciones penales por la víctima.

1. La dispensa en las víctimas de violencia de género (mujeres).

La regulación de la dispensa en los delitos de violencia de género y violencia doméstica, es importantísima. Concretamente se regula en el art 416 de la L.E.Criminal que establece que "*están dispensados de la obligación de declarar, los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261*".

Empezando por este último artículo, la nueva redacción del artículo 261 de la LECRIM, tras la reforma operada por la disposición final 1.4 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, que regula el Estatuto de la Víctima, establece que están dispensados de su obligación de denunciar:

1.º El **cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.**

2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

Por su parte, el artículo 416.1.1ª de la LECRIM establece que están dispensados de la obligación de declarar: los parientes del procesado en líneas 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 a que se refiere el número 3 del artículo 261.

Para la vigencia de la dispensa y vista la regulación legal antes referida, una interpretación lógica de ambas normas nos lleva a pensar que para la vigencia de esta dispensa:

a) La relación de análoga afectividad a la marital ha de estar **vigente** en el momento de los hechos al menos.
b) Que si se ejercita activamente (personándose como acusación particular) la víctima, renuncia a su derecho a no denunciar, concedido en el artículo 261.1.1ª de la LECRIM, por lo que el mantenimiento en juicio de dicha acusación, presentando escrito de conclusiones, sin duda alguna es incompatible con el pedir la vigencia de tal dispensa.

Respecto de la interpretación de la Jurisprudencia sobre el ámbito de actuación del ámbito de la dispensa de no declarar, del artículo 416.1ª de la LECRIM, se expresa en la sentencia que consolida jurisprudencia de la Sección 1ª de la Sala II del TS en sentencia de fecha 28 de octubre de 2014 (STS 4870/2014, Recurso: 803/2014)

Es destacable cuando se procede al estudio de esta dispensa, el punto de partida. Dice la STS que *"en primer lugar conviene proclamar como punto de partida que la previsión del art. 416 LECrim* ***es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado****. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado"*

Cita a su vez, la conocida STC 94/2010, de 15 de noviembre que llevó a otorgar el amparo reclamado por la víctima de un delito atribuido a su cónyuge *"... es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar,* ***la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo****, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como* ***reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado****, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim , lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso,* ***no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo,*** *quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificatorias y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim"*

Es decir, el TS amparado por la Doctrina del TC que se repite en varias resoluciones del TS, establece que una actuación espontánea (la presentación de una denuncia) y una concluyente actuación procesal (personarse como acusación particular) suponen desconectar del fundamento y finalidad de la dispensa, puesto

que en el caso que menciona la Sentencia del TC es que la víctima del delito ni tan siquiera fue informada previamente del derecho a no declarar contra su cónyuge, y lo hizo ante el Juez de lo Penal, mientras que la Audiencia Provincial estimaba el recurso de apelación interpretando que al no ser informada la testigo de tal dispensa, la declaración era nula de pleno Derecho. Sin embargo, el TC casa esta sentencia de segunda instancia y atempera la norma considerando que incluso en los casos en que se informa de este derecho, la parte que actúa válidamente en un proceso penal se entiende que renuncia al ejercicio de dicha dispensa.

Siguiendo con la jurisprudencia del TS la sentencia del 23 de marzo de 2009 (STS 2139/2009- Recurso: 11295/2008) da este estatus a la dispensa del 416.1 de la LECRIM, analizando sus motivaciones últimas. Dice que "*está fuera de toda duda que el legislador no puede imponer a cualquier persona una fidelidad ciega al interés público en el descubrimiento de los hechos delictivos. Los vínculos familiares pueden desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos. El parentesco adquiere en el proceso penal una dimensión singular que hace de él algo más que una fría categoría jurídica. Los lazos de afecto que de ordinario laten en las relaciones familiares, exigen un tratamiento singularizado a la hora de fijar el verdadero alcance de la obligación de declarar. Este es el objeto de los arts. 416.1 y 418 de la LECrim*"

Por ello reconoce que una interpretación constitucional de ambos preceptos, integrando en su contenido la relación de pareja de hecho, incluso sin convivencia (entre otras, STS 134/2007, 22 de febrero), pero sigue argumentando esta STS que "*...más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre* ***una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible****. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento.* ***El art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso***"

En la STS 3166/2015, ECLI:ES:TS:2015:3166, Nº de Recurso: 10018/2015, de fecha 25/06/2015, se establece por al Alto Tribunal que no se puede considerar la dispensa como un "silencio" sino que ha de ser realizada por el Tribunal previamente a iniciar dicha declaración, para ofrecerla a la testigo, cuya declaración puede ser analizada de conformidad con las normas ordinarias de la prueba testifical y sus contradicciones puestas de manifiesto de conformidad con el art. 714 de la LECR.

Así se dice por la STS:

Partiendo de esta base, de ningún modo pueden ser acogidas las pretensiones del recurrente, en el sentido de considerar infringido el *artículo 416 de la L.E.Criminal* , que dispensa de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los parientes a que se refiere el *nº 3 del artículo 261. Y no puede ser acogida la tesis del recurrente, porque tanto su esposa como su hija (y así lo reconoce el recurrente en su*

recurso) fueron advertidas del derecho a no declarar que les otorgaba el artículo 416 de la L.E.Criminal , y que si lo hacían se podrían tener en cuenta sus declaraciones, y aun así optaron por declarar. Luego se respetó el contenido del *artículo 416 de la L.E.Criminal* .

Lo que no es aceptable es pretender, como pretende el recurrente, que una declaración exculpatoria -o semi exculpatoria- sobre el acusado , declarando su inocencia, tenga la consideración de un "silencio" , y pretender basar esa interpretación "sui generis" del artículo 416 en jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La *Sentencia de la Sala Segunda nº 703/2014, de 29 de octubre* , que reiteradamente menciona el acusado, no dice eso. Esta resolución sí refiere que si el testigo hace uso de la facultad que le otorga el artículo 416 de la norma procesal y no declara en el juicio oral , no se puede dar lectura a sus declaraciones en el sumario, que se permite cuando la declaración prestada en el sumario no sea en lo sustancial conforme con lo prestado en el juicio oral. También se afirma que las declaraciones anteriores de quien legítima y voluntariamente hagan uso de la dispensa no podrán integrar prueba de cargo. Incluso que el no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior, en el juicio oral. Pero en ningún momento afirma, que la declaración activa y voluntaria de exculpación del acusado deba ser asumida como un silencio al que se acoge el testigo.

Para tratar de dar una única interpretación a esta cuestión tan estudiada, se realiza un ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL DÍA 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECRIM.

Dice este Acuerdo que:

1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.

Esta cuestión, la de la reforma y modificación de la dispensa de no declarar para las víctimas de violencia de género han generado trabajos en las Cortes Generales, concretamente en el Congreso de los Diputados de 3 de agosto de 2017 se pretendía abordar esta cuestión sin llegarse a ninguna solución legislativa

La presidencia del Observatorio contra la Violencia doméstica y de Género se propugna suprimir esta dispensa en el ámbito de la violencia de género, sostenida por varias Fiscalías, con la argumentación de que al tratarse todo delito de violencia de género (salvo las injurias o vejaciones leves) un delito público no cabe

perdón ni mediación, considerando la dispensa "otro instrumento de dominación del varón y provoca muchas sentencias absolutorias".

Esta realidad es así.

Muchas de las sentencias absolutorias se deben a la negativa de la víctima a declarar, lo que supone que siendo la única prueba directa pues no es posible determinar lo sucedido y enervar la presunción de inocencia.

Tras varios dictámenes en la proposición de ley aprobada por el Pleno se indicaba que el Congreso de los Diputados instará al Gobierno a (...) 15) Impulsar la modificación del artículo 416 LECrim para suprimir la dispensa de la obligación de declarar contra el cónyuge o pareja de las víctimas de violencia de género, como uno de los mecanismos para el perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas, así procurando *"evitar espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar a través de las modificaciones legislativas oportunas".*

En esta materia, existe un importante **Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece había dispuesto que** la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

2. La dispensa en los menores de edad (víctimas o testigos de los hechos)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que tal advertencia es necesaria cuando los menores tengan la suficiente madurez. Aspecto éste que puede depender de numerosas circunstancias que deben ser valoradas expresamente por el Tribunal. Cuando carecen de la necesaria madurez, la decisión corresponde al progenitor no privado de la patria potestad y que sea ajeno a los hechos objeto del proceso.

Recoge el parecer de la Sala Segunda del TS la reciente sentencia del 17 de diciembre de 2018 (ROJ: STS 4343/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4343)

En la STS nº 209/2017, de 28 de marzo, se decía lo siguiente: "El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la **dispensa** de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez.

1. Testigo menor de edad

Protección especial de la víctima menor de edad en la nueva redacción del artículo 707.2 de la LECRIM, cuando establece que "*La declaración de los* ***testigos menores de edad*** *o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para* ***impedir o reducir los perjuicios*** *que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia,* ***evitando la confrontación visual*** *de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado* ***cualquier medio técnico*** *que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos* ***sin estar presentes*** *en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.*"

Esta previsión, introducida por la disposición final 1.19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, es una norma que ya se introdujo en otras legislaciones de Derecho Comparado, como STPO alemana de 2013, en la legislación procesal penal italiana para el testigo menor de 16 años víctima de delitos sexuales (arts. 392 y 398 bis de su Código) o la legislación francesa desde 1998 (Loi n° 98-468, de 17 de junio) y es un paso más en la evitación de la victimización secundaria producida en determinados testigos especialmente vulnerables, que ya se apuntaba en la reforma operada por la LO 8/2006, de diciembre. Todo ello, con apoyatura en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991 (art. 96.1 C E), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 1 5), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39 4º C E ("*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*").

Así en la STS 19/2013, de 9 de enero, se reitera que "*atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre , entre otras- no son ajenos a estas necesidades*".

Y esta sentencia reconocía ya en el año 2013 que "*a través de los arts. 433, 448,455,707,731bis,777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso,* ***evitando la confrontación visual con el inculpado****, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de* ***la videoconferencia*** *como procedimiento de realización del interrogatorio*".

En este caso, el artículo 730 de la LECRIM, establece que "*podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección*"

Como establece la STS del 26 de julio de 2016 (ROJ: STS 3920/2016) Sentencia 686/2016, Recurso: 10027/2016, -"Solo excepcionalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se dan razones de **imposibilidad del testigo**, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la inmediación ante el Tribunal juzgador" pero precisamente uno de estos tres casos reconocidos por la Ley, es precisamente el caso de la imposibilidad sobrevenida derivada del fallecimiento de la testigo, que por falta de previsión (artículo 448-449 de la LECRIM) dada la avanzada edad de ésta, no se preconstituyó.

Como sigue explicando la STS este supuesto viene siendo admitido y regulado por el art. 730 de la LECriminal, que cubre los casos en que no siendo posible prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de otros casos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles.

Protección especial de la víctima menor de edad en la nueva redacción del artículo 707.2 de la LECRIM, cuando establece que "*La declaración de los **testigos menores de edad** o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para **impedir o reducir los perjuicios** que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, **evitando la confrontación visual** de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado **cualquier medio técnico** que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos **sin estar presentes** en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.*"

Esta previsión, introducida por la disposición final 1.19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, es una norma que ya se introdujo en otras legislaciones de Derecho Comparado, como STPO alemana de 2013, en la legislación procesal penal italiana para el testigo menor de 16 años víctima de delitos sexuales (arts. 392 y 398 bis de su Código) o la legislación francesa desde 1998 (Loi n° 98-468, de 17 de junio) y es un paso más en la evitación de la victimización secundaria producida en determinados testigos especialmente vulnerables, que ya se apuntaba en la reforma operada por la LO 8/2006, de diciembre. Todo ello, con apoyatura en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991 (art. 96.1 C E), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 1 5), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39 4º C E ("*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*").

Así en la STS 19/2013, de 9 de enero, se reitera que "*atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre , entre otras- no son ajenos a estas necesidades*".

Y esta sentencia reconocía ya en el año 2013 que "*a través de los arts. 433, 448,455,707,731bis,777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso,* ***evitando la confrontación visual con el inculpado****, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de* ***la videoconferencia*** *como procedimiento de realización del interrogatorio*".

En este caso, el artículo 730 de la LECRIM, establece que "*podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección*"

Como establece la STS del 26 de julio de 2016 (ROJ: STS 3920/2016) Sentencia 686/2016, Recurso: 10027/2016, -"Solo excepcionalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se dan razones de **imposibilidad del testigo**, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la inmediación ante el Tribunal juzgador" pero precisamente uno de estos tres casos reconocidos por la Ley, es precisamente el caso de la imposibilidad sobrevenida derivada del fallecimiento de la testigo, que por falta de previsión (artículo 448-449 de la LECRIM) dada la avanzada edad de ésta, no se preconstituyó.

Como sigue explicando la STS este supuesto viene siendo admitido y regulado por el art. 730 de la LECriminal, que cubre los casos en que no siendo posible prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de otros casos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles.

2. La PERSONACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA RENUNCIA DE LAS ACCIONES PENALES Y CIVILES en el proceso penal en sus distintas fases.

2.1. Reforma del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

Este Real Decreto, nacido del Pacto de Estado de Toledo, es destacable la modificación de las reglas temporales de admisión de la personación de la víctima como acusación particular, que pretendía con el marco legal ya existente.

Según la Exposición de Motivos del RDL pretende esta normativa mejorar la participación de la víctima en el proceso penal, para lo que se modifica el artículo 20 de la LO 1/04 de Violencia de Género, reformando el apartado 4 y añadiendo tres nuevos apartados al mismo del siguiente tenor literal:

«4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado o letrada de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género y para asegurar su inmediata presencia y asistencia a las víctimas.
5. Los Colegios de Procuradores adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de procurador o procuradora en los procedimientos que se sigan por violencia de género cuando la víctima desee personarse como acusación particular.
6. El abogado o abogada designado para la víctima tendrá también habilitación legal para la representación procesal de aquella hasta la designación del procurador o procuradora, en tanto la víctima no se haya personado como acusación conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente. Hasta entonces cumplirá el abogado o abogada el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.
7. Las víctimas de violencia de género podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado.»

¿Qué supone la nueva regulación del Pacto de Estado?

- Se atribuye a la defensa letrada la función del procurador en particular a efectos de notificaciones, de manera análoga al letrado de la defensa hasta la fase intermedia conforme a lo previsto en el artículo 768 LEcrim y también en el artículo 797.3 de la Ley procesal para los juicios rápidos.

- Podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento, con las cautelas que reclama en todo caso el derecho de defensa.

Cabe decir que se mantiene con independencia de la existencia de recursos para litigar, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, **a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y**

de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querella, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justifica gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

En los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra y, en especial, en los de violencia de género, **deberá ser el mismo abogado el que asista a aquélla, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa** *(reformado el apartado g) por la Ley 42/2015)*

Porque además del genérico deber (gratuito) de asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión, se prevé específicamente que cuando se trate de víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como de menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2, la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querella.

También se regula la organización de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas (reformado por la Ley 2/2017)

Con la nueva ley, se potencia la actividad Colegial a la hora de ser los órganos encargados de coordinar los servicios de asistencia y representación gratuita.

Dice el artículo 22 de la Ley 1/1996, establece que los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios obligatorios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia.

Los profesionales que presten el servicio obligatorio de justicia gratuita, tendrán derecho a una compensación que tendrá carácter indemnizatorio.

Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes.

Los Colegios de Abogados facilitarán a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, así como el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.

EL OFRECIMIENTO DE ACCIONES Y LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS y su eficacia al respecto del personamiento como ACUSACIÓN PARTICULAR.

Según la redacción de los artículos 109 y 110 de la LECR, se exigía el ofrecimiento de acciones previo a la víctima para que ésta pueda realizar un personamiento, exigiendo que fuera antes del trámite de calificación para que pueda ser realizada su personación.

Esta última regulación debemos ponerla en conexión con la nueva regulación por la que se introdujo tanto el artículo 109 bis LECrim, como el artículo 785.3 del mismo cuerpo legal introducidos ambos por *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.*

Disponen dichos preceptos:

Artículo 109 bis.

1. Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho **podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito,** si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.

   En el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

2. El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo **no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados**. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

3. La acción penal también podrá ser ejercitada **por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas**, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.

Artículo 785.3 LEcrim.

Cuando la víctima lo haya solicitado, **aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir,** el Letrado de la Administración de Justicia le informará por escrito y sin retrasos innecesarios, de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor.

Supera esta redacción del art. 785.3 de la LECRIM, la redacción del artículo 109 in fine, cuando se refería exclusivamente a las víctimas de delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, cuando el Letrado de la Administración de Justicia (con independencia de que estuviera o no personada la víctima como acusación particular) tenía que asegurar la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

Se está pensando en todo lo relativo a la situación personal del encausado pero incluso también en relación al resto del procedimiento, vigencia de la orden cautelar, y cualquier otra cuestión relativa a la situación de protección (por ejemplo las notificaciones de las distintas valoraciones de riesgo policial que la víctima tendría derecho a saber por cuanto que condicionan la protección policial a ésta).

Si bien la intención legislativa de ambos artículos (109 bis y 785.3 de la LECRIM) era articular el sistema procesal de modo más flexible para la víctima de violencia de género, se produce por el contrario, que en cierta forma perturba la posibilidad de personación tardía que ya se reconoce en la Jurisprudencia.

Porque la Jurisprudencia ya había examinado hasta la extenuación este tipo de personamientos tardíos en delitos públicos como es el caso de la violencia de género, y concretamente se había evolucionado desde una postura más

procesalista e inflexible, en el que el momento preclusivo era el trámite previo a la calificación, sin permitir ningún personamiento posterior, ahora ya se estaba permitiendo el personamiento tardío.

1. En la fase de instrucción, podría personarse en cualquier momento y a partir de este momento habría la posibilidad de participar en la instrucción, proponer diligencias de instrucción, solicitar medidas cautelares o interponer todo tipo de recursos contra resoluciones no firmes.
2. En la fase intermedia igualmente cabe esta personación. Para el caso de que no sea emplazada para calificar, debemos preguntarnos si es posible una personación tardía (justo tras el auto de procedimiento abreviado, y en la fase de calificación con emplazamiento para calificar al Ministerio Fiscal, artículo 780 de la LECRIM).
3. En la fase de juicio oral: al inicio de las sesiones, o incluso en fases posteriores de recurso o ejecución en cualquiera de sus incidencias.

Veamos la postura de la Jurisprudencia más reciente.

La STS 18/2018, 17 de Enero de 2018 estudió ya el tema de las personaciones tardías de la Acusación Particular.

Concretamente en su Fundamento Quinto se decía lo siguiente:

La STS 459/2005, de 12 de abril consideró excesivamente formalista una interpretación literal del art. 110 LECrim que había llevado a expulsar a la acusación particular en el trámite de las cuestiones previas, a instancia de las defensas, por haberse personado extemporáneamente. Como no habría ocasionado indefensión alguna a las defensas, era procedente mantener su presencia activa en el proceso. En dirección similar, la STS 177/2008, de 24 de abril admite la posibilidad de personarse tras el auto de apertura del juicio oral.

La cuestión ha sido tratada en abundantes precedentes. Las SSTS 900/2006, de 22 de septiembre; 316/2013, de 17 de abril de 2013; 413/2015, de 30 de junio; y 550/2017, de 12 de julio concuerdan en que la falta del preceptivo ofrecimiento de acciones al perjudicado u ofendido por parte del órgano judicial en fase de instrucción habilitaría para subsanar la omisión y abrir las puertas a la personación.

"La regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento -enseñará por su parte la STS 170/2005, de 18 de febrero - ha sufrido modificación... El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal , lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción.

El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso.

En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones".

La jurisprudencia más reciente reafirma esa flexibilización.

Así la STS 665/2016, de 20 de julio , mantiene la posibilidad de personación de la víctima en el acto del juicio oral, incorporándose con plenitud de derechos y con la posibilidad de presentar sus conclusiones provisionales o adherirse a las del Fiscal así como cumplir el trámite de conclusiones definitivas.

Con esta jurisprudencia y la especial protección de los artículos 109 bis y 785.3 de la LECRIM, tratándose de víctimas de violencia de género, **se admite la personación en cualquier momento, sin preclusión alguna por trámite procesal**, y por tanto no sólo antes del trámite de calificaciones provisionales sino en cualquier momento y fase del proceso: en instrucción, fase intermedia o juicio oral, sino también con ocasión de los recursos antes de la firmeza de la sentencia y en la fase de ejecución.

Los límites infranqueables sería:

a) Sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas.
b) Que se aparten del contenido estricto del proceso.

El TS parece considerar que no vulnera el derecho de Defensa cuando la Acusación Particular se persona en el acto del Juicio y presenta conclusiones definitivas distintas de las de las otras acusaciones (Fiscalía).

Realiza esta analogía con la regulación del 788.4 de la LECRIM, en la que cuando en las conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal **podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa**, a fin de que ésta

pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

Lo que dice el Tribunal Supremo es que incluso debería permitirse realizar conclusiones en el acto del juicio oral (no sólo por adhesión) a la acusación particular que en ese momento se persona, y si esas conclusiones no son homogéneas con las del resto de las acusaciones, se podrá pedir por la Defensa el aplazamiento a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

Requisitos de este personamiento:

a) No puede tratarse de una personación EXCLUSIVAMENTE CON ABOGADO, SINO QUE HA DE HACERSE UNA PERSONACIÓN APUD ACTA, con necesario otorgamiento de poder por parte del procurador@..

b) A partir de este momento se incorpora al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de realizar todas las actuaciones procesales no precluidas.

En todo caso, en materia de notificaciones no deben olvidarse las previsiones del artículo 7 del Estatuto de la Víctima, precepto que bajo la rúbrica *derecho a recibir información sobre la causa penal,* dispone que: Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor

Añadiendo el apartado tercero del precepto que 3. Cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones (curiosamente, no incluye la referencia a la letra b), que no es otra que la sentencia dictada en el proceso, no obstante lo previsto en el artículo 789.4 y 742 in fine LEcrim, que sí prevén dicha notificación en el ámbito del procedimiento abreviado y sumario ordinario aunque la víctima no se haya personado en el proceso).

Finalmente y ya en la fase de ejecución el nuevo artículo 20.7 LO 1/2004 extiende las previsiones del Estatuto de la Víctima al permitir que más allá de la intervención expresa que dicho Estatuto prevé previa notificación de las oportunas resoluciones, en todo caso de forma sobrevenida podrá asumir la condición de parte, aunque no lo hubiera hecho con anterioridad, y por tanto intervenir con plenitud en todos los trámites e incidentes que se sustancien en su seno, desde la decisión sobre suspensión de ejecución de la pena hasta tramitación de beneficios penitenciarios.

REGULACIÓN DE LOS JUICIOS RÁPIDOS EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

1. Cuando el Juez de guardia hubiere acordado continuar este procedimiento, en el mismo acto oirá al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en su caso, soliciten o se ratifiquen en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares. En todo caso, si el **Ministerio Fiscal y el acusador particular, si lo hubiera, solicitaren el sobreseimiento, el Juez procederá conforme a lo previsto en el artículo 782.** Cuando el Ministerio Fiscal o la acusación particular soliciten la apertura del juicio oral, el Juez de guardia procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 783, resolviendo mediante auto lo que proceda. Cuando se acuerde la apertura del juicio oral, dictará en forma oral auto motivado, que deberá documentarse y no será susceptible de recurso alguno.

2. Abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta oralmente, procediendo entonces el Secretario del Juzgado de Guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral.

Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto el Secretario judicial a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

3. El Letrado de la Administración de Justicia del juzgado de Guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a tal fin en los órganos judiciales enjuiciadores y ajustándose a lo prevenido en el artículo 785.2 de la presente Ley. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, de los señalamientos de juicios orales que realicen los Juzgados de guardia ante los Juzgados de lo Penal.

También se acordará la práctica de las citaciones propuestas por el Ministerio Fiscal, llevando a cabo en el acto el Letrado de la Administración de Justicia las que sean posibles, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

4. Si se hubiere constituido **acusación particular** que hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de guardia, **éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus**

escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2.

5. Si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito de acusación en el momento establecido en el apartado 2 o en el plazo establecido en el apartado 4, respectivamente, el Juez, sin perjuicio de emplazar en todo caso a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 782, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

6. Una vez recibido el escrito de defensa o precluido el plazo para su presentación, el órgano enjuiciador procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 785, salvo en lo previsto para el señalamiento y las citaciones que ya se hubieran practicado.

7. En todo caso, las partes podrán solicitar al Juzgado de guardia, que así lo acordará, la citación de testigos o peritos que tengan la intención de proponer para el acto del juicio, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

MARIA BELÉN RUBIDO DE LA TORRE.
Magistrada del Juzgado de lo Penal número 4 de Pontevedra, Juzgado especializado en Violencia contra la Mujer y violencia doméstica.