



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

FACULTAD DE DERECHO

CURSO 2019/2020

GRADO EN DERECHO

LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES EN VIOLENCIA DE GÉNERO

Protección vs. Autonomía

ESTEFANIA LESMES FEITO

TRABAJO FINAL DE GRADO

TUTORA: ARANTZA LIBANO BERISTAIN

22 de mayo de 2020

RESUMEN

La violencia de género es una problemática social, cultural y jurídica latente en nuestra sociedad, generando una vulneración de la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación, por tanto, un ataque a derechos y libertades fundamentales. El afán por tratar de dar solución a esta problemática ha generado una protección penal reforzada, tratando de poner la protección de la víctima por encima de su autonomía, incluso en los delitos donde la intimidad tiene un peso mayor, como es el caso de los delitos sexuales. Desde un punto de vista procesal se plantea la cuestión de un posible traslado de delitos semipúblicos a públicos en lo que respecta a la incoación del proceso. El presente trabajo realiza una aproximación al régimen jurídico procesal de los delitos sexuales de abuso, acoso y agresión, dentro del ámbito de la violencia de género, con especial incidencia en el artículo 191.1 del Código Penal y lo que ello supone en la incoación de un procedimiento penal y su posterior transcurso. Todo ello desde un estudio legislativo, jurisprudencial y doctrinal de la materia. Analizando, por un lado, en qué medida se permite a la víctima de violencia de género ejercer cierto control sobre el proceso, como muestra de su autonomía y, por otro lado, el papel del legislador a la hora de tratar de neutralizar el importante papel de la víctima en el proceso con la finalidad de ejercer su protección.

Palabras clave: Violencia de género, delitos sexuales, proceso penal, protección, autonomía

ABSTRACT

Gender violence is currently a latent social cultural and legal problem in our society, that generates a violation of freedom, equality, life, security and non-discrimination, therefore, an attack on fundamental rights and freedoms. The effort to try to solve this problem has generated reinforced criminal protection, putting the protection of the victims above their own autonomy, even in crimes where the privacy of the victim has a great weight, as in sexual crimes. From a procedural point of view, it is contemplated the possibility of transferring semi-public crimes to public offences regarding the initiation of the process. The present dissertation carries out an approach to the procedural legal regime of sexual crimes of abuse, harassment and aggression within the gender violence sphere. It stress on article 191.1 of the Penal Code and what this entails in the initiation of a criminal procedure and its subsequent course. All of that from a legislative, jurisprudential and doctrinal study of the matter. Analysing, on the one hand, how much control do the victims of gender violence have over the process —as a sign of their autonomy— and, on the other hand, the role of the legislator when tries to neutralize the important role of the victim in the process in order to protect them.

Key words: Gender violence, sexual crimes, criminal proceeding, protection, autonomy

ABREVIATURAS

CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
C.P.	Código Penal
GAV	Grupo de Atención a las Víctimas
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
M.F.	Ministerio Fiscal
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1. VIOLENCIA DE GÉNERO	8
1.1 Violencia de género, una problemática social	8
1.2 Respuesta legal	10
CAPÍTULO 2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES	14
CAPÍTULO 3: ASPECTOS PROCESALES DE LOS DELITOS DE ABUSO, ACOSO Y AGRESIÓN SEXUAL.....	17
3.1 Tipos de delitos según su perseguibilidad. Concepción clásica	17
3.2 Clasificaciones alternativas en la incoación de un proceso penal	19
3.3 Perseguibilidad de los delitos de abuso, acoso y agresión sexual	20
CAPÍTULO 4. LOS PROCESOS POR DELITO SEXUAL (ABUSO, ACOSO Y AGRESIÓN) EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	22
4.1 Juzgados de Violencia sobre la Mujer	23
4.2 Incoación del proceso	26
4.2.1 Denuncia de la víctima	27
4.2.2 Querrela del Ministerio Fiscal.....	29
4.3. Fase de instrucción en materia de violencia de género.....	32
4.4 Cuestiones relevantes sobre el proceso penal en casos de violencia de género	37
4.5. Resoluciones penales en materia de violencia de género	41
CAPÍTULO 5. DEBATE SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DE LA VÍCTIMA	43
5.1 ¿Voluntad de la víctima?	43

5.2 La negativa de la víctima al proceso penal	47
5.3 ¿Sería efectivo un proceso penal sin tener la voluntad de la víctima?	50
5.4 ¿Qué se podría hacer para fomentar la participación y voluntad de la víctima?	54
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	61
Doctrina	61
Jurisprudencia	64
Legislación.....	64
Webgrafía.....	66
ANEXOS	68
ANEXO 1. Evolución legislativa en España en relación con la mayor obtención de derechos de la mujer y la protección contra la violencia de género.....	69
ANEXO 2. Tipos de violencia contra la mujer.....	71
ANEXO 3. La evolución de los delitos contra la honestidad a los delitos contra la libertad sexual	74
ANEXO 4. El ciclo de la violencia contra la mujer.....	77
ANEXO 5. Medidas cautelares en violencia de género.....	78

INTRODUCCIÓN

El marco procesal penal ha de abogar por dotar al agresor de unos derechos de defensa y de respeto a sus derechos como detenido o encausado hasta el final del procedimiento, a su vez ha de generar en la víctima una protección, un respeto a sus derechos y, en general, un buen trato recibido.

La violencia de género es una problemática a la que el legislador ha tratado de dar solución abogando por un marco procesal más fuerte y con medidas concretas, debido a la mayor vulnerabilidad de la víctima de este tipo de delitos si la comparamos con víctimas “comunes”, en tanto que, el hecho delictivo proviene de una persona con la que se tiene o se ha tenido una relación afectiva y, por tanto, conoce gran parte de la vida de la víctima y puede generar un mayor daño en esta.

En el derecho procesal se ha debatido sobre cómo debe participar la víctima en el proceso, cómo se regula y lo que ello implica. Las recientes normativas abogan por la lucha contra la violencia de género y la protección de la víctima, pudiendo ser cuestionada su voluntad. A su vez se ha tendido por parte del legislador a un aumento de las penas o al traslado de determinados delitos a la esfera de los delitos públicos, suponiendo la iniciación del proceso penal con la *notitia criminis*, y no únicamente con la denuncia de la víctima, pero no en todos los delitos objeto de la violencia de género. Los delitos sexuales, objeto del presente trabajo, siguen teniendo la calificación de delitos semipúblicos, pero con una excepción a la regla general, la entrada del Ministerio Fiscal en la incoación del procedimiento.

El presente trabajo trata de generar una reflexión sobre el papel de la víctima en procesos penales por delitos sexuales en materia de violencia de género, a través de una revisión de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, valorando el peso de la voluntad de la víctima en el proceso penal, la efectividad del proceso si no se tiene en cuenta dicha voluntad y valorar las posibles alternativas que se plantean al respecto. Abordando tanto la concepción de la violencia de género y su evolución legislativa, como los delitos sexuales y su marco procesal, cuestiones conceptuales procesales y todo el proceso penal que ha de seguir la víctima hasta que se ponga fin al proceso. Generando una visión crítica del papel del Ministerio Fiscal, del legislador y de todo el proceso que ha de seguir la víctima de violencia de género.

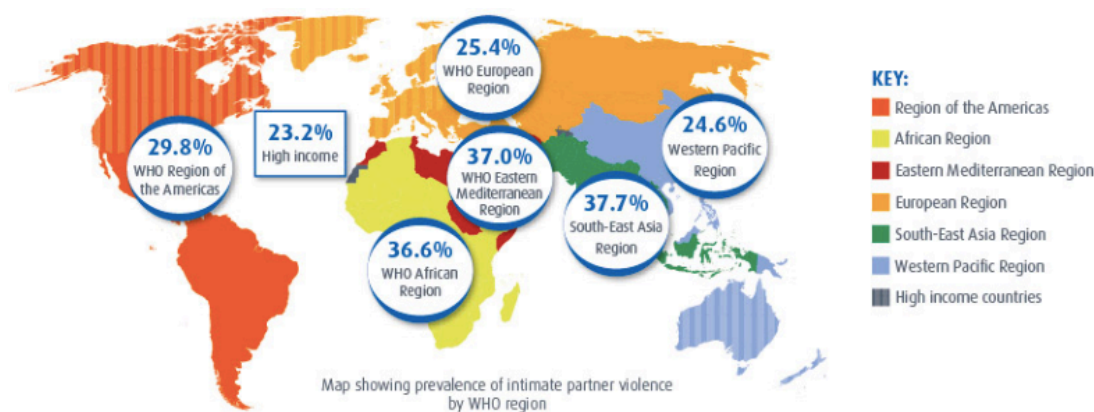
CAPÍTULO 1. VIOLENCIA DE GÉNERO

1.1 VIOLENCIA DE GÉNERO, UNA PROBLEMÁTICA SOCIAL

La violencia de género es una problemática social, cultural y jurídica latente en nuestra sociedad. Ha sido calificada de violación de derechos humanos y libertades fundamentales, así como un mecanismo para perpetuar una situación de inferioridad de la mujer en los distintos papeles de la vida en sociedad¹.

No obstante, pese a que a nivel internacional se llevaban a cabo políticas, declaraciones o conferencias para hacer visible y combatir esta problemática, a nivel estatal ha requerido un desarrollo social y legislativo por parte de las instituciones para generar una mayor conciencia al respecto e intentar, con mayor o menor fortuna en algunas ocasiones, paliarlo.

La probabilidad de sufrir violencia por parte de una pareja o expareja varía dependiendo del continente en el que nos encontremos. No obstante, aproximadamente 1 de cada 3 mujeres la ha sufrido²:



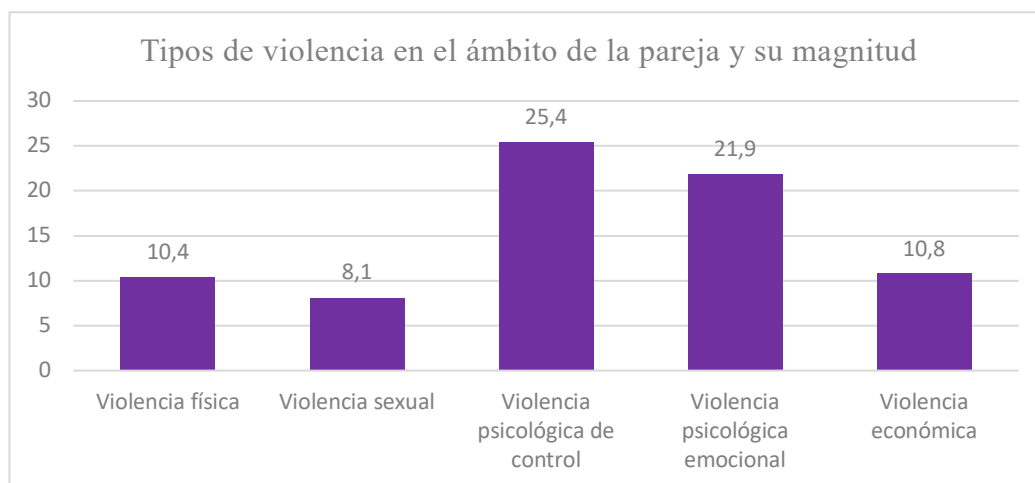
Global and regional estimates of violence against women. WHO, 2013

¹ Naciones Unidas (1995) *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Beijing) (96.IV.13), p. 52-53 y 99

² García-Moreno, C., Pallitto, C., Devries, K., Stöckl, H., Watts, C., y Abrahams, N. (2013) *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. World Health Organization.

En España, a nivel social, esta problemática se visibiliza a través del caso -mediático- de Ana Orantes³ en 1997. Este trágico suceso generó una alarma social y puso encima de la mesa la cuestión de la violencia dentro del hogar, despertando una presión por parte de la sociedad y los medios de comunicación, causando un nuevo panorama normativo.

En las décadas posteriores se ha aumentado la recogida de datos de esta problemática. No obstante, surgen dificultades añadidas como el hecho de que este tipo de violencia ocurra principalmente en el hogar familiar o en una esfera más íntima. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el mayor porcentaje de violencia que se produce es la violencia psicológica, una violencia que no deja huellas como sí sucede con la violencia física y que, por tanto, es más difícil de detectar en situaciones donde la víctima no quiera denunciar esos actos⁴.



*Tabla de elaboración propia. Fuente: Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2015⁵

³ El caso de Ana Orantes Ruiz en 1997 fue un caso mediático, la víctima de 60 años, había estado 13 días antes de su muerte en un canal de televisión relatando los episodios de violencia machista sufridos a manos de su exmarido. Lo más significativo del caso fue que la víctima había denunciado hasta en 15 ocasiones su situación y que, a través de un fallo de divorcio, continuaba conviviendo con su exmarido en el domicilio familiar, lo que denota una falta de conciencia, prevención y actuación del cuerpo judicial al respecto.

⁴ Naredo, M., Casas, G. y Bodelón, E. (2013) La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan la violencia de género en España. Dentro E. Bodelón (coord.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (27-103). Buenos Aires: Ediciones Didot.

⁵ Los datos revelan el porcentaje de mujeres mayores de 16 años que han padecido ese tipo de violencia por parte de alguna pareja o expareja en algún momento de su vida.

Pese a estos datos, la violencia psicológica es difícil de recoger de manera más precisa debido a la invisibilidad de este tipo de violencia. Para una víctima tiende a ser más fácil de reconocer una violencia física a diferencia de la psicológica, que suele producirse en un primer momento de forma sutil y va en aumento.

No obstante, pese a que en ocasiones no se produzca una violencia psicológica de forma directa, las agresiones físicas a manos de su pareja o expareja tienden a producir consecuentemente un daño psicológico como puede ser estrés, emociones negativas, ansiedad, labilidad emocional, fatiga permanente o insomnio, entre otras. Pudiendo llegar en situaciones muy graves al desarrollo de síntomas y trastornos crónicos de mayor relevancia clínica como pueden ser: síndrome de estrés postraumático, depresión o ansiedad⁶.

El terrible desenlace que se produce en ocasiones, como es la muerte de la mujer, nos aporta una mayor mirada crítica. En los últimos datos recogidos por el INE⁷ nos encontramos con que entre los años 2010 y 2019 se produjeron 560 víctimas mortales por violencia de género, que desde 1999 hasta 2019 fueron 1253 mujeres, y que solo en el año 2019 murieron 55 mujeres, de las cuales únicamente habían denunciado 11, y 4 de las cuales tenían medida de protección en vigor. Lo que pone de manifiesto las principales carencias del sistema judicial: la falta de confianza de la víctima en el sistema y la capacidad de este de proteger a la víctima.

1.2 RESPUESTA LEGAL

A nivel legislativo hay que diferenciar entre la legislación estatal y la internacional. A nivel europeo, nos encontramos con un desarrollo previo de esta tendencia hacia el tratamiento de la violencia machista. Muestra de ello es que en la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2004, cuando se hace referencia a la necesidad de la promulgación de esta ley, nos remite a textos de la comunidad

⁶ Lorente, M. (2001) *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Barcelona: Planeta, p.75-76

⁷ Instituto Nacional de Estadística. (4 de marzo, 2020) Víctimas mortales por violencia de género [Fichero de datos]

internacional y de la Unión Europea donde se plasman estas concepciones y donde se recomienda a los Estados su actuación al respecto⁸.

No obstante, si bien es cierto que la legislación española se basa en normativa internacional como la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de violencia sobre la mujer⁹, vemos una reducción de los ámbitos de actuación. La normativa internacional recoge un número superior de tipologías delictivas que se verían amparadas de una mayor protección, mientras que la legislación española se limita a un tipo de delitos y de víctima concretos.

Por tanto, vemos cómo a nivel español la evolución normativa ha sido enfocada de forma diferente, pero partiendo de legislación internacional y europea.

El nivel de desarrollo legislativo, en cuanto a los derechos adquiridos por la mujer en la lucha contra la violencia de género, ha evolucionado en las últimas décadas¹⁰ dotando a la mujer de una mayor libertad e independencia. No obstante, una mayor concreción de la legislación en la lucha contra la violencia de género comenzó con la creación de la LO 27/2003 de 31 de julio¹¹, la LO 11/2003 de 29

⁸ En la exposición de motivos II se determina: “La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Al respecto se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto”.

⁹ Expuesto en el artículo 2 de la Declaración 48/104 de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer

¹⁰ Véase ANEXO 1 sobre la Evolución legislativa en España en relación con la mayor obtención de derechos de la mujer y la protección contra la violencia de género

¹¹ Ley Orgánica 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica

de septiembre¹², o diversas modificaciones de la regulación ya existente como la modificación del 2003 sobre el Código penal de 1995¹³.

Todo el trabajo legislativo desarrollado en las últimas décadas culmina con la máxima expresión a nivel nacional de la lucha contra la violencia de género a través de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG). Una norma aprobada el 7 de octubre de 2004 por unanimidad del Congreso de los Diputados, lo que ejemplifica un aumento de la conciencia de este problema social y las presiones hacia las instituciones para su actuación, pudiendo cuestionarse, según JIMENO BULNES, el empleo del argumento de la oportunidad política, al implementarse más para la obtención de reconocimiento político o por la insistencia de la Unión Europea que por una intención real del propio gobierno, dada la recomendación que se hizo previamente desde Europa¹⁴.

La propia ley ha significado un importante cambio normativo, con la modificación de diferentes tipos penales y con la creación de nuevas figuras penales y procesales, algunas cuestionadas hasta el punto de que se sometieron a estudio sobre su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en relación con la distinta penalidad prevista por algunos tipos penales reformados en función del autor de dichos ilícitos. Se alegaba, según ACALE SANCHEZ¹⁵, como principal motivo en la mayoría de los casos la vulneración del principio de igualdad, además

¹² Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

¹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴ Jimeno, M. (2009) Violencia de Género: Aspectos orgánicos y competenciales. Dentro de M. De Hoyos, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 299-336) Valladolid: Lex Nova.

¹⁵ Acale, M. (2010) Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Dentro L. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (p. 61-117). Granada: Comares

de los principios de culpabilidad, dignidad de la persona y presunción de inocencia, pese a que, finalmente, dichas pretensiones fueron desestimadas¹⁶.

Según LIBANO BERISTAIN, implica una diferenciación entre lo que antes se consideraba violencia doméstica y que desde la LOMPIVG en algunos supuestos pasa a determinarse violencia de género¹⁷. Consecuentemente, la consideración como violencia de género supone un agravante específico, generando en algunos supuestos un incremento de la pena, cuestión criticada por ACALE SANCHEZ, al considerar que un mayor punitivismo no va a resultar efectivo para acabar con un lastre cultural de tal índole, dada la falta de idoneidad del mecanismo o instrumento que se utiliza para ello, siendo este el derecho penal¹⁸.

No obstante, la propia ley insiste en la idea de “prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”¹⁹, interpretado como una forma de expresión del “fin social y político-criminal que persigue la nueva legislación y que no es otro, como se dijo *supra*, que la protección de la mujer por razón de su sexo”²⁰. Además, desde un punto de vista conceptual, autoras como ALONSO SALGADO y TORRADO TARRIO, consideran que pese a lo positivo de la LO 1/2004, han aflorado “dificultades conceptuales amparadas en apoyaduras de

¹⁶ STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008, sobre supuesta vulneración de los principios de igualdad y culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional, siendo finalmente desestimada por el propio tribunal.

¹⁷ Libano, A. (2009) Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004. Dentro de M. De Hoyos, Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales (pp. 337-354). Valladolid: Lex Nova

¹⁸ Acale, M. (2010) Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Dentro L. Puente, La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista (p. 61-117). Granada: Comares

¹⁹ Se establece en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, 313 § 21760

²⁰ Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado. Vol. LVIII. (2005), p. 1071

formatos diversos: discrepancias terminológicas, conceptos jurídicos indeterminados, etc”²¹.

Esto genera un debate sobre si realmente esta ley puede cumplir con el objetivo previsto o si los mecanismos que utiliza son los más adecuados para hacer frente a la violencia de género, cuestiones que serán debatidas en los próximos capítulos.

CAPÍTULO 2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

El maltrato sexual entraría dentro de los tipos de violencia de género que sufren muchas mujeres a manos de sus parejas o exparejas²². Los delitos sexuales son una vulneración de un bien jurídico como es la libertad e indemnidad sexual de una persona, y estas infracciones penales varían dependiendo de la violencia que se ha ejercido, de una posible intimidación o de otros factores. El Código Penal recoge una variedad de delitos sexuales entre los cuales se encuentran los que constituyen el objeto de nuestro trabajo. El análisis se centra en la perspectiva del sujeto pasivo del delito en aquellos casos de víctima mayor de edad, capaz y no desvalida.

En primer lugar, el **delito de abuso sexual** se encuentra en el artículo 181 del C.P. y refiere que “el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona”²³. En este sentido se consideran abusos sexuales no consentidos los siguientes supuestos: los cometidos en una situación donde la víctima se encuentra privada de sentido, o donde se anule su voluntad con el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia química que fomente tal efecto en la víctima²⁴.

²¹ Alonso, C. y Torrado, C. (2013) Acerca de las cifras de la violencia de género en España: Historia de un despropósito con solución. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 15-27) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.19

²² Véase ANEXO 2 sobre Tipos de violencia de género.

²³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 281 § 25444 (1995)

²⁴ Artículo 181 del Código Penal

En segundo lugar, el **delito de acoso sexual** regulado en el artículo 184 del C.P.: “El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”²⁵, viéndose agravado cuando el agresor se favorezca de una situación de superioridad.

Por último, el **delito de agresión sexual** se encuentra recogido en el artículo 178 del C.P. de tal manera: “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual”. El tipo penal más agravado de agresión sexual sería - art. 179 C.P. - la violación.

Centrándonos en los delitos de abuso, agresión y acoso sexual, las estadísticas nos refieren cómo en el año 2018 en el delito de acoso sexual se condenaron a 354 personas de las cuales 350 eran hombres, en el caso de abuso sexual de las 1011 personas condenadas 1000 eran hombres y en el delito de acoso sexual de los 59 condenados todos eran hombres.

		AÑO 2017	AÑO 2018
ABUSO SEXUAL	MUJERES	14	11
	HOMBRES	942	1000
	TOTAL	956	1011
ACOSO SEXUAL	MUJERES	1	0
	HOMBRES	44	59
	TOTAL	45	59
AGRESIÓN SEXUAL	MUJERES	4	4
	HOMBRES	356	350
	TOTAL	360	354

*Tabla de elaboración propia. Fuente: INE²⁶

²⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 281 § 25444 (1995)

²⁶ Instituto Nacional de Estadística (8 de enero, 2020) Condenados por delitos sexuales [Fichero de datos]

Esto no es un supuesto puntual de uno o dos años concretos, sino que es la tendencia generalizada que vemos en esta tipología delictiva. La tendencia es que rara vez se condena a una mujer por delitos sexuales y que, en la mayoría de las situaciones, la mujer es la víctima.

Se ha querido mostrar la realidad de estas tres infracciones penales porque a lo largo del trabajo se va a mostrar el aspecto procesal ligado a la violencia de género y sus particularidades, todo ello partiendo de estas tres tipologías penales.

El artículo 191 nos aporta la perspectiva procesal de los delitos sexuales objeto de investigación y su redacción aporta unas peculiaridades concretas que serán comentadas a lo largo del presente trabajo. El artículo dice así:

“1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”.

Lo que refleja según, LIBANO BERISTAIN es que “se constata en la esfera de la delincuencia sexual una reducción de las peculiaridades persecutorias, aproximándose cada vez en mayor medida a las públicas”²⁷. Lo anterior a su vez repercute en que, tal y como veremos en capítulos posteriores, la determinación que otorga el Código Penal apunta hacia una combinación entre delito semipúblico y público.

²⁷ Libano, A. (2011) *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch Editor, p.211

CAPÍTULO 3: ASPECTOS PROCESALES DE LOS DELITOS DE ABUSO, ACOSO Y AGRESIÓN SEXUAL

3.1 TIPOS DE DELITOS SEGÚN SU PERSEGUIBILIDAD. CONCEPCIÓN CLÁSICA

El proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal, bajo el prisma de una serie de derechos y garantías. El derecho procesal ha de mantener una función de garantía tanto de la parte acusada como de la parte acusadora y, a su vez, desde otra perspectiva, debe mantener una protección hacia la víctima del delito y el fomento de la rehabilitación y reinserción social del condenado²⁸.

En el sistema español, el juez no puede proceder *ex officio* a la hora de incoar el proceso, esto es, necesita de una acusación para actuar, dado el principio acusatorio²⁹. Dependiendo la tipología de delitos ante la que nos encontramos podrán acusar: Ministerio Fiscal, acusación particular o de la víctima, y/o acusación popular.

Según LIBANO BERISTAIN, la clasificación clásica de los delitos según su perseguibilidad nos dice que hay 3 tipos de delitos: delitos privados, semipúblicos y públicos³⁰.

²⁸ Armenta, M.T. (2019) *Lecciones de Derecho procesal penal* (Decimosegunda edición). Madrid: Marcial Pons

²⁹ Asociado al artículo 24.2 de la Constitución Española: “2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

³⁰ Libano, A. (2011) *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch Editor, p.190

	INCOACIÓN DEL PROCESO	ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PARTE ACUSADORA	FIN DEL PROCEDIMIENTO
DELITO PÚBLICO	Basta con la <i>notitia criminis</i> .	Pueden ser parte: acusación particular, la acusación del M.F. o la acusación popular.	No cabe el perdón del ofendido.
DELITO SEMIPÚBLICO	Es necesario la denuncia de la persona ofendida o en algunos supuestos excepcionales la querrela del M.F.	Pueden ser parte: acusación particular, la acusación del M.F. o la acusación popular.	No cabe el perdón del ofendido. Se exceptúan algunos supuestos de forma expresa.
DELITO PRIVADO	Únicamente con la denuncia de la persona ofendida (salvo excepciones).	Únicamente puede ser parte la persona ofendida. (salvo excepciones).	Cabe el perdón del ofendido.

*Tabla de elaboración propia, sobre la regla general en las diferentes tipologías de delitos según su perseguibilidad.

Los **delitos públicos** son la regla general en el proceso penal, a ello se debe el que en nuestro sistema penal dependa de si se aplica o no el *ius puniendi*, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego en dicho proceso. Significa que ante un hecho con apariencia de delito se activa la maquinaria penal, simplemente con una *notitia criminis*, y por tanto empiezan a actuar los organismos públicos. Conllevando que, en esta situación la incoación del procedimiento la pueda hacer cualquier persona. En cuanto a la continuación del proceso, referente a quién puede adquirir la condición de parte acusadora en un proceso por delito público, puede ser: la acusación particular, la acusación del Ministerio Público, o la acusación popular. Por último, para la finalización del proceso no cabe el perdón del ofendido.

Los **delitos semipúblicos** son, junto a los delitos privados, la excepción a la regla general (los delitos públicos). Hablamos de delitos cuya lesión es considerada como algo más íntimo e individualizado y, por tanto, donde ha de primar la intención o voluntad de la víctima a la hora de poner en marcha el proceso penal, dado que lo que se plantea es el hecho de preservar la intimidad de la víctima. La incoación procesal, por tanto, queda en manos de la víctima (mayor de edad y

capaz) y en casos donde la víctima sea menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida, será su representante legal o el Ministerio Fiscal (a través de querella), salvo una excepción que veremos posteriormente en caso de víctima mayor de edad y capaz.

Una vez se pone en marcha la maquinaria penal, quien puede adquirir la condición de parte acusadora coincide, con algún matiz que no será objeto del presente trabajo, con quien pueda serlo en los delitos públicos. Y en la finalización, en algunos casos puede resultar operativo el perdón del ofendido, siempre y cuando, el mismo se produzca de forma expresa.

Por último, la segunda excepción a la regla general, los **delitos privados**, deja en manos de la víctima todo el proceso penal, de manera que el Ministerio Público no interviene (excepto en caso de menores, personas con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida). Se exige que, desde el momento inicial, la incoación del proceso se presente a través de querella, la adquisición de parte acusadora solo es posible para la acusación particular y en la finalización también opera el perdón del ofendido. Lo anterior conlleva que en aquellos procesos por comisión de un delito privado donde la persona ofendida quiera acabar con el procedimiento no haya la posibilidad de continuación del mismo por ninguno de los otros actores posibles previstos en los delitos públicos o semipúblicos y, por ello, supondrá el final del procedimiento. Esta tipología no reviste de mayor relevancia en tanto que únicamente se da ante dos supuestos (delitos de injuria y calumnia contra particulares).

3.2 CLASIFICACIONES ALTERNATIVAS EN LA INCOACIÓN DE UN PROCESO PENAL

Al margen de la clasificación clásica, encontramos en la literatura jurídica otros autores que han realizado teorías que amplían el campo de dicha clasificación.

En primer lugar, encontramos la teoría de GIMENO SENDRA³¹, donde el autor distingue dos momentos: el ejercicio de la acción penal y el de la pretensión.

³¹Libano, A. (2011) *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch Editor

Lo más relevante para nuestro estudio es la diferenciación que Gimeno Sendra realiza en torno a los delitos semipúblicos, donde distingue entre: delitos semipúblicos con “interés público”, delitos semipúblicos “puros” y delitos semipúblicos “con interés privado”. Esta distinción resulta de interés en el punto que nos ocupa, pues intenta justificar lo que el legislador pretende, al “modificar” de alguna manera la clasificación clásica en torno a la perseguibilidad de los delitos sexuales.

En segundo lugar, nos encontramos con la teoría de ALONSO RIMO³². Esta teoría también nos aporta variantes a la concepción clásica, pese a que parte de los mismos límites (delitos privados y públicos), pues ofrece una alternatividad mayor debido a las especialidades que encontramos en la perseguibilidad de algunos delitos. Dicha clasificación consiste en: infracciones privadas, infracciones semiprivadas, infracciones semipúblicas, infracciones cuasipúblicas e infracciones públicas.

3.3 PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS DE ABUSO, ACOSO Y AGRESIÓN SEXUAL

En el estudio de la perseguibilidad de los delitos objeto del presente trabajo, nos centraremos en identificar estos delitos en las diferentes categorías mencionadas en los apartados anteriores; por tanto, veremos dónde se encuentran los delitos de agresión, abuso y acoso - todos ellos con el mismo régimen de perseguibilidad - en la clasificación clásica y en las teorías de Gimeno Sendra y Alonso Rimo³³.

Partiendo del artículo 191 del Código Penal nos encontramos con que en dichos delitos la incoación del procedimiento puede quedar en manos de la persona agraviada, de su representante legal o a través de querella de la Fiscalía.

Desde una concepción clásica, la perseguibilidad de estos delitos ocupa la categoría de delitos semipúblicos, pese a que tiene una particularidad que supone

³² Libano, A. (2011) *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch Editor

³³ *Ídem*

la excepción a la regla general. Como se puede ver por la concepción clásica, los delitos semipúblicos se inician, como regla general, por denuncia de la víctima, dado que se busca preservar su intimidad y su voluntariedad. No obstante, el redactado de este artículo prevé la posibilidad de inicio del proceso por querrela del Ministerio Fiscal “ponderando los intereses en presencia”. Pese a que el legislador no ha matizado cuáles son dichos intereses o las razones que implican dicha normativa, es un tema que se entrará a valorar en los capítulos posteriores y que supone el eje vertebrador del presente trabajo.

En la teoría de Gimeno Sendra, los delitos sexuales (agresión, abuso y acoso) son clasificados como delitos semipúblicos con “interés público” y justifica su clasificación en estos supuestos en que “la acción delictuosa haya vulnerado un bien jurídico protegido que escapa de la titularidad del ofendido o, dicho en otras palabras, cuando el delito haya comprometido también un (...) interés de carácter público”³⁴.

La teoría de Alonso Rimo considera los delitos sexuales (agresión, abuso y acoso) como “infracciones cuasipúblicas”. No obstante, dentro de esta categoría el autor diferencia a su vez entre la actuación del M.F de forma potestativa cuando se cometen contra menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o desvalida, y por otro lado el resto de los supuestos, siendo este último donde nos encontramos con el 191.1. Al respecto, según Alonso Rimo, para que se dé la intervención potestativa del Ministerio Público han de darse “unos criterios valorativos muy estrictos”³⁵.

³⁴Libano, A. (2011) *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch Editor, p. 204

³⁵ *Ídem*

CAPÍTULO 4. LOS PROCESOS POR DELITO SEXUAL (ABUSO, ACOSO Y AGRESIÓN) EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La incoación de un delito sexual (abuso, acoso o agresión sexual) dentro de la concepción de violencia de género tiene dos puntos muy importantes a valorar: por un lado, el tratamiento que reciben esos actos y por otro, la consideración de ese hecho como un supuesto de violencia de género.

Como hemos visto en capítulos anteriores, para que un supuesto sea considerado cómo violencia de género ha de cumplir 3 características: que se dé una situación de violencia, a manos de una pareja o expareja y que se produzca tal violencia de un hombre hacia una mujer. Si se dan estas condiciones el procedimiento se realizará bajo las premisas que establece la LOMPIVG.

La propia ley en su artículo 1.3 contempla: “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”. En este sentido, el supuesto que planteamos de los delitos sexuales de abuso, acoso y agresión sexual entraría dentro de la competencia por razón de la materia que plantea la LOMPIVG, dotando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del conocimiento de dichos asuntos.

Para ello el Título V de la LOMPIVG regula la Tutela Judicial de lo que es considerado violencia de género, y a tal efecto podemos extraer las principales particularidades:

- La ley contempla la especialización como componente característico para la atención a la mujer víctima de violencia de género, a tal fin se crean órganos jurisdiccionales especializados como son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, o secciones especializadas en los Juzgados de lo Penal y en la Audiencia Provincial.
- El tratamiento conjunto de acciones penales y civiles en asuntos relacionados con la violencia de género.

- Establece regulaciones específicas para atender a las medidas de protección que favorezcan la seguridad de las víctimas.
- Por último, la creación del Fiscal de Violencia sobre la Mujer.

Todo ello en aras de favorecer un mejor tratamiento de la víctima de violencia de género en su paso por el sistema judicial.

4.1 JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son los órganos judiciales competentes para conocer cómo regla general de la fase de instrucción de los delitos calificados como violencia de género según la LOMPIVG. Bajo esta premisa estudiada en el apartado previo, partimos de la idea de que la tipología delictiva en la que se centra el presente trabajo -siendo ésta un supuesto de delito sexual de abuso, acoso o agresión dentro del ámbito de la pareja o expareja- entraría dentro de la competencia material que además vendría reforzada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En dicha ley, su artículo 87 ter.1 determina que “los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán [...] delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”³⁶.

El artículo 87 ter establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer estableciendo los dos criterios determinantes: la condición de los sujetos tal y cómo hace la LOMPIVG y los tipos de delitos que abarcan.

En cuanto al tipo de víctima y agresor, la LOPJ reitera la necesidad de que la víctima sea mujer. Sobre esta cuestión a la hora de prever qué otras tipologías de pareja entrarán dentro del marco de protección de la LOMPIVG, cabe señalar lo siguiente: quedan fuera las parejas del mismo sexo, pese a que la víctima sea mujer; y sí que entrarían dentro las parejas transexuales, cuando estén reconocidos legalmente, siendo el agresor el varón y la víctima la mujer³⁷.

³⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial, Boletín Oficial del Estado, 157 § 12666 (1985)

³⁷ Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado. Vol. LVIII. (2005), p.1070

En relación con la competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, hay un cambio respecto al foro general, el *forum delicti commissi*. En el artículo 15 bis de la LECRIM se determina lo siguiente: “en el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente ley pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”. Por lo que el domicilio de la víctima juega un papel determinante a la hora de determinar el tribunal competente dentro del orden territorial. Esta medida, bajo mi punto de vista, responde a un interés de protección de la víctima y a favorecer su denuncia.

Se produce un traslado de la problemática: al dejar de valorar el lugar donde se produjeron los hechos por el domicilio de la víctima. Para tratar de paliarlo la Circular 4/2005 ofrece una interpretación tendente a la determinación del domicilio de la víctima. Se considera que el domicilio de la víctima no ha de valorarse en términos cuantitativos, de una mayor o menor temporalidad, sino en la voluntad de la víctima de un establecimiento permanente. En caso de que no se determine con claridad, la circular determina que se valoraría el lugar de mayor arraigo o, en última instancia, donde se cometieron los hechos delictivos. También se plantean dudas cuando se barajan dos posibles domicilios, el de la víctima en el momento de los hechos delictivos y el de la víctima en el momento de la denuncia, y pese a que la propia ley no acaba de precisar estas cuestiones, en la circular se posicionan a que sería más conveniente el segundo lugar, por el cambio de domicilio que han de sufrir muchas víctimas para alejarse del agresor, sin ser objeto de medidas de protección.

No obstante, han de tratarse de cambios de vivienda previos a la interposición de la denuncia dado que entra en juego la *perpetuatio iurisdictionis*, determinando el fuero aplicable y sin modificación posterior independientemente de los cambios futuros que se produzcan.

Para tratar de dar asistencia a las víctimas de la violencia de género, la LOPJ determina en su artículo 87 bis la distribución de los Juzgados de Violencia sobre

la Mujer, de manera que se facilite el acceso y que no se prive de este derecho a la víctima, en tanto que, por la especialización de la materia se presupone que serán los más adecuados para dotar de atención y de mayor seguridad durante la primera fase del proceso penal. Para ello se prevé la existencia de uno o mas juzgados de esta tipología en cada partido judicial, con una sede en la capital de dicho partido y que despliegue su jurisdicción en el territorio, y se permite, de forma excepcional la existencia de dos o mas partidos dentro de una misma provincia.

Según GONZÁLEZ PILLADO, la interpretación del artículo 87 de la LOPJ es:

“a la vista de la regulación de este precepto son dos las modalidades de juzgados de violencia sobre la mujer:

- a. Juzgados de Violencia sobre la Mujer que tienen competencias propias de estos órganos sin asumir ninguna otra.
- b. Órganos judiciales que asumen el conocimiento de todos los asuntos de materias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dentro del partido judicial, pero que también conocen de otros asuntos penales (si son juzgados de instrucción) o penales y civiles (si son de primera instancia e instrucción)”³⁸.

Bajo esta premisa, se podría presuponer que dependiendo del órgano judicial habrá una mayor o menor especialización, por lo que un órgano únicamente dedicado a esa materia estará, en mayor medida, orientado que otro donde el ámbito de la violencia de género sea una de sus secciones. No obstante, hay que tener en cuenta que, en los delitos más graves de violencia de género, el juzgado de violencia sobre la mujer únicamente realizará la fase de instrucción, conllevando una posterior remisión en términos generales a la Audiencia Provincial, así como una dispersión de diferentes modalidades penales.

La exposición de motivos de la LOMPIVG considera la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como una de las medidas jurídicas adoptadas

³⁸ González, E. (2007). La competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer. Estudio jurisprudencial. Dentro de Vazquez-Portomeñe, F., *Estudios penales y criminológicos Vol. XXVI*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.201-202

para “garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género en las relaciones intrafamiliares”³⁹. Asimismo, el tratamiento conjunto de los asuntos civiles y penales en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ofrece para GONZALEZ PILLADO “considerables beneficios de hacer un seguimiento completo”⁴⁰. Bajo mi punto de vista, la acumulación de la acción civil evita a la víctima: la dispersión de denuncias en el marco civil y penal, el trámite de tener que pasar en más de una ocasión por un proceso judicial y la demora en el tiempo que ello supone.

4.2 INCOACIÓN DEL PROCESO

La incoación de un delito sexual como abuso, acoso o agresión ha variado en su perseguibilidad dentro del código penal. La legislación fomentó a lo largo de la historia la preponderancia del varón sobre la mujer.

En palabras de QUINTERO OLIVARES “el miedo y la subordinación garantizaban impunidad que por demás estaba avalada por el funcionamiento del sistema. El derecho penal que ahora se enfrenta al problema de la violencia contra la mujer, tiene un pasado que, y eso es lo importante, reflejaba una *visión de las relaciones hombre-mujer* bien diferente”⁴¹. Por tanto, hay que tener en cuenta que el cambio legislativo ha supuesto un nuevo modo de concebir las relaciones sociales pero que la carga histórica que arrastra el sistema penal sigue presente en nuestra sociedad. En periodos anteriores, la legitimación para denunciar esos actos englobaba a padres, tutor o esposo, de manera que cualquiera de ellos podía ejercer la acción penal sin tener en cuenta a la víctima, porque se consideraba que también eran afectados por esos hechos al vulnerarse su honestidad y afectar a la imagen de

³⁹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, 313 § 21760

⁴⁰ González, E. (2007) La competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer. Estudio jurisprudencial. Dentro de Vazquez-Portomeñe, F., *Estudios penales y criminológicos Vol. XXVI*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.199

⁴¹ Quintero, G. (2009) La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer. Dentro de: *Estudios penales y criminológicos XXIX*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.430

la familia⁴². En este sentido, constituyó una reforma importante la modificación del Código Penal en 1989⁴³, donde los delitos sexuales dejaron de tipificarse como delitos contra la honestidad y lo comenzaron a hacer como delitos contra la libertad sexual⁴⁵.

Actualmente los delitos sexuales tienen una regulación diferente. Partiendo de la base de que la víctima es una persona mayor de edad, capaz y no desvalida, dado que en caso contrario tendríamos una regulación diferente, nos encontramos con que se puede iniciar el proceso penal con la denuncia de la víctima o con una querrela de la Fiscalía.

4.2.1 Denuncia de la víctima

La denuncia de la víctima es el primer paso para dar inicio al procedimiento penal. Es importante que sea la propia víctima la que dé este paso y ejerza de forma activa durante todo el proceso a fin de favorecerlo y esperar una sentencia favorable a su situación.

La denuncia es uno de los mecanismos previstos por la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECrim) para poner en marcha el proceso. Consiste en, *a priori*, la forma más sencilla en términos formales de iniciar el trámite judicial, dado que puede hacerse tanto por escrito como de forma verbal⁴⁶; en todo caso, dicha denuncia deberá estar firmada por la denunciante.

Hay determinados cuerpos de policía que ya disponen de protocolos o grupos de acción específicos para atender a una víctima de violencia de género. Un ejemplo

⁴² Quintero, G. (2009) La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer. Dentro de: *Estudios penales y criminológicos XXIX*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.435

⁴³ Ley Orgánica 1/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 148 § 14247 (1989)

⁴⁴ Valiente, C. (1996) Políticas contra la violencia contra la mujer en España (1975-1995). *Revista de Ciencia policial*, (35), 29-45, p. 32

⁴⁵ Véase ANEXO 3 sobre Evolución histórica: de los delitos contra la honestidad a los delitos contra la libertad sexual

⁴⁶ Artículo 265 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1982 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Boletín Oficial del Estado, 260 § 6036 (1982)

de esto es en el cuerpo de policía autonómico de los *Mossos d'Esquadra*, donde se dispone de Grupos de Atención a la Víctima (GAV). Este servicio dispone de una formación especializada en atención y seguimiento de las víctimas de violencia de género y otras víctimas vulnerables. Se ejerce en todas las comisarías de Cataluña y permite a la víctima una mayor asesoría en este tema, brindarle apoyo, ofrecerle recursos y acciones y, bajo mi punto de vista, creo que es una buena manera de facilitar un primer contacto a la hora de interponer una denuncia, fomentando la relación entre víctima y policía, su contacto y consecuentemente su protección⁴⁷.

Otros organismos policiales como la Guardia Civil emiten recomendaciones a la hora de interponer una denuncia, además de ofrecer asesoramiento jurídico y asistencial de manera telefónica. Las principales recomendaciones por parte de ese organismo para el ejercicio de la denuncia es una rápida actuación ante un caso reciente de cualquier tipo de violencia por parte de su pareja o expareja, intentar aportar todos los medios de prueba de los que se disponga y en caso de ser algo muy reciente evitar un cambio de ropa para facilitar la obtención de pruebas⁴⁸.

La denuncia de la víctima también puede ir acompañada de la solicitud de órdenes de protección o el empleo de medidas cautelares para su protección.

Hay que tener en cuenta que en los delitos públicos la denuncia se regula como una cuestión obligatoria⁴⁹ para las personas que tengan conocimiento de la comisión del hecho delictivo⁵⁰, pero esto no es así en los delitos semipúblicos o privados, donde la denuncia no es obligatoria sino un derecho de la propia víctima, porque se considera que prima su propio interés.

⁴⁷ Página web de los Mossos d'Esquadra: Atenció personalitzada: violència masclista i domèstica, i odi i discriminació.

⁴⁸ Página web de la Guardia Civil: Violencia de género.

⁴⁹ Artículo 259 de la LECrim: “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare”.

⁵⁰ No obstante, pese a la obligatoriedad en términos generales de la denuncia de un delito público esto no lo es para la víctima, pese a lo establecido en el artículo 259 de la LECrim. Y en este sentido TORRES ROSELL considera que “no deben imponerse nuevas sanciones y nuevos perjuicios a quienes ya han sufrido los derivados de la comisión de un delito”, dentro de: Torres, N. (1991) *La denuncia en el proceso penal*. Madrid: Montecorvo, p.126.

En este sentido, según CATALINA BENAVENTE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto una necesidad de revisión. En un Sentencia de 12 de febrero de 2001 (RJ 2001/1236) se consideraba lo siguiente: “el legislador, en los delitos contra la libertad sexual, consciente de la que la publicidad del proceso puede suponer para la víctima y su familia, en su intimidad y buena fama, mayores perjuicios que los procedentes del delito, cierra el paso [...] a la persecución de oficio, exigiendo, como requisito de procedibilidad, la denuncia de la persona agraviada”⁵¹. Esta sentencia recalca la consideración de estos delitos como semipúblicos y delimitaba la incoación a la denuncia de la víctima. No obstante, con la LOMPIVG se ha generado un nuevo panorama normativo, y la necesidad de protección de la víctima de violencia de género hace que se deba reformular o revisar este marco procesal. Porque la intervención del Ministerio Fiscal “ponderando los legítimos intereses en presencia” podría ampararse en la necesidad de protección de las víctimas de violencia de género y la lucha contra esta problemática.

4.2.2 Querella del Ministerio Fiscal

La querella del Ministerio Fiscal es otra de las posibilidades previstas por el legislador a través del artículo 191.1 del C.P. No obstante, incluye el requisito de que su intervención ha de hacerse “ponderando los legítimos intereses en presencia”.

La querella, regulada en los artículos 270 a 281 de la LECrim, exige un mayor formalismo a la hora de ser presentada. El artículo 277 de la LECrim establece lo que ha de expresar el documento de la querella, dado que ésta, a diferencia de la denuncia, únicamente puede ser escrita. La querella no se realiza en dependencias policiales, sino que ha de presentarse ante el juzgado competente para ello. Además, la admisión de la querella conlleva que la fase de instrucción deberá terminar con

⁵¹ Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?. Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.286

la apertura de juicio oral o con un auto de sobreseimiento, debido a que no se permite el abandono de la querella cuando está tiene la consideración de pública⁵².

Al inicio del capítulo se ha apreciado cómo se ha desplazado el foro al domicilio de la víctima, dejando de lado el foro general del *forum delicti commissi*. Cabe apreciar que el Ministerio Fiscal tendrá la dificultad añadida de determinar tal lugar, ante situaciones donde, por ejemplo, la víctima hubiere abandonado el domicilio familiar. Para que la actuación sea la más adecuada para la víctima, el artículo 15 bis de la LECrim prevé que el juez del lugar donde se hayan producido los hechos podrá establecer medidas cautelares de carácter urgente sin perjuicio de la futura competencia del juez de violencia de la mujer del lugar del domicilio de la víctima.

El Ministerio Público cumple con sus funciones establecidas por el artículo 124 de la Constitución Española y por el artículo 541 de la LOPJ, siendo estas principalmente “la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados”⁵³.

Uno de los primeros pasos que se dieron en la especialización de la Fiscalía en estas materias fue la Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, motivando las primeras secciones especializadas en “el servicio de Violencia familiar”, al no tenerse aún la consideración de violencia de género⁵⁴.

Más adelante, con la creación de la LOMPIVG, se creó la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, cuyas funciones se encuentran en el artículo 70 de la LOMPIVG, y que han provocado la creación del artículo 20 en la Ley 50/1981,

⁵² Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.297

⁵³ Constitución Española de 1978, Boletín Oficial del Estado, 311§ 31229 (1978)

⁵⁴ Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en la ámbito doméstico y familiar, Boletín Oficial del Estado. FIS-C-1998-00001

de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Entre las funciones del Fiscal contra la Violencia sobre la mujer destacan:

- Intervención en procedimientos penales y civiles de especial trascendencia en materia de violencia de género (comprendidos en los artículos 87 ter.1 y 87 ter.2 de la LOPJ)
- La supervisión y coordinación, tanto de las secciones como de las diversas Fiscalías en materias de violencia de género, generando instrucciones y elaborando informes sobre las diligencias, procedimientos y actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en materia de violencia de género.

En el supuesto que nos ocupa podría ser relevante el artículo 20.1 a) de la Ley 50/1981, relativo a las funciones del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer:

“a) [...] intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado referentes a los delitos por actos de violencia de género comprendidos en el artículo 87.1 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁵⁵.

Esto podría denotar una justificación de la actuación del Ministerio Público como incoación de oficio en los delitos del artículo 191 del C.P., al poderse igualar la calificación de “ponderando los legítimos intereses en presencia” con una “especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado”. No obstante, la Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer de las Secciones contra la violencia de las Fiscalías, al realizar una interpretación del artículo anterior, estableciendo lo siguiente: “sin perjuicio de la propia experiencia que el acontecer del cargo vaya deparando o aconseje, la intervención del Fiscal de Sala en determinados procesos penales por violencia de género se producirá generalmente a través del seguimiento de sus trámites, y

⁵⁵ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Boletín Oficial del Estado, 11§ 837 (1982)

excepcionalmente mediante su participación personal en concretos actos procesales”⁵⁶.

Por lo que, la propia Instrucción denota la excepcionalidad de la incoación de oficio por parte del Ministerio Fiscal, y añade que en el supuesto de que revistan “especial trascendencia”, le corresponde al Fiscal General del Estado apreciar en cada caso dicha concurrencia de manera justificada. Aporta una serie de supuestos en los que se podría justificar su actuación, entre los que destacan para el supuesto que nos ocupa: “la gravedad intrínseca del daño, repercusión o trascendencia pública o social de la conducta infractora, calidad del sujeto activo o pasivo de la infracción, o cualquier otra conducta similar”⁵⁷. En base a esto, entro a matizar que la decisión de una intervención del Ministerio Público en materia de violencia de género se realizará por decisión del Fiscal General del Estado, a iniciativa propia o por una propuesta del Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, que esta intervención ha de justificarse en alguno de los supuestos previamente mencionados, y que de alguna manera podríamos suponer que se intenta justificar su intervención en relación con el artículo 191.1, supuesto que nos ocupa.

4.3 FASE DE INSTRUCCIÓN EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

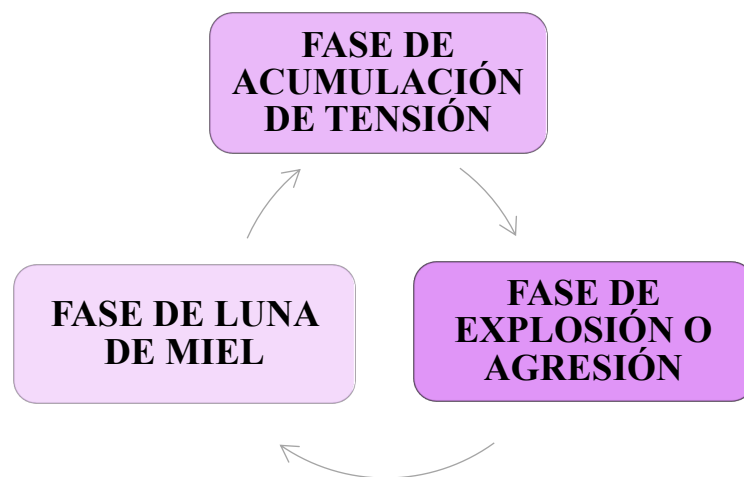
La rápida actuación en la instrucción en materia de violencia de género resulta fundamental, tal y como se establece en la propia LOMPIVG, al considerar la necesidad de lograr “procedimientos ágiles y rápidos”⁵⁸. Según palabras de ÁLAMO GONZALEZ y SANCHEZ VILLALBA, “para la mujer víctima de violencia de género, la obtención de una rápida respuesta al ejercicio de la acción penal que se inicia con la denuncia resulta decisiva, especialmente, ante la frecuente

⁵⁶ Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la violencia de las Fiscalías, Doctrina de la Fiscalía General del Estado, FIS-I-2005-00007 (2005), p. 7-8

⁵⁷ Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la violencia de las Fiscalías, Doctrina de la Fiscalía General del Estado, FIS-I-2005-00007 (2005), p. 8

⁵⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, 313 § 21760

necesidad de que cuanto antes se adopten medidas cautelares que controlen una situación de peligro y que haya un pronunciamiento definitivo sobre los hechos que determine la responsabilidad penal a la que debe someterse el agresor. La lentitud puede provocar una pérdida total de su confianza ante el sistema judicial o se corre el riesgo de que se pueda producir lo que en la doctrina se conoce como *fase de luna de miel*⁵⁹. Desde un punto de vista criminológico, esa fase es la situación posterior a un episodio de violencia, donde el agresor vuelve a comportarse de una manera cercana, agradable, con detalles afectivos hacia la víctima para volver a ganarse la confianza de ésta⁶⁰.



*Elaboración propia. Fuente: The Battered Woman Syndrome⁶¹

En el supuesto de hecho del presente trabajo, al tratarse de un caso de delito sexual (abuso, acoso o agresión sexual) dentro del ámbito de la violencia de género, la instrucción dará inicio a partir de la *notitia criminis*, mediante la denuncia de la víctima o, tal y cómo hemos visto en capítulos anteriores, mediante querrela de la Fiscalía. Dentro de la instrucción se lleva a cabo la actuación de las diligencias de investigación, con el objetivo de aclarar los hechos y obtener el mayor número de

⁵⁹ Álamo, D. y Sánchez, A. (2018) *La instrucción de la violencia de Género. El equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso*. Madrid: La Ley, p.135

⁶⁰ Véase ANEXO 4 sobre El ciclo de la violencia contra la mujer

⁶¹ E.A. Walker, L. (2001) *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer Publishing Company

pruebas o indicios que permitan una posterior apertura del juicio oral y un correcto desarrollo del proceso.

Dentro de esta fase se pueden establecer medidas cautelares. En este sentido, se presupone que en situaciones de violencia de género hay una serie de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, previstas en el Capítulo IV de la LOMPIVG⁶², compatibles con el resto de las medidas cautelares previstas por la legislación. Esta decisión del legislador de mayor protección hacia la víctima se presupone garantía de la finalidad de la LOMPIVG. En términos generales, las medidas cautelares tienden a orientarse a asegurar y garantizar la futura e hipotética sentencia condenatoria, mientras que en casos de violencia de género quiere darse un marco de protección reforzado a la víctima del delito. Para ello, el juez ha de valorar el riesgo que tiene la víctima de volver a ser víctima y sus circunstancias. En términos generales, las medidas cautelares pueden ser solicitadas por la víctima, el Ministerio Fiscal o de oficio por el juez; no obstante, existen excepciones en los supuestos donde impliquen una mayor restricción de derechos en el detenido o encausado⁶³.

Pese a que sería aconsejable por parte de la víctima una demanda de las medidas cautelares y una participación en el proceso -por ejemplo, a través de denunciar los hechos o prestar declaración en la fase de investigación- pueden darse situaciones donde la víctima no quiera prestar declaración o incluso niegue los hechos, no obstante, si el juez dicta una medida cautelar ha de cumplirse. Prueba de ello es la reciente sentencia del Tribunal Supremo, donde establece doctrina jurisprudencial en materia de incumplimiento de pena o medida cautelar orientada a la protección de la víctima de violencia de género, y determina lo siguiente: “El cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del

⁶² En el capítulo IV se establecen medidas de protección y seguridad de las víctimas: orden de protección; protección de datos y limitaciones de publicidad; medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones; medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores; suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores; o la medida de suspensión del derecho de tenencia, porte y uso de armas.

⁶³ Véase ANEXO 5, sobre Medidas cautelares en violencia de género

condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella. La necesidad de proteger de manera efectiva a quienes son víctimas de la violencia de género emerge hoy como un interés colectivo indisponible, que ha desembocado en todo un esquema legal orientado a tal fin, y que desde esta perspectiva ha sido interpretado por esta Sala”⁶⁴.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo reitera desde el año 2008 que: “El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código Penal (delito de quebrantamiento de condena)”.

Bajo mi punto de vista lo que el Tribunal Supremo trata de decir es que la decisión, tanto de la medida cautelar como de la pena impuesta, la toma un juez, y, en términos generales, no depende de la voluntad de la víctima, y no porque no se cuente con la voluntad de ésta, sino porque se han de respetar las decisiones y órdenes judiciales, porque así lo exige el Estado de Derecho, y en el caso de la violencia de género se ve aún más justificado al ampararse en un objetivo y finalidad mayor, como es la lucha contra la violencia de género y la protección de la víctima. Pese a que en determinadas ocasiones el juez parta de la solicitud de la víctima o del Ministerio Fiscal, como puede ser a la hora de decretar una prisión provisional⁶⁵, una vez se toma una decisión ha de ser respetada.

Esto no fue siempre así, desde la implantación de la LOMPIVG en el año 2004 hasta el año 2008, la interpretación del Tribunal Supremo contemplaba la voluntad de la víctima, ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005, donde ante un caso de quebrantamiento de la medida de alejamiento, el tribunal decide absolver al condenado en primera instancia y argumentaba entonces que: “Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto, supone de facto el

⁶⁴ TS (Sala 2ª, de lo Penal), sentencia núm. 667/2029, de 14 de enero. RJ 2020\43

⁶⁵ Véase ANEXO 5, sobre Medidas cautelares en violencia de género

decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella”⁶⁶.

El Tribunal Supremo ha modificado su tendencia en los últimos años en la aplicación de medidas cautelares o penas enfocadas al alejamiento del agresor respecto de la víctima. Dicho cambio se orienta hacia un mayor proteccionismo de la víctima, quien, pese a una posible voluntad de volver con su agresor, podría conllevar para éste una condena mayor.

De forma reiterada durante el presente trabajo he expresado y seguiré expresando la importancia de la participación de la víctima en el proceso, este factor es decisivo durante todo el proceso y su carencia se verá en el resultado de este. Es posible que ante el silencio de la víctima no llegue a producirse juicio oral, en tanto que la fase de instrucción finaliza y se da lo que se considera como fase intermedia, con un auto de conclusión. Se abren dos escenarios posibles: el primero, donde se tiene la suficiente información para poder continuar con el proceso penal, en cuyo caso cabe abrir la fase del juicio oral y concretarse la acusación; y el segundo, donde el resultado de la investigación no da lugar a la información o el valor probatorio suficiente y se dicta un auto de sobreseimiento.

Pese a esto, el Tribunal Supremo ya ha manifestado que “no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación penal, siendo ello incompatible cuando el delito es perseguible de oficio”⁶⁷. Extrapolándolo a nuestro objeto de estudio, se podría considerar que la víctima juega un papel importante pero no decisivo en la aplicación del derecho penal, dado que el legislador deja la puerta abierta a la entrada de la Fiscalía mediante querella. No obstante, es innegable que el carácter probatorio de los hechos se ve mermado sin la intervención de la víctima en el proceso, y que, para contrarrestar, las otras pruebas deberán de tener un peso de mayor relevancia.

⁶⁶ TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1156/2005, de 26 de septiembre. RJ 2005\7380

⁶⁷ TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 75/2006, de 3 de febrero. RJ 2006\ 2764

Por ello, existen protocolos en el ámbito de la policía como el Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de la víctima violencia doméstica y de género⁶⁸. Recogiendo una guía de principales acciones de la fase de investigación policial especialmente de la recepción de la denuncia y de la redacción del atestado.

Esto es muy importante, dado que en los casos donde la víctima no quiera denunciar al agresor o decida guardar silencio tanto en la fase de instrucción como en la fase de juicio oral, las otras pruebas como el atestado policial o la declaración de los agentes revisten una especial transcendencia.

4.4 CUESTIONES RELEVANTES SOBRE EL PROCESO PENAL EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En un proceso penal en materia de violencia de género surgen algunos aspectos que hay que tener en cuenta, jugando un papel importante en la decisión final del juez. En este apartado se expondrán aquellas particularidades del proceso que entran en juego con la idea de la voluntad o autonomía de la víctima y su papel decisivo a lo largo del proceso a través del estudio del derecho de dispensa.

La voluntad en cuanto a la participación de la víctima en el proceso tiene uno de sus máximos exponentes en la utilización o no del **derecho de dispensa**. Este derecho está previsto en el artículo 416 de la LECRIM⁶⁹:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. [...] su cónyuge o persona unida por una relación de hecho o análoga a la matrimonial [...].

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere

⁶⁸ Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género (2010).

⁶⁹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1982 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Boletín Oficial del Estado, 260 § 6036 (1982)

oportunas, y el secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

No obstante, pese a que el legislador no matiza la relación conyugal, de hecho, o análoga matrimonial, la jurisprudencia sí que ha limitado estos supuestos en los ámbitos relativos a la violencia de género, al matizar qué relaciones de pareja quedan incluidas en el ámbito de aplicación, como así lo expresaba el Tribunal Supremo: “La jurisprudencia de esta Sala ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge, siguiendo el criterio de las últimas reformas legales. Pero también ha precisado que la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado”⁷⁰.

La limitación del Tribunal Supremo se basa en parejas que mantienen dicha relación, por tanto, se entienden excluidas las exparejas. Es curioso apreciar cómo notamos diferencias entre el ámbito subjetivo de la LOMPIVG y el derecho de dispensa del artículo 416 de la LECrim, por lo que podemos entender que no todas las mujeres víctimas de violencia de género gozarán de los mismos derechos procesales. Esta opinión también ha sido amparada por ÁLAMO GONZÁLEZ Y SÁNCHEZ VILLALBA⁷¹.

La regulación de la dispensa defiende que la víctima ha de ser informada de su derecho a no declarar, pero según la interpretación de algunos autores, como defienden ÁLAMO GONZÁLEZ Y SÁNCHEZ VILLALBA⁷², también deberá ser informada de lo que supone su ejercicio, en tanto que el carácter probatorio de los hechos se verá mermado, afectando a una posible sentencia condenatoria y a la

⁷⁰ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia núm. 13/2009, de 20 de enero. RJ 2009\1383

⁷¹ Álamo, D. y Sánchez, A. (2018) *La instrucción de la violencia de Género. El equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso*. Madrid: La Ley

⁷² *Ídem*

adopción de medidas cautelares. Por tanto, el hecho de que la víctima ejerza su derecho de dispensa podría afectar a su propia protección.

Pese a las consecuencias negativas para la víctima el ejercicio de la dispensa, no deja de ser un derecho procesal de la misma, y el juez deberá informar de tal derecho. Este deber de información se produce en la fase policial (cuando la víctima sea testigo y no sea ella misma quien vaya a denunciar), en la fase de instrucción y en la fase del juicio oral.

La jurisprudencia recoge situaciones donde no se informó a la víctima del artículo 416 de la LECrim y se entró a valorar si dicho error procesal podría ser solventado o convalidado por otras acciones. El Tribunal Constitucional⁷³ considera que ante un supuesto donde la víctima ejercita la acción penal de manera activa durante todo el proceso -denotando claramente la intención de la víctima- considerar que se vulneraría la tutela judicial efectiva y que debería anularse el testimonio de la víctima, sería erróneo y contrario con el fundamento o finalidad del derecho a dispensa.

El fenómeno de la dispensa ha sido comentado en materia de violencia de género, prácticamente desde la entrada de la LOMPIVG. En el año 2004 ya se hizo eco en la memoria de Fiscalía General del estado⁷⁴ o en la jurisprudencia⁷⁵, dónde se declaró como uno de los mayores problemas de “distorsión” que se están generando en los procedimientos penales, dado que las víctimas usan este derecho de manera frecuente para no declarar contra el acusado.

En la última memoria realizada por el Fiscal General del Estado en el año 2019, deja una serie de datos relevantes sobre el ejercicio de la dispensa por parte

⁷³ TC, sentencia núm. 94/2010, de 15 de noviembre. RTC 2010\94

⁷⁴ Esta consideración se pone de manifiesto en la Sentencia: Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), sentencia núm. 126/2004, de 11 de junio. JUR 2005\61071

⁷⁵ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), sentencia núm. 257/2010, de 12 de abril, JUR 2010\243036, donde se manifiesta: “esta Sala ya ha hecho referencia en múltiples ocasiones que en estos casos suele ser práctica habitual que la víctima se ampare en el art. 416 LECrim o cambie en el plenario la declaración llevada a cabo ante la comisaría o juez instructor”.

de las víctimas de violencia de género, y la consecuencia que ello tiene en el proceso penal:

- De las 1.492 retiradas de la acusación por parte de la Fiscalía, 1.348 se justificaban en el ejercicio de la víctima del artículo 416 de la LECrim.
- De las 1.492, se recibió información sobre 69 a través de la inspección Fiscal y de los Fiscales delegados, en 32 de los 69 casos, la retirada se produjo ante la falta de prueba, dado que se carecía de la prueba testifical de la víctima, que ejercitó su derecho a la dispensa.
- De los procedimientos que finalizan con sobreseimiento en la fase de instrucción, en el año 2018 ascendió al 45,04%, de este porcentaje se recalca que “un numero significativo viene determinado por el hecho de que la víctima se acoge a lo dispuesto en el artículo 416 LECrim, lo que impide valorar su testimonio en el acto del juicio oral, como así se hace constar en las Memorias de muchas Fiscalías”⁷⁶.

Una de las preocupaciones que manifiestan los Fiscales la memoria es la implicación que tiene el ejercicio de la dispensa en su actuación. Pese a su iniciativa por proteger a la víctima, a la hora de llevar a cabo el proceso penal, ésta se ve mermada por la utilización del artículo 416 de la LECrim.

Se han dado casos donde el propio agresor ha recurrido la sentencia condenatoria, alegando el artículo 416.1 de la LECrim en tanto que a su expareja no se le había informado de su derecho a no declarar y que por ello no tenía que ser tenida en cuenta su declaración, el mismo escrito refería que sin la declaración de la víctima llevaría a “un vacío probatorio de cargo incapaz de sostener la condena contra el recurrente ya que los solos puntos de asistencia y los testimonios de referencia no tienen la consistencia suficiente para soportar y justificar la condena”⁷⁷.

⁷⁶ Segarra, M. J. (2019) *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado; Ministerio de Justicia, 2019*. Madrid: Fiscal General del Estado, p.757

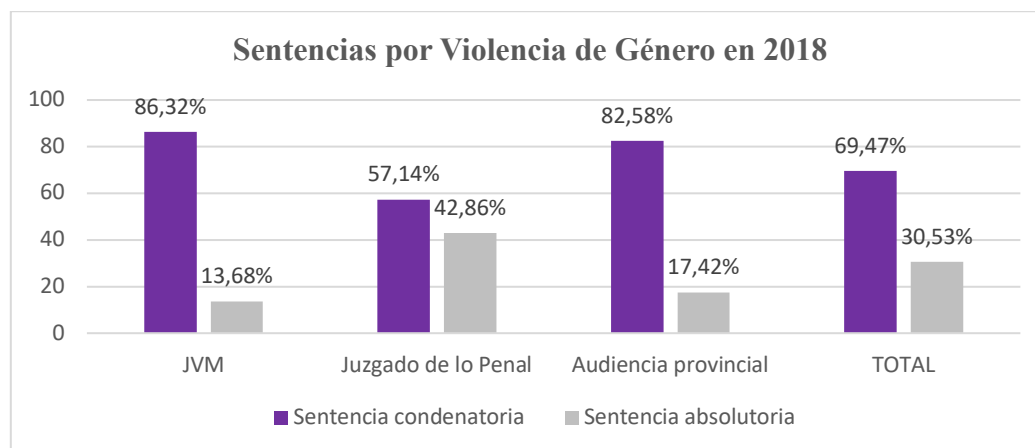
⁷⁷ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia núm. 449/2015, de 14 de julio. RJ 2015\3695

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de la dispensa por parte de la víctima de violencia de género que previamente había denunciado es variante y confusa como reconoció el propio tribunal, no obstante, con la finalidad de dar seguridad jurídica el Tribunal Supremo determinó que ante una situación donde la víctima ejerce la acusación particular de forma prolongada “le novó su status al de testigo ordinario, el que mantuvo, aún después de que renunciara al ejercicio de la Acusación Particular, por lo que su declaración en el Plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho del que ella misma había renunciado al personarse como Acusación Particular”⁷⁸.

Cuestión diferente es el artículo 716 de la LECrim, en situaciones de declaración contradictoria, en este caso si que se podrá abrir la lectura de la fase de sumario para confrontar las declaraciones.

4.5 RESOLUCIONES PENALES EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Las resoluciones penales en materia de violencia de género tienden a finalizar en sentencia condenatoria, según los últimos datos de la memoria del Ministerio Fiscal:



*Gráfico de elaboración propia. Fuente: Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019⁷⁹

⁷⁸ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia núm. 449/2015, de 14 de julio. RJ 2015\3695

⁷⁹ Segarra, M. J. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado; Ministerio de Justicia, 2019*. Madrid: Fiscal General del Estado

No obstante, barajando los datos de la memoria de la Fiscalía, hay que tener en cuenta un dato relevante, y es que un 45,04% de los casos, en el año 2018, terminaron en sobreseimiento en la fase de instrucción, y esto no quiere decir que se deba a denuncias falsas como se apuntan desde algunos colectivos -dado que se estima que el porcentaje de denuncia falsa desde el año 2009 es del 0,0069%- sino que el principal motivo que sustenta la no actuación de la fiscalía o la no valoración del juez para la apertura del juicio oral es: que no se estiman suficientes elementos probatorios o, como ya hemos mencionado en apartados anteriores, la utilización por parte de la víctima del derecho de dispensa.

En las situaciones donde se de una sentencia condenatoria el legislador marca una obligatoriedad al juez o jueza a la hora de establecer la pena: la de incluir la pena de alejamiento como pena accesoria.

Concretamente, si analizamos las modalidades de delincuencia objeto de nuestro estudio, se prevé en el artículo 57 del C.P. donde en el primer apartado se contempla: “delitos [...] contra la libertad e indemnidad sexuales” y en el apartado 2 se concreta la obligatoriedad para los delitos contra “quien sea o haya sido cónyuge, o sobre esa persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, estableciendo la aplicación del artículo 48 del C.P. relativo a medidas de alejamiento respecto a la víctima.

En esta premisa, encontramos cómo el legislador sí que ha dotado de esta protección -a diferencia de la dispensa- al mismo ámbito subjetivo que encontramos en la LOMPIVG, por lo que las mujeres consideradas víctimas de violencia de género gozarán de esta protección o seguridad reforzada.

Por tanto, se puede apreciar por parte del legislador una finalidad de protección hacia la víctima, sin tener en cuenta las características del caso, las necesidades o los riesgos de la víctima, sobreponiendo su protección a costa de su autonomía.

CAPÍTULO 5. DEBATE SOBRE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA

En los capítulos anteriores, se ha analizado la violencia de género desde la perspectiva de los delitos sexuales, cómo son vistos desde la perspectiva del legislador, la jurisprudencia o la doctrina; todo ello desde una óptica procesal. La finalidad de este análisis concreto reside en que, si conocemos cómo funciona el proceso, la concepción de la lucha contra la violencia de género a través de la LOMPIVG y el mecanismo procesal de los delitos sexuales de abuso, acoso y agresión, podremos entrar a debatir sobre la idea de la voluntad de la víctima. Porque la finalidad de este trabajo no solo es valorar si el legislador y la jurisprudencia respetan la voluntad de la víctima, sino también ver un poco más allá, en el sentido de: ¿sería realmente efectivo realizar un proceso donde no entrase en juego dicha voluntad? o, conocer el porqué de esa negativa de la víctima y qué podría hacerse al respecto.

5.1 ¿VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA?

En un proceso penal por la comisión de un delito sexual en materia de violencia de género, la voluntad de la víctima entrará en juego en diferentes fases del proceso. Como hemos podido apreciar en el capítulo 4, se ve principalmente en: la denuncia de la víctima o la querrela del ministerio fiscal, la imposición de medidas cautelares y ante su quebrantamiento, la utilización de la dispensa o la imposición de medidas accesorias a la pena impuesta. Todo ello nos genera un panorama confuso, porque mientras que en algunos casos se muestra la voluntad de la víctima en su máxima expresión en otros tal voluntad no está presente.

El presente apartado quiere focalizarse en el estudio de la existencia o no de la voluntad de la víctima en la fase de incoación, esto quiere decir, si se tiene en cuenta la decisión de la víctima para iniciar un procedimiento penal contra su agresor.

Si nos centramos en la lectura del artículo 191.1 del C.P. y lo interpretamos literalmente, la respuesta parece clara: no. Dado que se permite la querrela de la Fiscalía como método de incoación del proceso. Pero el objetivo es ir un poco más

allá, porque durante el trabajo hemos analizado esta tipología delictiva, y nos hemos encontrado con que es considerado como delito semipúblico, lo que no concuerda con que pueda haber un inicio del procedimiento que no cuente con la voluntad de la víctima. En los delitos públicos el *ius puniendi* se aplica con independencia de la actitud de la víctima. Por tanto, en caso de que se trasladara a la categoría de delito público, un delito cuyo bien jurídico se presupone individual y personal, estaría suponiendo la vulneración de la voluntad y actitud de la víctima.

CATALINA BENAVENTE matiza esta cuestión al considerar que “si el fundamento de los delitos semipúblicos es salvaguardar el *strepitus fori*, entendemos que dicha argumentación va en contra del espíritu de la LO 1/2004”⁸⁰, por lo que la LOMPIVG podría generar en los delitos sexuales un justificante de su actuación procesal como delito público.

Por tanto, la lectura de la doctrina y legislación sobre la violencia de género hace que los delitos sexuales y su clasificación puedan mirarse desde otra óptica. En este sentido la circular 4/2005 refiere que:

“la transformación de la percepción social acerca de este fenómeno ha provocado en la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, la violencia de género se haya catalogado como una de las lesiones mas significativas a bienes jurídico-penales fundamentales”⁸¹.

Y, de hecho, la propia LOMPIVG en su exposición de motivos relaciona la violencia de género con derechos fundamentales como la libertad, la vida, la seguridad y la no discriminación. En este sentido en el artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978 se da a los poderes públicos la “obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos,

⁸⁰ Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p. 292

⁸¹ Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado. Vol. LVIII. (2005), p.1074

removiendo obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”⁸². Por lo que podríamos entender, a la hora de interpretar el artículo 191.1 del C.P., que el legislador quiere dar un mayor poder al Ministerio Público dado que la exclusividad de la incoación del proceso a la denuncia sería un obstáculo para el objetivo de luchar contra la violencia de género.

Otros autores como QUINTERO OLIVARES, refieren que los dos bienes jurídicos que entran en juego son “el propio de la mujer agredida y el género (femenino) al que pertenece”. Esta apreciación parece un poco mas básica y criticada desde un punto de vista criminológico por LARRAURI PIJOAN, porque el focalizar una problemática social a un solo factor como es el género es simplista al haber otros factores que entran en juego a la hora de analizar la violencia de género y critica al legislador y a algunas tesis feministas porque considera que “se ha pasado de ignorar la variable del género a pretender que ésta explique todo el problema social que se está investigando”⁸³. Según DOMÍNGUEZ FÉRNANDEZ y RODRIGUEZ CALVO, después de realizar un estudio con 580 casos de violencia de género consideran que: “El conocimiento de las características sociodemográficas de ambos implicados, de la relación que mantienen y del contexto familiar es fundamental para mejorar la eficacia de las medidas de prevención, intervención y tratamiento, enfocándolas hacia los colectivos más afectados”⁸⁴. Por lo que ponen de manifiesto la existencia de otros factores a tener en cuenta para una mayor eficacia en el tratamiento de estos delitos.

CREAZZO Y PALIDDA sí que reconocen que el género representa “una clave de lectura de relevancia central”, pero consideran que “las relaciones de

⁸² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, 313 § 21760 (2004), p.6

⁸³ Larrauri, E. (2007) *Criminología crítica y Violencia de género*. Madrid: Trotta, p.16

⁸⁴ Domínguez, M. y Rodríguez, M.S. (2018) Características sociodemográficas. Dentro M.S. Rodríguez y F. Vazquez-Portomeñe *Estudio empírico sobre la violencia de Género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos* (15-40) Valencia: Tirant lo Blanch, p.34

intimidad y las violencias que suceden en su interior están inmersas en un marco social, cultural e institucional específico, que debe ser tenido en cuenta”⁸⁵.

Ante la idea de que la víctima retire la denuncia en un momento posterior, la jurisprudencia refiere:

“en este tipo de delitos es usual la retractación de la víctima, la renuncia, el perdón, la "retirada" de la denuncia, pero no por ello debe pararse la acción penal, cuando los hechos son perseguibles de oficio, y la sociedad reclama la protección de la víctima, incluso pese a ella misma, y contra su propio miedo”⁸⁶.

Incitándose desde la jurisprudencia a la actuación del sistema penal al margen de la voluntad de la víctima. LARRAURI PIJOAN⁸⁷, hace una crítica al consenso de no atender a la voluntad de la víctima y apunta a que los principales motivos residen en: “la concepción del carácter público del derecho penal y su indisponibilidad para la víctima”, “la imagen pública de la mujer maltratada”, “el conflicto creado entre el sistema penal y las mujeres que denuncian” y que “el sistema penal opera solo con una lógica”, y considera que no es aconsejable un sistema excesivamente protector donde se anule la voluntad de la víctima.

La vulneración que puede sufrir la víctima en caso de que no se tenga en cuenta su voluntad, según CATALINA BENAVENTE, no tiene que ver con proteger la fama de la víctima o de su familia, sino que “se trata de respetar la decisión de alguien que ha sido atacada en su ámbito mas privado, y para la cual el

⁸⁵ Creazzo, G. y Palidda, R. (2013) Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machistas contra las mujeres en las relaciones de intimidad. Dentro E. Bodelón (coord.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (297-350). Buenos Aires: Ediciones Didot, p.299

⁸⁶ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5ª), sentencia núm. 148/2005 de 26 de abril. JUR 2005\132232

⁸⁷ Larrauri, E. (2005) ¿Se debe proteger a la víctima contra su voluntad? Dentro de: *La ley de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos Penales José María Lidón* (157-182) Bilbao: Universidad de Deusto.

paso por el proceso puede generar una victimización secundaria por la que no está dispuesta a pasar”⁸⁸.

5.2 LA NEGATIVA DE LA VÍCTIMA AL PROCESO PENAL

El hecho de contemplar la voluntad de la víctima en el proceso penal, parte de la idea de que no todas las víctimas denuncian ante una situación de violencia de género, y es que un elevado número de mujeres no valora el uso del sistema penal como recurso. Pese a esto, un aspecto positivo es que el número de denuncias ha sufrido un aumento en los últimos años.

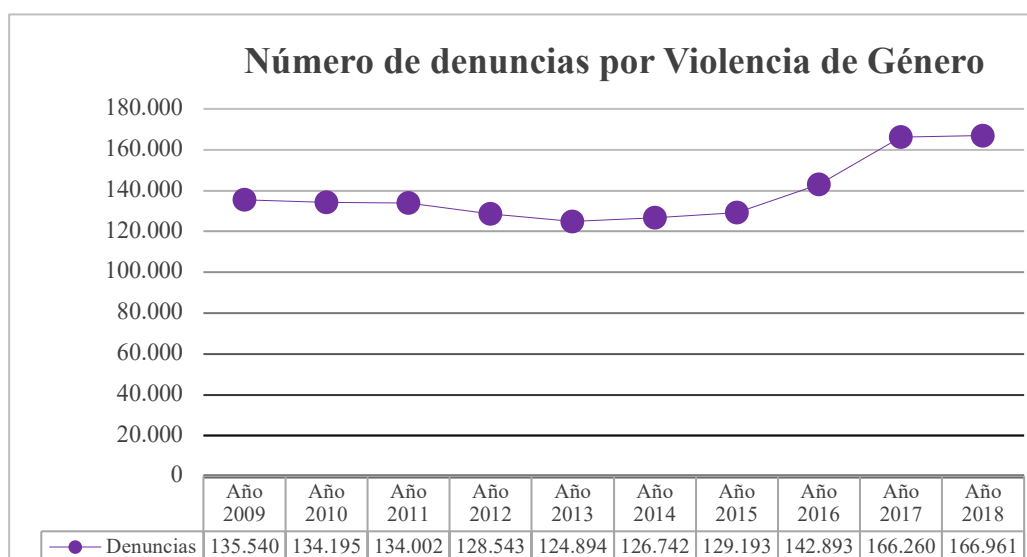


Gráfico de elaboración propia. Fuente: Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019⁸⁹

La falta de denuncia es una problemática, en palabras de CATALINA BENAVENTE, el bajo índice de denuncias genera que se “desarrollen campañas tendentes a concienciar, no solo a las víctimas, sino a toda la sociedad de la

⁸⁸ Catalina, M.A. (2010). ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.293

⁸⁹ Segarra, M. J. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado; Ministerio de Justicia, 2019*. Madrid: Fiscal General del Estado

necesidad de destapar al agresor, de denunciar los hechos y de perseguir penalmente a su autor”⁹⁰.

Para NAREDO MOLERO, CASAS VILA Y BODELÓN GONZÁLEZ, la cuestión sobre la denuncia de la víctima parece trasladar el problema a la víctima, pareciendo que el problema sean las mujeres, cuando para ellas el problema de que no se denuncie reside en “la estructura y las consecuencias que ello conlleva”⁹¹. Estas autoras han realizado un estudio con entrevistas semidirigidas a 40 mujeres víctimas y supervivientes de la violencia machista en España -20 en Madrid y 20 en Barcelona- para conocer qué lleva a una mujer a denunciar o no a su pareja o expareja y, en caso de denunciar, como ha sido el paso por el proceso penal. Las autoras parten de entender “las dificultades, los obstáculos y las dudas que retraen a las mujeres a denunciar los abusos y las agresiones sufridas, obedecen a menudo a múltiples factores psicológicos, jurídicos y sociales y económicos”⁹² y cuando realizan la entrevista se encuentran con una serie de factores y vivencias que son interesantes comentar en el presente trabajo, para entender cómo funciona la voluntad de la víctima y qué se puede esconder detrás de esa decisión. Entre los factores que generan que una mujer no denuncie, en relación con el proceso penal, la víctima refiere desconfianza en la protección del Sistema de Justicia Penal y mensajes desincentivadores, mientras que entre los factores que generan que la mujer denuncie no hay ninguno de ellos relacionados con el sistema penal. La información legal y su conocimiento por parte de estas mujeres no es positivo al manifestar una desinformación general y una falta de lenguaje claro y comprensible, problema también tratado por LARRAURI PIJOAN⁹³, quien

⁹⁰ Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.287

⁹¹ Naredo, M., Casas, G. y Bodelón, E. (2013) La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan la violencia de género en España. Dentro E. Bodelón (coord.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (27-103). Buenos Aires: Ediciones Didot.

⁹² *Ídem*

⁹³ Larrauri, E. (2011) La intervención penal para resolver un problema social. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 12(1), 24-45, p.31

considera que muchas mujeres acuden desinformadas de lo que representa el sistema penal y ofreciendo como solución que las víctimas sean dirigidas previamente a servicios de atención a las víctimas o servicios sociales, organismos que puedan ayudarlas. El proceso penal, lo califican como traumático, poco diligente y empático, disuasivo a la hora de volver a denunciar, con falta de diligencia en las pruebas y con actitudes hostiles por parte de jueces y juezas.

CATALINA BENAVENTE apunta a que las razones para no denunciar relacionadas con el procedimiento penal son “la creencia de que se trata de un asunto que hay que resolver en privado o falta de confianza en la justicia”⁹⁴. En ocasiones, lo que puede generar una ruptura de la confianza en el sistema judicial es la contradicción de sentencias ante supuestos similares, VÁZQUEZ GONZÁLEZ apunta a que los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley “son incompatibles con aquellas resoluciones, que ante supuestos de hecho similares o idénticos, permiten apreciar delitos de malos tratos en unos casos o simples faltas en otros, conductas delictivas o conductas atípicas, una atenuación de la pena o una exención de la responsabilidad penal, etc”⁹⁵. La falta de unidad interpretativa ante supuestos similares es una debilidad del sistema, al generar desconfianza en la víctima porque no obtiene una certeza de que el sistema penal pueda responder de forma adecuada.

Todo lo que hemos extraído de las causas de la falta de denuncia de la víctima tienen relación con el proceso penal, no obstante, hay que tener en cuenta que hay otros factores muy importantes que llevan a una víctima de violencia de género a no denunciar o declarar y, de hecho, todas las autoras que hemos mencionado así lo refieren. Estos factores pueden ser: dependencia económica, miedo, temor por su

⁹⁴ Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.287

⁹⁵ Vázquez, C. (2013) La interpretación judicial de la violencia de género. Un estudio crítico sobre los límites a la discrecionalidad del juzgador. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 397-427) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.424

propia protección o por la de sus hijos, el miedo al rechazo social o a ser criticada, falta de soporte familiar, etc.

En lo que atañe al proceso penal se extrae una conclusión, y es que la víctima de violencia de género no está satisfecha con el proceso penal como solución a su problema, que hay una falta de confianza en el proceso y en relación con la voluntad de la víctima se tendría que valorar si la incoación de la fiscalía afectaría positiva o negativamente a la víctima.

No obstante, pese a que el número de denuncias puede ser indicativo de la falta de confianza de las víctimas en el sistema penal, LARRAURI PIJOAN⁹⁶ considera que no se deberían focalizar los estudios en el número de denuncias para ver si la ley funciona o no, sino en otros factores como los recursos sociales u otros aspectos que permitan valorar si la ley empodera a la mujer. Además, critica que en vez de “orientarlas a los servicios de asistencia a la víctima o a asociaciones de mujeres maltratadas, para que elaboren un problema de actuación y protección individualizado, las dirige al sistema penal de modo uniforme, como requisito para acceder a los recursos necesarios para su protección y especialmente sin informar de lo que el sistema conlleva”⁹⁷. Comportando en la mujer una situación de mayor vulnerabilidad y en muchos casos situaciones de una doble victimización.

5.3 ¿SERÍA EFECTIVO UN PROCESO PENAL SIN TENER LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA?

El estudio de las principales características del proceso en relación con la voluntad de la víctima nos permite valorar si su participación es o no decisiva y si podríamos obtener un resultado satisfactorio, que sería una sentencia condenatoria ante un caso de delito sexual en violencia de género, sin tener la participación de la víctima. Para ello, seguiremos la línea procesal que seguiría al proceso.

⁹⁶ Larrauri, E. (2011) La intervención penal para resolver un problema social. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 12(1), 24-45, p.30

⁹⁷ Larrauri, E. (2005) ¿Se debe proteger a la víctima contra su voluntad? Dentro de: *La ley de medidas de protección contra la violencia de género*, Cuadernos Penales Jose Maria Lidón (157-182) Bilbao: Universidad de Deusto, p.161

En relación con la incoación, como ya hemos mencionado en el primer apartado de este capítulo, el legislador permite que el Ministerio Público de oficio incoe el proceso. Suponiendo que puede producirse la detención del detenido, esto no suele ser ventajoso para la víctima dado que en ocasiones puede suponer un mayor riesgo de victimización para la mujer y se ha llegado a demostrar que la detención no disminuye el riesgo, sino que en ocasiones aumenta la posibilidad de futuras agresiones⁹⁸.

La adopción de medidas cautelares, como la orden de protección, se regulan en el artículo 68 de la LOMPIVG. Según CATALINA BENAVENTE, la interpretación de este artículo denota la necesidad de que la víctima esté presente y declare, de esta manera se permitirá apreciar el alcance de la agresión, para ver si existe o no un riesgo para la víctima. Por tanto, aquí se puede entrar a plantear que en situaciones donde la víctima no quiera declarar, porque está en su derecho⁹⁹, la adopción de medidas de protección se verá limitada. También, ha de entrarse a valorar el hecho de que las víctimas no suelen responder a patrones de comportamiento estables, esto quiere decir que pueden variar en su declaración, que pueden retirar la denuncia y decidir no declarar contra el detenido o acusado, etc. Todo esto podría justificar el hecho de que el legislador, en algunos aspectos como puede ser la orden de protección, haya anulado la voluntad de la víctima, para evitar que el cambio de opinión de la víctima vulnere la protección que el sistema le confiere¹⁰⁰.

Esta tipología de delitos tiende a producirse en el ámbito privado, generalmente en el domicilio conyugal. La declaración de la víctima es un testimonio fundamental para la persecución de estos delitos, siendo considerada

⁹⁸ Larrauri, E. (2005) ¿Se debe proteger a la víctima contra su voluntad? Dentro de: *La ley de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos Penales Jose Maria Lidón* (157-182) Bilbao: Universidad de Deusto, p. 169

⁹⁹ A través del ejercicio de la dispensa regulado en el artículo 416 de la LECrim

¹⁰⁰ Vázquez-Portomeñe, F, (2018) Las víctimas ante el proceso penal. Dentro M.S. Rodríguez y F. Vázquez-Portomeñe *Estudio empírico sobre la violencia de Género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos* (121-144) Valencia: Tirant lo Blanch, p. 130

como un “testigo privilegiado”, en parte por ser testigo único¹⁰¹. En estos casos se tendrá que entrar a valorar si ante la falta de declaración por parte de la víctima hay o no suficiente material probatorio, para determinar si es posible o no continuar con el proceso. CATALINA BENAVENTE apunta a que “a pesar de que desde hace más de veinte años la Fiscalía General del Estado viene instando a los fiscales a no renunciar a la acusación por el mero hecho de la renuncia de la víctima, lo cierto es que esta renuncia complica enormemente la continuación del proceso”¹⁰².

Pese a que puedan darse situaciones donde existan testigos, como por ejemplo familiares de la propia víctima, sigue existiendo la interpretación de esta problemática como algo privado, de aquí el reducido número de procesos que tienen su origen en la denuncia de la familia de la víctima¹⁰³. Consecuentemente, si en situaciones de violencia de género el número de denuncias por familiares es reducida, en la concreción de supuestos de violencia sexual se presupone aún menor dada la intimidad del dormitorio donde suelen producirse dichos actos.

En la fase de instrucción y en la del juicio oral, puede producirse el uso de la dispensa a no declarar del artículo 416 de la LECrim, la forma en la que se redacta y el uso que se está dando por parte de la víctima contribuye a la consideración de estos supuestos como delitos semipúblicos, en tanto que, si la víctima no está dispuesta a iniciar el procedimiento penal contra su agresor, la dificultad que tendrá la Fiscalía para llevar a cabo la actividad probatoria y una futura sentencia condenatoria se verá incrementada. Por tanto, se devuelve a la víctima esa voluntad, no a la hora de iniciar el proceso porque eso sigue pudiendo estar en manos de la Fiscalía, pero sí en tanto que si la víctima no está preparada para dar el paso ante

¹⁰¹ Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.312-313

¹⁰² Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.318

¹⁰³ Vázquez-Portomeñe, F, (2018) Las víctimas ante el proceso penal. Dentro M.S. Rodríguez y F. Vázquez-Portomeñe *Estudio empírico sobre la violencia de Género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos* (121-144) Valencia: Tirant lo Blanch, p. 142

un proceso penal se dificulta su transcurso e hipotética futura sentencia condenatoria.

En la fase de instrucción el uso de la dispensa por parte de la víctima ha generado un alto porcentaje de autos de sobreseimiento, una problemática que como comentábamos en otros capítulos ha manifestado la Fiscalía General del Estado. Consecuentemente, en multitud de casos no se pudo continuar con el procedimiento porque no había pruebas suficientes de que los hechos habían acontecido, por falta de declaración de la víctima¹⁰⁴.

El sistema penal ha de garantizar durante todo el proceso una correcta asistencia a la víctima, fomentando su participación, porque pese a que la víctima haya declarado en la fase de instrucción, el ejercicio de la dispensa puede ser utilizado en la fase del juicio oral¹⁰⁵, y se perdería, como ya se ha comentado con anterioridad, un testimonio privilegiado, dada la intimidad con la que tienden a producirse los hechos.

Por tanto, la falta de voluntad de la víctima ejerce un papel fundamental en el proceso, VAZQUEZ GONZALEZ apunta a que “el testigo-víctima cuando se erige como única prueba de cargo acaba adquiriendo *de facto* un perturbador poder sobre el previsible resultado del proceso, y su silencio en el acto del juicio oral propicia numerosas sentencias absolutorias por ausencia de prueba discriminatoria”¹⁰⁶.

Todos los argumentos aportados parecen apuntar hacia la misma dirección: ante la falta de voluntad de la víctima la capacidad del sistema penal para el correcto desarrollo del proceso y una sentencia condenatoria se ve muy limitada. A no ser que las pruebas tengan una alta carga probatoria, será muy difícil que sin el

¹⁰⁴ Vázquez-Portomeñe, F, (2018) Las víctimas ante el proceso penal. Dentro M.S. Rodríguez y F. Vázquez-Portomeñe *Estudio empírico sobre la violencia de Género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos* (121-144) Valencia: Tirant lo Blanch, p. 142

¹⁰⁵ Esto puede llegar a producirse, como apunta NAREDO MOLERO, CASAS VILA Y BODELÓN GONZÁLEZ: “la salida del ciclo de la violencia de género se presenta como un proceso no lineal en el que las parejas tienden a volver con sus agresores” p. 31

¹⁰⁶ Vázquez, C. (2013) La interpretación judicial de la violencia de género. Un estudio crítico sobre los límites a la discrecionalidad del juzgador. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 397-427) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.423

testimonio de la víctima se llegue a condenar a su agresor. Consecuentemente, iniciar un procedimiento penal sin valorar si la víctima está dispuesta a participar y sin tener suficientes elementos probatorios, es una pérdida de esfuerzo y de fondos, que podrían emplearse en la dotación a la víctima de los recursos necesarios para su fortalecimiento.

5.4 ¿QUÉ SE PODRÍA HACER PARA FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN Y VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA?

Se ha realizado un análisis de la importancia de la voluntad de la víctima y de la falta de efectividad en el ámbito penal, si no se tiene en cuenta dicha voluntad. Con ello, lo que se quiere es invitar a la reflexión sobre si el legislador ha optado por la opción más correcta al dejar abierta la puerta al Ministerio Fiscal mediante la incoación a través de querella. El planteamiento que se ha hecho apunta a que probablemente no sea lo más adecuado intervenir sin tener en cuenta las circunstancias que llevan a una víctima a no denunciar o a no declarar contra su agresor.

El artículo 1.9 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, habla sobre el derecho de las víctimas a la protección. En este sentido, habría que plantearse que pueden darse situaciones donde la iniciativa del Ministerio Público pueda poner en peligro a la víctima. Para solventarlo sería recomendable un análisis previo del riesgo de la víctima, tomar medidas de precaución antes de cualquier iniciativa penal. El artículo 22 de dicha ley parece plantear una evaluación inicial de la víctima, pero no se concreta si se hará una vez incoado el procedimiento o no.

Se tiene que entender que la situación de vulnerabilidad de este tipo de víctimas es aún mayor, porque al hecho de ser víctima de un delito sexual se le suma que dicha comisión ha sido a manos de su pareja o expareja, por lo que tiene o ha tenido un vínculo sentimental con esa persona. Esto dificulta mucho más todo el proceso, dado que entran en juego factores, que se han comentado previamente, propios de la violencia de género.

A la hora de formular la querrela por la Fiscalía, LIBANO BERISTAIN apunta a que sería preferible una intervención secundaria, tras la argumentación de la víctima para no presentar la denuncia¹⁰⁷.

El respeto a la voluntad de la víctima es defendido por bastantes autoras. LARRAURI PIJOAN defiende ponderar la voluntad de la víctima y no sobreponer a ella la necesidad de protección¹⁰⁸. CATALINA BENAVENTE plantea como solución “postergar el proceso penal, y seguir trabajando con la víctima, alejándola del agresor, y potenciando su autoestima, de tal manera que el proceso penal sea la culminación de la superación de la relación-dependencia con el agresor”¹⁰⁹.

En cuanto al tratamiento procesal, VAZQUEZ GONZÁLEZ propone considerar “la perspectiva de género como categoría analítica en la interpretación jurídica consistente en considerar las diferencias no solamente sexuales, sino de roles y participación social, aplicándola en los casos prácticos que a diario resuelven Jueces y Tribunales, puede ser una vía defendible y segura para cumplir adecuadamente con los principios de seguridad e igualdad jurídica consagrados en nuestro ordenamiento jurídico”¹¹⁰.

Desde un punto de vista médico-legal, VÁZQUEZ-PORTOMENÉ, aboga a la necesidad de apoyo e intervención a los colectivos de víctimas que interponen las denuncias y que “no parece descabellado otorgarle un tratamiento similar al que se dispensa a los menores de forma que se permita la aplicación de modos de

¹⁰⁷ Libano, A. (2011) La delincuencia sexual y el papel de la víctima en el proceso penal. Dentro de: R. Rodríguez y E. Bodelón, *Las violencias machistas contra las mujeres* (pp.41-54) Bellaterra (Barcelona): Universitat Autònoma de Barcelona, p. 49

¹⁰⁸ Larrauri, E. (2005) ¿Se debe proteger a la víctima contra su voluntad? Dentro de: *La ley de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos Penales Jose Maria Lidón* (157-182) Bilbao: Universidad de Deusto, p.162

¹⁰⁹ Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p.321

¹¹⁰ Vázquez, C. (2013) La interpretación judicial de la violencia de género. Un estudio crítico sobre los límites a la discrecionalidad del juzgador. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 397-427) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.425

exploración forense en los que vengan asistidas por un psicólogo especialista en la unidad”¹¹¹.

De todo ello, se extrae que no es aconsejable un sistema excesivamente protector y donde se anule la voluntad de la víctima como el sistema “no drop policies” en Estados Unidos¹¹². De la misma forma, la opción de un aumento de las penas, como se ha visto en otras tipologías delictivas dentro de la violencia de género tampoco es considerada la opción mas correcta al no ser eficaz, siendo un ejemplo populismo punitivo¹¹³. HERNÁNDEZ GARCÍA considera que “el recurso al Derecho Penal, a la hiper-criminalización, nos sitúa en una peligrosa pendiente resbaladiza que puede afectar no sólo a la racionalidad ética del modelo sino también a su racionalidad pragmática. La fascinación por el Derecho Penal puede arrastrar consecuencias muy perversas que se pueden volver en contra de lo que se pretende”¹¹⁴.

BERMÚDEZ REQUENA, apunta a que la solución debería ir por otra vía, no es a dejar en manos de la voluntad de la víctima el proceso o fomentar su denuncia a través de la intervención previa, sino a la toma de conciencia social. En este sentido, defiende que si se fomenta la denuncia de estos actos por parte de la sociedad causará que “la inmediatez de la acción policial posibilitaría la lucha de esta lacra social incluso en aquellos casos en que el miedo de las víctimas las hace inconscientemente cómplices del agresor para su propia desgracia; pues en el proceso judicial aún prescindiendo de la declaración de esas victimas, podrá existir

¹¹¹ Vázquez-Portomeñe, F, (2018) Las víctimas ante el proceso penal. Dentro M.S. Rodriguez y F. Vazquez-Portomeñe *Estudio empírico sobre la violencia de Género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos* (121-144) Valencia: Tirant lo Blanch, p. 142

¹¹² Larrauri, E. (2005) ¿Se debe proteger a la víctima contra su voluntad? Dentro de: *La ley de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos Penales Jose Maria Lidón* (157-182) Bilbao: Universidad de Deusto, p.165

¹¹³ En este sentido LARRAURI PIJON va mas allá al considerar que: “elevar las penas cuando quizás los problemas más acentuados que impiden una protección adecuada a las mujeres víctimas son la insuficiencia de canales alternativos o intermedios al sistema penal, los incompletos mecanismos de protección previos a la condena o posteriores a la condena, la carencia de programas dirigidos a colectivos específicos de mujeres, la falta de respuesta a demandas concretas o un largo etcétera, es pretender encontrar la solución aún cuando desconocemos exactamente el problema”.

¹¹⁴ Dentro de: Álamo, D. y Sánchez, A. (2018) *La instrucción de la violencia de Género. El equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso*. Madrid: La Ley, p.27

suficiente acervo probatorio de cargo para incriminar al agresor que no se verá favorecido del temor de quien sufre tan dramática situación”¹¹⁵.

No obstante, los organismos judiciales no parecen estar por la labor. Desde el Consejo General del Poder Judicial se insta a reformar la legislación sobre el artículo 416 de la LECrim “que la dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto”¹¹⁶. Esta intención tendría que conllevar sanciones para las víctimas que no declarasen, lo que conllevaría una situación de mayor vulnerabilidad al ser doblemente victimizadas: a través de su agresor y posteriormente a través del sistema penal, al culpabilizarlas.

Parece ser que por ahora el CGPJ opta por otra vía alternativa a la voluntad de la víctima. No obstante, a otros niveles como el policial, hay iniciativas positivas para la intervención sobre las víctimas vulnerables, como es el caso del GAV o Grupo de atención a la víctima¹¹⁷. Siendo un grupo con formación especializada en víctimas, se encuentran en la comisaría de los *Mossos d’Esquadra*, y si se lograra fomentar desde ahí la confianza en el sistema policía y judicial, podría promoverse la actuación de la víctima en el proceso. Además, a través de esas acciones, se derivan a otros servicios sociales necesarios para la recuperación de la víctima, como puede ser un apoyo social, psicológico, jurídico o económico, todo ello a través de una red de recursos. Por otro lado, la gran actuación que llevan a cabo las asociaciones de víctimas de violencia de género, ejerciendo una labor social, psicológica, de asesoramiento jurídico y de dotación de recursos, fomentan el empoderamiento de la mujer y la ruptura del vínculo con su agresor.

¹¹⁵ Bermúdez, J.M. (2013) Silencio o retractación de la víctima y continuación del proceso penal: el bien jurídico desde una perspectiva constitucional. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 629-646) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, p.645

¹¹⁶ Dentro de: Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares, p. 316

¹¹⁷ Pàgina web dels Mossos d’esquadra (2019) Atenció personalitzada i com denunciar.

CONCLUSIONES

La protección vs. la autonomía de la víctima ha sido el foco principal sobre el que ha querido girar todo este trabajo. Partiendo de sentar una base sobre la que exponer el trabajo, como ha sido el conocimiento de la problemática de la violencia de género, la contextualización de los delitos sexuales y su marco procesal, así como todo el proceso que ha de recorrer una víctima a lo largo del proceso penal. Con ello, se ha intentado dar una visión genérica de un supuesto bastante concreto como es la violencia sexual dentro de la violencia de género y con la finalidad de generar un debate crítico sobre la autonomía de la víctima y su importancia. Con todo este trabajo espero haber ayudado a la comprensión de lo que supone la voluntad de la víctima en el proceso, como funciona el sistema para una víctima de violencia de género y motivar hacia la reflexión. Por último, a continuación, procederé a exponer las principales conclusiones que se han extraído, como valoración personal, al realizar este debate sobre la “protección vs. autonomía”.

La violencia de género es una problemática social, presente en prácticamente todo el mundo. En España se ha tratado de paliar esta problemática a través de la creación de nueva legislación o la modificación de normativa previa, una intervención social, el creciente feminismo, la promoción de la denuncia por parte de la víctima o de su círculo cercano y otras acciones. No obstante, los episodios de violencia sobre la mujer siguen colmando las portadas de los titulares, continúan las protestas sociales para hacer frente a esta lacra y en general, no se ha conseguido un impacto como probablemente el esperado.

Dentro de la violencia contra la mujer, tal y como se ha expuesto, existen diferentes formas de violencia. La violencia sexual, objeto de este estudio, goza de una mayor vulnerabilidad que los otros tipos de violencia, en lo relacionado a su perseguibilidad. Esto se debe a que en muchas ocasiones la mujer no es consciente de su papel de víctima, al existir socialmente un pensamiento de que el sexo en la pareja tiende a ser consentido al encontrarse dentro de un vínculo sentimental. Siendo mayor, la vulnerabilidad de la mujer, al estar sometida a una conducta opresora por parte de su agresor, en ocasiones sin llegar a ser consciente de ello.

La múltiple doctrina, legislación o jurisprudencia consultada nos ofrece una mirada crítica hacia el uso del Ministerio Fiscal para la incoación del procedimiento, dada la baja eficacia que esto tiende a suponer. La incoación del proceso en esta materia tendría que proceder de la propia víctima, de esta forma se presupone una mayor participación en el proceso. El hecho de dejar que el Ministerio Fiscal tenga la posibilidad de la incoación de estos delitos no resulta efectivo por varias razones. En primer lugar, analizando el marco procesal de una manera general hemos visto como el propio organismo refería la problemática del uso de la dispensa por parte de la víctima y la dificultad de llevar a cabo el procedimiento si no se cuenta con su participación o su testimonio. Se ha observado como muchas sentencias no pasan de la fase de instrucción a la apertura de juicio oral debido a que se da un sobreseimiento ante la falta de pruebas al no contar con el testimonio de la víctima. En segundo lugar y a colación, hay quienes consideran eliminar el ejercicio de la dispensa hacia la víctima para generar una mayor protección en ella y una mayor eficacia en la lucha contra la violencia de género. No obstante, una vez estudiado el porqué la víctima no denuncia no se observa esta medida como apropiada. Entendiendo que, si las propias víctimas refieren una falta de confianza en el sistema penal, el obligarles a declarar solo generaría un mayor rechazo y en todo caso se baraja la posibilidad de poder llegar a condenarse a la propia víctima al negarse a declarar o mentir en su testimonio. Este empuje del sistema a llevar a la víctima ante un procedimiento penal, la lleva a su vez a una victimización secundaria de revivir todo el proceso traumático, de enfrentarse a su agresor o incluso de que el propio agresor acabe reincidiendo sobre la propia víctima.

Revisando las posibles soluciones para hacer frente a esta problemática, una vez barajadas varias alternativas, el dotar a la víctima de una serie de recursos que fomenten su posterior participación en la víctima resulta la propuesta más atractiva. Actualmente existen diversos organismos de carácter público o asociaciones destinadas a este fin, que tratan de ofrecer un soporte psicológico, social y jurídico a la víctima. Si el sistema trata de orientar sus esfuerzos a ayudar a la víctima mediante estos organismos, generando en ella una mayor autonomía, reforzándola y ayudándola a superar esa situación, es más probable que una vez la víctima se

encuentre preparada, tome la iniciativa de denunciar a su agresor y su participación será más sólida. Pudiendo generar una disminución del uso de la dispensa por parte de la víctima, mediante el libre ejercicio de su autonomía y, consecuentemente, un mejor desarrollo del proceso.

La exposición de motivos que defienden esta premisa ha de matizarse en base a los límites con los que se ha contado. Partiendo de ser un trabajo de estudio de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, se ha tratado de reflexionar sobre la premisa de la finalidad de obtener una mayor protección a costa de la autonomía de la víctima y lo que ello supondría. No obstante, al no ser un campo donde se hayan analizado la implantación de ambas posturas y realizado un análisis concreto con un número de sujetos viendo su evolución, las soluciones que se ofrecen son orientativas, posteriores a una reflexión y estudio de la interpretación de estudiosos en la materia.

Por ello, este trabajo invita a la creación de futuras investigaciones sobre el transcurso previo de la víctima por un centro u organización pública destinada a ayudar a víctimas de violencia de género frente a la víctima que acude o de alguna manera se le obliga a acudir al sistema penal, generando una comparativa sobre la efectividad de esta intervención.

Por último, insistir en la defensa de un trabajo previo con la víctima, potenciando su empoderamiento, alejándola del agresor y en definitiva dotando a la mujer de unos recursos psicológicos, sociales, jurídicos y, en algunos casos, económicos, postergando el proceso penal a una última instancia. Para que, de esta manera, el rumbo procesal no se vea mermado por la vulnerabilidad de la víctima, y evitar en la medida de lo posible una victimización secundaria. Las víctimas de violencia de género, al igual que todas las víctimas, tienen derecho a ser resarcidas en la medida de lo posible, y el sistema penal a través de un marco procesal sólido y con todas las garantías debe ser su garante.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Acale, M. (2010) Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Dentro L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 61-117). Granada: Comares
- Álamo, D. y Sánchez, A. (2018) *La instrucción de la violencia de Género. El equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso*. Madrid: La Ley
- Álvarez, M., Sánchez, A.M. y Bojó, P. (Coords.) (2016) *Manual de atención psicológica a víctimas de maltrato machista*. Recuperado de: <https://www.cop.es/GT/Manual.pdf>
- Arias, F. (2015) Aproximación a la violencia de género desde una perspectiva psicológica. Dentro H. Soleto, *Violencia de género: tratamiento y prevención* (103-130) Madrid: Dykinson. Recuperado de: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22132/violencia_genero_2015.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Armenta, M.T. (2019) *Lecciones de Derecho procesal penal* (Decimosegunda edición). Madrid: Marcial Pons
- Bermúdez, J.M. (2013) Silencio o retractación de la víctima y continuación del proceso penal: el bien jurídico desde una perspectiva constitucional. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 629-646) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela
- Catalina, M.A. (2010) ¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal? Dentro de L.M. Puente, *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* (pp. 279-321) Granada: Comares
- Creazzo, G. y Palidda, R. (2013) Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machistas contra las mujeres en las relaciones de intimidad. Dentro E. Bodelón (coord.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (297-350) Buenos Aires: Ediciones Didot

- Domínguez, M. y Rodríguez, M.S. (2018) Características sociodemográficas. Dentro M.S. Rodríguez y F. Vazquez-Portomeñe, *Estudio empírico sobre la violencia de Género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos* (15-40) Valencia: Tirant lo Blanch
- E.A. Walker, L. (2001) *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer Publishing Company
- García-Moreno, C., Pallitto, C., Devries, K., Stöckl, H., Watts, C., y Abrahams, N. (2013) *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. World Health Organization. Recuperado de:
<https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/>
- González, E. (2007) La competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer. Estudio jurisprudencial. Dentro de Vazquez-Portomeñe, F., *Estudios penales y criminológicos Vol. XXVI*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela
- Jimeno, M. (2009) Violencia de Género: Aspectos orgánicos y competenciales. Dentro de M. De Hoyos, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp. 299-336). Valladolid: Lex Nova.
- Larrauri, E. (2005) ¿Se debe proteger a la víctima contra su voluntad? Dentro de: *La ley de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos Penales Jose Maria Lidón* (157-182) Bilbao: Universidad de Deusto. Recuperado de:
<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon02.pdf>
- Larrauri, E. (2007) *Criminología crítica y Violencia de género*. Madrid: Trotta
- Larrauri, E. (2011) La intervención penal para resolver un problema social. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 12(1), 24-45. Recuperado de:
<http://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/142/107>
- Libano, A. (2009) Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004. Dentro de M. De Hoyos, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pp.337-354). Valladolid: Lex Nova.

- Libano, A. (2011) La delincuencia sexual y el papel de la víctima en el proceso penal. Dentro de: R. Rodríguez y E. Bodelón, *Las violencias machistas contra las mujeres* (pp.41-54) Bellaterra (Barcelona): Universitat Autònoma de Barcelona.
- Libano, A. (2011) *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a la reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch Editor
- Lorente, M. (2001) *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Barcelona: Planeta
- Naciones Unidas (1995) *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Beijing) (96.IV.13) Recuperado de:
<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>
- Naredo, M., Casas, G. y Bodelón, E. (2013) La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan la violencia de género en España. Dentro E. Bodelón (coord.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (27-103) Buenos Aires: Ediciones Didot
- Perela, M. (2010) Violencia de género: violencia psicológica. *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales* (11), 353-376
- Quintero, G. (2009) La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer. Dentro de: *Estudios penales y criminológicos XXIX*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.
- Segarra, M. J. (2019) *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado; Ministerio de Justicia, 2019*. Madrid: Fiscal General del Estado. Recuperado de:
https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria_2019_76609dd4.pdf
- Torres, N. (1991) *La denuncia en el proceso penal*. Madrid: Montecorvo, p.126.
- Valiente, C. (1996) Políticas contra la violencia contra la mujer en España (1975-1995). *Revista de Ciencia policial*, (35), 29-45. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/4283/politicas_valiente_CP_1996_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Vázquez, C. (2013) La interpretación judicial de la violencia de género. Un estudio crítico sobre los límites a la discrecionalidad del juzgador. Dentro de: R. Castillejo, *Violencia de género y Justicia* (pp. 397-427) Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela

JURISPRUDENCIA

- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), sentencia núm. 257/2010, de 12 de abril. JUR 2010\243036
- Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), sentencia núm. 126/2004, de 11 de junio. JUR 2005\61071
- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5ª), sentencia núm. 148/2005 de 26 de abril. JUR 2005\132232
- TC, sentencia núm. 94/2010, de 15 de noviembre. RTC 2010\94
- TS (Sala 2ª, de lo Penal), sentencia núm. 667/2029, de 14 de enero. RJ 2020\43
- TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1156/2005, de 26 de septiembre. RJ 2005\7380
- TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 13/2009, de 20 de enero. RJ 2009\1383
- TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia núm. 449/2015, de 14 de julio. RJ 2015\3695

LEGISLACIÓN

- Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en la ámbito doméstico y familiar, Boletín Oficial del Estado. FIS-C-1998-00001 (1998)
- Circular 4/2005, de 18 de Julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado. Vol. LVIII. (2005)
- Constitución Española de 1978, Boletín Oficial del Estado, 311§ 31229 (1978)
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 23 de febrero de 1994, Asamblea General (1994)

- Instrucción 7/2005, de 23 de junio, sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la violencia de las Fiscalías, Doctrina de la Fiscalía General del Estado, FIS-I-2005-00007 (2005)
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, Boletín Oficial del Estado, 101 § 4606 (2015)
- Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, Boletín Oficial del Estado, 96 § 8373 (1976)
- Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Organismo Autónomo Instituto de la Mujer, Boletín Oficial del Estado, 256 § 28126 (1983)
- Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, Boletín Oficial del Estado, 183 § 15411 (2003)
- Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 243 § 25564 (1978)
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, Boletín Oficial del Estado, 172 § 16216 (1981)
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Boletín Oficial del Estado, 11 § 837 (1982)
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, 313 § 21760 (2004)
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 77 § 3439 (2015)
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial del Estado, 55 § 3514 (2010)
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 148 § 14247 (1989)
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial, Boletín Oficial del Estado, 157 § 12666 (1985)
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 152 § 17890 (1983)

- Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 166 § 14138 (1985)
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, Boletín Oficial del Estado, 234 § 18088 (2003)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 281 § 25444 (1995)
- Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección da las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Boletín Oficial del Estado, 138 § 12907 (1999)
- Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género (2010). Recuperado de:

http://www.violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/p_rotocolos/docs/Protocolo_Actuacion_Fuerzas_Cuerpos_Seguridad_Coordinacion_Organos_Judiciales.pdf

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1982 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Boletín Oficial del Estado, 260 § 6036 (1982)

WEBGRAFIA

- Instituto Nacional de Estadística. (4 de marzo, 2020). Víctimas mortales por violencia de género [Fichero de datos]. Recuperado de:
https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926144037&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888
- Instituto Nacional de Estadística. (8 de enero, 2020). Condenados por delitos sexuales [Fichero de datos]. Recuperado de:
<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28714>
- Pàgina web dels Mossos d'esquadra (2019) *Atenció personalitzada i com denunciar*. Recuperado de: <https://mossos.gencat.cat/ca/temes/dones/Atencio-personalitizada-i-com-denunciar/>

- Página web dels Mossos d'Esquadra (2019) Atenció personalitzada: violència masclista i domèstica, i odi i discriminació. Recuperado de:
<https://mossos.gencat.cat/ca/temes/denuncies/#bloc7>
- Página web de la Guardia Civil: Violencia de género. Recuperado de:
<https://www.guardiacivil.es/es/servicios/violenciadegeneroyabusoamenores/violenciagenero/index.html#cuandoc>

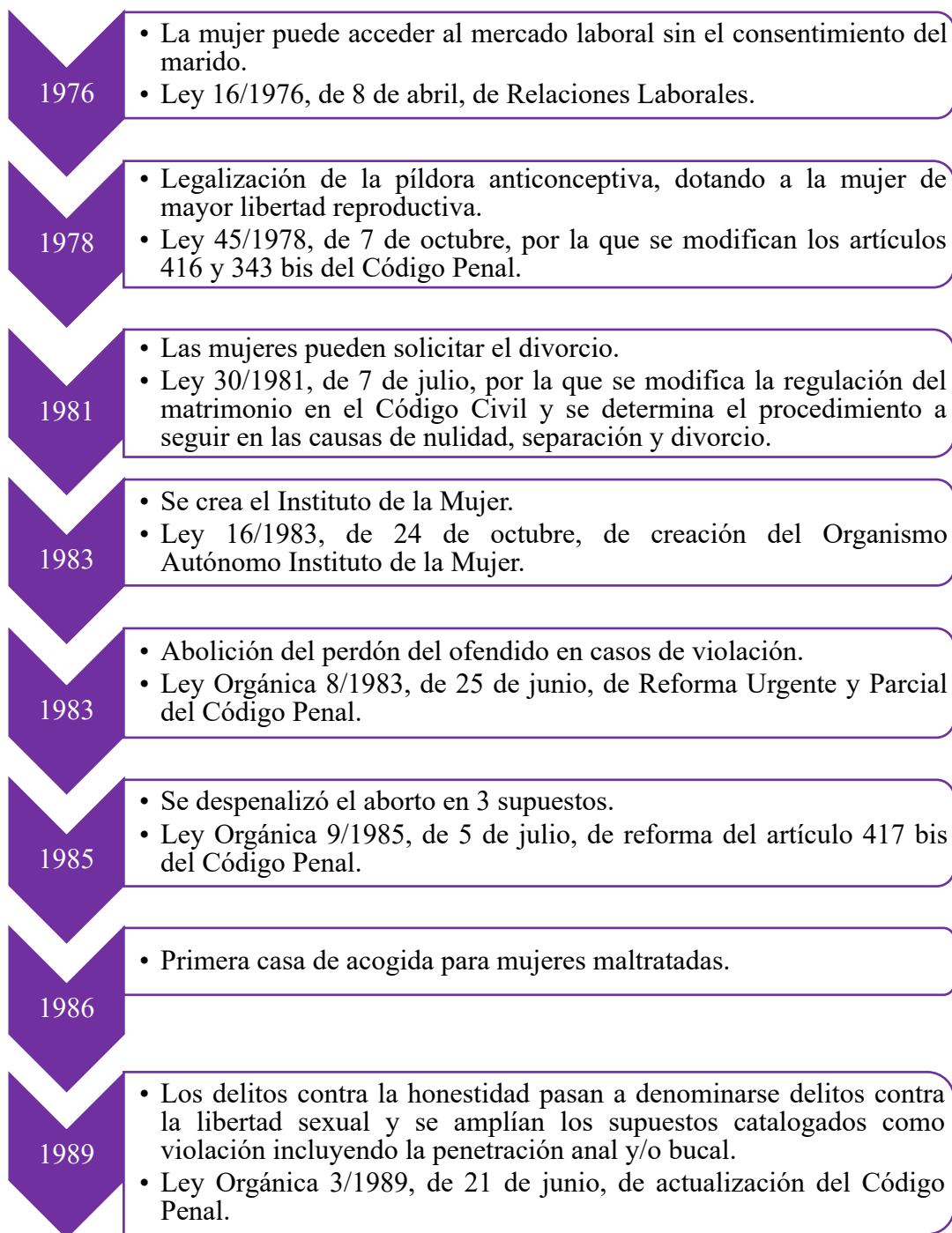
ANEXOS

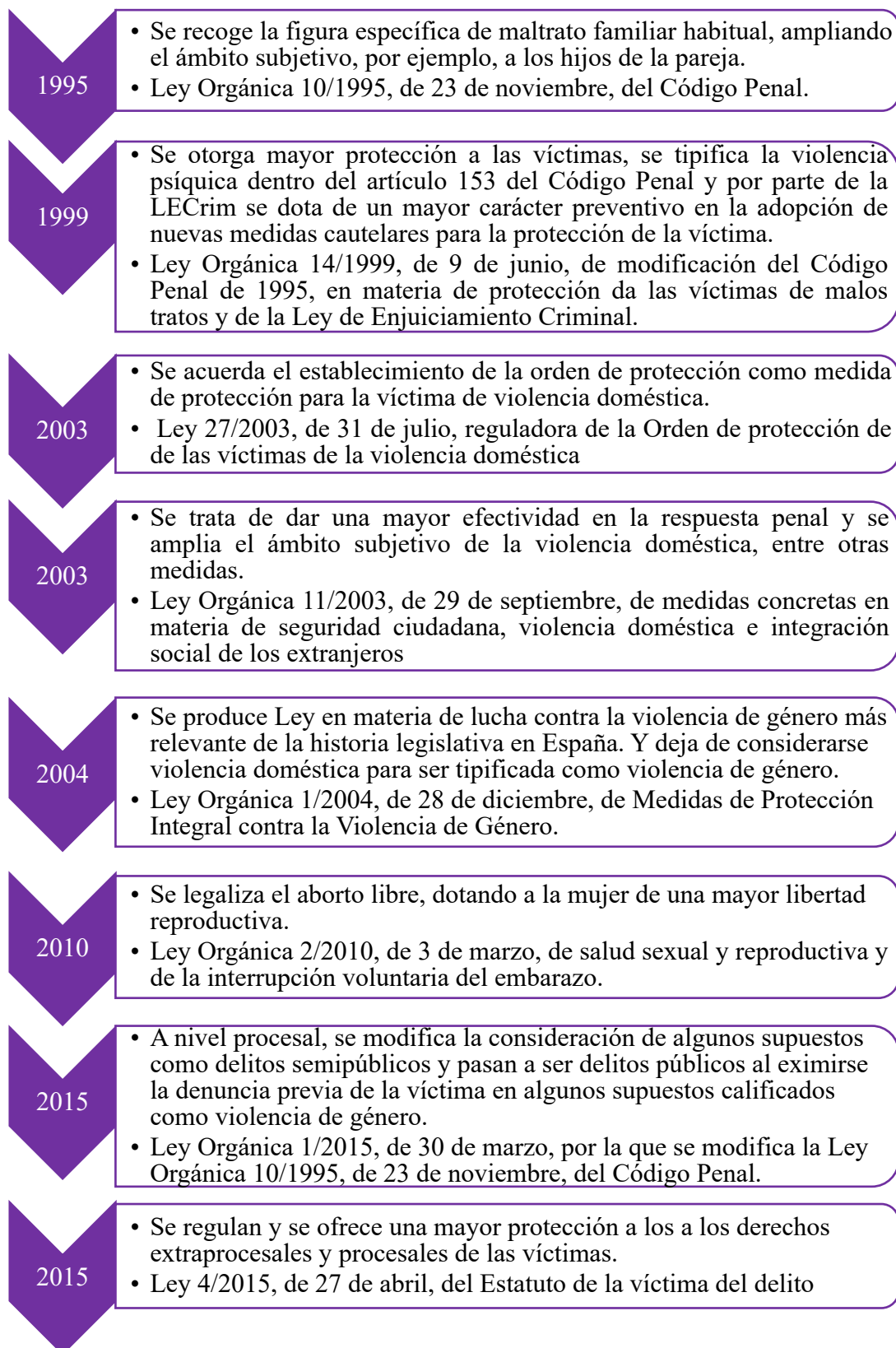
Previamente a la exposición de los Anexos que sirven de soporte al presente trabajo matizar que en algunos casos los anexos se podrían calificar de “atípicos”. Ello se debe a que a raíz de la limitación en la extensión del presente trabajo ha surgido la necesidad de la utilización de este recurso para concretar algunos términos o realizar las ampliaciones pertinentes.

Los anexos refieren la siguiente temática:

- **Anexo 1.** Sobre la evolución legislativa en España en relación con la mayor obtención de derechos de la mujer y la protección contra la violencia de género.
- **Anexo 2.** Sobre los tipos de violencia contra la mujer.
- **Anexo 3.** Sobre la evolución de los delitos contra la honestidad a los delitos contra la libertad sexual.
- **Anexo 4.** Sobre el ciclo de la violencia contra la mujer.
- **Anexo 5.** Sobre medidas cautelares en violencia de género

ANEXO 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA MAYOR OBTENCIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER Y LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO





*Tabla de elaboración propia. Fuente: Boletín Oficial del Estado

ANEXO 2. TIPOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Naciones Unidas define la violencia conforme:

"Todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada"¹¹⁸.

En la LOMPIVG este tipo de violencia se entiende conforme:

Todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad sobre las mujeres 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 convivencia¹¹⁹.

Poniendo de manifiesto que existen diferentes tipos de violencia que puede sufrir una mujer. En este sentido, y ampliando en mayor medida los tipos de violencia, las principales categorías de maltrato que pueden producirse son las siguientes:

VIOLENCIA FÍSICA: Este tipo de violencia es definida conforme: "acciones de carácter intencional que conllevan daño y/o riesgo para la integridad física de la víctima. Comprende el uso deliberado de la fuerza, golpes, empujones, palizas, heridas, etc., así como las amenazas de provocarle daño"¹²⁰. Por consiguiente, a corto plazo generan un mayor impacto en la salud de la persona y genera un mayor riesgo¹²¹.

¹¹⁸ Artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 23 de febrero de 1994, Asamblea General (1994)

¹¹⁹ Interpretación del artículo 1 de la LOMPIVG

¹²⁰ Álvarez, M., Sánchez, A.M. y Bojó, P. (Coords.) (2016) *Manual de atención psicológica a víctimas de maltrato machista*, p.27

¹²¹ Arias, F. (2015) Aproximación a la violencia de género desde una perspectiva psicológica. Dentro H. Soletó, *Violencia de género: tratamiento y prevención* (103-130) Madrid: Dykinson, p.110

En el marco penal este tipo de violencia viene recogida en los diferentes tipos de lesiones, por lo que su delimitación conceptual está mejor recogida y permite una interpretación mas ajustada a derecho. Además, la generación de lesiones y secuelas hace más evidente este tipo de agresiones (más que otras como la psicológica) y, por tanto, más fácilmente demostrables.

VIOLENCIA SEXUAL: La violencia sexual se considera a las “acciones que obligan a una persona a mantener intimidad sexual forzada (por intimidación, coacción –chantaje o amenaza- u otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal)”¹²². Además, según ALCÁZAR y GÓMEZ-JARABO: “este tipo de violencia, además de posibles lesiones físicas, es una forma de dominación, causa una importante afectación psicológica a la víctima, ya que provoca humillación, vergüenza y, en ocasiones, se acepta, legítima o la viven como una obligación; por ejemplo, cuando estas relaciones sexuales forzadas tienen lugar en el contexto del matrimonio y la pareja”¹²³. Por tanto, este tipo de agresiones tiende a recoger los dos tipos de violencia comentadas previamente, con lo cual puede presuponerse un nivel de daño en la víctima mayor y, en determinados casos, un mayor nivel de sometimiento.

Este tipo de violencia se recoge en el marco penal y permite una clara delimitación de los supuestos que incluye, de la misma manera que lo que sucedía con los delitos físicos, no obstante, al ser un tema más íntimo y con una cultura sexual que tiende a silenciar estos actos, es posible que en ocasiones la propia víctima no considere que es víctima de tales delitos.

VIOLENCIA PSICOLÓGICA: La violencia psicológica supone “todo menoscabo de la salud mental, independientemente del medio a través del cual se produzca, incluyendo aquellos que no suponen ninguna actuación agresiva sobre el cuerpo del sujeto pasivo”¹²⁴. El problema de la violencia psicológica es la falta de

¹²² Álvarez, M., Sánchez, A.M. y Bojó, P. (Coords.) (2016) *Manual de atención psicológica a víctimas de maltrato machista*, p.28

¹²³ Citado en Arias, F. (2015) Aproximación a la violencia de género desde una perspectiva psicológica. Dentro H. Soletó, *Violencia de género: tratamiento y prevención*.(103-130) Madrid: Dykinson, p.111

¹²⁴ Perela, M. (2010) Violencia de género: violencia psicológica. *Revista de ciencias jurídicas y sociales* (11), 353-376, p.364

delimitación conceptual en el marco penal, como si que tienen otros tipos de violencia como la física o la sexual.

El maltrato psicológico también es considerado conforme “acciones intencionadas que conllevan un daño y/o riesgo para la integridad psíquica y emocional de la víctima, así como contra su dignidad como persona. Se manifiesta de múltiples formas: insultos, humillaciones, vejaciones, amenazas, etc., que son expresadas abierta o sutilmente. Este tipo de violencia no deja huella física en el cuerpo, pero sí produce un deterioro en diversos aspectos de la vida de quien la sufre”¹²⁵. Además, tiende a conllevar la negación o anulación de la voluntad de la mujer¹²⁶.

El tipo de violencia psicológica a su vez puede estar dividido en dos subtipos:

- La violencia psicológica de control
- La violencia psicológica emocional

VIOLENCIA ECONÓMICA: La violencia económica es definida conforme “actos u omisiones destinadas a controlar el aspecto económico de la vida de la víctima, restringir o prohibir decisiones sobre patrimonio o dinero, controlar sus bienes, impedir el acceso a la información o el manejo del dinero o de otros bienes económicos”¹²⁷. Con ello con lo que se busca es privar a la víctima de una libertad económica y generar en ella una situación de dependencia con su agresor, dado los bajos recursos que esto le supone.

¹²⁵ Álvarez, M., Sánchez, A.M. y Bojó, P. (Coords.) (2016) *Manual de atención psicológica a víctimas de maltrato machista*, p.27

¹²⁶ Arias, F. (2015) Aproximación a la violencia de género desde una perspectiva psicológica. Dentro H. Soletó, *Violencia de género: tratamiento y prevención*.(103-130) Madrid: Dykinson, p.109

¹²⁷ Álvarez, M., Sánchez, A.M. y Bojó, P. (Coords.) (2016) *Manual de atención psicológica a víctimas de maltrato machista*, p.28

ANEXO 3. LA EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La problemática social de la violencia de género ha sufrido modificaciones en las últimas décadas, algunas de especial relevancia como la LOMPIVG. No obstante, desde tiempos anteriores en España se han ido realizando tareas de prevención y actuación contra este tipo de violencia.

Como hemos comentado en el presente trabajo en la reforma de 1989 del Código Penal, se llevó a cabo una modificación de los delitos sexuales, dejando de ser tipificados conforme delitos contra la honestidad para ser considerados delitos contra la libertad sexual.

En un análisis realizado por VALIENTE FÉRNANDEZ¹²⁸, donde refiere las principales políticas que se llevaron a cabo en España entre 1975 y 1995 para hacer frente a la violencia contra la mujer, obtenemos ciertos datos de interés. Las principales medidas que se llevaron a cabo fueron:

- Reformas en el ordenamiento jurídico
- El inicio del estudio y tratamiento de esta tipología delictiva
- Campañas de información
- Y el inicio de la dotación de servicios sociales para las víctimas de tales delitos, aunque con una participación muy reducida

La autora considera que esta tardía entrada por parte del gobierno en la lucha contra la violencia de género se debe al régimen autoritario existente en España hasta 1975. Un régimen donde los derechos de las mujeres no estaban presentes, y donde estaban prohibidas actuaciones como el divorcio o el aborto, pudiendo generar en situaciones de violencia de género una total indefensión de la víctima.

La consideración de los delitos sexuales como delitos contra la honestidad se justificaba en que las acciones vulneraban “la honestidad, la decencia o la castidad

¹²⁸ Valiente, C. (1996) Políticas contra la violencia contra la mujer en España (1975-1995). *Revista de Ciencia policial*, (35), 29-45.

de las mujeres, pero no contra la libertad de las mismas para decidir acerca del mantenimiento de relaciones sexuales”¹²⁹.

Una de las características procesales de la época residía en el perdón del ofendido, donde, ante una violación la víctima podía perdonar a su agresor y no sería condenado. Esta situación del proceso se modificó: en el caso de violación en 1983 y en el resto de las agresiones sexuales en 1989.

El cambio que se produjo en 1989 con la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, en los denominados “delitos contra la honestidad” se argumentó en la Exposición de Motivos de la ley de la siguiente forma:

“La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad.

Una primera modificación se impone: respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”¹³⁰.

Y otra de las concreciones que hace en este sentido es ampliar lo que se considera como violación, dado que antes únicamente se consideraba que una mujer era violada cuando se le penetraba vaginalmente, y que era un acto que únicamente se producía por el hombre hacia una mujer, es decir, la mujer no podía ser condenada por violación. Y el legislador al respecto refiere lo siguiente:

“La modificación introducida en el Capítulo Primero del Título IX del Libro II, supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal el rectal y bucal; asimismo con la nueva redacción los sujetos pasivos

¹²⁹ Valiente, C. (1996) Políticas contra la violencia contra la mujer en España (1975-1995). *Revista de Ciencia policial*, (35), 29-45, p. 31

¹³⁰ Ley Orgánica 1/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 148 § 14247 (1989)

pueden ser tanto hombres como mujeres. De esa forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual”¹³¹.

Todo ello nos lleva a conocer una evolución positiva, a la hora de luchar contra la violencia de género, al ofrecer a la víctima un panorama normativo más reforzado, partiendo desde una concepción del derecho a la libertad sexual de la mujer.

¹³¹ Valiente, C. (1996) Políticas contra la violencia contra la mujer en España (1975-1995). *Revista de Ciencia policial*, (35), 29-45, p. 31

ANEXO 4. EL CICLO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El ciclo de la violencia contra la mujer de LEONOR WALKER¹³², reproduce las fases por las que pasa una mujer que sufre violencia de género. La autora clasifica este proceso en 3 fases:

FASE DE ACUMULACIÓN DE TENSIÓN (*Tension-building accompanied with rising sense of danger*): En esta fase es donde se acumula la violencia. Tienden a producirse actitudes hostiles, violencia psicológica, aunque de menor magnitud o de una forma más camuflada, es decir, actitudes que pueden pasar desapercibidas o que no denotan una actitud violenta en si. Durante esta fase puede producirse un incremento del nivel de tensión, hasta llevarnos a la siguiente fase.

FASE DE EXPLOSIÓN O AGRESIÓN (*The acute battering incident*): Es la fase donde se produce el mayor episodio de violencia, esto tiende a ser en la mayor parte de los casos violencia física, pero también puede producirse violencia sexual, además de la violencia psicológica que se ha producido en la fase anterior y que se acumula en mayor medida en este episodio.

FASE DE LUNA DE MIEL (*Loving-contrition*): La tercera fase es conocida como la fase de luna de miel o fase de calma y reconciliación. Una vez se ha producido el pico de violencia se inicia la desescalada. La actitud del agresor es cordial, amigable y afectuosa, lo que quiere es volver a ganarse la confianza de la víctima. Esto crea en ella confusión ante la colisión de conductas tan dispares entre el episodio de la fase 2 y como se comporta en la fase 3. Por lo que muchas mujeres tienden a considerar los elementos de la fase 2 como algo puntual.

¹³² E.A. Walker, L. (2001) *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer Publishing Company

ANEXO 5. MEDIDAS CAUTELARES EN VIOLENCIA DE GÉNERO

Las medidas judiciales de protección y de seguridad para las víctimas de violencia de género se recogen en el capítulo IV de la LOMPIVG donde se establecen sus particularidades. En lo referido a las medidas restrictivas de derechos, el artículo 68 de la LOMPIVG apunta a que:

“Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie la proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con la intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa”.

Por tanto, se presupone que para la imposición de las medidas cautelares se podría necesitar de la intervención del Ministerio Fiscal y, por tanto, la solicitud a instancia de parte.

En el ámbito de las medidas cautelares se ha de diferenciar entre medidas cautelares patrimoniales reales y medidas cautelares personales. Debido a la particularidad de nuestro objeto de estudio, lo mas apropiado es centrarnos en las medidas cautelares personales, que son las que en primera instancia generan una mayor protección a la víctima.

Las medidas cautelares en materia de violencia de género tienen, presuntamente, su máximo exponente en la orden de protección, al ser una de las características principales de la lucha contra la violencia de género en la materia procesal penal.

En cuanto a las medidas cautelares personales más gravosas se ponderan varios pilares fundamentales de la actuación del derecho, como son los derechos individuales vs. los derechos de seguridad o protección, es decir, los que tratan de proteger a la víctima del delito o a la sociedad en general. Generando un debate entre determinadas medidas cautelares, en especial las más gravosas, y la presunción de inocencia del detenido o acusado presuntamente por la comisión de un acto delictivo.

En términos generales encontramos con que las medidas cautelares pueden ser solicitadas a instancia de parte, tanto por la parte acusadora como por el

Ministerio Público, o por el juez de oficio. En este sentido la orden de protección regulada en el artículo 544ter.2 de la LECrim lo establece:

“La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal. Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección”.

No obstante, en los casos más graves de limitación de derechos como es la prisión provisional, no existe la capacidad de que el juez de oficio determine que el detenido o el acusado entre en prisión. En el artículo 505 de la LECrim se establece el procedimiento para decretar la prisión provisional de manera que se deberá dar audiencia previa donde alguna de las partes acusadoras exponga sus motivos y el encausado o investigado ejerza su alegación. Y el propio artículo 505.4 de la LECrim determina:

“El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido”.

Por tanto, para ser decretada una medida como la prisión provisional, es necesaria la solicitud de tal medida por una de las partes, ya sea la propia víctima o el Ministerio Público.

