

CONCLUSIONES IV ENCUENTRO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO



**Abogacía
Española**
CONSEJO GENERAL



Ilustre Colegio de
Abogados de GRANADA

CONCLUSIONES

GRANADA, 2016

Conclusiones de la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del IV Encuentro de Abogados y Abogadas de Violencia de Género	(7)
I.- Ponencia: Aplicación y eficacia práctica del estatuto de la víctima	(8-12)
II.- Mesa de debate: “Coordinación en la protección de la víctima y pautas para la correcta defensa de los intereses de la víctima”	(13-18)
III.- II Ponencia: “Evolución jurisprudencial y reformas recientes y pendientes de la violencia de género”	(19-21)
IV.- Mesa de debate: “Menores, víctimas de violencia de género”	(22-25)
V.- III Ponencia: Aplicación y eficacia de los nuevos tipos penales y su prueba	(26-29)
VI.- Mesa debate: “Cuestiones civiles en los juzgados de violencia sobre la mujer”	(30-34)
VII.- IV Ponencia: La violencia de género mediante instrumentos tecnológicos de información y comunicación	(35-40)

CONCLUSIONES DE LA SUBCOMISIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DEL IV ENCUENTRO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

- Nuestra reivindicación principal continúa siendo la preceptividad de la asistencia letrada a la víctima, desde antes de la interposición de la denuncia.
- Insistimos en la importancia de la entrevista previa con la víctima antes de la interposición de la denuncia, a fin de valorar la situación y recabar la información necesaria para defender sus intereses y derechos.
- Es necesaria la especialización y coordinación entre todos los operadores que intervenimos en la Violencia de Género.
- Reiteramos que una de las claves para terminar con la violencia es la educación en igualdad, siendo imprescindible para ello el compromiso y consenso de los poderes públicos.
- Resulta vital la implicación y concienciación de toda la sociedad ante este grave problema.
- Reclamamos sensibilización hacia la figura de los menores, dotando de equipos especializados para la detección de situaciones sufridas por los mismos.
- Aplaudimos los avances en los derechos de la víctima introducidos por la Ley del Estatuto de la Víctima, pero tememos que sin dotación adecuada no puedan ser de aplicación práctica.
- Estimamos necesario que se tenga a la víctima como acusación particular desde el momento de la interposición de la denuncia.

I.- I PONENCIA: APLICACIÓN Y EFICACIA PRÁCTICA DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA.

• Pilar Martín Nájera.

Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer

1.- Introducción.

Con la elaboración de una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito se subsana la posición de olvido que la figura de la víctima ostentaba dentro del derecho penal, frente al conjunto de derechos que se le otorga al victimario (imputado, acusado, procesado o condenado) dentro de ese mismo marco de derecho penal.

El resurgir de la necesidad de volver a poner el punto de mira en la víctima, en la exigencia de dar respuesta a su problema y al sufrimiento que conlleva, es consecuencia directa de las guerras mundiales del siglo XX.

Es en este marco donde tiene razón de ser el trabajo e intervención del Ministerio Fiscal.

Y es en este contexto donde van surgiendo los instrumentos a nivel internacional y europeo: Resolución 40/30, de 29 de noviembre de 1985, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, artículo 12 respecto a la Indemnización a las víctimas por parte de los Estados; Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, creando un espacio de igualdad y reconocimiento homogéneo en el ámbito de la Unión Europea, pero que no fue transpuesto a las normativas estatales dado su carácter de no obligatoriedad.

El problema de Europa es que se deben respetar las normativas internas de cada Estado miembro, por lo tanto, se tiene que limitar a unas directrices de mínimos para que luego cada uno de ellos lo incorpore a su ordenamiento propio.

2.- Concepto de Víctima.

El limitado concepto de víctima que tenía el TS queda solventado con la promulgación de esta Ley y el contenido amplio de víctima que abarca (víctima directa y también víctima indirecta), que traspone al derecho interno español la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Si bien es cierto que se distancia de las normas mínimas establecidas por la Directiva en dos puntos: en un sentido amplio ya señalado, el referente a la inclusión en la Ley española del reconocimiento como víctima indirecta al cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito.

Y en un sentido restrictivo al incidir a la hora de incluir las categorías de víctimas indirectas, en el aspecto de cónyuge no separado legalmente o de hecho de la víctima.

España partía de inicio en una posición mucho más adelantada que la de otros países miembros. De hecho, una ley similar a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no existía en el resto de Europa. Además contábamos con la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual: la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo. Y la existencia de este marco normativo fue destacada por el Informe de la Comisión Europea de abril 2009.

3.- Aspectos procesales del Estatuto de la Víctima: Modificación Ley de Enjuiciamiento Criminal y Afectación al Ministerio Fiscal.

Es cierto, y por ello criticable, que la Ley 45/2015 no ha llegado al fondo del asunto sobre las consecuencias del incumplimiento de las garantías y derechos de la víctima, como sí existe a contrario en el caso de incumplimiento de las garantías y derechos del victimario. Tan solo en la cuestión de la traducción, que puede dar lugar a invalidar una actuación procesal, pero nada más al respecto.

Lo mismo ocurre con la cuestión de la justicia restaurativa, que se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento penal español con esta Ley, y que pretende restaurar o reparar el daño de todo tipo causado a la víctima, utilizando técnicas de encuentro y mediación entre ofensor y víctima.

En el Título I se contienen los derechos básicos de las víctimas, entre los que destacamos:

- **Derecho a entender y ser entendida (Art.4):** Es fundamental el derecho a entender y ser entendido, con especial relevancia en los asuntos que se vean afectados menores, víctimas de delitos sexuales y de violencia de género. Incluyendo el derecho a la traducción e interpretación a coste cero para la víctima.

• **Derecho a la información (Art. 5) desde el primer contacto con las autoridades competentes:** con toda la información que se le debe dar a la víctima. Remarcando la importancia de la solicitud expresa de que desea ser informada de todo.

La Ley 4/2015 contiene el derecho de la víctima **a ser parte en el procedimiento**, a ejercer la acción penal y la civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este derecho supone un paso más por parte del legislador español respecto del contenido de mínimos que se contemplan en la Directiva 2012/29/UE, en la que tan solo se menciona el derecho al conocimiento del procedimiento y a la notificación de aquellas resoluciones importantes para la víctima.

La víctima será informada por el Letrado de la Administración de Justicia en el momento de su toma de declaración. Y en el caso de que nos encontremos ante un menor de edad o persona con capacidad judicialmente modificada, el trámite se practicará con su representante legal o persona que le asista. La exigencia ha conllevado la modificación del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así mismo, forma parte de la participación activa de la víctima en el proceso penal, el derecho que le asiste **a comparecer** ante las autoridades encargadas de la investigación para **aportarles las fuentes de prueba** y la información que considere relevante.

Se debe destacar también, y es objeto de inclusión y modificación del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la **evaluación individual** de las víctimas a fin de determinar sus necesidades de protección, y la obligatoriedad de adoptar **medidas** para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, evitando confrontación con el agresor, con la posibilidad de que las declaraciones puedan ser grabadas y así reproducidas en el Juicio Oral, o recibir la declaración a través de expertos.

Con la introducción del nuevo artículo 109 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se puntualiza sobre el problema existente con el **momento de personación** de la víctima (diferenciando de perjudicados). Problema que ya había sido tratado en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 20 de abril de 2006, en relación con los problemas que acarrea el hecho de que la calificación del delito se llevase a cabo ante el juez de guardia, y la víctima no había tenido oportunidad de mostrarse como parte.

Se añade la cuestión de la **legitimación** para el cónyuge, familiares (hijos, progenitores, parientes, personas sujetas a tutela...) y las asociaciones de víctimas y personas jurídicas.

Una cuestión controvertida dentro de las introducidas por la Ley 4/2015 ha sido la modificación del artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los **sobreseimientos**, y la introducción de su **notificación directa a la víctima** a través de correo electrónico y en su defecto, a través de correo ordinario, así como a las víctimas indirectas. Se incorpora la mención a un plazo de cinco días desde la comunicación para

entender efectuada válidamente la comunicación e inicio del plazo de veinte días para interponer recurso.

En la misma línea, y en el ámbito del Procedimiento Abreviado, se modifica la regla 1ª del apartado 1 del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se introduce la cuestión de la notificación a la víctima, y la fijación de los plazos de cinco días para entender efectuada válidamente la comunicación y veinte días para recurrir. Aspecto éste criticado por el Consejo General del Poder Judicial, al ser un plazo mayor que el señalado para las demás partes.

Pero sin duda, una de las cuestiones más discutidas ha sido la referida a la participación que se le concede a la víctima en **la ejecución**, con derecho a recurrir determinados Autos del juez de Vigilancia Penitenciaria. Por ejemplo, el Auto que posibilita la calificación del penado en tercer grado, el que acuerda beneficios penitenciarios, o la libertad condicional, todo ello, contenido en el artículo 13 de la Ley 4/2015.

Este aspecto ha sido criticado por todos los ámbitos de la doctrina y la jurisprudencia, al entender, que con la intervención de la víctima en la denominada ejecución penitenciaria, reservada hasta ahora al penado y al Ministerio Fiscal se compromete la consecución de los fines de la pena. Se entiende que se introducen elementos perturbadores que suponen un retroceso en la concepción de los fines y del desarrollo de la pena de prisión, generando numerosas dificultades y demoras. Además, no se otorga, al menos en principio una ventaja que no sea puramente simbólica de las propias víctimas, para las que incluso pueda ser contraproducente la nueva regulación legal.

Ya en Auto 373/1989, de 3 de julio, el Tribunal Constitucional inadmitió el Amparo a la Acusación Particular para ser parte en un recurso de apelación del Ministerio Fiscal contra un Auto del juez de Vigilancia Penitenciaria otorgando un permiso de salida a un condenado por asesinato. El Tribunal diferenció entre ejecución de sentencia y cumplimiento de la pena privativa de libertad, cuyo interés, de éste último, lo ostenta en exclusividad el Estado, escapando por tanto al interés de la víctima.

Son de destacar los votos particulares “muy duros” de las vocales Roser Bach y Concha Sáez al Informe del CGPJ de 31 de enero de 2014. También la Fiscalía ha cuestionado el porqué de la posibilidad de recurso ante estos Autos y no otras resoluciones que afectan más directamente a la víctima.

La nueva regulación puede responder al momento coyuntural en que se encontraba nuestro país.

Por último, resaltar la modificación del artículo 544 ter apartado 7, e introducción del nuevo artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afectando al ámbito de protección de la víctima a través de las **medidas civiles**.

En el artículo 544 ter apartado 7 mencionado, se introduce la obligatoriedad al Juez que esté conociendo de la orden de protección de pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles, siempre que existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella.

Y con el nuevo artículo 544 quinquies se incorpora la posibilidad en fase de investigación del delito de los del artículo 57 del Código Penal, y a fin de proteger a la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, la suspensión de patria potestad, tutela, establecimiento, suspensión o modificación de régimen de visitas.

Llamando la atención sobre que la duración de la medida es de 30 días en los casos del artículo 544 ter apartado 7, y para todo el procedimiento en el caso del artículo 544 quinquies.

Puntos destacados por la ponente:

- “No hay justicia sin la facultad de otorgar a la víctima la posibilidad de participar en el proceso y de poder aportar pruebas”.
- “Hay que evitar a toda costa la victimización secundaria”.
- “Relevancia de la coordinación entre Fiscalía y Abogacía”.
- “La Ley 4/2015 supone tanto un avance para la protección de la víctima del delito, como para la sociedad en su conjunto, pero el hecho de que las medidas incluidas en la propia Ley no vayan a suponer incremento de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos [Disposición adicional segunda], es un lastre para ponerla en marcha”.

II.- MESA DE DEBATE: “COORDINACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA Y PAUTAS PARA LA CORRECTA DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA”

- **M^a Jesús Cala Carrillo.**

Psicóloga

- **Ana María Molina.**

Abogada

- **Emilio Castellano Rodríguez.**

Jefe de la Unidad contra la Violencia sobre la Mujer. Subdelegación del Gobierno en Granada

- **Miguel Lorente Acosta.**

Médico forense

1.- Introducción

La ponencia analiza cómo llegan las mujeres al sistema judicial, qué podemos hacer para mejorar nuestra actuación profesional y ayudar a la víctima.

Es preciso partir de un proceso de socialización diferencial: la mujer tiene una distinta concepción del amor (más romántico), en el que se aprecia un tipo de violencia diferente (la culpa al interponer la denuncia), valorar el papel que juega la memoria en todo el proceso de judicialización de la violencia de género y tener en cuenta el trauma que sufren.

La actuación letrada en los casos de violencia de género es importante así como la coordinación con otros intervinientes en el proceso (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, personal sanitario....). La Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recoge en el art. 2.h) la coordinación de los recursos e instrumentos de todo tipo para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género, y en su caso la sanción adecuada a los culpables de la misma.

2.- Condicionantes sociológicos de la mujer

Es preciso tener presente el peculiar proceso de socialización de la mujer: las niñas además ayudan en la vida cotidiana, las mujeres tiene relaciones casi maternas con sus parejas, en caso contrario aparece la culpa. Se sienten culpables al interponer la denuncia.

El ciclo de la violencia, ayuda a entender la situación: acumulación de tensión/explosión-agresión/arrepentimiento-luna de miel.

La violencia la ejerce el que te conoce mucho y utiliza al amor como coartada, el sufrimiento de la mujer refleja impotencia, rabia, desánimo...

La primera ayuda que solicitan las mujeres víctimas de malos tratos es la psicológica (29,2 %), luego la sanitaria (médica u otra atención sanitaria) (22,4 %) y en último lugar los servicios legales (16 %).

La memoria tras el paso del tiempo queda alterada. Se produce un recuerdo de estímulos sensoriales de forma muy intensa, vívida y de forma aislada, y las mujeres manifiestan dificultad para verbalizar esas experiencias. Los recuerdos quedan fragmentados, no están conectados unos con otros en un relato, sino que se recuperan sin orden. Hay una falta de procesamiento de la información contextual (cuándo, dónde y del escenario) y problemas para construir un relato coherente y sin contradicciones de los hechos.

Es en consecuencia necesaria la intervención de los profesionales y del abogado/a para que les acompañen y les asesoren. Las víctimas valoran negativamente acudir a prestar diferentes declaraciones y los retrasos innecesarios, a veces se sienten insuficientemente escuchadas y de manera poco empática (se omiten datos necesarios para la comprensión de los hechos). Las órdenes de protección son fundamentales, si no se les conceden, existe un gran porcentaje de abandono. Sobre todo las primeras 72 horas. El hecho de la existencia de menores dificulta la declaración de la mujer o la no existencia de testigos.

3.- Intervención del abogado. Acreditación de la existencia de violencia de género.

La intervención del abogado o abogada es fundamental, tenemos que reivindicar su presencia en la fase policial. A veces el letrado no interviene y como consecuencia de ello la denuncia no está bien formulada.

El atestado debe de ser lo más completo posible, contener la declaración de la víctima y el parte de lesiones si existiere y, en su caso, la declaración del denunciado. Se deben aportar fotografías de los daños, las lesiones... información de los vecinos, de los testigos... y sobre todo, el cotejo de lo aportado se debería hacer constar en el atestado. La valoración del riesgo es importante sobre todo si hay menores.

Al objeto de acreditar la violencia habitual, es crucial la coordinación con otros organismos para aportar informes. Por ejemplo el del forense es necesario para

acreditar el daño psicológico, su valoración es importante porque hay que ver cómo ha influido la violencia en la vida cotidiana. En el acto del juicio oral, la víctima, a veces por el tiempo transcurrido, no lo recuerda todo, y por ello adquieren especial relevancia. Los menores de edad son testigos casi siempre, tienen que declarar contra su padre y como prueba preconstituida se les debería tener en cuenta.

4.- Coordinación entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otros intervinientes.

Tras conocerse los hechos de maltrato por terceros y/o la interposición de la denuncia, hay que coordinarse. Por ello el Art. 32 recoge la obligación de las administraciones de optimizar los recursos, y no solo con sanidad con respecto al traslado del conocimiento de los hechos. Sino para las relaciones interinstitucionales, local, provincial, autonómica, nacional... Desde el principio es necesario el apoyo psicológico, pero desgraciadamente no llega este apoyo a todos los municipios.

En el ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado (FCSE) los criterios generales de colaboración son:

- Proporcionar a las víctimas una respuesta policial de la mayor rapidez y eficacia en situaciones de riesgo; una respuesta policial de la máxima sensibilidad, calidad y eficiencia de atención y protección a las víctimas y evitar las situaciones que suponen un incremento de la victimización, especialmente la duplicidad de actuaciones .
- Proporcionar una información clara y accesible sobre los derechos reconocidos por la LO 1/2004 y los recursos existentes para la efectividad de tales derechos en el ámbito territorial correspondiente.
- Facilitar la transmisión entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los órganos judiciales de toda la información relevante para la protección de las víctimas.
- Garantizar la coordinación y colaboración policial con los recursos públicos y no gubernamentales dedicados al apoyo jurídico y psicosocial de las víctimas.

Entre los servicios más importantes cabe citar:

- **VIOGEN:** Registra todos los sistemas de violencia que se denuncian. Recoge las circunstancias pasadas, presentes y futuras que rodean a la víctima, así como los menores de edad que hay...

- **Las FCSE** solo disponen de la declaración de la víctima, para su primera actuación, este sistema permite obtener una mejor visión de la víctima.
- **ATENPRO.** El Servicio Telefónico de atención y Protección para víctimas de Violencia de Género es una modalidad de servicio que ofrece una atención inmediata, las 24 horas del día, los 365 días del año.

El servicio se basa en la utilización de tecnologías de comunicación telefónica móvil y de geolocalización. Permite que las mujeres víctimas de Violencia de Género puedan entrar en contacto en cualquier momento con un centro atendido por personal específicamente preparado para dar una respuesta adecuada a sus necesidades. Ante situaciones de emergencia, el personal del centro está preparado para dar una respuesta adecuada a la crisis planteada, por sí mismo o movilizando otros recursos.

La gestión del Servicio, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad tienen convenio de colaboración con la FEMP.

Los objetivos del sistema son :

- Hacer efectivo el derecho de las víctimas a su seguridad.
- Generar confianza para poder abordar su recuperación.
- Tienen efecto altamente disuasorio en el inculpaado.
- Documentar los incumplimientos de órdenes de alejamiento.
- Servicio de llamadas al 112 para la víctima y con las resoluciones de medidas cautelares o con sentencias de condena: la entrega de un dispositivo móvil a la víctima, y el de la pulsera para el inculpaado.

5.- Perspectiva global e integrada de la violencia de género

Las mujeres son asesinadas por sus parejas, en su familia, en sus casas, después de un tiempo de lo que se deduce que hay “pasividad” por parte de la sociedad.

La estructura existente actual no llega a proteger a la víctima de malos tratos, ya que a día de hoy, el 40% de las mujeres asesinadas habían interpuesto denuncia y el porcentaje de condenas de los casos que se denuncian, es del 20%.

Existe un distinto porcentaje de las sentencias de condena según donde se enjuicie. Así mientras que en los juzgados de Violencia sobre la mujer el porcentaje alcanza el 79,35%, en los juzgados de lo Penal es del 53,59 %, y cuando el asunto llega a la

Audiencia, porque se trata de un caso grave se alcanza el 88,71 %. Estos resultados certifican que no se responde proporcionalmente a la agresión.

Estos datos están en sintonía con el patrón social, pues el 2% entiende aceptable la violencia sobre las mujeres en determinadas circunstancias y el 1% justifica la agresión en todas las circunstancias.

El porcentaje de denuncias a través del parte médico es mínimo: solo alcanza el 9,83 %, cuando en realidad son asistidas en un 20% más en un centro sanitario.

Las denuncias presentadas directamente por familiares o con un familiar con parte de lesiones o por servicios asistenciales de terceros, recibidas en el primer trimestre del año 2016 sólo alcanzan al 14,06 %. Y el porcentaje de víctimas que se acogen a la dispensa a declarar llega hasta el 12,96 %.

No puede haber defensa de “los intereses de la víctima” sin la persona que es la “víctima”. Se debe dar respuesta a: prevención, atención y protección, para ello es necesaria una perspectiva global e integrada. La denuncia no puede ser el principio para actuar, pero tampoco el final (único objetivo la condena).

Puntos destacados por los ponentes:

- “Las mujeres víctimas de malos tratos perciben el procedimiento judicial como intimidatorio, impersonal y humillante. La asistencia letrada especializada aumenta la información a la mujer al hacerle entender mejor el proceso y darle mayor protección. Las que se sienten solas al denunciar, acaban abandonando el procedimiento en mayor proporción que las que se sienten acompañadas. Es preciso creer en ellas, defenderla y ser un apoyo para que continuar les sea más sencillo: identifican mejor la violencia para poder salir de ella.”
- “Es esencial la formación en materia de violencia de género, pero sobre todo la sensibilización en relación con dicha violencia, siendo necesaria una visión más amplia de este fenómeno”.
- “Se reivindica la presencia del abogado/a en la fase policial ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Su intervención es fundamental a la hora de acompañar a la víctima, asesorarla y colaborar en la redacción de la denuncia”.

- “Para acreditar la violencia de género habitual la redacción del atestado tiene que ser lo más completa posible, aportando fotografías de las lesiones, daños, partes de lesiones, información de testigos, menores ..., informe del forense para acreditar el daño psicológico. Es fundamental la coordinación entre los distintos estamentos de la Administración, para ello se tienen que aplicar los Protocolos de coordinación existentes”.
- “Se ha de tratar a las mujeres como personas, no como “sujetos pasivos de un delito”. Es necesaria una visión más amplia del fenómeno de la Violencia de Género”.

III.- II PONENCIA: “EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y REFORMAS RECIENTES Y PENDIENTES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO”

• **Joaquín Giménez García.**

Magistrado de la Sala Penal del TS

1.- Introducción.

Parte la ponencia de determinar que la Violencia de Género es una situación de dominación del hombre sobre la mujer con el conocimiento de ambos de que quien mejor conoce a la mujer es el agresor y con el dato objetivo de que la violencia de género es un tema de derechos humanos.

Hace el ponente una explicación sobre la violencia de género especificando cómo la víctima es mujer y es víctima por el hecho de serlo, que se parte de la asunción de roles específicos de la mujer y hombre desde que nacen y que es un delito que atraviesa todas las culturas, pueblos religiones etc.

Se señala en esta ponencia que en la lucha contra la Violencia de Género se ha avanzado desde la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pero nos estamos dando cuenta de que el camino es cada vez más largo, que queda mucho pero que no tenemos que dejar de seguir trabajando en ello.

Se tiene que dar respuesta justa a la Violencia de Género con los medios disponibles pero a la vez realizando la queja de que no son suficientes las leyes ni los medios. Hay que educar en igualdad y hay que buscar reposicionar a la víctima, que recupere su autoestima y reeducar también al maltratador.

La Ley 1/2004 no es perfecta es mejorable pero ha permitido cambiar la situación en España, ha creado un sistema penal de género, un subsistema dentro del Código Penal redefiniendo determinados principios del propio CP. Hay una discriminación positiva de género en el CP que el Tribunal Constitucional ha establecido en varias sentencias a pesar de que en todo proceso penal la persona que disfruta de un status especial es el acusado, (presunción de inocencia, “in dubio pro reo”, contradicción, doble instancia, indulto, revisión de condena) una serie de línea rojas que no se pueden traspasar.

A pesar de todo, la víctima no tiene ese status especial. La víctima del delito ha sido la gran olvidada por el procedimiento penal desde hace mucho tiempo, aunque se ha conseguido un gran avance con la aprobación el Estatuto de la Víctima.

2.- La Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

En su Exposición de Motivos se define qué es la Violencia de Género, como un ataque a los derechos humanos de las mujeres con tres proyecciones:

- 1º.- Violencia en las relaciones de pareja
- 2º.- Las agresiones sexuales
- 3º.- El acoso en el medio laboral

• Evolución Jurisprudencial

Los asuntos de Violencia de Género llegan únicamente al Tribunal Supremo cuando están unidos a otro tipo de delitos como agresión sexual, asesinatos etc... debido a las penas de los delitos de maltrato.

• **Valoración de la Prueba Artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, el juez valorará en conciencia las pruebas de manera motivada, tiene que ser una motivación fáctica caso a caso, no sirve el corta y pega, hay que justificar por qué se cree en una prueba y no en otra.

Hay que recordar que la jurisprudencia es fuente de derecho, no es un modernismo es de siempre, completa el ordenamiento jurídico.

• **Situación de dominación.** Art. 1.1 Ley 1/2014 en relación con el artículo 153 del Código Penal no consta la dominación. Las sentencias del TS 59/2008, 25/2008, 1177/2009 creen necesaria la situación de dominación para que se dé este tipo penal: en la Sentencia 1348/2011 se excluye la situación de dominación en relaciones cortas.

• **La dispensa a declarar.** Es un tema delicado, tratado en el Pleno del TS, la víctima tiene derecho a ser informada de que puede negarse a declarar. El Acuerdo de Sala señala que esta dispensa no alcanza cuando la denuncia se refiere a hechos posteriores al cese de la convivencia o cuando la víctima ejerce no solo la denuncia sino que está personada como acusación particular. Entiende el ponente que en la denuncia no es necesario informar de este derecho, pero sí en su primera declaración: la ausencia de esta advertencia tanto en instrucción como en el plenario determina que la sentencia sea nula. El valor probatorio de la víctima no puede ser suplida con testigos de referencia porque cuando está la víctima no le vale la declaración de instrucción porque al ser prueba de cargo es necesaria su declaración ante el juez en la vista oral

• **Denuncia falsa.** No debe magnificarse este tema ya que comporta menos del 1%

• **Valoración fáctica versus intermediación judicial.** En segunda instancia, al no existir la intermediación y creerse los hechos probados del juez de primera instancia, les sirve para no motivar, pero es necesaria la motivación.

• **La prohibición de aproximarse a la víctima cuando es esta la que se acerca o acoge al condenado.** Existe el Acuerdo del Pleno de 2008 en el que se señala con respecto a este tema que el consentimiento no excluye el delito de quebrantamiento, solo hay delito para el condenado. Señala el ponente la necesidad de ver si el consentimiento de la mujer es como consecuencia de una situación de dominación, de amparo económico.

• **Arrebatado del Investigado.** No es posible aplicar esta atenuante

• **Convivencia necesaria.** Únicamente se exige en la violencia en ascendientes y descendientes.

• **Posibilidad de privar la patria potestad y régimen de visitas.** Posibilidad necesaria, no es necesario informe psicosocial para acordarlo.

Puntos destacados del ponente:

- “Reflexión propia del ponente ante la Violencia de Género: los jueces son independientes, imparciales. Pero no solo deben comprender, deben comprometerse. El juez no debe ser sólo un aplicador de la ley, no debe funcionar así, la ley es compleja, admite interpretaciones y el principio de legalidad penal no termina en el Código Penal, están los tratados internacionales y la Constitución”.
- “La conciencia de la Ley no es la conciencia del juez, tiene que someter su propia ideología a la conciencia de la ley, porque no se puede aplicar la ley bajo su propia conciencia, la ideología ciega la inteligencia”.
- “No hay ninguna ley perfecta, el desafío de una sociedad democrática no son más leyes, sino que las que hay se cumplan con operadores jurídicos que se comprometan, jueces, fiscales y abogados”.
- “El mayor reconocimiento de derechos e incremento de garantías en favor de las víctimas de violencia de género no podrá disminuir ni un ápice los derechos del investigado”.

IV.- MESA DE DEBATE: “MENORES, VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO”

- **María Félix Tena.**

Magistrada Audiencia Provincial de Cáceres

- **Flor de Torres.**

Fiscal Delegada en Andalucía de Violencia sobre la mujer

- **Jesús García Pérez.**

Pediatra. Presidente de la Sociedad Española de Pediatría Social

1.- Introducción.

El interés superior del menor conlleva la protección y garantía de sus derechos fundamentales como persona. Por ello, tras la toma de conciencia y visibilización de la situación que viven los menores en un entorno de violencia de género, se han acometido importantes reformas legislativas, que han dado como fruto su reconocimiento expreso como víctimas directas de esta violencia, con independencia de que se ejerza sobre ellos.

2.- El maltrato infantil de género.

Es aquel que persigue como única razón seguir ejerciendo violencia de género, donde ya no se puede ejercer de forma directa sobre la víctima, pero cuyo fin es seguir atentando contra la mujer.

Los malos tratos a los menores con el inequívoco fin de producir más daño a la mujer deben ser considerados como actos individuales a tener en cuenta para solicitar una condena por habitualidad.

3.- Exposición de los menores a la violencia de género.

Hay varias formas en las que los menores quedan expuestos a la violencia de género en el ámbito familiar:

- 1.- Perinatal.
- 2.- Intervención.
- 3.- Victimización.

- 4.- Participación.
- 5.- Ser testigo presencial.
- 6.- Observación de las consecuencias inmediatas a la agresión.
- 7.- Experimentación de las secuelas, etc...

4.- Consecuencias de la exposición de los menores a la violencia de género.

Uno de los aspectos que suele verse afectado en situaciones de violencia de género con las relaciones afectivas son las relaciones parentales. Las pautas de crianza se ven alteradas, y los menores suelen ser utilizados como un instrumento a través del que continuar el maltrato hacia la mujer.

Los efectos negativos que provoca la violencia en los menores, tanto si son testigos de la violencia hacia su madre, como si la reciben de forma directa, son muy similares y tiene los siguientes efectos:

- 1.- Trastornos del desarrollo.
- 2.- Trastornos de socialización y de integración en la escuela.
- 3.- Problemas depresivos.
- 4.- Traumas infantiles, como el miedo, pesadillas etc....
- 5.- Alteraciones del sueño.
- 6.- Síntomas regresivos y de estrés postraumático.
- 7.- Parentalización.
- 8.- En los casos más extremos la muerte.

En el caso de los menores, este tipo de violencia siempre genera consecuencias, que son de mayor o menor medida dependiendo del momento evolutivo, las medidas de protección y de la duración de la convivencia con el maltrato.

Una de las consecuencias que más preocupa en estos momentos, es la transmisión intergeneracional de la violencia de género, ya que la exposición a ella de los menores es un poderoso predictor de la conducta violenta en la etapa adulta.

5.- Reformas legislativas.

- 1.- La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

- 2.- La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
- 3.- La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.
- 4.- Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 5.- Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el Estatuto de la Víctima y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

6.- Especial referencia a los art. 544. bis y Ter

Aunque en nuestro derecho parece estar a los efectos de protección de las víctimas nada más que el art 544 ter en el que se regula la orden de protección, y que esta orden de protección sólo incumbe a los sujetos que se consideran afectados a la violencia de género, esto es, a la mujer que sea o haya sido esposa o con una relación de análoga afectividad, aun sin convivencia con el agresor, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, ello no responde a la realidad.

El propio art 544 bis recoge unas medidas de protección a las víctimas, cualquier víctima, y en relación con un elenco de delitos amplísimo que más allá de los que protegen bienes jurídicos eminentemente personales, llega hasta los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico al remitirse al art 57 CP. Si bien dichas medidas son más limitadas que las del art.544.ter.

Este artículo debería y podría utilizarse para proteger a las víctimas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, cuando se hayan cometido contra ellas delitos que afecten a bienes jurídicos protegidos no amparados por la protección del art. 544.ter.

Además, hay que tener muy presente el último párrafo del art 544 bis, pues si nos encontramos ante víctimas del art 173.2 CP, que por el tipo de delito del que presuntamente han sido víctimas no podría acordarse una orden de protección con el amplio contenido que establece el art 544 ter, pero que siendo necesario para proteger a la víctima se ha acordado alguna medida cautelar de las recogidas en el art 544 bis, si se comprueba el incumplimiento de esas medidas, y por lo tanto la ineficacia de la protección con cuya finalidad se habían adoptado, puede justificar la remisión al art 544 ter, y llegar a la orden de protección, más amplia, como hemos visto que las medidas y el contenido de las establecidas en el art 544 bis, sin ninguna limitación, lo que supondría la posibilidad de que se adoptaran medidas civiles.

Puntos destacados por los ponentes:

- “El objetivo de la reciente modificación de la legislación era dotar de mecanismos para otorgar una mayor protección a los menores, si bien esta manifestación de voluntades, no ha tenido reflejo en el articulado que se ha quedado corto en cuanto a la prevención, erradicación y sanción”.
- “Al tratar los asuntos en los que haya menores víctimas, debemos olvidar nuestra visión como juristas”.
- “A la hora de adoptar medidas civiles deberían tenerse en cuenta las consecuencias que puede tener en el menor permanecer en un ambiente de violencia”.
- “El art. 158 del código civil es un arma para abanderar los derechos de los menores y debe ser utilizado para visibilizarlos”.
- “Es necesaria una especialización de todos los operadores jurídicos en perspectiva de género y en las consecuencias que tiene para los menores la violencia de género”.
- “Respecto a la suspensión y restricción del régimen de visitas y la supresión de la patria potestad, queda un largo camino por recorrer”.
- “Hay que desmitificar que la orden de protección solo puede otorgarse para las mujeres víctimas de violencia de género, sin incluir a sus hijos”.
- “Si bien desde el punto de vista de la protección penal el ámbito subjetivo y objetivo del artículo 544.bis es más amplio que el del art.544 ter, la especialidad de las medidas cautelares civiles hacen que la orden de protección suponga un amparo integral”.
- “Hay que desmitificar que la orden de protección esté pensada única y exclusivamente para proteger a las víctimas de violencia de género, pues el art. 544.ter se remite a todas las víctimas relacionadas en el art.173.2 del Código Penal”.
- “El párrafo 11 del artículo 544 ter, está infrutilizado, a pesar de ser una herramienta de protección para todas aquellas personas que no sean víctimas directas pero estén incluidas en el art. 173.2 del CP”.
- “Los hechos independientes ejercidos directamente al menor y sin hecho conexo cometido contra la madre, si se acredita que el fin medial del agresor es continuar maltratando a la madre, deberá ser considerado como un acto más de violencia hacía la mujer y será competencia del juzgado de Violencia sobre la Mujer”

V.- III PONENCIA: APLICACIÓN Y EFICACIA DE LOS NUEVOS TIPOS PENALES Y SU PRUEBA.

• Teresa Peramato Martín

Fiscal adscrita a la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer “Aplicación y eficacia de los nuevos tipos penales y su prueba. Unidad de coordinación de la Fiscalía en materia de género.

1.- Introducción.

La LO 2015 introduce nuevos tipos penales relacionados con la violencia de género, pero no da respuesta ni integral, ni especializada a las necesidades, justamente porque no se han creado bajo la perspectiva de género. Aunque se establecen tipos agravados por materia de género, el sujeto pasivo y activo de estos nuevos delitos puede ser tanto un hombre como una mujer, apartándose del mandato comprendido en el Convenio de Estambul.

Se debería haber otorgado un trato diferenciado a la violencia doméstica y de género, para dar cumplimiento a lo requerido por la sociedad al tiempo que tiene que ser aplicada la referida norma.

2.- Delito de acoso, hostigamiento o stalking (artículo 172 ter CP).

Se suscita la controversia en torno a considerar o no necesaria la proximidad física y contemplación óptica, dado que en la actualidad es posible, e incluso frecuente, el acoso sin que se produzcan dichas circunstancias (programas espías, por medio de terceras personas, etc.). Por lo tanto debería ser considerada la conducta delictiva en función de la realidad social en el momento de su comisión.

También se ha creado controversia acerca de la comisión del delito “por quien no esté legítimamente autorizado” porque ello parece legitimar conductas delictivas, realizadas por determinados profesionales (detectives privados, periodistas, etc.). Debería eliminarse esta expresión, sin perjuicio de la eximente que concurriera en caso de actos legítimos y amparados por la ley.

Los dos subtipos agravados de este delito plantean problemas de sistemática legislativa:

- 1. El subtipo agravado que prevé como sujetos pasivos las víctimas especialmente vulnerables (artículo 172 ter 1.2 CP).**

2. Personas referidas en el artículo 173-2 CP (artículo 172 ter 2 CP). Por lo que se refiere a esta remisión a las personas comprendidas en el artículo 173.2 CP al ser jurisprudencia consolidada (STS 201/2007 y consulta FGE 1/2008), que se exija convivencia entre el sujeto activo y pasivo (excluidos los matrimonios y relaciones análogas de afectividad), no puede aplicarse este subtipo agravado en supuestos de no convivencia y nos remite al tipo básico en tales casos, con una penalidad inferior. El legislador debería matizar la dicción del artículo 173.2 CP para aclarar que serán sujetos pasivos estas personas con independencia de la existencia de convivencia.

3.- Delito de divulgación de imágenes captadas con el consentimiento de la víctima: 197.7 CP

La primera gran discusión aparece con la interpretación de la frase "... que se hubieran obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros". Se critica la técnica legislativa porque aunque la literalidad de la ley podría llevar a equívocos, su preámbulo lo aclara: la captación de la imagen debe producirse en privado con su consentimiento aunque la obtención se lleve a cabo en un lugar público por quien la va a difundir.

También ha sido discutido el alcance del concepto "difundir" pues aun cuando dicha palabra hace referencia a propagar, divulgar o extender, sería suficiente para cometer el delito ceder las imágenes y no es necesario que se cedan las imágenes a multiplicidad de personas, sino que también podría darse el tipo si la cesión se realiza a una sola persona, siempre que se afecte gravemente a la intimidad de la víctima.

Los subtipos agravados de este delito contienen lo que unánimemente se consideran errores. Lo más destacable es lo que se refiere al cónyuge y no al excónyuge, error evidente que debe ser subsanado con una interpretación contextual y de acuerdo con la realidad social al tiempo en que ha de ser aplicada la norma.

4.- Delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis CP).

Aunque el legislador ha cumplido las exigencias de incorporar a la ley nacional una regulación al respecto, no hemos atendido a la realidad social de nuestro tiempo y la regulación es insuficiente.

A pesar de las recomendaciones internacionales en contra, nuestra ley sigue autorizando el matrimonio infantil al permitirlo a personas mayores de 16 años, sin conocer si estas personas tienen capacidad o madurez necesaria para otorgar un consentimiento pleno, libre y válido.

Es incomprensible que el Código Penal establezca penas de multa para un delito de esta naturaleza grave.

Sería deseable que el matrimonio sea conceptualizado como elemento normativo del tipo y no como elemento meramente descriptivo para poder incardinar en el mismo cualquier matrimonio (ritual, consuetudinario, etc.), para proteger y dar una respuesta penal adecuada a todos los supuestos existentes conforme a la realidad social. Es decir, que abarque cualquier ceremonia religiosa o civil, aunque no sea vinculante jurídicamente.

En cuanto al segundo tipo básico, se denuncia la exigencia de que la intimidación sea grave; se trata de un error garrafal. Debería expresar simplemente intimidación, pues la gravedad de la intimidación va a depender en muchos casos de la propia víctima.

Subtipo agravado, cuando “la víctima fuera menor de edad”: se plantea un problema estructural que nos impedirá la mayoría de las veces acreditar la intimidación grave, violencia o engaño, porque la mayoría de estas víctimas tienen esa conducta interiorizada desde su nacimiento.

Para combatir esta realidad, deberíamos acudir a la tesis del temor reverencial que se aplica a los abusos sexuales a menores y plasmada en la STS 291/2015, de 21 de mayo.

5.- Agravante de Género (Art. 22.4 CP)

Según la OMS, el sexo hace referencia a la biología y fisiología de las personas y el género hace referencia a comportamientos, actitudes y roles que son construidos socialmente o que socialmente son atribuidos de forma diferenciada a hombres o mujeres.

Debe potenciarse la aplicación de la agravante de género, no a los delitos reformados por la LO 1/2004, porque el género forma parte del tipo, pero sí al resto de delitos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja si es reflejo de la desigualdad entre hombre y mujer.

Parece ser que los tribunales exigirán la acreditación del elemento subjetivo de discriminación para su aplicación, porque esta agravante está incardinada en las agravantes de discriminación y será un problema grave de prueba. Por esta razón, habrá que promover que la investigación policial deba practicarse desde la perspectiva de género y cualquier investigación que se haga en relación a delitos en que el género no sea un elemento del tipo, extrememos todos los recursos para recoger el máximo material probatorio o indiciario que nos ayude a que prospere la aplicación del agravante.

Puntos destacados por la ponente:

- “La norma penal debería crearse desde una perspectiva de género para regular esas acciones que tienen un plus de antijuridicidad por las especiales circunstancias en que se cometen”.
- “Actualmente el subtipo agravado del delito de acoso no alcanza a las personas comprendidas en el artículo 173.2 CP, distintas a las que les une matrimonio o relación análoga, si no existe convivencia, aspecto que debería modificarse para eliminar dicho requisito”.
- “Para que se produzca el delito de divulgación de imágenes captadas con el consentimiento de la víctima, basta con que la captación se realice en privado con su consentimiento aunque la obtención se lleve a cabo en un lugar público; y basta que la cesión de imágenes se realice a una sola persona si ello afecta gravemente a la intimidad de la víctima”.
- “Para dar una respuesta penal adecuada al delito de matrimonio forzado, sería deseable que el matrimonio sea conceptualizado como elemento normativo del tipo y no como elemento meramente descriptivo”.
- “Ante el arraigado problema estructural que aparece a la hora de probar el matrimonio forzado en víctimas menores de edad, podríamos acudir a la tesis del temor reverencial que se aplica a los abusos sexuales a menores”.
- “Debemos potenciar la agravante de género y para ello debemos promover que la investigación policial recabe el máximo de elementos probatorios para acreditar el elemento subjetivo de la discriminación”.

VI.- MESA DEBATE: “CUESTIONES CIVILES EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER”

- **Susana Vega Torres.**

Fiscal delegada de Violencia de Género de Granada Medidas Cautelares Civiles

- **Francisco Ruíz Jarabo-Pelayo.**

Magistrado del juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Málaga

- **Francisca María Gómez Díaz.**

Abogada vocal Subcomisión Violencia sobre la mujer del Consejo General de la Abogacía Española

1.- Introducción.

La mesa de debate trató sobre la importancia de las medidas civiles

2.- Medidas cautelares civiles.

El **Art. 544 bis** de la LECR establece que en los casos de delitos del artículo 57 del Código Penal, al objeto de proteger a la víctima cuando resulte estrictamente necesario, se podrá imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de aproximarse y comunicarse.

El **544 Ter** de la LECR es específico para la protección de las víctimas de violencia doméstica, siendo aplicable a alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2, en delitos contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad. Cuando resulte una situación objetiva de riesgo, será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o Ministerio Fiscal, la audiencia para resolver se celebrará en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud. La orden confiere un estatuto integral a la víctima comprendiendo medidas de carácter civil y penal y medidas de asistencia y protección social.

Las medidas de carácter penal podrán ser cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Las de carácter civil podrán ser solicitadas cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada debiendo pronunciarse el juez en todo caso respecto de las mismas. Podrán consistir en atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancias con los menores o personas con capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos así como cualquier disposición que se considere oportuna. Tendrán una vigencia de 30 días, habiendo de interponerse en el ámbito del proceso de familia para que permanezcan en vigor.

Existe el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado y en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor.

Cuando durante la tramitación de procedimiento penal en curso surja situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado, el juez podrá acordar la orden de protección de la víctima.

544 quinquies. En el caso de que se investigue un delito de los del art. 57 del Código Penal, cuando resulte necesario a fin de proteger a la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada adoptará las siguientes medidas: suspender la patria potestad, suspender tutela, curatela, guarda o acogimiento, establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo, suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor .

3.- Las medidas civiles en el procedimiento judicial de familia.

En un procedimiento judicial de familia, las medidas civiles hay que dejarlas muy detalladas y pormenorizadas, pues con mucha frecuencia se desarrollan episodios de violencia al surgir diferencias entre las partes. Así, en cuanto al régimen de visitas, habrá que determinar el día concreto de entrega y recogida y la hora en que se produce; no es aconsejable limitarse al “mitad de vacaciones escolares”. En cuanto a los fines de semana conviene determinar que los pares sean para un progenitor y los impares para el otro. El margen para la discusión debe ser cero en las medidas civiles. Habrá que dejar bien fijado el lugar donde se produce la entrega de los menores y siempre que se imponga la obligación a un tercero de entrega y recogida, ese tercero ha de prestar un consentimiento expreso.

Igualmente habrá de especificarse en los convenios reguladores el contenido de la patria potestad, pues constituye un foco de violencia el no estar perfectamente delimitada.

En cuanto a las exploraciones de los menores en el ámbito civil no constituye prueba, es una audiencia para que el juez pueda determinar cómo se encuentra el mismo. Muy a menudo se toman represalias contra los menores por parte de sus progenitores por lo que han dicho o dejado de decir en esta exploración. En el ámbito penal sí constituye prueba la exploración de los menores y hay que grabarlo todo.

La ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 12.5 establece que cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. Para que se lleve a cabo esa revisión habrá que dirigir un escrito al juzgado.

Respecto a la privación de la patria potestad, se adopta en casos extremadamente graves. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2015 acuerda la privación de la patria potestad a un padre por incumplimiento de sus deberes, lo que suele acordarse es la suspensión de la patria potestad

La custodia compartida no cabe si hay una causa penal de violencia de género abierta entre los progenitores, así lo determina el artículo 92.7 del Código Civil. Tampoco procederá cuando el juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas la existencia de indicios de violencia. Sólo cabría en su caso la custodia compartida cuando se extingan las responsabilidades penales.

Suspensión de visitas al progenitor, en caso de violencia de género: lo que se intenta es sacar al menor del entorno de la violencia. En los casos en que la madre y los menores se trasladan a una casa de acogida, como regla no se suspenden las visitas pero hay que tener mucha precaución para que el padre no sepa que están en la misma. Es conveniente establecer un punto de entregas y recogidas. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2015 acordó suspender las visitas con el padre al existir maltrato.

4.- Solicitud de la orden de protección. Preceptividad de la intervención letrada

Con la entrada en vigor de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia y la LO 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del delito, se produce la modificación del 544 ter de la LECr y la Ley 1/2004, artículos 61, 65 y 66.

El juez debe pronunciarse en todo caso cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda, determinar el régimen de guarda y custodia de visitas, comunicaciones y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos o cualquier otra disposición necesaria para salvaguardar una situación de peligro de menores o de personas con la capacidad judicialmente modificada.

En cuanto a la orden de protección es fundamental conocer la situación social y económica de la mujer que interpone la denuncia y que posteriormente acude al juzgado, haciéndose eco de la reivindicación que los profesionales y el Consejo General de la Abogacía se realiza de que la asistencia a la víctima ha de ser preceptiva desde antes de la interposición de la denuncia, desde el minuto 0. Eso nos va a permitir hablar con ella, informarle, conocer detalles de su situación personal, económica y social y además requerirle la documentación, como por ejemplo, justificante de ingresos o de carencia de los mismos, situación laboral, justificante en su caso de alquiler de la

vivienda, gastos familiares, etc. Todos ellos necesarios para fijar la pensión, lo cual facilita el dictado de esas medidas civiles.

Cuando la víctima solicita una orden de protección, y no se localiza al denunciado para poder celebrar la comparecencia del 544 ter, no se puede inaudita parte acordar medidas civiles, sino que habrá que acudir al procedimiento civil y solicitar unas medidas provisionales. Esto sucede con mucha frecuencia en el caso de que el denunciado sea extranjero.

La sentencia de 4 de febrero de 2016 del TS señala la imposibilidad de una guarda y custodia compartida cuando existe violencia de género. Si nos encontráramos con progenitores que gozan de esta medida en la comparecencia de la orden de protección debemos solicitar la modificación de ese régimen.

En cuanto a la competencias civiles del juzgado de Violencia de Género, el artículo 49 bis de la LEC, contempla diversas situaciones. Sin embargo, no está previsto el hecho de que durante la sustanciación del procedimiento civil que se tramita en el juzgado de Violencia se produzca una resolución de archivo o una sentencia absolutoria. El juzgado debe continuar con la sustanciación del procedimiento aun cuando el procedimiento penal concluya sin condena, puesto que un traslado a otro juzgado retrasaría el procedimiento civil, y debe respetarse la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que impone a la Administración la obligación de máxima celeridad en la resolución de los procedimientos.

¿Es posible continuar la orden de protección con medidas y después las del artículo 544 quinquies? Si, puesto que el juez de violencia puede modificar las medidas civiles para evitar peligro en los menores.

Puntos destacados por los ponentes:

- “La orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección que comprende medidas cautelares de orden civil y penal y medidas de asistencia y protección social”.

- “Las medidas civiles hay que dejarlas sumamente concretadas para evitar desembocar en un proceso de violencia: el margen de discusión ha de ser inexistente”.
- “El juez debe pronunciarse en todo caso cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda, determinar el régimen de guarda y custodia de visitas comunicaciones y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos o cualquier otra disposición necesaria para salvaguardar una situación de peligro de menores o de personas con la capacidad judicialmente modificada”.
- “La entrevista previa es el momento ideal para recabar datos que nos ayuden a solicitar las medidas civiles adecuadas”.

VII.- IV PONENCIA: LA VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Joaquín Delgado Martín.

Magistrado de la sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid

Realidad criminológica: En los últimos años las redes sociales han transformado el modo en que hombres y mujeres se relacionan entre sí. La incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TIC) a la vida diaria de la inmensa mayoría de las personas determina que resulten muy frecuentes los supuestos en que los actos de violencia contra la mujer se realicen a través de instrumentos digitales de comunicación:

- teléfonos móviles, smartphones, tablets, ordenadores...
- mensajería instantánea: whatsapp, line...
- redes sociales: Facebook, Instagram, Twitter...
- SMS...

Las nuevas TIC crean espacios donde se realiza una exposición de la vida personal; suponen no solo unas nuevas formas de relaciones afectivas y sexuales sino que además crean nuevas formas de violencia y control sobre las mujeres. La práctica demuestra que una multitud de agresores utiliza estos medios para acosar, amenazar, coaccionar, injuriar o atentar contra la dignidad de la mujer que es o ha sido su pareja sentimental. Nadie es realmente consciente del daño que se causa a la víctima y por ello no se le da la respuesta adecuada.

Esta realidad utilizará términos extraños:

- **Globalización:** permite que todas las partes del mundo estén conectadas
- **Usabilidad:** cualquier usuario puede convertirse en sujeto activo; facilidad de uso de las TIC.
- **Conectividad permanente:** en cualquier lugar y en cualquier tiempo.
- **Universalidad:** posibilidad de insertar contenidos con una enorme capacidad de difusión de forma casi instantánea
- **Viralidad:** la difusión instantánea provoca la pérdida del control de la información subida a las redes sociales.

En violencia de género estas características causan más daño por la cercanía de la víctima; ¿sabe ésta que está siendo víctima de un delito?); estas actuaciones incrementan la facilidad de acceso a la víctima y se realizan incluso cuando la relación

está rota y abundan entre la gente joven que son en su mayoría nativos digitales y más vulnerables en sus relaciones personales.

Se plantean problemas:

A) Penales:

- Delitos contra la intimidad
- Respuesta penal a la reiteración de actos (ciberacoso moral)
- Usurpación de identidad en la web

B) Procesales:

- Dificultades para investigar y probar los hechos delictivos se cometen a través de las TIC
 - Prueba de los mensajes de whatsapp
 - Prueba de las redes sociales
 - Listados de llamadas y otros datos conservados por operadoras

A).- PROBLEMAS PENALES. Partimos de la pregunta ¿se modula la intimidad cuando se está en pareja? No hay dejación de intimidad cuando decidimos vivir en pareja pero hay determinados actos en los que la víctima de violencia de género consiente que la pareja acceda a su intimidad.

¿Existe la intimidad compartida? No, no puede compartirse la intimidad, es un derecho personalísimo. Se comparten los actos, así el otro no puede difundir esos datos, en la obtención no hay ilícito porque se ha compartido. El ilícito está en la difusión de esos datos lícitamente obtenidos.

1.- Delitos contra la intimidad.

El Código Penal encaja la respuesta a estos actos de espionaje dentro de la pareja en el artículo 197.1 en el delito tipificado como descubrimiento y revelación de secretos, estableciendo tres modalidades:

- **Descubrimiento de secretos documentales:** se castiga el apoderamiento de documentos personales tanto en soporte papel como electrónico -de cualquier tipo- con el fin de descubrir secretos y violar la intimidad. Es un acceso sin consentimiento del titular. Ejemplo: programa Cerberus.
- **Intercepción de comunicaciones** (telefónicas y electrónicas)
- **Instrumentos de captación de imagen y sonido:** micrófonos, cámaras y similares. Se utilizan estos instrumentos para acceder a sonidos y/o imagen de una conversación de otros o bien a una escena propia de la intimidad de otros.

• **Sexting.-** (Art. 197.7 CP). La imagen se obtiene con anuencia de la víctima y tiene que difundirse fuera de los límites consentidos por el titular del derecho y tiene que menoscabar gravemente la integridad de la víctima. Es un tipo agravado en violencia de género y en violencia doméstica.

• **Sextorsión.-** Consiste en amenazar con difundir esos datos para conseguir algo, para extorsionar. En algún caso podría hablarse de coacciones graves (art. 172 CP); si se difunden esos datos estamos ante el sexting.

El mero apoderamiento de cualquier dato personal en soporte de cualquier tipo es un delito contra la intimidad del artículo 197.2 si se hace en “en perjuicio de”. Es un delito de peligro no de resultado de lesión.

2.- Respuesta penal a la reiteración de actos. Ciberacoso en la pareja: En violencia de género tiene 2 modalidades:

a) Acoso psicológico o cyberbullying: es un maltrato habitual a través de las TIC. Puede haber maltrato habitual con o sin cyberbullying; lo normal es que participe de las dos formas de maltrato. Hay muchos ejemplos: vigilar los comentarios que hacen las redes sociales, publicar fotos o mensajes cariñosos de la víctima sin su conocimiento y con el fin de que sus contactos sepan que mantienen una relación, buscar la manera de obtener sus contraseñas para controlar los perfiles y leer sus mensajes, presionar para que lea los mensajes en su presencia... La reiteración de estos actos –amenazas, sexting, sextorsión...- durante la relación de pareja darán lugar al delito de maltrato habitual (art. 173.2) y finalizada la relación de pareja al delito de acoso (art. 172 ter)

b) Acecho (cyberstalking): consiste en la persecución continuada e intrusiva mediante las TIC a un sujeto con el que se pretende entablar, continuar o restaurar una relación en contra de su voluntad (art. 197.ter CP). Problema: el tipo exige alteración sustancial en la vida de la víctima; hay que probarlo además de alegarlo. Ej. 236 llamadas en tres días... En violencia de género no necesita denuncia y se agrava la pena.

Problema de límites: ¿a partir de cuándo es acoso?

3.- Usurpación de identidad.

a) Acceso ilegítimo a los datos o perfil de otra persona haciéndose pasar por su verdadero titular (art. 197 CP- hacking)

b) Craking. Delito de daños del art. 264 CP: inutilización del perfil o causación de daños en el sistema informático de la persona objeto de la suplantación.

c) Uso de nombre ficticio en la red pero que no se corresponde con una persona real. No es delito; el problema es cuando se utiliza el nombre de otras personas.

d) Utilización en la web del nombre y datos de otra persona generando una apariencia capaz de inducir a error a terceros:

- **Usar foto ajena:** atentado al honor-tutela civil.
- **Uso del número de la víctima,** no puede ser delito; no está bien pero está despenalizado.
- **Alteración en un documento electrónico, usando el nombre de otro:** 390.1.1.º CP; tiene que probarse que es para perjudicar a otro: falsedad en documento privado. Son situaciones que se escapan porque la Policía o la Guardia Civil, en el atestado lo confunden con usurpación de estado civil.
- **Uso continuado de datos personales ajenos para realizar diferentes acciones en la web:** aunque es difícil, podría llegar a constituir un delito de usurpación del estado civil (art. 401 CP).

B).- PROBLEMAS PROCESALES. Los actos que acabamos de ver han de tener acceso al proceso. ¿Cómo se prueban?

1.- Mensajes de mail, SMS whatsapp: se pueden alterar pero no por ello deben de dejar de usarse como prueba. Los testigos mienten y no por ello dejamos de llevarlos a los juicios.

a.- Medio probatorio: la fuente de prueba. Es donde nace la prueba (Internet, teléfono...) pero el acceso al proceso tiene que ser a través de los medios probatorios previstos en la ley procesal.

b.- Procedimiento para el concreto medio de prueba. Lo que llevamos a juicio, ¿cómo lo podemos llevar?:

- **Prueba documental:** a) en soporte papel y bien impreso; es una prueba documental sujeta a las reglas de este tipo de prueba. b) Se puede llevar el dispositivo digital físicamente; está sometido al régimen jurídico de la prueba de instrumentos electrónicos; está permitido porque la LEC lo prevé expresamente (aplicación subsidiaria de la LECr), y la ley de firma electrónica (59/2013); soporte digital incluye pendrives, captura de pantalla...

- **Es susceptible de aplicar el reconocimiento judicial** (útil en hechos que tienen lugar en internet) así como ser objeto de prueba pericial (para acreditar la autenticidad y/o integridad), testigos (miembros de los grupos de whatsapp) No son pruebas tasadas; el juez tiene que valorar todo en conjunto.

2.- Prueba de las redes sociales: hay que “enganchar la prueba” porque puede desaparecer. Una posibilidad sería la averiguación del IP utilizado para colgar un contenido ilícito. ¿Se puede pedir a la operadora que remita determinados emails?

Sí, pero dónde está facebook, twitter... Esta solicitud directa a la operadora choca con la política de las empresas (habría que hacer una comisión rogatoria a USA, por ejemplo) con lo cual nos quedamos sin prueba; si hay sucursal en España se hace allí la petición, pero si no contesta Para solventar esto podremos recurrir a una serie de trucos:

- 1.- Aportar lo que esté en el dispositivo de la víctima.
- 2.- La Policía puede hacer actas de capturas de pantalla y podrá declarar como testigo.
- 3.- Acta notarial, por el letrado de la administración de justicia.
- 4.- Pendrive con la captura de pantalla.
- 5.- Página web de la Guardia Civil que hace lo que están haciendo las empresas certificadoras.
- 6.- Empresas certificadoras.

Todo hay que hacerlo rápidamente ante la volatilidad de los datos en las redes sociales.

3.- Prueba de listado de llamadas y datos almacenados en operadoras: El acceso está regulado en la Ley 25/2007, de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas. El acceso se da solo en delitos graves (pena de más de cinco años) previa autorización judicial. Quedaría fuera la violencia de género según una interpretación gramatical pero hay autores y Audiencias Provinciales (Madrid entre ellas) que defienden una interpretación lógica y sistemática, valorando todos los aspectos cuando se trata de proteger a la víctima de violencia de género. En estos casos los jueces habilitan estas peticiones.

Puntos destacados por el ponente:

- “La masiva utilización de las redes sociales y de los dispositivos electrónicos en las diferentes facetas de la vida de los ciudadanos afecta también a la forma de comisión de los delitos en el ámbito de la violencia de género”.
- “A día de hoy nadie es realmente consciente del daño que se causa a la víctima con el uso de las nuevas tecnologías de la información (TIC) y no se da una respuesta adecuada porque no se toman en serio estos problemas”.
- “El sistema penal ha de realizar un constante esfuerzo de adaptación no solo persiguiendo aquellas conductas más graves para los bienes jurídicos, sino también brindando una efectiva protección a las víctimas, especialmente en los supuestos de mayor vulnerabilidad”.

- “Este esfuerzo ha de hacerse desde una perspectiva transversal afectando a todos los ámbitos del sistema penal (desde la investigación policial hasta la normativa reguladora de la ejecución de las penas) y mediante la modificación normativa para adaptarse a las nuevas realidades”.
- “Como quiera que la realidad social va por delante del Derecho Penal es necesario un constante esfuerzo de interpretación de las normas vigentes adaptando su aplicación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas aunque siempre con respeto a los estrictos límites y garantías que exige el propio sistema penal. Todo ello, con el compromiso de protección de la víctima de todos lo que intervenimos en el proceso”.
- “No hay dejación de intimidad cuando decidimos vivir en pareja pero hay determinados actos en los que la víctima de violencia de género ha consentido en que su pareja acceda a su intimidad. No se comparte la intimidad, se comparten los actos; el ilícito está no en la obtención de esos datos sino en su difusión”.
- “A pesar de los problemas de prueba que surgen en relación con los mensajes de email, whatsapp, sms, datos en redes sociales y listados y otros datos conservados en las operadoras hay que llevarlos a juicio. Los testigos a veces mienten y no por eso dejamos de llevarlos. La prueba en estos casos requiere rapidez por la volatilidad de los datos insertos en las redes sociales; estos medios de prueba acceden al proceso a través de los medios probatorios previstos por la ley procesal que será valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el conjunto de pruebas, su autenticidad y su integridad”.

“Reto: tanto los delitos como las pruebas dependen del compromiso de todos los que trabajamos en esta materia”.

Madrid, 25 de noviembre de 2016

**El IV Encuentro de Abogados y Abogadas de Violencia de Género
se celebró en Granada el 22 y 23 de septiembre de 2016.**

