

Autor: María del Rosario Esteban Meilán, Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid

Editorial: El Derecho Editores

Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, pg. 1

Ámbito: Jurisprudencia

Jurisdicción: PENAL

Fecha de publicación: abril de 2008

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DELITOS

MALOS TRATOS

Cuestiones generales

Delito

Relaciones de parentesco o afectividad

VIOLENCIA DE GÉNERO

PROCESO PENAL

CUESTIONES GENERALES

PRUEBA

En general

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.416, art.710, art.714, art.730 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita STS Sala 2ª de 26 septiembre 2005 (J2005/187655)

Cita STS Sala 2ª de 17 diciembre 1997 (J1997/9369)

Cita STS Sala 2ª de 28 septiembre 1996 (J1996/7102)

Cita STS Sala 2ª de 11 abril 1996 (J1996/1597)

Cita STS Sala 2ª de 15 abril 1996 (J1996/1568)

Cita STS Sala 2ª de 25 marzo 1994 (J1994/2792)

Cita STC Sala 1ª de 25 octubre 1993 (J1993/9480)

Cita STS Sala 2ª de 4 junio 1992 (J1992/5764)

Cita STS Sala 2ª de 8 noviembre 1991 (J1991/10572)

Cita STS Sala 2ª de 2 octubre 1991 (J1991/9243)

Cita STC Sala 2ª de 25 febrero 1991 (J1991/2028)

Cita STC Sala 1ª de 21 diciembre 1989 (J1989/11626)

Cita STC Sala 1ª de 28 julio 1981 (J1981/31)

Definiciones

La violencia de género, al igual que la violencia doméstica, no es un problema que afecte actualmente al ámbito privado. Al contrario, en la actualidad existe una mayor conciencia que en épocas anteriores al producirse un rechazo colectivo, y una evidente alarma social, cuando ésta se produce. Los poderes públicos no podían ser ajenos a ello al constituir los delitos de violencia de género uno de los ataques más flagrantes a los Derechos Fundamentales como son la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación, proclamados en nuestra CE. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el art. 9,2 CE, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo así los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Pocas veces se ha acometido una reforma penal tan importante como la efectuada en materia de violencia doméstica y de género, al aprobarse de forma conjunta una reforma del CP casi de un tercio de su texto y en sus disposiciones adicionales la ley lleva a cabo una profunda reforma del ordenamiento jurídico, para adaptar las normas vigentes al marco introducido. Para ello se han contemplado normas que afectan incluso a las funciones del Ministerio Fiscal, mediante la creación del Fiscal contra la violencia sobre la mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto, así como mediante la creación de una sección equivalente a la Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscriben Fiscales con especialización en la materia. Así, los Fiscales intervienen en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delito o falta cuya competencia es atribuida a los Juzgados de Violencia de Género, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio que versen sobre guarda y custodia de los menores, en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

El malentendido concepto del derecho a la intimidad no se entendió como una especie de puerta por la que difícilmente se pudiese pasar para analizar el problema de la violencia y, por tanto, que debiera ser sólo conocido si los miembros del núcleo familiar accediesen a ello, esto es algo que no podía sostenerse dado que una manifestación de carácter maltratador no es algo cuya suerte pueda decidir la buena voluntad de los maltratados.

Sin embargo la violencia de género y la violencia doméstica vienen a ser objeto, en la mayoría de las ocasiones, de juicios rápidos, es decir se tratan con toda celeridad para obtener una respuesta eficaz y rápida de los Tribunales. Así el caso, la declaración de la víctima en su primera denuncia supone la comparecencia de la policía en el domicilio, para posteriormente acudir al juzgado y, tras serle tomada declaración judicial, sea mantenida o no ésta por la víctima, incluso aún acogándose a su derecho a no declarar la víctima, se mantiene la acusación por el Ministerio Fiscal, abriéndose juicio oral para el acusado, quien será juzgado por los hechos objeto de primera denuncia.

La situación que quiero plantear y analizar en el presente foro es la siguiente: la dificultad de la prueba en estos casos y la problemática que se deriva, dado que aunque lo que se pretende es terminar con la violencia machista, conforme a la Jurisprudencia del TS salvo los supuestos de prueba preconstituida o anticipada, la única prueba susceptible de destruir la presunción de inocencia del acusado es la que se practica en el acto del juicio oral, con todas las garantías de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad. De suerte que las diligencias practicadas en fase de instrucción únicamente pueden ser valoradas como pruebas de cargo en los supuestos específicos previstos en los arts. 714 y 730 LECrim. Las víctimas, en la mayoría de las ocasiones y según mi experiencia como juez penal de Madrid, desde la entrada en vigor de la presente reforma en el 80% de las ocasiones se retractan de su denuncia. Es doctrina general que las únicas pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el plenario o en el juicio oral con observancia de los principios expuestos, de oralidad, publicidad, contradicción efectiva de las partes e inmediación del tribunal (SSTC, entre otras, 31/1981, 217/1989, 41/1991 y 303/1993). Se ha declarado que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, casos de discordancia entre ambas, siempre que aquélla sea sometida en tal acto a contradicción con las expresadas garantías, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad. Doctrina ésta recogida en la STS de 28 septiembre 1996, siguiendo una constante manifestada, entre muchas, en SSTs de 2 octubre y de 8 noviembre 1991, de 4 de junio 1992, de 25 marzo 1994 y de 15 abril 1996. Cuando un testigo o acusado declara en el juicio oral en un sentido diverso a lo manifestado en Instrucción, el Tribunal, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, asumiendo, en su caso, las declaraciones precedentes al juicio, con tal que en la diligencia de declaración se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la ley, y que de algún modo, normalmente a través del trámite del art. 714 LEC, se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores manifestaciones presentadas en el sumario o diligencias previas. O, al menos, que en el desarrollo del juicio se contengan referencias a lo expresado por testigos o acusados en sus comparecencias ante policía y juez instructor, lo que puede decirse, incluso del propio contenido de las preguntas con respuestas reflejadas en el acto del juicio oral. No impera un riguroso criterio formalista, siendo importante que las originarias declaraciones queden introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral.

Así las cosas, cuando la víctima se retracta de su primera denuncia, se puede tener en cuenta su primera declaración, como prueba prestada en instrucción con todas las garantías a fin de corregir la conducta maltratadora del acusado, sin embargo en la actualidad la víctima ya no se retracta, sino que amparándose en el art. 416 LECrim se acoge a su derecho a no declarar.

En el caso del cónyuge, viene textualmente recogido, por lo que el juzgador, tiene la obligación legal de informar de tal derecho y en el caso de que la mujer esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, con o sin hijos en común, aunque no venga recogido expresamente y no exista la obligación legal taxativa de informar por el juzgador sobre tal derecho, en el caso de ampararse en el mismo, se concede por analogía el amparo. Lo contrario se consideraría una discriminación y un trato desigual por parte del CP al sujeto pasivo del delito de maltrato, dado que el art. 172 CP recoge en relación con el art. 153 del mismo CP, como personas específicas de sujeto pasivo de los delitos de violencia doméstica no solamente al cónyuge sino también a las personas que estén o hayan estado ligadas a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, por tanto debe extenderse este derecho del art. 416 no solamente al cónyuge sino a estas personas, y si estos testigos privilegiados tienen derecho a ser dispensados de la obligación

legal de declarar y, en concreto al cónyuge, debe de hacerse extensivo tal derecho a las personas que se hayan unido al acusado por análoga relación de afectividad aún sin convivencia por la equiparación que se lleva a cabo en los arts. 153 y 172 CP entre el cónyuge con las parejas a las que se alude. Esto, que en un principio parece de lógica, supuso una lucha con la Fiscalía toda vez que cada vez que se concedía amparo a la víctima, si no era el cónyuge legal, se oponía al amparo y recurrían las sentencias, lo que producía un perjuicio para la oficina judicial por el trabajo que daban los recursos para el juzgado unipersonal y para la Sala. El tiempo ha dado la razón y se ha producido un aquietamiento en tal circunstancia.

El amparo supone que si la víctima se acoge a su derecho a no declarar, conforme a la jurisprudencia del TS, SSTS de 17 diciembre 1997, de 11 abril 1996, significa que no quiere declarar en contra del acusado en el juicio oral y no puedan ser traídas al plenario las declaraciones prestadas en instrucción a través de los supuestos previstos en el art. 730 por vulnerarse el principio de contradicción e intermediación del tribunal, pese a la petición Fiscal para ello.

El art. 730 dice *"podrán también leerse 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"* no nos encontramos ante un supuesto de los establecidos en el art. 730, puesto que la víctima no declara por voluntad propia en el plenario y así lo expresa retirando incluso su acusación en la mayoría de las veces y no por causas independientes a su voluntad, como textualmente dice tal artículo, sino porque por voluntad propia no quiere declarar, por tanto no puede ser tenida en cuenta como prueba la declaración prestada por la víctima en instrucción. Esto significa que aunque el juzgador llegue a la convicción de que los hechos denunciados en su día por la víctima, y por los que el Ministerio Fiscal fórmula acusación, sean ciertos, falta la prueba necesaria para dictar la sentencia condenatoria. La Fiscalía pretende la lectura de las declaraciones y al serle denegado por no aplicación del citado artículo, surgen las protestas y nuevamente el trabajo de la oficina por recursos, y ello porque se pretende a ultranza la condena, cuando no hay prueba que enerve la presunción de inocencia, pese al ejercicio público de la acción y la mayoría de los casos de violencia de género y de violencia familiar terminan en sentencias absolutorias, con el consiguiente perjuicio económico por puesta en funcionamiento de múltiples instituciones como los Juzgados de Violencia de Género, Fiscales adscritos, nombramiento de abogados del turno de oficio para defensa la víctima, juicios rápidos, citaciones de la policía al acto del plenario, citaciones de los médicos del SAMUR a fin de que ratifiquen los informes emitidos, citaciones de los propios médicos forenses que han emitido su informe relativo a la sanidad de la víctima etc.

Igualmente y para superar la falta de prueba se pretende hacer valer como prueba que desvirtúe la presunción de inocencia la testifical de referencia. Las declaraciones testificales, tanto en la fase de instrucción, como en su caso, en el juicio oral, de los testigos de referencia, en concreto y casi siempre la de los policías que acuden al domicilio alertados por la propia víctima, aunque declaren en el juicio oral como testigos de referencia art. 710 LECrim respecto de los hechos que les había contado la supuesta víctima de este delito, al requerirles, para poner denuncia o los médicos del SAMUR a quienes la víctima cuenta la razón de sus lesiones y quien se las ha producido, no pueden ser tenidas en cuenta, en ausencia del testigo de cargo cuando este voluntariamente no quiere declarar, puesto que ninguno de ellos fueron testigos presenciales de los hechos acaecidos, por las mismas razones expresadas para el testigo de cargo, si no puede introducirse en el debate, la declaración sumarial de la víctima, como prueba de cargo, mediante su lectura en el juicio oral por hacer uso de su derecho a no declarar conforme al art. 416 LECrim, tampoco pueden introducirse en el juicio las declaraciones de testigos de referencia, como prueba de cargo, si el testigo directo se niega a declarar, tales declaraciones referenciales no tienen ningún valor incriminatorio. Esto supone la impotencia de los profesionales quienes contemplamos la situación, y el fracaso de los medios. Dado que lo que considerábamos malentendido concepto del derecho a la intimidad, da todos sus frutos, y ello porque los sentimientos y la actitud de las víctimas sufren distintas fases desde el momento en que ponen la denuncia, hasta las distintas fases por las que transcurre el proceso:

Miedo: Miedo de ser golpeadas o rechazadas por sus conocidos o por el personal de la propia institución. Miedo a que sea expulsado su cónyuge o pareja del territorio por aplicación del art. 89 CP, téngase en cuenta que la mayoría de los casos de maltrato que llegan a los juzgados, se trata en la mayoría de las veces de extranjeros, con una cultura completamente diferente a la nuestra y con una concepción de la pareja, el matrimonio, la diversión, el ocio, completamente diferente, en la mayoría ilegales por lo que casi siempre se les pide por la Fiscalía, sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión, esto supone que la víctima que viene con escasos recursos y con una concepción de la pareja completamente diferente, se retraiga y busque la forma de no continuar con el proceso por el miedo a la expulsión del acusado, lo que supone que después de ser debidamente orientados se acojan al derecho a no declarar y aunque la defensa de la víctima se siente traicionada incluso por esta retirada de acusación por expreso deseo de su cliente, oriente a la misma de sus derechos.

Negación: es decir la víctima puede negar la gravedad e incluso la existencia del problema.

Culpabilidad: la víctima puede sentirse culpable, por creer que algo que ella hizo o como lo hizo fue la causa, de la agresión o bien sentirse culpable incluso por abandonar a su marido compañero agresor, por perjudicar en alguna forma o de defraudar su confianza.

Desconfianza: la víctima puede no confiar en los profesionales por haber tenido experiencias anteriores desafortunadas.

Desaliento: se puede sentir desanimada por haber sido abatida por haberse arriesgado anteriormente y ver que no sirve de nada.

Ante estas actitudes, en la mayoría de los casos la víctima desiste, no sólo del ejercicio de la acción penal, solicitando no personarse en las actuaciones, sino que incluso se niega a declarar. La Fiscalía tiene orden de mantener el ejercicio de la acción penal pese a ello, lo que supone a la vista de lo anteriormente expuesto que la sentencia se sepa de antemano que va a ser absolutoria, por falta de prueba, pero aun así, se mantiene el ejercicio de la acción penal, cuando se sabe cuál va a ser el resultado. Esto sucede incluso, aun cuando después de haberse acogido la víctima a su derecho a no declarar en la fase de instrucción se sigue manteniendo la acusación, la víctima no suele acudir al llamamiento judicial y debe ser suspendido el juicio y ser conducida por la fuerza pública en muchas ocasiones al estar citada en forma para ello, otras veces en la fase probatoria, cuando falta un policía al plenario, o un médico sea del SAMUR o forense, y aun conociendo, que son testigos de referencia, se sigue solicitando su presencia en el juicio, interesando la suspensión para su nueva citación como prueba, tal prueba, se sabe igualmente que no va a enervar la presunción de inocencia, razones que desconozco,

llevan a realizar estas peticiones, con el consiguiente malestar en los juzgados por la pérdida de tiempo en actuaciones que no suponen ningún resultado positivo.

La Ley de Violencia de Género está siendo un fracaso, los psicólogos aconsejan no presionar a la víctima, el número de mujeres fallecidas a causa del maltrato sigue siendo escandaloso, los juicios rápidos no producen el resultado esperado, a la vista del elevado número de sentencias absolutorias dictadas por las razones expuestas, en casos en los que existen informes médicos claramente compatibles con agresión. Por otro lado, la Ley resulta claramente anticonstitucional dado que en el caso de que se produzca un maltrato mutuo entre la pareja, la ley castiga con mayor pena al varón que a la mujer, por razón de sexo. Por otro lado la medida de alejamiento y no comunicación con la víctima, de obligada imposición al formar parte del tipo, da lugar a que el juez no pueda calibrar cuándo ésta es necesaria o no, lo que supone en muchos de los casos un incumplimiento de la misma de forma concertada con la propia víctima, el juzgador sabe en muchos casos que ésta no va a ser cumplida, pero la naturaleza de la misma dada por el legislador en la ley, impide que legalmente ésta sea adoptada, cuando es necesaria, y no impuesta en otros casos. Esto significa que el TS en STS de 26 septiembre 2005 tuviera que pronunciarse al respecto y preguntarse qué ocurriría si la víctima reanudaba voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente. La contestación a tal pregunta era que o se consideraría a la mujer como cooperadora necesaria al menos por inducción al quebrantamiento de condena o lo que produciría es que el sistema penal se habría entrometido intolerablemente en la privacidad de la pareja, cuyo derecho más relevante, dice el Supremo, es el derecho a vivir juntos, STS de 24 marzo 1988 y de 9 junio 1998, entre otras. La vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de la víctima en cuya protección se otorga, porque la convierte en el árbitro de una decisión que no sólo le afecta ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, lo que supone una falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida y esto supondría dejar la efectividad de un pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la pena cometida.

Tras estas reflexiones y pese a saber la delicada situación de las víctimas, las cosas no pueden seguir como están, y se deberá arbitrar que la declaración de la víctima, o denuncia de ésta, sea un requisito de procedibilidad necesario para continuar el procedimiento. A fin de evitar procesos innecesarios e inútiles para la lucha contra la violencia del género, arbitrar el alejamiento y la no comunicación de la víctima como medida a adoptar y no como pena de naturaleza accesoria y por tanto de obligada imposición y no discriminar al varón respecto a la mujer en los malos tratos, es decir arbitrar una ley no de violencia de género sino una ley de violencia en pareja y tomar conciencia que la ley de violencia se halla dentro de un marco jurídico en el que además de los derechos de la víctima existen otros muchos que no pueden ser conculcados.