



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL. NUEVAS PERSPECTIVAS

Ana María Solé Ramón

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



2018

ANNA M^a SOLÉ RAMÓN

La prueba del delito de maltrato
ocasional del artículo 153.1 del Código
penal: Nuevas perspectivas

TESIS DOCTORAL



La prueba del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 del Código penal: Nuevas perspectivas

ANNA M^a SOLÉ RAMÓN

TESIS DOCTORAL

2018

ANNA M^a SOLÉ RAMÓN

La prueba del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 del Código penal: Nuevas perspectivas

TESIS DOCTORAL

Directoras

Dra. Elisabet Cerrato Guri

Dra. Núria Torres Rosell

Departament Dret Privat, Processal i Financer



Universitat Rovira i Virgili

Tarragona

2018



FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat "La prueba del delito de maltrato ocasional del artículo 153 del Código Penal: Nuevas perspectivas" que presenta Anna M^a Solé Ramón per a l'obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la nostra direcció al Departament de Dret Privat, Processal i Financer d'aquesta universitat.

Tarragona, a 18 de juny de 2018

Les directores de la tesi doctoral

Dra. Elisabet Cerrato Guri



Dra. Núria Torres Rosell



AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis Doctoral encierra una historia larga, de quince años. Hoy, por fin, ve su materialización, y me siento infinitamente feliz por ello. Tras un primer paso por la UNED, sesgado por circunstancias del devenir vital, la URV la recogió y supo moldearla con finura hasta lo que hoy es. Por ello, doy las gracias a muchas personas, quienes, con su saber y su sensibilidad, me han ayudado hasta lo indecible. Paso a referirlas, aunque mayoritariamente de manera no personalizada.

En primer lugar, a mis dos directoras, Elisabeth y Núria (por orden alfabético, en tanto que *tanto monta* como *monta tanto*), por su buen hacer y por su bondad. Porque con ambos elementos de la mano (objetivable el primero pero no el segundo) han llegado hasta lo profundo del ser de este trabajo y de mi hacer. Y han logrado que una obra desmesurada y poco afinada se haya convertido en una Tesis que pretende aunar la sencillez del continente con la profundidad del contenido. Tantas han sido las horas que le han dedicado, y tanto lo que sobre ella han vertido, que justo es entenderla también como suya.

También a cuantos miembros la Facultad de Derecho (Ciencias Jurídicas) de la URV han apoyado la materialización de la Tesis al margen de su dirección activa. Permítaseme no citar nombres ante el temor a lo imperdonable: dejar en el tintero a alguno de ellos. Gracias, de corazón, por la confianza depositada y la ayuda regalada.

A mis amigos de la Facultad de Letras, de esta misma Universidad, por su estima, y esos cafés compartidos que han ayudado a superar la aridez inicial de cuanto quedaba por hacer.

A mi Familia, realidad en constante y gratificante actividad, pero siempre a mi lado y con el corazón en la mano.

Y, ya en el plano superior al de las personas, debo dar gracias a Dios y a la Vida por haberme permitido concluir un trabajo en el que creo.

Ojalá algún día lo aquí escrito pueda materializarse. Sería el mejor premio para “mis quince años”.

ÍNDICE

	Página
ÍNDICE	5
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
<u>CAPITULO PRIMERO. EL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP</u>	24
1. El delito de maltrato ocasional. Consideraciones previas	24
1.1 Antecedentes legislativos del artículo 153.1 CP	27
1.2 La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género	33
1.2.1 Valoración crítica a la regulación de la LO 1/2004	37
1.2.1.1 Aspectos positivos de la aplicación de la LO 1/2004	38
a) La visibilidad al problema de la violencia de género	38
b) La regulación integral de la violencia de género	39
c) Los menores como víctima de la violencia de género	42
d) La introducción de la perspectiva de género y del concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico	44
1.2.1.2 Aspectos controvertidos de la aplicación de la LO 1/2004	50
a) El endurecimiento de las penas	50
b) Tipos penales excluidos de la regulación de la LO 1/2004	51
c) Problemas interpretativos de la definición legal de violencia de género	52
d) Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la LO 1/2004	52
e) La polémica creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer	60

2. El tipo de injusto del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP	62
2.1 El bien jurídico protegido	63
2.2 Círculo de sujetos activo y pasivo en el delito de maltrato ocasional	69
2.2.1 El autor del delito de maltrato ocasional	70
2.2.2 La víctima del delito de maltrato ocasional	77
2.3 La conducta típica	80
2.3.1 Ocasionalidad <i>versus</i> habitualidad	81
2.3.2 Delito de mera actividad y de resultado. Distinción con el delito de maltrato habitual y el delito de lesiones	88
2.3.3 Modalidades de conducta en función del resultado producido	91
a) Maltrato físico y/o psíquico que cause una lesión física o psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP	95
b) Maltrato físico y/o psíquico que cause un menoscabo psíquico no constitutivo de lesión psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP	97
c) Maltrato de obra sin lesión, cuyo origen está en la anterior falta del art. 617.2 CP (ahora delito leve del artículo 147.3 CP) y que, por razón de los sujetos en los que incide, es constitutivo del delito del art. 153 CP	100
2.3.4 Los medios y procedimientos en el delito de maltrato ocasional. Semejanzas del delito de maltrato ocasional con el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP	102
2.4 El resultado típico en el delito de maltrato ocasional. Diferencias con el delito de lesiones del artículo 147.1 CP y 148.4 CP	105
2.5 El tipo subjetivo. La posición de dominio y subordinación en el delito de maltrato ocasional	110
2.6 La penalidad	117
2.6.1 El subtipo atenuado del artículo 153.4 CP	118
2.6.2 El principio de proporcionalidad de la pena	120

<u>CAPITULO SEGUNDO. LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP</u>	123
1. La actividad probatoria del delito de maltrato ocasional y su resultado	124
1.1 La <i>notitia criminis</i> y la intervención de la Policía Judicial. Los Protocolos de actuación	125
1.1.1 El uso de dispositivos electrónicos en el ámbito del maltrato como medida de protección	130
1.1.2 El atestado policial	132
1.1.3 La recogida de pruebas	133
1.1.4 Valor probatorio del atestado y dificultades probatorias	134
1.2 La <i>notitia criminis</i> y la intervención de los servicios sanitarios. Los Protocolos de actuación	139
1.2.1 La historia clínica	141
1.2.2 La obligación legal de poner en conocimiento del juzgado las sospechas del maltrato y el deber deontológico del secreto profesional	142
1.2.3 Dificultades probatorias. Los partes médicos y la declaración de los sanitarios en el juicio oral	144
1.3 La <i>notitia criminis</i> y la intervención de los trabajadores sociales	146
1.3.1 La intervención de los trabajadores sociales en el acto de juicio oral	148
1.3.2 El peritaje social	151
2. La prueba pericial médica en el maltrato ocasional	152
2.1 La intervención de los médicos forenses en la fase de instrucción	154
2.1.1 La Valoración Forense Integral	154
2.1.2 El informe forense. Contenidos	156
2.1.3 Dificultades en la determinación y valoración de las lesiones psicológicas	158
2.2 La intervención del médico forense en el acto de juicio oral	164
2.3 Valoración de la prueba pericial forense. Dificultades probatorias	166

	Página
2.4 Otras periciales médicas: la pericial psiquiátrica y la pericial psicológica	170
2.4.1 La pericial psiquiátrica	170
2.4.2 La pericial psicológica	172
2.4.2.1 La valoración de la prueba pericial psicológica. Dificultades probatorias	174
2.4.2.2 Especial referencia a la pericial psicológica sobre la credibilidad de la víctima y su capacidad mental. Valoración de la prueba	180
3. La prueba del maltrato a través de la declaración de la víctima y de los testigos	186
3.1 El testimonio de la víctima en el acto de juicio oral y el valor probatorio de la misma	186
3.1.1 Dificultades probatorias en el testimonio de la víctima	189
3.1.2 La advertencia del derecho a no declarar, el derecho de dispensa y su alcance	192
a) La dispensa a la obligación de denunciar del artículo 261 LECr.	193
b) La dispensa del artículo 416 LECr. cuando se interpone la denuncia	193
c) La dispensa del art. 416 LECr. durante la fase de instrucción	195
d) La dispensa del art. 416 LECr. durante el juicio oral	203
3.2. El testigo directo	207
3.2.1 Introducción	207
3.2.2 Valoración de la prueba y dificultades probatorias	207
3.3 El testigo de referencia	213
3.3.1 Introducción	213
3.3.2 Valoración de la prueba y dificultades probatorias	215
4. La intervención del acusado en el acto de juicio oral	218
4.1 El silencio del acusado en el juicio oral	219
4.1.1 ¿Impide el derecho a no declarar del acusado el acceso de sus declaraciones sumariales al juicio oral?	220

	Página
4.1.2 Valoración por parte del Tribunal del silencio del acusado	222
4.2 La confesión del maltratador	225
4.2.1 Negación de los hechos confesados ante el Juez de Instrucción	226
4.2.2 Negación de los hechos confesados en sede policial	227
4.3 Las manifestaciones espontáneas extraprocerales del acusado y su valor probatorio	228
5. La prueba del maltrato ocasional del artículo 153.1 CP a través de las nuevas tecnologías	231
5.1 La aportación y práctica de la prueba electrónica al proceso penal	234
5.1.1 Como prueba documental	235
5.1.2 Como prueba de reconocimiento judicial	237
5.1.3 Como prueba testifical	238
5.1.4 Como prueba pericial	238
5.2 Tratamiento jurisprudencial de la prueba electrónica	240
6. La carga de la prueba del abuso de poder y dominio sobre la mujer en el maltrato	243
<u>CAPÍTULO TERCERO. LA MEDIACIÓN PENAL Y EL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP</u>	247
1. La mediación penal en España	249
1.1 Mediación y justicia restaurativa	250
1.2 Normativa internacional sobre mediación penal	253
1.2.1 Consejo de Europa	253
1.2.2 Organización de Naciones Unidas	255
1.2.3 Unión Europea	256

a) La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal	257
b) La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo	259
1.3 Principales obstáculos normativos y jurídicos a la mediación penal en España	261
1.3.1 Falta de regulación expresa de la mediación penal	261
1.3.2 El peligro de privatización de la justicia penal	262
1.3.3 La quiebra de las garantías del proceso penal para el infractor	263
a) El principio a la presunción de inocencia	264
b) La igualdad de partes y el derecho de defensa	264
c) El principio de igualdad	265
d) El principio de legalidad procesal (de oficialidad de la acción)	265
e) Principio de exclusividad de los órganos judiciales en el ejercicio de la jurisdicción	267
1.3.4 Otras dificultades	267
1.4 Regulación jurídica actual que daría cobertura legal a iniciativas de mediación penal en España	268
1.4.1 El principio de oportunidad	268
1.4.2 La atenuación de la pena	269
1.4.3 Los trabajos en beneficio de la comunidad	272
1.4.4 La ejecución de la sentencia	273
a) La concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad con anterioridad a la reforma	273
b) La sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas con anterioridad a la reforma	274
c) La suspensión de la pena privativa de libertad conforme a la nueva regulación	275
d) La sustitución de la pena privativa de libertad conforme a la nueva regulación	277
1.4.5 Mediación en el ámbito penitenciario	279

	Página
2. Mediación penal y violencia de género	279
2.1 Normativa internacional sobre justicia restaurativa en el contexto de la violencia de género	280
2.1.1 Consejo de Europa	280
2.1.2 Organización de Naciones Unidas	281
2.1.3 Unión Europea	283
2.1.4 Algunos ejemplos europeos	285
a) El caso austriaco	286
b) El caso finlandés	287
2.2 Principales obstáculos jurídicos a la mediación penal en violencia de género y principales argumentos en contra	288
2.2.1 Principales obstáculos a la mediación penal en violencia de género	288
a) La prohibición expresa de mediar en violencia de género	288
b) La imposición obligatoria de la prohibición de aproximación como pena en los delitos de violencia de género	290
2.2.2 Argumentos en contra de la mediación penal en violencia de género	291
a) La desigualdad entre las partes sometidas a mediación	292
b) El favorecimiento de la mediación del ciclo de la violencia de género con su contribución a potenciar la luna de miel	294
c) La contribución de la mediación a la retirada de denuncias	295
d) La desprotección de la víctima	295
2.3 Principales argumentos a favor de la mediación en violencia de género	296
2.3.1 El protagonismo de la víctima de violencia de género en el proceso mediador	297
2.3.2 Una reparación más eficaz del daño causado a la víctima	298
2.3.3 Una posibilidad real de disminución de la reincidencia	298
2.3.4 Una descompresión del sistema judicial actual	299
2.3.5 Una solución real al conflicto subyacente	300

	Página
3. La práctica de la mediación penal en España	301
3.1 Proyectos piloto de mediación penal en España	301
3.2 ¿Cómo puede incidir la mediación penal en la resolución de los conflictos familiares?	304
3.2.1 La mediación penal en el ámbito de las relaciones familiares	304
3.2.2 La mediación penal en violencia de género	308
a) Antes de la LO 1/2004	308
b) Después de la LO 1/2004	310
3.2.3 La mediación y la violencia de género en el ámbito penitenciario	314
4. Nuevas perspectivas para la mediación penal en violencia de género en España	315
4.1 La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y la mediación penal	316
4.2 Análisis crítico de la Ley 4/2015 y de la LO 1/2004 a la luz de la Directiva 2012/29/UE	320
4.3 Intentos legislativos de introducir la mediación penal en el ordenamiento jurídico español	326
4.3.1 El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011	327
4.3.2 El Borrador del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013	328
<u>CAPÍTULO CUARTO. PROPUESTA DE UN MODELO DE MEDIACION PENAL EN LOS DELITOS DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP</u>	331
1. Cuestiones controvertidas	331
1.1 La cuestión de la denominación del delito del artículo 153.1 CP	334
1.2 El ánimo de dominación del hombre sobre la mujer en el maltrato ocasional	335
1.3 Los delitos contra la integridad moral	336

2. Argumentos para introducir la mediación penal en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP	342
2.1 La distinción entre las lesiones psíquicas y el menoscabo psíquico contemplados en el delito de maltrato ocasional	343
2.2 La inviabilidad del procedimiento de juicio rápido y de procedimiento abreviado en algunos supuestos de maltrato ocasional	346
2.3 La victimización secundaria en los supuestos de sentencias que absuelven al agresor del delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y la mediación	349
2.4 La controvertida libertad de la mujer para decidir acudir a un proceso de mediación	358
3. Obstáculos a la mediación penal	361
3.1 La imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación a la víctima	361
3.1.1 El ordenamiento jurídico español	362
3.1.2 La Jurisprudencia del Tribunal Supremo	363
3.1.3 La doctrina	364
3.1.4 Postura personal	367
3.2 La problemática que genera la prohibición de mediar en materia de violencia de género	369
4. Propuesta de modelo de mediación penal en los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP	377
4.1 Introducción	377
4.1.1 La intervención del Ministerio Fiscal en la mediación penal	381
4.1.2 El Servicio Técnico de Mediación Penal	383
4.1.3 Límites materiales y procesales a la mediación en el delito de maltrato ocasional del art. 153 CP	384

	Página
4.1.4 Condiciones de la mediación	385
4.1.5 Fases del procedimiento penal en las que cabría mediación y procedimiento a seguir	385
a) En Instrucción	385
b) En la fase de juicio oral	386
c) En la fase de ejecución de sentencia	386
d) En fase penitenciaria	387
4.1.6 El acuerdo reparador y su cumplimiento	387
4.1.7 Las medidas reparadoras acordadas en el acuerdo de mediación	388
4.1.8 Otras cuestiones procesales	390
CONCLUSIONES	391
BIBLIOGRAFÍA	401
WEBGRAFÍA	426
INDICE CRONOLÓGICO DE DOCTRINA JUDICIAL	429
1. Sentencias	
1.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos	
1.2 Tribunal Constitucional	
1.3 Tribunal Supremo	
1.4 Audiencias Provinciales	
1.5 Juzgados de lo Penal	
2. Autos	
2.1 Tribunal Constitucional	
2.2 Tribunal Supremo	
2.3. Audiencias Provinciales	

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ALECr.	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BPCPP	Borrador del Proyecto de Código Procesal Penal
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord. /Coords.	Coordinador / Coordinadores
CP	Código Penal
Dir. / Dirs.	Director / Directores
ES	España
EE.UU.	Estados Unidos de América
Etc.	Etcétera
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ.	Fundamento Jurídico
Íbidem	En el mismo lugar (después de <i>ídem</i>)
Ídem	En el mismo lugar
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Ley Enjuiciamiento Civil
LECr.	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOMPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

Núm. / Núms.	Número / Números
Ob. cit.	Obra citada
ONU	Organización de Naciones Unidas
PA	Procedimiento Abreviado
Pág. / Págs.	Página / Páginas
PE	Parte Especial
P.ej.	Por ejemplo
RD	Real Decreto
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología
REDUR	Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja
Roj. ECLI	Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STMP	Servicio Técnico de Mediación Penal
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
VFI	Valoración Forense Integral
Vg.	Esto es
VPER	Valoración Policial de la Evolución del Riesgo
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

“La prueba del maltrato ocasional del artículo 153.1 del Código Penal: Nuevas perspectivas” es una tesis cuyo objeto es el estudio del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP desde una doble perspectiva: la del Derecho Penal y la del Derecho Procesal. De ahí que el primer capítulo esté dedicado a su análisis jurídico-penal, y los dos capítulos siguientes a la prueba judicial del maltrato ocasional, y a la mediación penal como medio complementario al proceso penal para lograr la resolución del conflicto subyacente creado.

La tesis parte de la hipótesis de que el maltrato ocasional, previsto y penado en el artículo 153.1 CP, debería poder ser objeto de mediación penal, a pesar de la actual prohibición legal, prevista en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Para ello, desarrolla argumentos, tanto teóricos como prácticos, en los que descansa tal prohibición, lo que permitirá determinar que es posible y viable un cambio legislativo. La decisión de centrarnos en el artículo 153.1 CP y no en todos los delitos de violencia de género en la pareja responde al hecho de que la mayoría de tales delitos se dilucidan por esta vía, por lo que representa el mayor número de sentencias condenatorias y absolutorias de los juzgados y tribunales en esta materia. Y todo ello, sin perjuicio de que algunas de las conclusiones que hemos efectuado las hayamos extrapolado al resto de delitos de violencia de género regulados por LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El punto de partida es el principio de intervención mínima que debe tener el Derecho Penal, que debe limitar la intervención penal solo cuando no sean eficaces otros medios menos lesivos no sancionadores. Consideramos que el maltrato ocasional es un maltrato leve que podría solucionarse, en ocasiones, a través de un procedimiento mediador complementario al proceso penal, de manera que podría dar lugar a un archivo de las actuaciones –cuando fuese posible- con aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal. Por ello, la presente tesis defiende la mediación penal en este ámbito y es contraria a la prohibición que establece la Ley 1/2004 al respecto, limitando e imponiénd-

dose al derecho de libertad de las mujeres. Así, se constata en la práctica judicial diaria la existencia de supuestos de maltrato ocasional menos graves y de carácter esporádico, que por imperativo legal deben resolverse en el ámbito estricto del Derecho Penal (cuando, por su falta de gravedad y entidad, podrían merecer un menor reproche o cuanto menos una forma diferente de resolución). De la misma manera, ha influido en el planteamiento de la tesis el hecho de que, en muchas de estas situaciones de maltrato ocasional, las mujeres víctimas no quieran denunciar los hechos, no deseen continuar con el procedimiento penal ya iniciado, no soliciten una orden de protección, o deseen dejarla sin efecto y retirar la denuncia. Ello puede obedecer a muchos motivos, entre los que sobresale que no deseen enfrentarse a un juicio penal, sea por lo grave que les resulta a efectos de victimización secundaria, o bien porque consideren que la respuesta penal no va a lograr solucionar el problema subyacente de fondo. O incluso, por considerar que la respuesta estrictamente penal es o va a ser excesiva ante la entidad de los hechos denunciados. En estos casos la tesis reflexionará sobre la intromisión del Derecho Penal en el ámbito privado de la víctima, a la cual el ordenamiento jurídico no da una respuesta adecuada conforme a sus necesidades y expectativas.

Este cúmulo de circunstancias genera gran número de sentencias absolutorias, generalmente por falta de prueba, pero no impide que subsista el problema de fondo entre las partes. Y ello, con el consiguiente malestar que genera, máxime cuando dichas partes deban relacionarse en el futuro inmediato por existencia de descendencia en común, lo que puede generar nuevos conflictos y una nueva judicialización de los problemas creados. Por tanto, nuestro estudio gira entorno a esta problemática, máxime teniendo en cuenta la perpetuación de la conflictividad y la acumulación de asuntos en los juzgados muy similares entre sí, aunque con distintos protagonistas, sean nuevos maltratos, amenazas, coacciones o injurias de carácter leve.

En nuestro estudio se analiza también la dificultad de la prueba del maltrato ocasional, que genera muchas sentencias absolutorias, en muchas ocasiones por cuestiones formales que no de fondo; la necesidad, en estos casos, de canalizar el problema de fondo subyacente entre las partes, y el problema de la victimización secundaria de las mujeres víctimas de maltrato cuando se dictan sentencias absolutorias por falta de prueba. Ello es, sin duda alguna, un tema

novedoso en el ámbito del maltrato ocasional. En definitiva, se trata de una cuestión que ha influido en nuestro interés por el maltrato ocasional en general, y en particular en la necesidad de un estudio en profundidad que abarque este delito y las dificultades prácticas de su prueba. La tesis, por tanto, aborda la necesidad de buscar una nueva perspectiva que ofrezca una solución efectiva a estos problemas diarios de la práctica judicial, por medio de la introducción de la mediación penal en nuestro proceso penal en esta materia.

Por todo lo hasta aquí dicho, esta tesis no pretende quedarse en el plano teórico penal y procesal, sino que su finalidad principal y última es defender que el recurso a lo argumental sea un primer paso en la aplicación práctica de sus conclusiones. De ahí que solo alcance su sentido en la medida que logre demostrar su utilidad en la práctica diaria.

Para la elaboración de la tesis ha sido fundamental contar con una visión multidisciplinar de la materia, tanto a nivel práctico y fundamentalmente jurídico, derivada del ejercicio de mi profesión, como también lo ha sido el estudio criminológico y sociológico del problema. Y ello, precisamente, para poder establecer el ámbito estrictamente penal y procesal, así como los límites del Derecho Penal y del Derecho Procesal con relación a la violencia de género.

Cabe resaltar en esta Introducción la falta de medios disponibles en la práctica y la sensación de frustración que ello genera en los profesionales de este ámbito. Tal circunstancia, podría llevar a relativizar el problema del maltrato ocasional. Valga decir que la mayoría de los Juzgados de Guardia no dispone de un Equipo de Valoración Forense Integral, por lo que en la inmediatez de un juicio rápido carece de elementos objetivos suficientes para dilucidar el conjunto de cuestiones que plantea un maltrato. A pesar de ello, con el presente estudio queremos poner de relieve que el sentido común y la vocación de servicio público se erigen como fundamentales para intentar compensar estas deficiencias, que siempre van a repercutir sobre la víctima y sobre el sistema judicial.

La tesis se ha estructurado en cuatro capítulos. El primero se centra en el tipo penal del artículo 153.1 CP. Para ello se parte de un estudio doctrinal y jurisprudencial de todos los elementos que integran el tipo delictivo, con particular atención a la valoración de la gravedad de conductas incardinables en el

tipo penal, así como en los efectos y consecuencias sobre las víctimas, tanto físicas como psicológicas. El capítulo, que llevará por rúbrica “El delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP”, después de algunas consideraciones generales en torno a la denominación del delito, estudia los antecedentes legislativos a la actual regulación del artículo 153.1 CP, con especial mención a la LO 1/2004 que lo inspira. En segundo lugar, analiza cada uno de los elementos del tipo penal, el bien jurídico protegido, así como la conducta típica, con los medios y procedimientos que puede utilizar el maltratador para llevarla a cabo. En este punto, la tesis hace hincapié en los medios psíquicos que pueden también emplearse en el maltrato contra la mujer y en las consecuencias de la violencia utilizada. También son objeto de análisis los aspectos subjetivos del tipo en toda su extensión y la cuestión de si cabe exigir o no algún elemento intencional. Finalmente, se hace una breve mención a aspectos relacionados con la punibilidad derivada del precepto analizado.

El cuerpo de la tesis se encuentra en su capítulo segundo (“La prueba del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP”), dedicado al estudio de la prueba del maltrato ocasional y los principales obstáculos materiales y procesales que encontramos en la práctica diaria del acto de la celebración del juicio oral. Dichos obstáculos dificultan la prueba de la existencia de maltrato ocasional sobre la mujer, lo que da lugar, en muchas ocasiones, a sentencias de carácter absolutorio. El capítulo mantiene como hipótesis de partida que la mediación penal podría resolver el problema de fondo que subyace en muchas de estas sentencias absolutorias. Así, analizará, doctrinal pero sobre todo jurisprudencialmente, la prueba del maltrato desde la perspectiva de la falta de prueba y de los requisitos necesarios para que se entienda acreditado el tipo del artículo 153.1 CP. Y todo ello, bajo la premisa de que una deficiente o ausente carga probatoria acabará con una sentencia absolutoria, con la consiguiente victimización secundaria (analizada en el capítulo siguiente).

El capítulo segundo también tiene en cuenta los diferentes momentos procesales en los que la prueba va a ser esencial, y ello desde el inicio de la maquinaria policial y judicial hasta que recaiga la sentencia, esto es, la fase de investigación policial, la fase ante el juez instructor y la fase de juicio oral. Para ello trata de dar respuesta a cuestiones relativas a cómo se recogen las pruebas, qué se admite como tal y cómo se valoran. En primer lugar, analiza la fase

de recogida de pruebas, cuando la *notitia criminis* llega a conocimiento tanto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como del propio Juzgado de Guardia; en segundo lugar, las pruebas durante la fase de investigación del delito de maltrato ocasional ante el Juzgado de Instrucción competente, y finalmente, la práctica de las mismas durante la fase de juicio oral.

Otro punto al que también hace referencia este capítulo es la valoración de la prueba en la sentencia resultante del proceso. Este esquema argumental se mantiene respecto a cada uno de los momentos y respecto a cada uno de los medios de prueba: la fase de recogida de pruebas, con las declaraciones en el momento inicial de los hechos, con la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de los servicios sanitarios y de los trabajadores sociales en los centros de asistencia social; la prueba pericial forense y otras pruebas periciales médicas, su elaboración durante la fase de instrucción y su incorporación al acto de juicio oral; la declaración de la víctima y de los otros testigos directos y de referencia y la problemática que se plantea en torno a sus declaraciones, ratificadas o no en el acto de juicio oral; la intervención del acusado a través de sus declaraciones, manifestaciones espontáneas o confesiones, y la prueba a través de los nuevos medios técnicos de comunicación y su incidencia cada vez mayor en los delitos de esta naturaleza. Finalmente, el capítulo refiere un aspecto más a tener en cuenta en la prueba del maltrato ocasional: la intencionalidad del autor y su tratamiento jurisprudencial.

En el capítulo tercero de la tesis, que lleva por título “La mediación penal y el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP”, se defiende un sistema de resolución de conflictos distinto al de la justicia tradicional, propio de la justicia restaurativa, como un sistema complementario y no alternativo al proceso penal y sometido al requisito estricto de la voluntariedad de las partes, víctima y agresor, como es la mediación.

Este capítulo plantea la necesidad de un debate sobre si la mediación puede ser un recurso eficaz para afrontar los supuestos de violencia de género y, concretamente, los casos de maltrato ocasional. Para ello, analizamos la mediación penal en el ámbito de maltrato ocasional contra la mujer; sobre todo desde una perspectiva doctrinal, aunque no faltan referencias jurisprudenciales de apoyo, por su interés, caso de la jurisprudencia del TEDH y de sentencias que recoge el instituto de la mediación penal. El capítulo comienza con un es-

tudio de la mediación penal en España, para pasar después al de la aplicación de dicha institución en el ámbito de la violencia de género, todo ello desde un punto de vista teórico. Acto seguido, examina aspectos prácticos de la mediación penal, tanto en su vertiente general como cuando es aplicada a las relaciones familiares y, concretamente, a la violencia de género y al maltrato ocasional. El capítulo concluye con el análisis de las perspectivas que existen actualmente para la implantación de la mediación penal en violencia de género en España.

El cuarto capítulo lleva por rúbrica “Propuesta de un modelo de mediación penal en los delitos de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP”. En él sometemos a discusión los tres capítulos anteriores en los aspectos y cuestiones que consideramos más relevantes, para realizar propuestas respecto a las cuestiones planteadas. Entre ellas, destacamos la cuestión de la denominación del delito del artículo 153.1 CP, la necesidad de cambiar su ubicación sistemática, así como los argumentos para introducir la mediación penal respecto al delito del artículo 153. 1 CP. Finalmente, propone un modelo de mediación penal.

Metodología. La elaboración de esta tesis ha seguido una metodología dogmática basada fundamentalmente en el estudio de la doctrina y de la jurisprudencia. Conviene señalar que, al estar prohibida la mediación en violencia de género a raíz de la LO 1/2004, las aportaciones jurisprudenciales en esta figura son escasas. La metodología utilizada para la elaboración de los capítulos básicamente es la misma, aunque con algunos matices. Así, mientras que en los dos primeros las fuentes utilizadas son fundamentalmente la doctrinal y la jurisprudencial, en el tercero prima la doctrina sobre la jurisprudencia, en tanto que en el cuarto las fuentes doctrinales son casi exclusivas.

Las fuentes jurídicas empleadas en esta investigación son de carácter legal, doctrinal y jurisprudencial, y cabe aludir, respecto a la primera, al estudio del CP y de la LECr. Hay que añadir que durante el proceso de elaboración no hemos acudido al Derecho Histórico, puesto que es inexistente respecto del delito de maltrato ocasional, en tanto que se trata de una institución de creación jurídica reciente. De ahí que hayamos estudiado sus antecedentes legislativos, respecto a los que sí hemos hecho un análisis en el capítulo primero.

Tampoco hemos acudido en este trabajo a la regulación de la institución en el Derecho Comparado, y ello debido a su magnitud. Se trata de una materia que está regulada en la mayoría de los países de nuestro entorno, por lo que la cantidad de normativa daría lugar a que la materia de estudio resultase inabarcable en su desarrollo.

Hemos procurado escribir de manera clara y leal, y nos hemos sujetado a la autocorrección y a la crítica ajena, sin perjuicio de que todos los errores que este estudio contenga nos sean imputables.

Para elaborar la tesis hemos accedido a fuentes jurisprudenciales. Así, hemos consultado el fondo de jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y de jurisprudencia menor, tanto de las Audiencias Provinciales como la de algunos Juzgados de lo Penal. Todo ello, como soporte a las argumentaciones ofrecidas.

En cuanto a la bibliografía, hemos accedido a obras jurídicas de procedencia diversa, publicadas tanto en formato de libro como de artículo, fuere en revistas especializadas o de otro tipo. Su consulta ha resultado fundamental, pero dado el volumen de publicaciones existentes, se ha hecho imprescindible un trabajo de selección fundamental en el esfuerzo de aprendizaje y maduración que supone la elaboración de una tesis doctoral. Como fuentes hemerográficas hemos consultado tanto periódicos como revistas y boletines jurídicos. Y como otras fuentes, referir el acceso a las tecnologías de la información, que, a pesar de no ser medio convencional para aprehenderlas, y sí serlo de segundo grado, resultan útiles por permitir el acceso inmediato a gran cantidad de ellas, desde documentos hasta normativa o publicaciones. Especialmente útil ha sido, en este sentido, la consulta del catálogo de bibliotecas y de la documentación de diversas Universidades y Organismos públicos oficiales.

A través de todos estos medios que acabamos de exponer, hemos podido complementar la explicación teórica de las cuestiones que hemos planteado con el análisis de la doctrina y de la jurisprudencia. Ello nos ha permitido adoptar una postura propia y, a la vez, ofrecer nuestra propia aportación al respecto.

CAPITULO PRIMERO. EL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP

1. El delito de maltrato ocasional. Consideraciones previas

El objeto de estudio de este capítulo, como su propio nombre indica, es el delito de maltrato ocasional contra la mujer que es o ha sido esposa o tiene o ha tenido una relación análoga a la conyugal y que viene regulado en el artículo 153.1 del CP. Con carácter previo a cualquier otra consideración vamos a realizar algunas precisiones que giran en torno a la cuestión terminológica utilizada para hacer referencia a este delito.

Es habitual que en la práctica diaria los operadores jurídicos¹ se refieran a este delito como “delito de lesiones del artículo 153.1 CP”. Observamos que esta denominación parte de la ubicación sistemática de este precepto en el título del CP dedicado a las lesiones, pero hace caso omiso a otras argumentaciones que hacen que sea preferible la denominación de “delito de maltrato ocasional”, que es la que utilizaremos a lo largo del presente trabajo, y que son las siguientes:

a) En primer lugar, hay que tener en cuenta los antecedentes históricos y legislativos.

El precedente inmediato del que trae origen el artículo 153.1 CP, en su actual redacción, es el artículo 425 CP, en la redacción dada por la LO 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código Penal y la finalidad del mismo fue la punición de los malos tratos habituales en el ámbito familiar. Posteriormente, se introdujo la distinción entre estas conductas cuando se realizaban habitualmente –que pasaron a regularse en el artículo 173.2 CP- de cuando tenían lugar ocasionalmente, en el artículo 153 CP.

¹ Los supuestos son muchos. A título de ejemplo véase, SAP Barcelona 83/2015, de 1-2-2016; Recurso 371/2015; Ponente: Sra. M^a Josep Feliu Martínez; Roj: SAP B 1497/2016; ECLI: ES: AP B: 2016: 1497, que confirma la sentencia de fecha 8-10-2015 de condena por un delito de lesiones en el ámbito familiar del artículo 153.1 CP dictada por el Juzgado penal nº 2 de Granollers, PA 56/2015. Y SAP Barcelona 97/2016; Recurso 433/2015; Ponente: Sra. María de la Concepción Sotorra Campodarve; Roj: SAP B 1413/2016; ECLI: ES: AP B: 2016: 1413; FJ. 2º, que condena por un delito de lesiones en el ámbito familiar del artículo 153.1 CP.

Así, a raíz de la LO 11 /2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la conducta habitual de maltrato pasó a regularse en el Título dedicado a los delitos contra la integridad moral mientras que el maltrato ocasional pasó a regularse en el Título dedicado a los delitos de lesiones, siendo el bien jurídico protegido en éste la integridad física y psíquica de la víctima y castigándose en el artículo 153 CP las conductas constitutivas de delito de maltrato singular. Entendemos que la mera ubicación sistemática del precepto no es argumento suficiente para justificar por sí sola un cambio de denominación.

b) En segundo lugar, por la razón de ser del precepto.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, encontramos que el maltrato, como sustantivo, participa de la acción de maltratar que significa tratar mal o menoscabar. Este es el núcleo de la conducta prohibida, que se traduce en el artículo 153.1 CP en diversas modalidades de acción no todas ellas tributarias de un resultado material: causar un menoscabo psíquico, causar una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 y golpear o maltratar de obra sin causar lesión. En definitiva, el tipo penal referido no exige un resultado de lesión necesariamente, lo que pone de manifiesto la no necesidad de un específico desvalor de resultado, en todos los supuestos previstos en el precepto. De ahí que consideremos inadecuada la denominación “delito de lesiones del artículo 153.1 CP”².

c) En tercer lugar, por la finalidad del precepto

A raíz de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³ no puede obviarse la vinculación existente entre el delito del artículo 153.1 CP con la violencia que se ejerce contra las mujeres y que las somete a una situación de sometimiento y dominación que va más allá de un mero ataque a la integridad física o psíquica hacia cualquier otra víctima que no sea la mujer o ex mujer unida al autor por relación matrimonial o análoga a la conyugal. Como veremos más adelante, el

² TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal; artículo 153*; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.); Aranzadi; Pamplona; 2016, pág. 122; El autor destaca, en contra, el predominio de la idea de lesión sobre la de malos tratos que se desprende de la ubicación sistemática del precepto.

³ BOE núm. 313, de 29-12-2004.

TS entiende que en las conductas que prevé el artículo 153.1 CP debe haber un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Es decir, que estas conductas se den en un contexto con un componente machista que habrá que buscarlo en el entorno objetivo de los hechos, y que deberá poner de manifiesto la existencia de una situación objetiva de dominación del hombre sobre la mujer.⁴ De ahí que consideremos que la denominación “delito de maltrato del artículo 153.1 CP” refleja de forma más acertada que la denominación “delito de lesiones del artículo 153.1 CP”, a las conductas incardinadas en este precepto.

Una vez explicado el porqué del título escogido para este capítulo y en general para todo este trabajo, pasaremos a analizar su propósito y contenido. En el presente capítulo vamos a partir de la base que el delito de maltrato ocasional debiera poder ser objeto de mediación penal. Y ello, a pesar de la prohibición legal que efectúa la LO 1/2004. Para demostrarlo intentaremos ver como el bien jurídico protegido, los medios utilizados por el agresor, las conductas tipificadas y sus consecuencias para determinadas víctimas, en ciertas circunstancias, no constituyen obstáculos insalvables para poder iniciar un proceso de mediación.

Ello comportará, en primer lugar, estudiar los antecedentes legislativos a la actual regulación del artículo 153.1 CP y hacer una especial mención a la LO 1/2004. En segundo lugar, analizaremos cada uno de los elementos del tipo penal, desde el bien jurídico protegido hasta los diferentes medios y procedimientos que puede utilizar el maltratador para llevar a cabo la conducta típica, haciendo especial hincapié a los medios psíquicos que pueden también emplearse en el maltrato contra la mujer y a las consecuencias de la violencia psíquica utilizada. Con posterioridad, estudiaremos las diferentes conductas típicas que admite el tipo penal y las consecuencias derivadas de ellas que deben producirse para que se entienda cumplido el tipo. También analizaremos los aspectos subjetivos de tipo en toda su extensión centrándonos en la cuestión de si se exige o no algún elemento intencional. Finalmente, haremos

⁴ Auto del TS, de 3-7-2013; Recurso 20663/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: ATS 7790/2013; ECLI: ES: TS: 2013: 7790 A; FJ. 4º y 5º.

una breve mención a aspectos relacionados con la penalidad derivados del precepto analizado.

1.1 Antecedentes legislativos del artículo 153.1 CP

La LO 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código Penal⁵, con la finalidad de hacer frente a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, introdujo un delito que castigaba los malos tratos habituales: el art. 425 del CP⁶, dentro del título dedicado a los delitos de lesiones. Este precepto, que está derogado, constituye el precedente inmediato del art. 153, que se introdujo en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷ y que, en sus inicios, apenas fue aplicado en la práctica⁸.

A partir del art. 425 CP se han ido acometiendo sucesivas reformas penales siguiendo una política criminal que ha ido progresivamente ampliando el contenido del tipo penal de malos tratos y las medidas de protección de la víctima de estos delitos que hasta ese momento no se identificaba exclusivamente con la mujer sino que abarcaba a otros miembros de la familia en lo que se venía asimilando como violencia intrafamiliar. Entre ellas destacamos las llevadas a cabo por el Código Penal de 1995⁹, también dentro del título dedicado a las lesiones, con el art. 153 y, posteriormente, la LO 14/1999, de 9 de junio¹⁰, de modificación del CP en materia de protección a las

⁵ BOE núm. 148, de 22-6-1989.

⁶ Redacción art. 425 CP dada por LO 3/89, de 21 de junio, de actualización del Código Penal: “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad o pupilo, menor de edad o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor” (1 mes y un día a 6 meses de privación de libertad).

⁷ BOE núm. 281, de 24-11-1995.

⁸ GASPAR BLANCH, R. A.: “La violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Derecho Español; Aequalitas*, núm. 9, 2002, pág. 1, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/941334.pdf>. Última consulta 5-12-2017.

⁹ Redacción originaria del art. 153 CP por LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

¹⁰ BOE núm. 138, de 10-6-1999.

víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el legislador amplía el círculo de sujetos pasivos, incluye la referencia a la violencia psíquica e introduce un concepto legal de habitualidad a los efectos de dicho delito.¹¹ A raíz de esta última regulación el delito de malos tratos queda configurado de la siguiente manera:

a) Con relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y ahora se extiende también a la psíquica.¹²

c) Se proporciona una definición legal de habitualidad que se vertebrará alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo, siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar

¹¹ Redacción dada al art. 153 CP por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.”

¹² Con ello se produce la total equiparación de ambas formas de violencia. La exclusión de la violencia psíquica del ámbito del maltrato fue objeto de numerosas críticas por parte de un sector de la doctrina que entendía que no existía ningún motivo para excluir tal forma de violencia. No faltaron, sin embargo otros autores que justificaron tal exclusión en base al principio de intervención mínima, al escaso desvalor de la acción y de resultado en relación con la entidad de la conducta y la protección del bienestar físico o bienestar corporal, o a la dificultad de señalar las conductas subsumibles dentro del concepto de “violencia psíquica”. Ver nota 2, pág. 154 en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de Violencia Doméstica”, en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.); Tirant lo Blanch; Valencia, 2004.

y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.¹³

Posteriormente y conforme a la LO 11 /2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹⁴ se produce un cambio en la ubicación sistemática del delito de malos tratos habituales, que pasa del art. 153 al art. 173.2 del CP, dentro del título dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral¹⁵ mientras que en el art. 153 se castigan las conductas constitutivas de delito de maltrato singular, comportamientos que hasta entonces eran constitutivos de falta (causar por cualquier medio o

¹³ La STS 355/2003, de 11-3-2003; Recurso 2576/2001; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 1664/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 1664; FJ. 4º, señala en relación a la habitualidad la doctrina recogida hasta entonces al respecto: "(...) De la doctrina jurisprudencial expuestas, queda plenamente constatado que no impide la aplicación del tipo la prescripción de algún hecho delictivo, con tal que su estimación pueda considerarse en el contexto de un ámbito temporal de proximidad, y que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido".

¹⁴ B.O.E. núm. 234, de 30-9-2003.

¹⁵ La redacción originaria del art.173 CP rezaba: "El que infringiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años". Tras la reforma operada por LO 11 /2003, de 29 de septiembre la redacción del precepto es la siguiente: 1. "El que infringiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años." 2. "El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. 2. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en dicho artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores." Los párrafos 2º y 3º del apartado 1 de este artículo fueron introducidos posteriormente por la LO 5/2010, de 22 de junio (por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión no constitutiva de delito, golpear o maltratar de obra sin causar lesión).¹⁶

Por una parte, el cambio de ubicación sistemática del delito de malos tratos habituales afectó de forma leve el ámbito de la violencia de género y no modificó su configuración penal. La jurisprudencia ha destacado que la protección de los derechos que implica el art. 173.2 CP entronca más claramente con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; de ahí su correcta ubicación sistemática entre los delitos contra la integridad moral¹⁷. Además con la nueva ubicación se solucionaba un problema concursal entre los preceptos reguladores del maltrato ocasional y del maltrato habitual señalándose que en ellos los bienes jurídicos a proteger eran distintos, tal y como después será analizado en el presente capítulo. Este precepto además supuso la ampliación del círculo de sujetos a proteger extendiéndolo a otros ámbitos de dependencia, además del estrictamente familiar y concretamente a las personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de su convivencia familiar así como respecto de las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Por otra parte, esta modificación supuso la conversión en delito de todos los supuestos de agresión, ya causasen un resultado que exigiera tratamiento médico o quirúrgico (que se resuelven por la vía de los delitos de lesiones de los arts. 147 y siguientes del CP) así como de los supuestos que precisaran

¹⁶ Redacción dada art. 153 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros: “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”

¹⁷ STS 305/2017, de 27-4-2017; Recurso 2227/2016; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 1888/2017; ECLI: TS: 2017: 1888; FJ. 7º; STS 716/2009, de 2-7-2009; Recurso 11521/2008; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 4629/2009; ECLI: ES: TS: 2009:4629; FJ. 18º.

sólo de una primera asistencia facultativa, e incluso aún sin causación de resultado material (que se resuelven por la vía del art. 153 CP).¹⁸

La reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre fue completada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de octubre reguladora de la prisión provisional y por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que no afectaron a la redacción del art. 153 CP. Así mismo, el Registro estatal para la protección de las víctimas se creó por RD 355/2004, de 5 de marzo.

La LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas Urgentes de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁹, es una de las últimas reformas del artículo 153 CP en esta materia, y la que en definitiva le ha dado la actual configuración, cuyas modificaciones en el ámbito penal y procesal tendremos

¹⁸ Con esta reforma se suprimió la falta del art. 617.2.2º CP y toda la violencia física ejercida sobre los sujetos pasivos enumerados en el art. 173.2 CP, aunque se trate de un hecho aislado y no llegue a causar lesión, en cuanto pasó a ser delito tipificándose como tal en el art. 153 CP en la redacción dada por LO 29 de septiembre de 2003. Respecto de este precepto el Auto del Pleno del TC nº 233/2004, de 7 de junio; Cuestión de Inconstitucionalidad 458/2004; Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; EDJ 2004/115623, inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora al elevar a la categoría de delito conductas anteriormente castigadas como faltas cuando se cometen contra algunas de las personas a las que hace referencia el art. 173.2 CP.

¹⁹ Sobre la tramitación parlamentaria de esta Ley ver ALASTUEY DOBÓN, M. C.: "Desarrollo parlamentario de la Ley Integral contra la Violencia de Género. Consideraciones críticas", en *La reforma penal en torno a la Violencia Doméstica y de Género*. BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.); Atelier; Barcelona, 2006, págs. 57 a 68.

Redacción del art. 153 CP dada por la LO 1/2004, de 28-12: El art. 153 CP dispone "1.- El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo considere adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2.- Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo considere adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3.- Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado."

en cuenta en este trabajo. Entre ellas, la LO 1/2004 da una nueva redacción al artículo 153 CP de manera que distingue claramente entre el maltrato constitutivo de violencia de género en el apartado primero al que atribuye una mayor penalidad, del maltrato asimilado que tiene lugar entre otros sujetos distintos, en el apartado segundo. Entre otras modificaciones que lleva a cabo la LO 1/2004 se hallan: introducir un supuesto de agravación para el delito de lesiones del artículo 147CP, cuando éstas se hayan cometido contra la que es o fue la esposa o persona con análoga relación de afectividad a la conyugal, aún sin convivencia (art. 148.4 CP); y sancionar en todo caso con pena privativa de libertad el quebrantamiento de la pena del art. 48 CP o una medida cautelar cuando el ofendido sea una de las personas del art. 173.2 CP. Pero la reforma más controvertida ha sido elevar a delito las amenazas y coacciones cuando se cometan por hombre sobre mujer o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor en los artículos 171 y 172 del CP. De esta manera pasan a la consideración de delito amenazas y coacciones leves, y por tanto a una agravación de la responsabilidad penal del varón cuando el hecho tenga como sujeto pasivo a la mujer, lo que ha dado lugar a que se plantearan cuestiones de inconstitucionalidad al respecto²⁰.

Finalmente la última reforma del artículo 153 CP ha tenido lugar a raíz de la LO 1/2015, de 30-3-2015²¹, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23-11, del Código penal. Con la nueva regulación la redacción del precepto se ha adaptado al hecho de la supresión de las faltas penales y a la nueva regulación de los delitos leves que se efectúa en el artículo 147. 3 y 4 del CP. Así, el artículo 153.1 CP. señala que “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido su esposa, o mujer

²⁰ La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto señalando la no inconstitucionalidad de estos preceptos por entender que no vulneran el principio de igualdad. Véase, entre otras, STC 45/09, de 19-2-2009; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; BOE núm. 63, de 14-3-2009.

²¹ BOE núm. 77, de 31-3-2015. La redacción del artículo 153.1 CP tras la LO 1/2015 además de la modificación mencionada del precepto, sólo ha variado respecto de la anterior en un solo aspecto referido a la introducción de la pena de inhabilitación especial – potestativa para el juez o tribunal- para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento no solo respecto de los menores afectados por el maltrato sino también respecto de las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección.

que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”

Por su parte, el artículo 147.2 CP en la redacción dada por la Ley 1/2015 castiga al que, por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, es decir una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental siempre que la lesión no requiera objetivamente para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, teniendo en cuenta que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

1.2 La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género ha sido objeto de estudios doctrinales exhaustivos y de abundante jurisprudencia, no solo por la novedad que supuso su regulación en el ordenamiento jurídico español sino también por la controversia que generó su posible inconstitucionalidad. En este apartado ubicaremos nuestro estudio partiendo de la misma y de la definición que hace el artículo 1 de la Ley 1/2004 sobre lo que entiende por violencia de género y pondremos de manifiesto las principales críticas a su articulado.

En primer lugar, haremos referencia a una de las cuestiones que se planteó a partir de la Ley 1/2004 y concretamente la intromisión de los poderes públicos y, entre ellos, del legislador, en el ámbito familiar. Esta ya fue una de las cuestiones que en su día se plantearon en relación a la regulación penal del delito de maltrato del artículo 425 CP en la redacción dada por la Ley LO 3/89,

de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Concretamente se planteó hasta qué punto cabría admitir la intervención del legislador en un ámbito tan privado como es el de la familia. En este sentido, el Defensor del Pueblo, en su Informe “La violencia doméstica contra las mujeres (1998)”²² ya entendió que la interacción entre el Estado y la Sociedad que se deriva del art. 1 CE, faculta a ésta a exigir de las Administraciones Públicas una respuesta activa para la situación social y económica en que se terminan encontrando las mujeres maltratadas. Así pues, la búsqueda de la libertad y la igualdad reales y efectivas (art. 9.2 CE) y el deber del Estado de garantizar la protección a la familia (art. 39 CE) contra toda forma de violencia explican la intervención del Estado en el ámbito doméstico, en amparo de los derechos fundamentales de sus miembros. Es obvio que no toda intromisión es constitucionalmente válida, ya que la esfera de protección del derecho a la intimidad familiar marca un límite a estas intervenciones. Sin embargo, la garantía de inmunidad del espacio privado debe ceder frente al deber estatal de protección de la familia en los casos de violencia intrafamiliar; aunque ello, en ocasiones no esté exento de polémica²³.

En este mismo sentido, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género justifica su intervención en el ámbito familiar señalando que los poderes públicos no pueden ser ajenos a lo que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación

²² Informe del Defensor del Pueblo *La Violencia Doméstica contra las Mujeres (1998)*, <http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesmonograficos/ESTUDIOMUJERES.ZIP>. Última consulta, 28-12-2017.

²³ Un ejemplo lo constituye el art. 57.2 CP que obliga a los jueces a imponer en todas las condenas por violencia de género, una medida de alejamiento respecto de la víctima, incluso contra la voluntad de ésta. El problema es que, en la práctica, a veces, la mujer se reconcilia con el agresor y quiere volver a relacionarse con él. Pero el Derecho Penal se lo impide. Lo que piden la mayoría de los jueces es poder examinar cada caso concreto y decidir si hace falta o no dictar el alejamiento, escuchando en todo caso a la víctima. Y sólo imponerlo contra su voluntad cuando el delito cometido sea grave y exista un riesgo real. La resolución del TC de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ha supuesto la admisión de la constitucionalidad del art. 57.2 Código Penal. Así la STC 116/2010, de 24-11-2010; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Eugeni Gay Montalvo; BOE núm. 312, de 24-12-2010; y la STC 60/2010, de 7-10-2010; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Javier Delgado Barrio; BOE núm. 262, de 29-8-2010, entienden que la extraordinaria relevancia de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante el art. 57.2 CP justifica la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente.

programados en la CE. Además de estos derechos fundamentales menciona otros valores y principios constitucionales que sirven para fundamentar las actuaciones más procedentes contra la violencia de género: la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE); derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE); derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27 CE); derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE); derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32 CE); protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE).

En segundo lugar, veremos que del art. 1 de la Ley 1/2004 de Medidas Urgentes de Protección Integral contra la Violencia de Género, podemos extraer el concepto de violencia de género que se admite en el ordenamiento jurídico español. En él se dice que “la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligado a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”. Si bien el objeto principal es la tutela de las víctimas mujeres vinculadas al agresor, lo cierto es que la ley amplía su objeto y adopta medidas preventivas y de represión respecto de otras víctimas como son las “personas en situación de especial vulnerabilidad”, respecto de las cuales se adoptan medidas de tutela penal²⁴. La Ley 1/2004 considera como tales a “los descendientes, propios o de la esposa o conviviente o (...) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallan sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. Se amplía, por tanto, el objeto de la tutela procesal a estas personas por considerarlas víctimas indirectas de la violencia de género.

Según el texto de esta Ley, la agresión contra los sujetos protegidos debe producirse en un contexto de sometimiento de la víctima y su ilicitud vendría derivada de que quien realiza estas conductas abusando de la superioridad

²⁴ Sobre la significación del término legal “persona especialmente vulnerable”, ver GONZÁLEZ PASTOR, C. P.: “Delimitación del concepto “persona especialmente vulnerable” en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley Penal*, nº 17. Año II, Junio 2005.

que ejerce sobre la víctima merece una mayor reprochabilidad. Por tanto, desde el punto de vista de esta Ley, hay violencia cuando se emplea “para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

Y este será el sentido que daremos al término violencia de género en el presente trabajo y el que nos servirá para interpretar el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. Y ello para diferenciarlo de otros aspectos de la violencia en el ámbito familiar como es la violencia doméstica, que tiene lugar entre los demás sujetos nombrados en el artículo 173.2 CP, y, por lo tanto, igualmente tipificada en el art. 153.2 CP; y de la violencia bidireccional, también denominada “igualitaria” por algún autor y que es objeto de estudio actualmente²⁵. Este último se trata de un fenómeno poco estudiado ya que la violencia sobre la mujer tiene más incidencia por la gravedad de sus consecuencias, pero que en ningún caso debe obviarse ni debe, tampoco, llevar a cuestionar la primera. Los estudios que se vayan realizando sobre la materia llevarán, con el tiempo, a analizar la agresión en el seno de la pareja como un proceso de interacción entre sus miembros a lo largo del tiempo de la relación²⁶.

²⁵ VALCÁRCEL, A.: “La violencia contra las mujeres”, en *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la Violencia de Género*. RUIZ TAGLE, A. M; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.); Universidad Pablo de Olavide; Sevilla, 2008, págs. 13- 32. Esta autora utiliza el término violencia “igualitaria” para referir la violencia que tiene lugar entre los dos miembros de la relación hombre y mujer y que está basada en un concepto de igualdad mal asumido. No obstante la nomenclatura más extendida es la de violencia “bidireccional”. En el IV Congreso Español de Victimología organizado por la Universitat Oberta de Catalunya, la Sociedad Científica Española de Victimología y la Sociedad Catalana de Victimologia. (Barcelona, 18-10-2013) se puso de manifiesto cómo diversos estudios nacionales e internacionales han llegado a la conclusión de que la violencia en las relaciones de pareja no solo se ejerce por los hombres sobre las mujeres sino que es bidireccional entre los dos sexos. Podemos destacar los estudios de Murray A. Straus de la Universidad de New Hampshire (Durham) que concluyen que la mitad de la violencia familiar analizada (50%) es violencia mutua hombre-mujer, en un 25% la mujer era la única agresora y en un 25% es el hombre el único agresor. Ver, MURRAY A. STRAUS, *Risk factors for physical violence between dating partners*, 2006. Por otra parte, Corsi (1995) define como violencia “bidireccional” como aquella en “la que ambos miembros de la pareja utilizarían conductas agresivas como modalidad vincular” señalando que para que la violencia empleada pueda ser calificada como bidireccional es necesario que exista simetría en los ataques y paridad de fuerzas físicas y psicológicas en ambos miembros de la pareja; en CORSI, J.; DOHMEN, M; BONIMO, L.: *Violencia masculina en la pareja*. Ed. Paidós; Buenos Aires, 1995.

²⁶ Un análisis de los estudios realizados sobre la violencia bidireccional o cruzada lo encontramos en la tesis doctoral de GONZALEZ LOZANO, M. P.: “Violencia en las relaciones de noviazgo entre jóvenes y adolescentes en la Comunidad de Madrid” (Universidad Complutense de Madrid, 2009). Ver asimismo, HERNANDEZ HIDALGO, P.: “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimológico”, en *RECPC*, 17-05(2015), pág. 1; disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc>. Última consulta 7-12-2017.

Añadir, por otra parte, que en este trabajo no va a ser objeto de análisis las relaciones de pareja homosexuales, los supuestos de violencia ejercida sobre un hombre a manos de quien sea o haya sido su esposa o compañera sentimental con o sin convivencia, así como todos los supuestos de violencia sobre la mujer que no se produzcan en el ámbito de la relación de pareja. Y también todos aquellos supuestos en los que aun cuando la violencia haya tenido lugar en el seno de la pareja aquélla no constituya una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder del hombre sobre la mujer²⁷.

1.2.1 Valoración crítica a la regulación de la LO 1/2004²⁸

Hemos planteado en este apartado cuál es la valoración de la LO 1/2004 tras los más de diez años de vigencia de la misma.

La Disposición Adicional 11ª de la LO 1/2004 imponía al Gobierno el deber de elaborar a los tres años de entrada en vigor, una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra la violencia de género. No obstante, a fecha de hoy no existe una evaluación global de los efectos producidos por la ley ni estudios cualitativos globales al respecto; aunque sí existen estudios cuantitativos o sobre cuestiones concretas²⁹. De ahí que ni siquiera lo previsto en la misma Ley 1/2004 a efectos de valoración de la misma se haya cumplido.

donde la autora pone de manifiesto que “desde un punto de vista jurídico penal, ni la doctrina ni la jurisprudencia han reflexionado acerca de la relevancia que la intervención de la víctima presenta en este tipo de dinámicas potencialmente lesivas ni sobre la influencia que la misma podría tener en la determinación del injusto y de la pena”. Para la autora “la investigación internacional ha revelado que la violencia de pareja bidireccional es un fenómeno criminológico con altas cifras de prevalencia en la que el rol de la víctima y ofensor es compartido por ambos miembros, no pudiéndose explicar su génesis exclusivamente con base en la concepción del patriarcado ni con el concepto de violencia instrumental ejercida sólo por el hombre contra la mujer con ánimo de dominio y de subyugar.”

²⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: “El concepto legal de Violencia de Género y sus límites”, en *Violencia de Género y Justicia*; CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.); ALONSO SALGADO, C. (Coord.); Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico; pág. 329.

²⁸ LO 1/2004, 28 diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; BOE núm. 313, de 29-12-2004 (entrada en vigor 28-1-2005); última actualización publicada, 6-10-2015.

²⁹ ORTUBAY FUENTES, M.: “Diez años de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Luces y Sombras” (2014), pág. 2; disponible en <http://www.pensamientocritico.org/mirort0315.pdf>. Última consulta, 2-12-2017.

Por tanto, las valoraciones que podamos hacer en este apartado y en los que le siguen del capítulo las haremos al margen de una evaluación global oficial que la haya verificado, a la vista de las estadísticas disponibles y de las opiniones doctrinales, jurisprudenciales y de la aplicación práctica de la Ley en el día a día.

En primer lugar, analizaremos los aspectos positivos de la Ley para después, centrarnos en las principales críticas a la misma.

1.2.1.1 Aspectos positivos de la aplicación de la LO 1/2004

a) La visibilidad al problema de la violencia de género

Uno de los aspectos positivos que a priori podemos afirmar es que la Ley 1/2004 ha dado visibilidad al problema de la violencia de género en la sociedad. Con anterioridad a la LO 1/ 2004 la sociedad española, lentamente, iba tomando conciencia de la magnitud del problema de lo que todavía se venía denominando “violencia doméstica” y se iba mentalizando de la importancia de defender los derechos fundamentales de las mujeres³⁰.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 señala como una de las razones que justifican la publicación de la Ley, que estamos ante un delito que ya no es “invisible” sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

No obstante ello, no podemos obviar que tras más de diez años de vigencia la aplicación de la Ley 1/2004 ha incrementado notablemente la conciencia sobre el problema social que representa la violencia de género en general y el maltrato ocasional en particular y a que éste sea menos tolerado en la sociedad española. Ello no significa que no haya maltratos silenciados o denuncias

³⁰ Documento elaborado por la Comisión de Estudios del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por el Pleno del CGPJ el 21-3-2001, en el que se analiza la problemática de la “violencia doméstica” en ese momento, sus causas y las medidas que, desde el ámbito del Poder Judicial, pudieran contribuir a su mejor tratamiento; además sugiere una reforma legislativa y propone mientras tanto una guía práctica de actuación contra la violencia doméstica. Observamos en el mismo que todavía no se hace la distinción entre violencia de género y violencia doméstica, al ser una documento anterior a la LO 1/2004. Tampoco en él se prevé la creación de una Ley Integral sobre la materia. Disponible en internet en www.juecesdemocracia.es/pdf/temasinteres/violenciaDomestica70.pdf. Última consulta, 11.12.2017.

retiradas como veremos en el capítulo segundo de esta tesis. En este sentido, la LO 1/2004 viene a recoger una creciente sensibilidad social contraria a la violencia de género y, a su vez, desarrolla en este ámbito una función pedagógica.

b) La regulación integral de la violencia de género

Por primera vez la LO 1/2004 reúne en un solo texto legislativo una regulación jurídica, integral y multidisciplinar en materia de violencia de género. Una de las cuestiones que nos preguntamos es si los objetivos que pretendía la LO 1/2004 con esta regulación integral se han cumplido o no. Creemos que en buena parte sí y ello porque faltaba en el ordenamiento jurídico español una respuesta global a la violencia de género que incidiera en los distintos ámbitos civiles, penales, sociales, educativos y que ya existían en leyes aprobadas en distintas CCAA³¹. En este sentido y por primera vez, la LO 1/2004 abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas; incluye toda la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones y

³¹ Concretamente disponían de una normativa en la materia, la Comunidad de Castilla La Mancha (Ley 5/ 2001, de 17 de mayo de Prevención de Malos tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas; BOE núm. 148, 21-6-2001); la Comunidad Valenciana (Ley 9/2003, de 2-4-2003 de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; BOE núm. 110, 8-5-2003) y la Comunidad de las Islas Canarias (Ley 16/2003, de 8-4-2003, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, BOE núm. 162, 8-7-2003). Tras la LO 1/2004, de 28 de diciembre se han ido dictando por el resto de CCAA leyes en esta materia: País Vasco (Ley 4/2005, 18-2-2005, para la Igualdad de Mujeres y Hombres; BOE núm. 274, de 14-11-2011); Comunidad de Madrid (Ley 5/2005, de 20-12-2005, Integral contra la Violencia de Género en la Comunidad de Madrid; BOE núm. 52, de 2-3-2006); Islas Baleares (Ley 12/2006, de 20-9-2006, para la mujer, BOE núm. 248, de 17-10-2006); Aragón (Ley 4/2007, de 22-3-2007, de Prevención y Protección Integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón, BOE núm. 141, de 13-6-2007); Andalucía (LO 13/2007, de 26-11-2007, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género; BOE núm. 38, de 13-2-2008); Cataluña (Ley 5/2008, de 24-4-2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, BOE núm. 131, de 30-5-2008); Región de Murcia (Ley 3/2008, de 3-7-2008, de Modificación de la Ley 7/2007, de 4-4-2007, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, BOE núm. 31, de 5-2-2011); Castilla y León (Ley 13/2010, de 9-12-2010, contra la Violencia de Género en Castilla y León, BOE núm. 317, de 30-12-2010); La Rioja (Ley 3/2011, de 1-3-2011, de Prevención, Protección y Coordinación Institucional en materia de Violencia de Género, BOE núm. 66, de 18-3-2011); Asturias (Ley 2/2011, de 11-3-2011, para la Igualdad de Mujeres y Hombres y la erradicación de la Violencia de Género, BOE núm. 106, de 4-5-2011); Extremadura (Ley 8/2011, de 23-3-2011, de Igualdad entre Mujeres y Hombres contra la Violencia de Género en Extremadura, BOE núm. 88, de 13-4-2011); y Comunidad Foral de Navarra (Ley Foral 14/2015, de 10-4-2015, para actuar contra la Violencia hacia las Mujeres, BOE núm. 107, de 5-5-2015).

aborda la respuesta punitiva que deben recibir las manifestaciones de violencia que esta ley regula.³²

En esta línea, una novedad destacable radica es que por primera vez se asume en una ley la importancia de la prevención y de la sensibilización social y de la necesidad de la detección precoz de la violencia articulando para ello medidas para una adecuada formación de los profesionales que intervienen en el ámbito sanitario, en el ámbito de la enseñanza, en el de la publicidad y comunicación³³

Dos problemas encontramos en el desarrollo de esta previsión legal. Por una parte, la falta de medios económicos para el desarrollo de este planteamiento y por el otro el protagonismo excesivo del sistema penal para la eficacia del mismo.³⁴ Así, en relación con la falta de medios el artículo 3 de la Ley 1/2004³⁵ establece la obligación de los poderes públicos de poner en marcha un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género “de manera inmediata a la entrada en vigor de esta Ley con la consiguiente dotación presupuestaria”. No obstante, tras el primer Plan en 2007/2008 aprobado en 15-12-2006, con un informe de ejecución de 2009, ello no se ha vuelto a repetir³⁶.

³² Exposición de Motivos LO 1/2004, II.

³³ ORTUBAY FUENTES, M.: ob. cit., pág.10.

³⁴ Señala Quintero Olivares que, tras años de vigencia de la LO 1/2004, hay que asumir que la vía de la ley penal es solo una de las posibles vías de intervención, pero ni es la única ni es la más eficaz, en QUINTERO OLIVARES G.: “El concepto legal de Violencia de Género y sus límites”, en *Violencia de Género y Justicia...*, ob. cit., pág. 324.

³⁵ Artículo 3 LO 1/2004: “Planes de sensibilización. 1. Desde la responsabilidad del Gobierno del Estado y de manera inmediata a la entrada en vigor de esta Ley, con la consiguiente dotación presupuestaria, se pondrá en marcha un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género que como mínimo recoja los siguientes elementos: Que introduzca en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género. Dirigido tanto a hombres como a mujeres, desde un trabajo comunitario e intercultural. Que contemple un amplio programa de formación complementaria y de reciclaje de los profesionales que intervienen en estas situaciones. Controlado por una Comisión de amplia participación, que se creará en un plazo máximo de un mes, en la que se ha de asegurar la presencia de los afectados, las instituciones, los profesionales y de personas de reconocido prestigio social relacionado con el tratamiento de estos temas. 2. Los poderes públicos, en el marco de sus competencias, impulsarán además campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género. 3. Las campañas de información y sensibilización contra esta forma de violencia se realizarán de manera que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad.”

³⁶ ORTUBAY FUENTES, M.: ob. cit., pág. 11. Nota 11. El Informe del Primer Año de Ejecución del Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género del Año 2007 está disponible en

Por otra parte, en relación con el excesivo recurso a lo penal, la Ley 1/2004 exige haber interpuesto una denuncia penal e incluso haber logrado una orden de protección o una sentencia condenatoria para acceder a los derechos y ayudas establecidas.³⁷ En este sentido, es el Derecho Penal el que permite el acceso a otros derechos lo que resulta incongruente con el hecho de que la mujer tan solo desee retomar su vida y liberarse del maltrato con la ayuda necesaria. A juicio de Ortubay Fuentes³⁸ la denuncia debería ser el último paso³⁹.

No obstante, por otra parte han ido surgiendo estudios⁴⁰ en esta materia de medidas preventivas que en todo caso sirven para avanzar y mejorar en los pros y los contras a esperar de una futura modificación de la Ley 1/2004 o de una nueva Ley Integral.⁴¹

www.violenciadegenero.msssi.gob.es/.../planActuacion/.../Informe_sobre_primer_ano_ejecucion_Plan_Nacional_Sensibilizacion_Preencion_Violencia_Genero_pdf_. Última consulta, 28-12-2017.

³⁷ Los derechos laborales, las prestaciones de la seguridad social, los derechos de las funcionarias públicas y las ayudas sociales y de carácter económico se reconocen en los artículos 21, 22, 24, 25 y 27 de la LO 1/2004 a las víctimas de violencia de género en situaciones de violencia, que se acrediten con la obtención de una orden de protección a favor de la víctima o con un informe de Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto no se dicte la orden.

³⁸ ORTUBAY FUENTES, M.: ob. cit., págs. 19-20.

³⁹ De forma similar critica la dependencia de las medidas de protección y asistencia de las víctimas previstas en la ley, de la previa denuncia, TORRES ROSELL, N.: "Violencia de Género y Derecho Penal: de la LO 1/2004 a la reforma penal de 2015", en *La protección de la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*; ROMERO BURILLO, A. M. (Dir. y Coord.); Aranzadi; Pamplona, 2016, pág. 310.

⁴⁰ Un análisis de las medidas educativas, de las manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico; de los medios de comunicación y publicidad, de las medidas desde la asistencia sanitaria, de las medidas de inserción laboral y fomento del empleo de las mujeres víctimas de violencia de género, y de las medidas laborales de protección de la trabajadora víctima de violencia de género y de tutela desde la perspectiva de la protección social, lo encontramos una década después de la aprobación de la ley integral, en *La protección de la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*; ROMERO BURILLO, A. M. (Dir. y Coord.); Aranzadi; Pamplona, 2016,

⁴¹ En reiteradas ocasiones se ha venido hablando de una reforma de la Ley 1/2004. En 2015 el Gobierno elaboró un Informe de balance, tras diez años de vigencia de la LO 1/2004, partiendo de las propuestas de medidas de mejora en materia de prevención y lucha contra la violencia de género, propuestas que habían sido formuladas desde diferentes ámbitos, tanto jurídicos como sociales. Este informe se ha considerado como un punto de partida para una posible modificación de la LO 1/2004, a partir de un análisis integral de la misma desde los diferentes ámbitos para ir articulando sucesivas reformas. Así, el documento resultante, "Reflexiones y propuestas de reforma de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, así como de otras normas relacionadas en materia de violencia de género con motivo del décimo aniversario de entrada en vigor de la norma", está disponible en www.violenciadegenero.msssi.gob.es/.../INFORME_10A_ley_2016.pdf. Última consulta, 8-2-2018.

c) Los menores como víctima de la violencia de género

La LO 1/2004 extiende el concepto de víctima no solo a mujer sino a los menores de su entorno familiar. Los menores del entorno familiar de la víctima de violencia de género pueden ser víctimas directas o indirectas de esa misma violencia. La LO/2004 extiende sobre ellos su protección y ello además contribuye a la efectividad de las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer víctima de violencia de género tal y como establece la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2004⁴². Pero esta protección ha devenido insuficiente, como veremos.

En primer lugar, el artículo 1 de la LO 1/2004 en su redacción originaria solo hace referencia a la mujer, no a sus hijos. En dicho artículo no se hace referencia alguna a que también sea violencia de género la que emplea el hombre sobre los hijos comunes para someter a la mujer, siempre y cuando ella también sea sometida a actos de violencia.⁴³ No obstante en la medida en que se les ha incluido dentro del ámbito de protección de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cabe afirmar que también los hijos son víctima de la violencia de género.

En segundo lugar, se ha constatado supuestos de ejercicio de violencia directa sobre los hijos como mecanismo para someter a la mujer e infligir un sufrimiento máximo. La violencia sobre los hijos se han ido incorporado en las estadísticas de violencia de género y los casos de violencia directa que sufren los hijos comunes con el fin de someter a la mujer están causando una gran alarma social.⁴⁴

⁴² Exposición de Motivos de la LO 1/2004 II.

⁴³ ACALE SÁNCHEZ, M.: "El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género: el concepto de Violencia de Género", en *Política Criminal y Reformas Penales*; FARALDO CABANA, P. (Dir.); Tirant lo Blanch, 494; Valencia, 2007, pág. 52.

⁴⁴ En este sentido, es muy interesante el análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2014, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados de menores a manos de sus progenitores, publicado por el grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ en 2016 y disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero.pdf. El documento cifra en 7 los menores fallecidos en el año 2014. Por su parte, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, Volumen I, en el capítulo dedicado a la violencia sobre la mujer y violencia doméstica, señala que también son 7 los menores fallecidos en el año 2016, algunos comunes, pero la mayoría solo hijos de la madre. Junto a los 7 menores fallecidos menciona que el año 2016 ha dejado 53 menores huérfanos. Esta es otra de las manifestaciones de los graves daños que ocasiona la violencia sobre las mujeres. (pág. 405). Última consulta, 8-2-2018.

En tercer lugar, consideramos que siempre que se maltrata a la madre directamente se está maltratando a los hijos. Cuando en un entorno familiar se utiliza la violencia como forma instrumental de dominio y de control, normalmente los hijos se utilizan por el agresor como moneda de cambio y se convierten en víctimas directas de esta violencia. El menor es víctima directa de maltrato cuando es objeto de agresiones verbales y físicas, cuando es utilizado por el agresor como instrumento para hacer daño a la madre. Y también cuando es testigo presencial del maltrato hacia la madre. Esta postura es abalada por los cambios legislativos del año 2015 que reconocen a los hijos de mujeres víctimas de violencia de género como víctimas por el hecho de haber presenciado y sufrido el maltrato a su madre. Así, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁵ modifican la LO 1/2004 y en relación a los menores hijos de las víctimas de violencia de género los incluyen como objeto de protección en el artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La disposición final 3.1 de la LO 8/2015, de 22 de julio modifica el apartado segundo del artículo 1 de la LO 1/2004 y se señala expresamente que “Por esta Ley se establecen medidas de protección asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”⁴⁶.

La LO 1/2004 ha sido modificada también en cuanto estas leyes establecen la obligación de los jueces de pronunciarse sobre el mantenimiento o no de la guardia y custodia, la patria potestad y el régimen de visitas y, en su caso, sobre la forma en que éstas se ejercerán⁴⁷.

En todo caso, la jurisprudencia ha tenido en cuenta la situación de los menores en los supuestos de violencia de género en sus resoluciones sobre

⁴⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 23-7-2015); Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 29-7-2015).

⁴⁶ En su redacción, originaria el mencionado párrafo 2 del artículo 1 de la LO 1/2004 señalaba que: “Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia sus víctimas.”

⁴⁷ Artículos 61,65 y 66 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

guarda y custodia y sobre patria potestad teniendo en cuenta el interés principal del menor y así podemos citar:

- STS 350/2016, de 26-5-2016⁴⁸, que señala que la actitud del padre frente a la madre ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación hace impensable que la custodia compartida pueda tener éxito.
- SAP Jaén 434/2016, de 23-6-2016,⁴⁹ que señala que el delito de malos tratos en el ámbito familiar repercute en los menores que también son víctimas directas o indirectas por lo que se deniega la custodia compartida.
- STS 568/2015, de 30-9-2015,⁵⁰ que entiende incompatible mantener la patria potestad del padre dada la presencia de la menor en el ataque a la madre efectuado por éste y el prolongado efecto negativo en su desarrollo.

d) La introducción de la perspectiva de género y del concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico

El artículo 1 de la LO 1/2004 introduce en el CP el concepto de violencia de género y, más allá de ello, la “perspectiva de género”⁵¹. Por tanto, es una definición que constituye una referencia normativa e interpretativa que da contenido y sentido a la expresión “delitos de violencia de género” y “violencia de género” en el ordenamiento jurídico español.⁵²

Antes de analizar el concepto de violencia de género que acoge la Ley 1/2004 vamos a realizar una serie de consideraciones previas. En primer lugar, haremos referencia a la confusión terminológica existente, incluso en la actualidad, entre los conceptos de violencia doméstica o violencia intrafamiliar y

⁴⁸ STS 350/2016, de 26-5-2016; Recurso 2410/2015; Ponente: Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas; Roj: STS 2304/2016; ECLI: TS: 2016: 2304; FJ. 5º.

⁴⁹ SAP Jaén 434/2016, de 23-6-2016; Recurso 193/2016; Ponente: Sra. Ana María Manella González; Roj: SAP J 664/2016, ECLI: ES: APJ. 2016: 664, FJ. 2º.

⁵⁰ STS 568/2015, 30-9-2015; Recurso 10238/2015; Ponente: Sr. Joaquín Delgado Martín; Roj: STS 4122/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 4122. La sentencia condena por un delito de asesinato en grado de tentativa en relación a la compañera sentimental en presencia de la hija común menor de edad de 3 años. Se estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal y se impone la privación de la patria potestad.

⁵¹ Según observa RAMON RIBAS, E.: “Los delitos de Violencia de Género según la jurisprudencia actual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), págs. 403-404, nota 2, siguiendo a FARALDO CABANA, P. (“Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Revista Penal*, núm. 17, Enero 2006, pág. 85.

⁵² RAMON RIBAS, E.: ob. cit., pág. 412.

violencia de género. En segundo lugar, veremos cuál es el concepto doctrinal de violencia de género y la falta de consenso acerca del mismo. En tercer lugar, veremos cuál es el concepto legal que acoge la LO 1/2004.

Hasta la LO 1/2004 había existido una confusión entre los términos violencia doméstica y violencia de género.⁵³ Podemos definir la violencia de género como aquella que sufre un género a causa del rol que le ha sido culturalmente atribuido y que puede manifestarse en distintos ámbitos, tanto familiar como público; mientras que la violencia doméstica sería aquella que se produce en el marco del domicilio o en el ámbito de determinadas relaciones familiares o convivenciales.⁵⁴ Ocurre que en muchas ocasiones -como pone de manifiesto Villacampa EstiarTE- la violencia doméstica o violencia intrafamiliar puede ser también manifestación de la violencia de género⁵⁵. De ahí la confusión entre los términos. Por otra parte, la referencia prioritaria a la violencia doméstica o intrafamiliar lleva a prestar atención sólo a la violencia que se ejerce sobre la mujer en tanto que integrante de la unidad familiar sin tener en cuenta su condición de mujer, lo que supone una aproximación incompleta al problema al excluir como violencia de género todos aquellos supuestos en los que no hay una relación de familia o doméstica.

Existía, en definitiva, una confusión terminológica ya que con anterioridad a la LO 1/2004 parecía aceptada la denominación “violencia doméstica” o “violencia intrafamiliar” para hacer referencia tanto al maltrato sobre la mujer, como al maltrato a ancianos, a menores, de menores contra ascendientes y

⁵³ En este sentido el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer sugería una definición de violencia que abarcase todo el fenómeno de violencia doméstica, sin connotaciones de intencionalidad ni de tipo sociológico, no ideologizada. Por otra parte, con motivo del Proyecto de Ley Integral contra la Violencia de Género la Real Academia Española elaboró el *Informe sobre la expresión Violencia de Género* (19 de mayo de 2004) en la que defendió el uso del término *violencia doméstica* por ser la expresión más utilizada en el ámbito hispánico, doblando en su uso a la expresión *violencia intrafamiliar* y por tener la ventaja de aludir a los trastornos y consecuencias que esa violencia causa no sólo en la persona de la mujer sino del hogar en su conjunto. De tal manera que para que, además, el término incluya en su denominación la referencia a los casos de violencia contra la mujer ejercida por el novio o compañero sentimental con el que no haya convivencia señalaba que la denominación más completa y ajustada sería *Ley Integral contra la Violencia Doméstica o por razón de sexo*.

⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Violencia de Género: Una aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo”, en *Violencia de Género y Sistema de Justicia Penal*. VILLACAMPA ESTIARTE, C (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 32

⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Violencia de Género: Una aproximación fenomenológica...”, ob. cit., pág. 33.

entre hermanos y, en definitiva, para hacer referencia a aquella violencia que se daba en el ámbito de lo doméstico, en general y no exclusivamente familiar.

Ello fue ampliamente criticado, entre otros autores por Maqueda Abreu y por Lorenzo Copello. Maqueda Abreu señala que esta denominación incorrecta supone desnaturalizar la esencia de la violencia de género entendida como aquella violencia que se ejerce exclusivamente contra las mujeres por el hecho de serlo como una cuestión de carácter cultural y no biológica, siendo el ámbito familiar uno de los escenarios posibles donde se desarrolla pero no el único ya que pueden transcurrir en el ámbito profesional o laboral o social⁵⁶. De ahí que entienda que debe quedar bien delimitada conceptualmente la violencia que se ejerce contra la mujer, ya que al denominarla incorrectamente como “violencia doméstica” o “violencia familiar” se la está relacionando sólo con un ambiente concreto, el familiar o doméstico.⁵⁷

Para Lorenzo Copello la razón última de la violencia contra la mujer no se halla en las relaciones de subordinación que tienen por causa la convivencia en el ámbito doméstico y en la propia naturaleza de las relaciones familiares. Para la autora la subordinación de la mujer proviene de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal y ello aunque, en la práctica, sea en el contexto doméstico, donde con mayor frecuencia, se manifieste este tipo de violencia⁵⁸. De ahí que el concepto adecuado no sea el de violencia doméstica sino el de violencia de género.

A pesar de que autoras como Maqueda y Lorenzo hayan puesto de manifiesto la necesidad de diferenciar ambos conceptos, persisten quienes defienden el concepto de violencia doméstica, violencia intrafamiliar y violencia en la familia como expresiones equivalentes, entendida como toda aquella que se produce en el ámbito familiar siendo ello lo que la caracteriza⁵⁹. Por otra

⁵⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.: “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-02, 2006. Disponible en internet: [http://criminnet.ugr.es/recpc/RECPC_08-02\(2006\)_20_ENE](http://criminnet.ugr.es/recpc/RECPC_08-02(2006)_20_ENE). Última consulta, 25-12-2017.

⁵⁷ MAQUEDA ABREU, M. L.: *Ídem*, pág. 02.

⁵⁸ LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal.” RECPC 07-08(2005), disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>; págs. 08:2 y ss. Última consulta, 25-12-2017.

⁵⁹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “Tutela penal de las víctimas de Violencia Doméstica”, en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Ed. Dykinson; Madrid, 2010, pág. 168-171. Ver DE LA CUESTA AGUADO, M.: “El concepto de Violencia de Género de la LO 1/2004 en el

parte con motivo del Proyecto de Ley Integral contra la violencia de género la Real Academia Española elaboró el *Informe sobre la expresión Violencia de género* (19 de mayo de 2004)⁶⁰ en la que defendió el uso del término *violencia doméstica* por ser la expresión más utilizada en el ámbito hispánico, doblando en su uso a la expresión *violencia intrafamiliar* y por tener la ventaja de aludir a los trastornos y consecuencias que esa violencia causa no sólo en la persona de la mujer sino del hogar en su conjunto. De tal manera que para que, además, el término incluya en su denominación la referencia a los casos de violencia contra la mujer ejercida por el novio o compañero sentimental con el que no haya convivencia señalaba que la denominación más completa y ajustada sería *Ley Integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo*. De hecho, la gran parte de la violencia contra las mujeres se produce en el ámbito familiar pero también, siguiendo en este sentido a Villacampa Estiarte, cuando no se asume la perspectiva de género se intenta utilizar una terminología distinta que esconda “el género” o causa bajo una denominación más neutra como es la de violencia intrafamiliar⁶¹.

Acerca de la segunda cuestión a tratar en este subapartado, hemos observado a raíz de la introducción del término “género” para calificar la “violencia” que regula la LO 1/2004, se ha puesto de manifiesto la confusión que el término “violencia de género” origina, ya que no existe un consenso generalizado sobre su significado. Así, mientras unas veces se utiliza como sinónimo de violencia contra las mujeres, en otras únicamente se refiere a la violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito de la relación de pareja y otras con un sentido más general se refiere a cualquier tipo de violencia que sufra una persona- mayoritariamente las mujeres pero no siempre- como consecuencia de las relaciones de género. De ahí lo desafortunado del término y la falta de consenso sobre su significado.

En un intento de posicionarnos, y siguiendo a Acale Sánchez, haremos referencia en este trabajo con la expresión “violencia de género” a aquella violencia que reciben los distintos géneros por su pertenencia al mismo y por el

sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*; núm. 27, 2012; BIB: 2012/221.

⁶⁰ Disponible en <http://rae.es/rae/gestores> Última consulta, 25-12-2017.

⁶¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Violencia de Género: Una aproximación fenomenológica...”, ob. cit., pág. 34.

papel que tradicionalmente cada uno de ellos viene desempeñando; y por “violencia contra la mujer por razón de género” a aquella violencia en que la mujer es sometida a actos de violencia, por su propia condición de mujer y por el papel que tradicionalmente se le ha conferido socialmente, como esposa, madre, hija, trabajadora, etc.⁶²

El término violencia de género, por tanto, es más amplio que el circunscrito por la Ley Orgánica 1/2004, que lo limita.⁶³ Y lo hace, a aquella que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene equivalente en el sexo masculino⁶⁴. Lorenzo Copello critica la resistencia de muchos sectores sociales a reconocer que la violencia de género regulada en la LO 1/2004 existe como fenómeno social, como un “tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”⁶⁵. En este sentido, afirma Montalbán Huertas que “el sexo en sí mismo no es la causa de la desigualdad ni de la discriminación de las mujeres; sino que es la

⁶² ACALE SÁNCHEZ, M. “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *RDPC*, nº 15(2005), UNED, pág. 14. La autora matiza que el concepto de violencia de género no va unido al sexo del sujeto activo sino al sexo del sujeto pasivo y al rol que se le reconoce al éste y, por otro lado no se reduce al mero ámbito familiar puesto que también existen claros ejemplos de este tipo de violencia en el ámbito laboral. La misma autora en “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: el concepto de Violencia de Género”, en *Política Criminal y Reformas Penales*; FARALDO CABANA, P. (Dir.); Tirant lo Blanch; Valencia, 2007, pág. 47.

⁶³ Así, pese a su genérica denominación la violencia de género a la que se refiere la LOMPIVG, que modifica el CP y la LOPJ, no abarca todas las manifestaciones de la violencia de género, pues es éste un concepto más amplio que engloba todas las formas de violencia contra la mujer por razón de sexo, en la familia y en la sociedad (maltrato doméstico, infanticidio de niñas, mutilación genital, agresión y acoso sexual, entre otras); ni siquiera abarca toda la violencia intrafamiliar contra la mujer, pues queda excluida de la LOMPIVG la violencia que pueda ejercerse por razón de género contra otros miembros del grupo familiar (ascendientes, descendientes, colaterales, menores o incapaces).

⁶⁴ LAURENZO COPELLO, P.: ob. cit., pág. 08:1. Última consulta, 25-12-2017.

⁶⁵ LAURENZO COPELLO, P.: ob. cit., pág. 08:5. Última consulta, 25-12-2017. Igualmente se hace eco de ello MAQUEDA ABREU, M. L.: “La Violencia contra las Mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Actualidad Penal*, junio 2006, nº 18, pág. 2; La misma autora en “La Violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* 08-02 (2006), págs. 02:1-02:13, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. Última consulta, 25-12-2017.

posición de género en la que se ha colocado, socialmente, a las mujeres lo que ha provocado esa situación de desigualdad”⁶⁶.

Con todo, y atendiendo al alcance de la regulación vigente, ante la cuestión de si es el sexo o el género lo que tiene en cuenta el artículo 1 de la LO 1/2004 en la definición de violencia de género, consideramos que, por una parte el artículo 1 de la LO 1/2004 excluye de su ámbito de protección a las parejas homosexuales ya que según la definición de violencia de género que realiza el artículo 1 de la LO 1/2004, el autor debe ser un hombre y la víctima una mujer. Por tanto, el sexo es un elemento determinante. Es lo que Acale Sánchez denomina definición de violencia de género en razón de sexo⁶⁷. Pero, por la otra, también lo es el género porque “si con el sexo se nace” -tal y como señala la autora- “el género se aprende durante la vida”⁶⁸. Así, Maqueda Abreu afirma que “la explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género”⁶⁹. Esta explicación de la violencia en clave cultural para garantizar la relación de dominio por parte del hombre choca con otras explicaciones, como son que la violencia contra la mujer es una manifestación de la agresividad ambiental, de la agresividad propia de las relaciones de pareja, de factores ocasionales como la ingestión de alcohol o drogas⁷⁰, el paro o la pobreza⁷¹. Entendemos que la LO 1/2004

⁶⁶ MONTALBÁN HUERTAS, I.: “La Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*, II; CGPJ; Madrid, 2005, pág. 281.

⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de Violencia de Género contra las Mujeres desde una perspectiva transversal”, en *REDUR* 7; Diciembre 2009, pág. 41.

⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: *ídem*, pág. 41.

⁶⁹ MAQUEDA ABREU, M. L.: “La Violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* 08-02 (2006), págs. 02:2-02:3 disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. Última consulta, 25-12-2017

⁷⁰ GARRIDO, V, STANGELAND, REDONDO, S.: “La influencia del alcohol y de las drogas”, en *Principios de Criminología*. Tirant lo Blanch; Valencia, 2001, págs. 587 y 601. Según estos autores, “el alcohol no es una condición ni suficiente ni necesaria para provocar el delito sino un factor de riesgo relevante, sobre todo en delitos que requieren una pérdida de control” y está más presente en delitos contra las personas, mientras que el consumo de drogas se relacionan más con los delitos contra la propiedad. Señalan que los estudios que se han realizado respecto la relación entre violencia y alcohol la causalidad no ha estado demostrada. No obstante lo anterior nos encontramos con posturas que defienden que el alcohol tiene una influencia directa, determinante y condicionante de la voluntad del maltratador. La postura contraria es la mantenida por Montero Gómez al considerar que “la violencia es preexistente y que la mayoría de los agresores de mujeres parecen utilizar el alcohol como elemento facilitador de la misma, por sus efectos sobre el organismo de carácter desinhibidor de la función de control y su efecto ansiolítico y reductor del estrés del agresor, proveniente de la percepción de una desviación en el comportamiento de la mujer sobre el patrón que el hombre ha marcado como aceptable”. MONTERO GÓMEZ, A.: “Peligrosidad y daño en la Violencia de

acoge ambos criterios. Por una parte limita los supuestos de violencia de género en función del sexo de la víctima, que necesariamente debe ser una mujer, y del autor, que necesariamente debe ser un hombre. Por otra parte, esta reducción la hace a los supuestos en los que ambos sean pareja o expareja y entre ellos se dé una relación de dominación del varón y de subordinación de la mujer respecto del varón. Así, la violencia sobre la mujer se explica “culturalmente” como un instrumento para garantizar estas relaciones de poder del hombre sobre la mujer. Por tanto, la definición del artículo 1 de la LO 1/2004 tiene en cuenta ambos aspectos, ambos son fundamentales y ello aunque, como veremos, la relación de dominación del varón y subordinación de la mujer no forme parte del tipo penal del artículo 153.1 CP a diferencia del sexo de los sujetos activo y pasivo y de la relación de pareja o expareja entre ambos.

1.2.1.2 Aspectos controvertidos de la aplicación de la LO 1/2004

Tras años de aplicación, la Ley 1/2004 ha sido objeto de numerosas críticas, algunas ya puestas de manifiesto y que se han confirmado en la práctica por los operadores jurídicos. Vamos a analizar algunas de ellas.

a) El endurecimiento de las penas

Primero se critica que la Ley obedezca a razones de política criminal erróneas que parten de la idea de que un endurecimiento de la regulación penal supondrá una mayor seguridad para las víctimas, cuando, y la realidad lo demuestra, no es así, puesto que de nada sirve agravar las penas cuando el delito ya se ha cometido. Una respuesta eficaz al delito es prevenirlo, averiguar cuáles son sus causas e intervenir sobre ellas.

El Derecho Penal debe ser la última ratio; debe intervenir tan solo cuando han resultado inoperativos los demás medios de protección de los bienes

Género a la que se refiere la Ley Integral. Prevención general”, en *La valoración del daño en las víctimas de Violencia de Género. Estudios de Derecho Judicial*, 139. CGPJ; Madrid, 2007, págs. 282 a 285.

⁷¹ MAQUEDA ABREU, M. L.: “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. RECPC 08-02 (2006). Disponible en [http:// criminet.ugr.es/recpc/o8/recpc08-02.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/o8/recpc08-02.pdf); pág. 02:04. Última consulta, 25-12-2017.

jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico y sólo ante los ataques más graves a éstos. La regulación penal de este problema no proporciona la respuesta que se busca porque el CP sólo interviene ante las manifestaciones del problema, no ante las causas del mismo y además con una insuficiencia de medios exasperante que exige a los jueces tomar decisiones respecto de la situación de riesgo objetivo que pudiera existir sobre la víctima sin disponer de los medios necesarios para ello, y sólo con los mecanismos e instrumentos que les proporciona el Derecho Penal y su sentido común. La política criminal seguida en esta materia es contraria al principio de intervención mínima que debe regir en toda intervención del Derecho Penal siendo imprescindible para acabar con el problema averiguar las causas de la violencia contra la mujer para poder intervenir sobre ellas así como invertir recursos en una protección integral que prime la protección social, educativa, sanitaria, laboral y administrativa de las víctimas de una manera más eficaz.

El Estado ha hecho depender de jueces y tribunales la resolución de este problema con lo que se ha producido una judicialización de un problema que es social cuando la función de éstos no es solucionar problemas sociales sino proteger a la víctima y juzgar.

b) Tipos penales excluidos de la regulación de la LO 1/2004

Otra de las objeciones que se hacen a la Ley 1/2004 es no haber afectado a tipos penales que implican o pueden implicar actos de violencia física o psicológica sobre la mujer y haber excluido los delitos de violencia de género habitual (173.2 CP), los delitos contra la libertad sexual, de privación arbitraria de libertad, todos los delitos contra la vida independiente y los delitos más graves contra la integridad física, psíquica y moral, reduciendo la agravación del tipo por violencia de género a las lesiones de menor entidad (147 y 148.4 CP), a las amenazas (174.4 y 5 CP) y a las coacciones leves (172. 2 CP). Y todo ello cuando la propia Ley 1/2004 ha especificado expresamente que la violencia sobre la mujer abarca los atentados contra la libertad sexual, amenazas, coacciones o la privación de libertad.⁷² En contestación a estas

⁷² Una revisión de los tipos penales incluidos y excluidos por la Ley 1/2004 lo encontramos en CASTELLÓ NICÁS, N.: "Concepto general de Violencia de Género: Un análisis crítico del

críticas el TC⁷³ señala que estos delitos más graves tienen un significativo mayor desvalor y una pena significativamente mayor y lo que la Ley 1/2004 ha pretendido con su exclusión es dar una mayor protección a las víctimas de los delitos sí previstos por la Ley 1/2004 frente a los no contemplados por ella.

c) Problemas interpretativos de la definición legal de violencia de género

La definición legal de violencia que realiza la LO 1/2004 en el artículo 1 que descansa sobre la intencionalidad del agresor ha ocasionado numerosos problemas interpretativos.

También ha generado resoluciones jurisprudenciales diversas en torno a la cuestión de si debe trasladarse al ámbito penal del art. 153 y 173.2 CP, preceptos en cuyo redactado no se exige de forma expresa ningún elemento intencional. Sobre la cuestión de si la intención del agresor debe presumirse siempre o, por el contrario, debe exigirse como requisito subjetivo del tipo y, por tanto probarse en el caso concreto, volveremos más adelante. En definitiva se tratará de ver si esta definición afectará o no a la interpretación de los tipos penales y a la delimitación de las competencias jurisdiccionales.

d) Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la LO 1/2004

La LO 1/2004 ha generado numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con su regulación y al posible quebranto del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, proporcionalidad, culpabilidad y legalidad.⁷⁴ Uno de los problemas más difíciles de encarar ha sido si al poner el acento en el sexo de la víctima del delito como elemento definidor competencial de la Ley (art.1.1 LO 1/2004) bajo lo que se denomina “acción discriminadora positiva a favor de la mujer” se está o no conculcando el principio de igualdad.

art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*. Dykinson, Madrid, 2009, págs. 67 a 72.

⁷³ STC 59/2008, de 14-5-2008; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Pascual Sala Sánchez; BOE núm. 135, Suplemento, 4-6-2008.

⁷⁴ Una relación de ellas las podemos ver en VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *RECPC* 09-12(2007), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-12.pdf>; pág. 12:9-12:10
Última consulta, 11-12-2017.

Así, se argumenta que en el artículo 153 CP se produce una agravación de la pena respecto de la prevista con carácter general para los supuestos de violencia doméstica (que regulan estos mismos hechos pero sin atender a este plus o finalidad concreta y añadida de la violencia de género, relacionada con el sometimiento de la mujer a su pareja con la consiguiente anulación de su personalidad). Se alega que ello supone una criminalización disfuncional de todo el espacio familiar. Nosotros haremos referencia a la primera cuestión de inconstitucionalidad que fue interpuesta por la Juez del Juzgado de lo Penal Nº4 de Murcia planteada por Auto de fecha 29 julio 2005 ante el TC en relación al art. 153.1 CP en su redacción otorgada por la LO 1/2004, 28 diciembre⁷⁵, por posible vulneración de los artículos 10, 14 y 24.2 CE.

El planteamiento de la cuestión se basó en el trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podía vulnerar el principio de culpabilidad.

Considera el mencionado Auto que el legislador español realiza una apuesta por la acción positiva dirigida no a la mujer como tal sino a la mujer como víctima de la violencia de género y que no procede, en ámbitos como en el Derecho Penal o en el orgánico judicial en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de bienes a los que accede la mujer, la adopción de medidas de acción positiva.

Respecto a la cuestión planteada se pueden observar diversas posturas, destacando las siguientes:

- 1) La postura acogida por la Fiscalía General del Estado.

La Fiscalía General del Estado se opuso a la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, argumentando que “el problema de la violencia de género es de “dimensión universal y de una gravedad extrema y que la realidad española, los condicionantes socioculturales sitúan a la mujer en una posición de subordinación”. El Fiscal General del Estado⁷⁶ entendió que al configurar el legislador la figura agravada “ha atendido a elementos

⁷⁵ Cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 153.1 CP. Auto 29 julio 2005 Juzgado de lo Penal Nº 4 Murcia (PA 305/05(PER63/05), pág. 3. Fue admitida a trámite por el TC (BOE 21-02-06)

⁷⁶ Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

diferenciadores que tienen una indudable justificación” y, por ello, no pueden merecer el reproche de atentar contra el derecho de igualdad.⁷⁷

2) La postura acogida por la doctrina.

Entre la doctrina, Fuentes Soriano⁷⁸ entiende que la explicación en torno a la agravación de las penas en los delitos relacionados con la violencia de género poco tiene que ver con las teorías de la acción positiva, aplicables en un ámbito de justa distribución de bienes y derechos, pero difícilmente justificables desde la perspectiva del Derecho Penal. Según la autora, la agravación de estas penas se explica desde la perspectiva del bien jurídico protegido con la tipificación del delito. Así, en el delito de violencia doméstica no se trata sólo de proteger la salud física o mental de los integrantes de esa relación afectiva, puesto que a tal fin sería suficiente con la tipificación de los delitos de lesiones, coacciones, amenazas, etc. Lo que se protege en la violencia doméstica es el normal desarrollo de la persona en el seno, bien de la familia, bien de relaciones afectivas, e incluso el normal desarrollo de la persona una vez haya puesto fin a dichas relaciones de afectividad. En este sentido, la violencia de género en el ámbito familiar, cuya tutela se introduce a raíz de la Ley 1/2004, además de afectar a la salud física o psíquica de la víctima y al normal desarrollo de la persona en el seno de esa relación afectiva, fundándose en la posición de dominio absoluto del varón, va destinada a lograr la sumisión de la mujer, afectando de esta forma al desarrollo de su personalidad. Según esta autora, no se trata de penar determinadas conductas en función del sujeto activo del delito; ello llevaría a un Derecho Penal de autor difícilmente sostenible. Se trata de dar protección a un bien jurídico hasta el momento insuficientemente protegido: el libre desarrollo de su personalidad. Por ello la autora sostiene que la violencia de género en el ámbito familiar suma un plus de gravedad al añadir un desvalor que repercute en el desarrollo de la personalidad de la víctima de violencia de género, que justifica que la pena a imponer sea de mayor gravedad.⁷⁹

⁷⁷ Información recogida del Concell de l'Advocacia Catalana, disponible en Internet en <http://www.cicac.org>. Última consulta, 19-10-2017.

⁷⁸ FUENTES SORIANO, O.: "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género." *La Ley*, núm. 6362, 18 noviembre 2005, pág. 13.

⁷⁹ FUENTES SORIANO, O.: *ídem*, pág. 14.

Villacampa Estiarte considera que el comportamiento violento guiado por la finalidad de dominio y de someter a la mujer por el hecho de serlo implica un especial desvalor de acción y un aumento de desvalor del resultado en tanto lesivo del bien jurídico dignidad humana y también dignidad del género femenino. Es esta gravedad del comportamiento del artículo 153.1 CP lo que justifica un incremento de pena basado en una mayor necesidad de tutela de la mujer.⁸⁰ Según la autora, debe exigirse, desde un punto de vista subjetivo, que el autor cometa el delito con la finalidad de “dominar, de subyugar o de aleccionar a la mujer” y, desde un punto de vista objetivo, es necesario que el comportamiento realizado sea apto para el cumplimiento de dicha finalidad⁸¹.

Por su parte, Lorenzo Copello defiende que el artículo 153.1 CP tiene una pena agravada porque protege de un modo específico a la mujer ya que solo a ella le afecta, al tratarse de una violencia que tiene su razón de ser en el sexo de la víctima. Para la autora, el sexo femenino, la condición de mujer, es un factor específico que aumenta el riesgo de ser víctima de actos de violencia⁸². Lorenzo Copello parte de la idea que la LO 1/2004 incide en la posición de particular vulnerabilidad de la mujer frente a las agresiones de género y que por ello le otorga una protección penal reforzada ante este tipo de violencia⁸³. Protección reforzada que además se extiende a “otros sujetos vulnerables” como menores e incapaces, en un intento de contentar a todos. Maqueda Abreu critica la imagen de desvalimiento y debilidad que se trasmite con estas medidas de tutela reforzada a terceros, la cual no le hace bien a la causa de las mujeres; opinión con la que nos mostramos de acuerdo.⁸⁴

Para otro sector de la doctrina⁸⁵, del art. 1.1 LO 1/2004 se puede deducir que en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una

⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *RECPC* 09-12(2007), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-12.pdf>; pág.12:14; Última consulta, 11-12-2017.

⁸¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: ob. cit., pág. 12:17.

⁸² LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal.” *RECPC* 07-08(2005), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>; pág.08:16, 08: 19 Última consulta, 25-12-2017.

⁸³ LAURENZO COPELLO, P.: ob. cit., pág. 08:20

⁸⁴ MAQUEDA ABREU, M. L.: “La Violencia contra las Mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Actualidad Penal*, junio 2006, nº 18, pág. 6.

⁸⁵ BOLDOVA PASAMAR, M.A.; RUEDA MARTÍN, M. A.: “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de Violencia de Género”, en *La reforma penal en torno a la Violencia Doméstica y de Género*; Atelier; Barcelona, 2006, pág. 29. Los autores hallan un doble fundamento material que explica la limitación de la autoría en los delitos de violencia de género

mayor gravedad de la culpabilidad puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del “sexo femenino” con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad y ésta es la razón por la que estos autores consideran que la violencia de género es una especialidad respecto de la violencia doméstica, afectiva o similar. Todos los tipos delictivos referidos a la violencia de género deben aplicarse contra aquellos hombres a quienes se debe atribuir responsabilidad penal en concreto por ejercer de forma violenta una posición dominante en la relación de pareja con una mujer, basada en una actitud discriminatoria hacia la misma por razón de sexo. Consideran estos autores que este es el fundamento que salva, por encima del mero dato objetivo de la concurrencia de una determinada condición sexual, la posible inconstitucionalidad de la protección penal que ofrece la LO 1/2004.

Finalmente, nos encontramos con otros autores⁸⁶ que entienden que lo más deseable hubiera sido que la protección penal de la víctima se hubiera llevado a cabo sin distinción de sexo, evitándose así las dudas planteadas en torno a la constitucionalidad de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Parten de la idea que ésta adolece de una defectuosa técnica legislativa. Una posible solución a este conflicto planteado en torno al principio de igualdad, sería optar por la neutralidad sexual en la definición de los tipos penales de violencia de género y violencia doméstica de forma similar a lo que ocurre en el derecho comparado, sin renunciar a perseguir con severidad el maltrato conyugal con penas elevadas. En este sentido, Magro Servet⁸⁷ considera que debe legislarse utilizando las fórmulas clásicas “el que

a una determinada clase de sujetos: una mayor gravedad de lo injusto y una mayor gravedad de la culpabilidad.

⁸⁶ MAGRO SERVET, V.: “El Auto del TC 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del art. 153 del CP y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, núm. 6088, 17 de septiembre 2004, D-184, pág. 1789.

⁸⁷ MAGRO SERVET, V.: “El Auto del TC 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del art. 153 del CP y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, núm. 6088, 17 de septiembre 2004, D-184, pág. 1789; GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de Violencia de Género”, en *La violencia de Género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*. Tirant lo Blanch; Valencia, 2013, págs. 215-259. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “Tutela penal de las víctimas de Violencia Doméstica”, en *Violencia en la familia. Estudio Multidisciplinar* (Coord.). Dykinson, Madrid, 2010, pág. 171. Para la autora la referencia en el precepto “el que” ha de interpretarse como “la persona que”, pues de otro modo cada vez que el CP utiliza esta fórmula, habría que excluir a la mujer y ésta no podría delinquir en ningún caso. Por otra parte, “la esposa” puede formar parte de una pareja de

obligare a otro...” o “el que matare a otro...”. También Villacampa Estiarte considera que el legislador podría haber sido más cuidadoso en orden a evitar la referencia al género del autor y de la agredida y utilizar expresiones neutrales incluyendo en el tipo la exigencia de que el maltrato ocasional fuese la concreta manifestación de un ataque de género, pero sin identificar al agresor con el hombre y a la víctima con la mujer⁸⁸.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer ⁸⁹ defendía el carácter neutro de esta violencia y afirmaba que “el ámbito de protección de la ley debe alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación de dependencia, subordinación o inferioridad y que la Ley atribuye sólo la condición de sujeto dominante al varón, y de dominado a la mujer, dejando al margen otras posibles situaciones.” En este sentido el CGPJ sugería una definición de violencia que abarcase todo el fenómeno de violencia doméstica, sin connotaciones de intencionalidad ni de tipo sociológico, no ideologizada. En la misma línea de esta postura, en la cuestión de inconstitucionalidad planteada se argumenta que “de esta manera, un mayor número de hombres resultaría castigado, en cuanto éstos son autores de estas conductas con mayor frecuencia estadística sin que por ello pueda ponerse en duda que queda cuestionado su derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE. La preocupación por la neutralidad sexual en la descripción de los tipos penales ha sido una constante en la política criminal española desde la constitución Española y se observa – tal y como señala la Jueza en su Auto- que incluso en los delitos sexuales, todas las reformas, en especial a partir de 1989, han procurado la apertura de los tipos a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no era relevante.⁹⁰

mujeres por lo que considera que el término “el que” no queda restringido a la pareja heterosexual.

⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: ob. cit., pág. 12:18-12:19.

⁸⁹ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, en *Estudios, Informes y Dictámenes*, 2004. Consejo General del Poder Judicial.

⁹⁰ Cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 153.1 CP. Auto 29 julio 2005 Juzgado de lo Penal Nº 4 Murcia (PA 305/05(PER63/05), pág. 34. Fue admitida a trámite por el TC (BOE 21-02-06). Esta solución es criticada por MAQUEDA ABREU, M.L.: “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08-02, <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>, ISSN 1695-0194 (RECPC 08-02(2006, 20 en); Última consulta, 25-12-06; pág. 02:12, nota 40.

3) La postura del TC en resolución de la cuestión planteada.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la mencionada cuestión de inconstitucionalidad planteada, en la STC 59/2008, de 14-5-2008⁹¹. En esta sentencia interpretativa ha venido a afirmar que el artículo 153.1 CP es interpretable conforme a la CE y a los principios de igualdad y culpabilidad, partiendo del contexto en el que se sitúan las agresiones del hombre sobre la mujer⁹². El TC concluye que la diferencia de trato no infringe el art. 14 CE “se trata de una diferenciación razonable, porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos (...) a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, gravedad (que) no se presume” (FJ. 12).

La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad (...) y en tanto se hace más perceptible para la sociedad un menosprecio que la identifica con el grupo menospreciado” (FJ. 10).

Para el TC “las agresiones del varón hacia la mujer que es o fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. (...) Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas”. El TC justifica esa mayor gravedad en la consideración de que “una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- (...) que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” (FJ.9).

Así, Acale Sánchez señala que parece que para el TC el plus de pena en el artículo 153.1 CP se justificaría por la pertenencia al género femenino

⁹¹ STC 59/2008, de 14-5-2008; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Pascual Sala Sánchez; BOE núm. 135, Suplemento, 4-6-2008.

⁹² ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de Violencia de Género contra las Mujeres desde una perspectiva transversal”, *REDUR* 7, diciembre 2009, pág. 65.

históricamente discriminado a manos del masculino como “grupo menospreciado”. Acale Sánchez critica esta postura del TC y afirma que considerar el bien jurídico “pertenencia al género femenino históricamente subyugado a manos del género masculino” no puede ser admitido en el ordenamiento jurídico español ya que por una parte estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva y, por la otra se trataría de proteger un bien jurídico supra individual que podría vulnerar el principio de culpabilidad, cuestión sobre la que volveremos más adelante al analizar el bien jurídico protegido en este delito.⁹³

La postura del TC no ha sido unánime a la vista de los votos particulares formulados a la sentencia del Pleno que resuelve la mencionada cuestión de inconstitucionalidad. Señala Martín de Hijas en su voto particular que toda la Sentencia se apoya en la base conceptual de que “la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón”, no aceptando dicha máxima ya que el valor protegido - la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima- es un valor universal siendo intolerable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, lo que choca con lo dispuesto en el art. 14 CE. El Magistrado entiende que el factor de la muy desigual frecuencia de agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica y no cabe convertir un factor numérico en categoría axiológica, simplemente podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres pero nada más. Añade que entre los apartados 1 y 2 del art. 153 CP no existe una diferenciación de delitos, ni de conductas, sino de víctimas y por tanto es el mismo desvalor de conducta la castigada con lo que la diferenciación de víctimas es la única razón del distinto trato penológico no siendo ello razonable. (Voto particular, FJ. 4)

Con posterioridad a la STC 59/2008, de 14-5-2008 se han pronunciado sobre la no inconstitucionalidad del artículo 153 y la no vulneración del principio de igualdad numerosas sentencias.⁹⁴

⁹³ ACALE SÁNCHEZ, M.: ob. cit., pág. 67.

⁹⁴ Entre ellas, la STC 76/08, de 3-7-2008; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Eugeni Gay Montalvo, BOE núm. 178, Suplemento, 24-7-2008.

d) La polémica creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

La creación de los JVM es otro de los aspectos controvertidos de la aplicación de la LO 1/2004 que se halla directamente relacionada con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, puesto que se trata de Juzgados de Instrucción especialistas en violencia sobre la mujer que son una especialización de los Juzgados de Instrucción ordinarios.⁹⁵ En definitiva, se han creado unos nuevos órganos jurisdiccionales para la atribución de competencias determinadas por el sexo de la víctima ya que así se desprende del art. 44 de la LO 1/2004 al atribuir a través del art. 87 ter LOPJ a estos Juzgados la competencia: “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán en el orden penal (...) a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los Títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubieran cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.”

El propio CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LO 1/2004⁹⁶ consideró que si bien era positiva la especialización de órganos jurisdiccionales, carece

⁹⁵ Exposición de Motivos LO 1/2004, Apartado III, párrafo 20.

⁹⁶ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, en *Estudios, Informes y Dictámenes, 2004*. Consejo General del Poder Judicial; 2005, pág. 92, conclusiones 13, 14, 18, 19 y 20: “Es positivo que se vaya a una especialización mayor en los órganos judiciales siempre que su objeto sea conocer de todo el fenómeno de la violencia doméstica”; “Carece de justificación crear una nueva categoría de juzgados sólo para mujeres, lo que lleva a una suerte de jurisdicción especial basada en la intención del agresor y el sexo de la víctima. Si los órganos judiciales no pueden crearse por razones de raza, ideología, creencias, tampoco pueden serlo por razones de sexo;” “Las reglas de competencia no pueden basarse en el sexo de la víctima ni en la intención del agresor. De ser así se llegarán a situaciones absurdas en las que un mismo hecho, con unos mismos sujetos, puede ser competencia de órganos diferentes por intencionalidad lo cual se apreciará siempre al final y no al inicio de las actuaciones...”; “El Derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley queda comprometido desde el momento en que queda a merced de la mujer la elección

de justificación crear una nueva categoría de Juzgados sólo para mujeres, lo que lleva a una suerte de jurisdicción especial basada en la intención del agresor y el sexo de la víctima. Lo ideal hubiera sido que el objeto de la competencia de éstos fuera todo el fenómeno de la violencia doméstica. Nos planteamos al respecto si lo más adecuado no sería otorgar también la tutela judicial de los JVM para todas las situaciones de especial vulnerabilidad ya que en la actualidad solo se ofrece a los menores, descendientes y a los incapaces que convivan o que se hallen bajo la potestad o tutela y siempre que medie un acto de violencia de género y que abarcara también a los ascendientes.

Cierto es que del conjunto de competencias que tienen los JVM podemos observar que también puede ejercerlas respecto a hijos o menores que se encuentren en relación con la víctima o su presunto agresor. Pero se necesitará que, para que se active dicha competencia, exista una agresión previa a la mujer. Según Del Pozo Pérez⁹⁷ existe un agravio comparativo cuando el sexo del sujeto activo y pasivo se invierte, esto es, cuando sea el hombre la víctima de las agresiones y la mujer la presunta autora, pues en tal caso, no será competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer sino del Juez de Instrucción. La autora considera que estamos ante un supuesto de discriminación positiva a favor de la mujer que no es admisible en el ámbito orgánico judicial, y es contrario al principio de unidad jurisdiccional del art.117.5 CE. Es decir, la creación de nuevos órganos jurisdiccionales no puede producirse para la atribución de competencias determinadas por el sexo de la víctima. La opción más correcta según esta autora, opinión a la que nos adherimos, sería que la especialización de los Juzgados de Instrucción se hubiera llevado a cabo para el conocimiento de la totalidad del conjunto de conductas que integran la violencia familiar o doméstica y no sólo la violencia

del juez competente en función de que acuda a las medidas de protección que el texto le ofrece;" "Los juicios rápidos y la orden de protección se han previsto para que se ventilen en el ámbito de los Juzgados de Instrucción de guardia. La mayor parte de los delitos contra la mujer son competencia de estos juzgados y se tramitan por esta clase de juicios, luego no por los Juzgados de Violencia sobre la mujer con lo cual la pretendida especialización queda cuestionada..."

⁹⁷ DEL POZO PÉREZ, M.: "Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". *La Ley*, núm. 6402, 18 enero 2006, pág. 3.

sobre la mujer.⁹⁸ Lo ideal hubiera sido que el objeto de la competencia de éstos fuera todo el fenómeno de la violencia doméstica.

En definitiva y para concluir este apartado consideramos que la principal novedad de la LO en el 2004 ha sido la introducción de la perspectiva de género en el artículo 1 y la definición de violencia de género para todo el ordenamiento jurídico español y el Código Penal.

2. El tipo de injusto del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP

El estudio del tipo penal del artículo 153.1 CP comportará analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de injusto, como ya hemos anunciado al inicio de este capítulo; pero también comportará que nos centremos en la distinción del delito de maltrato ocasional con figuras afines tales como el delito de maltrato habitual previsto y penado en el artículo 173.2 CP y el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP

Respecto del primero, las diferencias no solo radican en su ubicación sistemática sino también en el concepto de habitualidad. Veremos este concepto tal y como ha sido definido por la jurisprudencia y los cambios de criterio que han existido al respecto. En relación al artículo 147.1 y 148.4 CP la distinción es más sutil. Veremos que tanto los medios como los procedimientos empleados de violencia física y psíquica, junto con el bien jurídico protegido, coinciden y que las diferencias radican fundamentalmente en el resultado acaecido, que en el delito de maltrato ocasional es de carácter más leve para la víctima. Así, frente a la complejidad del maltrato habitual del art. 173.2 CP y frente a las consecuencias lesivas más graves para la víctima que se ocasionan con el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP, el maltrato ocasional del art. 153. 1 CP es un tipo penal menos complejo estructuralmente desde un punto de vista jurídico. Su importancia radica en el hecho de que cumple una función social de gran calado en tanto que la mayoría de los delitos de violencia de género se dilucidan por esta vía del art. 153.1 CP, por lo que representa el mayor número de sentencias condenatorias y absolutorias de los juzgados y tribunales en esta materia. En este sentido Ramón Ribas señala

⁹⁸ DEL POZO PÉREZ, M.: ob. cit., pág. 3.

que los delitos de violencia de género que tipifica la LO 1/2004 por definición son violencias leves y de entre ellos destaca el delito del artículo 153.1 CP⁹⁹.

En este apartado vamos a hacer un especial hincapié a la violencia psíquica, fundamentalmente por su mayor invisibilidad y por la dificultad añadida de conseguir probarla en el juicio oral así como por las consecuencias a nivel emocional para la víctima de maltrato ocasional y que se traducen, bien en una lesión psíquica menos grave susceptible de una primera asistencia facultativa y/o de tratamiento psicológico, que no médico, bien en un menoscabo psíquico no necesitado de tales, como veremos.

2.1 El bien jurídico protegido

Fundamentalmente vamos a analizar en relación al bien jurídico protegido por el art. 153.1 CP si el delito de maltrato ocasional es un delito pluriofensivo o no, cuáles son las principales opiniones doctrinales al respecto y cuál es nuestra postura.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado que el delito de maltrato ocasional por su ubicación sistemática es un delito que protege un solo bien jurídico, esto es, la salud física y psíquica de la víctima. Así, si atendemos a la ubicación sistemática del art. 153.1 CP veremos que el maltrato ocasional se encuentra dentro del Título III del CP dedicado a las lesiones: el bien jurídico que se trataría de proteger sería la integridad física y psíquica de la víctima. La STS 1182/2010, de 29-12-2010¹⁰⁰; señala que el tipo penal de maltrato previsto en el artículo 153 resulta homogéneo con el tipo de lesiones del artículo 147 y 148.4 CP, distinguiéndose solo en la no concurrencia de un resultado lesivo que conllevara tratamiento médico. Afirma la sentencia que la modalidad de la acción es la misma, la base de la agravación por el parentesco también y en ambos casos se vulnera el bien jurídico de la integridad física o la salud de la víctima. El artículo 147.1 CP define la lesión como menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. La jurisprudencia del TS, como vemos, entiende que estamos ante dos manifestaciones de un mismo bien jurídico.

⁹⁹ RAMON RIBAS, E.: "Los delitos de Violencia de Género según la jurisprudencia actual", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII (2013), pág. 401.

¹⁰⁰ La STS 1182/2010, de 29-12-2010; Recurso 683/2010; Ponente: Sr. Gumersindo Jorge Barreiro; Roj: STS 7695/2010; FJ. 2º.

Pero en la doctrina también existen otras posturas que realizan otras matizaciones respecto al bien jurídico protegido por el artículo 153 CP. Entre ellas, una de configuración más amplia que la anterior que incluye aquellas conductas sin resultado material aunque con puesta en peligro del bien jurídico protegido, y que considera que el bien jurídico protegido es la incolumidad corporal o incolumidad personal¹⁰¹. Nosotros entendemos la incolumidad corporal o incolumidad personal es el bien jurídico que se adapta mejor a las conductas tipificadas por el art. 153.1 CP, el cual incluye el “golpear o maltratar a otro sin causar lesión”. Difícilmente podemos afirmar que en relación a esta conducta el bien jurídico protegido sea la integridad corporal o la salud física o mental. Pero sí la incolumidad corporal o incolumidad personal, como precisaremos más adelante. No obstante, entendemos que no es éste el único bien jurídico protegido.

Así, frente a las concepciones que defienden la existencia de un único bien jurídico protegido nos encontramos con aquellas otras que defienden que estamos ante un delito pluriofensivo. Así, Ramón Ribas entiende que el delito del artículo 153.1 CP protege la salud e integridad física y además la integridad moral de la mujer que sufre el acto de violencia de género¹⁰². Ambos bienes jurídicos son de titularidad individual de la mujer víctima de tal acto de violencia concreto. Ramos Vázquez¹⁰³, por su parte, entiende que el bien jurídico protegido por el artículo 153.1 CP, además de la integridad física y psíquica de la mujer es la consideración para con la mujer y su esfera de derechos y libertades y Alonso Álamo¹⁰⁴ alude a un nuevo bien jurídico: el interés de la mujer a ser tratado como igual, a alcanzar la igualdad real por sujetos que solo son iguales formalmente.

En la jurisprudencia, el TS parte de la consideración que el bien jurídico protegido por el delito de maltrato ocasional del artículo 153 CP es único y se

¹⁰¹ TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal; Artículo 153*; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)..., ob. cit., pág. 92.

¹⁰² RAMON RIBAS, E.: ob. cit., pág. 426.

¹⁰³ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática sobre el bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su pen (última) reforma”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, pág. 755 a 757.

¹⁰⁴ ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género.” *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*; CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.); Dykinson; Madrid, 2006; pág. 10.

concreta, al igual que en el delito de lesiones del artículo 147 CP, en la integridad física y psíquica de la víctima. Y ello lo deduce tanto por su ubicación sistemática como por el resultado producido y la modalidad de acción. De ahí que la denominación utilizada por muchos juzgados y tribunales para referirse al delito de maltrato ocasional sea de delito de lesiones del artículo 153 CP, como ya hemos apuntado. En este sentido podemos mencionar la STS 1182/2010, de 29-12-2010¹⁰⁵, que señala que “(...) el tipo penal de maltrato previsto en el artículo 153 resulta homogéneo con el tipo de lesiones del artículo 147 y 148.4 CP, distinguiéndose solo en la no concurrencia de un resultado lesivo que conllevara tratamiento médico (...) la modalidad de la acción es la misma, la base de la agravación por el parentesco también y en ambos casos se vulnera el bien jurídico de la integridad física o la salud de la víctima” (FJ. 2º).

Hasta ahora, todos estos bienes jurídicos que hemos mencionado son de titularidad individual de la mujer víctima de un acto de violencia en concreto. No obstante, la pluriofensividad ha planteado más de un problema cuando se ha pretendido ver en los delitos de violencia de género –entre ellos en el delito de maltrato ocasional- además del bien jurídico propio de la mujer agredida un bien jurídico propio del género – femenino- al que ella pertenece y, por tanto, de titularidad colectiva y ello para dar una explicación a los tipos penales agravados de violencia de género y a la diferente respuesta penal cuando en la agresión el sujeto activo es un hombre y la misma agresión cuando el sujeto activo es una mujer¹⁰⁶.

Se trata de un bien jurídico de exclusiva titularidad femenina¹⁰⁷. En la doctrina también defiende esta postura Lorenzo Copello y Maqueda Abreu¹⁰⁸. Son críticos con la misma Acale Sánchez, Villacampa Estiarte y Quintero Olivares, entre otros¹⁰⁹. Acale Sánchez critica esta postura y afirma que

¹⁰⁵ STS 1182/2010, de 29-12-2010; Recurso 683/2010; Ponente: Sr. Gumersindo Jorge Barreiro; Roj: STS 7695/2010; FJ. 2º.

¹⁰⁶ Ha tratado ampliamente esta cuestión QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la Violencia contra la Mujer”, en *Estudios Penales y Criminológicos XXIX*, 2009; págs. 421-445.

¹⁰⁷ “LAURENZO COPELLO, P.: ob. cit., págs. 8:18 y ss.: las mujeres como colectivo, como “género”.

¹⁰⁸ MAQUEDA ABREU, M. L.: “La Violencia de Género: “Entre el concepto...”, ob. cit., pág. 02:2;

¹⁰⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 67; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular...”, ob. cit., pág. 17; QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal...”, ob. cit., pág. 426.

considerar el bien jurídico pertenencia al género femenino históricamente subyugado a manos del género masculino no puede ser admitido en el ordenamiento jurídico español ya que por una parte estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva y, por la otra se trataría de proteger un bien jurídico supra individual que podría vulnerar el principio de culpabilidad¹¹⁰

Quintero Olivares es de la opinión de que no es necesario acudir a la existencia de este bien jurídico de titularidad colectiva para justificar una agravación de la pena imponible al varón en el delito de maltrato ocasional. La diferencia punitiva con respecto a la mujer puede ponderarse a través de otros mecanismos que la ley ha puesto en manos del juzgador como es el socorrido recurso al tipo atenuado del párrafo 4 del artículo 153 CP. Para el autor la perspectiva de género no tiene porqué determinar la existencia de un bien jurídico colectivo de titularidad del género femenino sino inspirar la perspectiva de cómo se contempla el problema de fondo que se plantea: cómo se ha desarrollado en la realidad una relación de pareja.¹¹¹

Nosotros entendemos que quienes admiten un bien jurídico de titularidad colectiva de esta naturaleza ponen en peligro de que se sobrepase la perspectiva de la responsabilidad individual propia del ámbito del derecho penal para exigir al maltratador una responsabilidad colectiva histórica propia del género masculino dominador, lo que resulta contrario al principio de culpabilidad y contrario a la CE. Según nuestro punto de vista hay que distinguir entre cada una de las conductas que admite el artículo 153.1 CP. Hemos partido de la base, en un primer momento, que el bien jurídico protegido por este precepto, atendiendo a su ubicación sistemática, es la integridad física y psíquica de la víctima.

Vamos a defender en este trabajo que el tipo del art. 153.1 CP admite tres tipos de conducta típica: el maltrato físico y/o psíquico que cause lesión tributaria de una primera asistencia facultativa y/o tratamiento psicológico, que no médico; el menoscabo psíquico sin necesidad de una primera asistencia facultativa ni tratamiento psicológico y el maltrato de obra sin lesión. Por tanto,

¹¹⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: ob. cit., pág. 67.

¹¹¹ QUINTERO OLIVARES, G.: "La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la Violencia contra la Mujer", en *Estudios Penales y Criminológicos* XXIX, 2009; pág. 444.

el tipo admite tanto la producción de resultado material, en los dos primeros supuestos, como la realización de una mera conducta de maltrato físico sin resultado material ulterior, en el último caso.

En estos momentos, estamos en condiciones de matizar al respecto que el bien jurídico protegido en este precepto sería la salud entendida en sentido amplio de incolumidad corporal o incolumidad personal que incluiría, en primer lugar, la salud física y mental (que puede requerir para su sanación de una primera asistencia facultativa y/o de tratamiento psicológico, por medio de la tipificación de “una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147”). En segundo lugar, incluiría el bienestar corporal (por medio de la tipificación del maltrato de obra sin lesión) y, finalmente, el bienestar psíquico o bienestar general, psíquico-mental y social, necesario para un pleno desarrollo personal (por medio de conductas que causen un menoscabo psíquico¹¹² que no requiera para su sanación de una primera asistencia facultativa ni de tratamiento psicológico). Por tanto, afirmamos que el delito del artículo 153.1 CP es un delito que tiene por bien jurídico la incolumidad corporal o personal.¹¹³ Esta debe entenderse en el sentido de “un estado de tranquilidad y seguridad física y psíquica que debe asegurarse a las personas que señala el precepto en las relaciones que mantengan entre sí y que se ve lesionada cuando estas se producen de manera violenta”¹¹⁴.

Pero, además, entendemos que el delito del artículo 153.1 CP, es un delito pluriofensivo y ello por las razones siguientes:

¹¹² OLMEDO CADERNETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves ocasionadas en el contexto de la Violencia Doméstica y de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson; Madrid, 2009, págs. 343 a 375. GONZALEZ RUS, J. J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones” en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*; Dykinson; Madrid, 2005, pág. 489. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “La Violencia de Género en el Derecho Penal y su constitucionalidad” en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.); Dykinson, Madrid, 2010, págs. 214 y 215.

¹¹³ Para Rodríguez Mourullo el bien jurídico incolumidad personal se compone de los siguientes derechos: a) la integridad física; b) la salud física y mental; c) el bienestar corporal y psíquico; y d) la propia apariencia personal. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I; COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.); Edersa; Madrid, 1982, pág. 82.

¹¹⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Addenda al Curso de Derecho Penal Español PE*; COBO DEL ROSAL, M. (Dir.); Madrid, 1999, pág. 13; OLMEDO CADERNETE, M.: *Comentarios al Código Penal*. Tomo V. Art. 153; COBO DEL ROSAL, M. (Dir.); Edersa; Madrid, 1999; pág. 446, 447.

La LO 1/2004 introduce por primera vez en el Derecho penal la perspectiva de género, poniendo el acento en el carácter estructural, cultural y social de la violencia contra la mujer en la pareja, así como su carácter instrumental para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre.¹¹⁵ La LO 1/2004 nos dice que esta violencia es manifestación, trae como causa “la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” este factor causal se configura, a nuestro modo de ver como una explicación del contexto en el que se desarrolla la violencia contra la mujer en el caso concreto. De ahí que en el caso concreto debe haber una acción discriminatoria afirmadora de la desigualdad que reproduzca las relaciones de poder (históricamente ejercidas) por los hombres sobre las mujeres. Y tal elemento discriminatorio debe ser conocido y abarcado por la voluntad del autor y reproducido en su comportamiento doloso¹¹⁶.

Pero en todo caso, el factor causal cultural de la violencia no es un elemento ni objetivo ni subjetivo del tipo sino una explicación causal del contexto donde nace la violencia, por tanto, de esta afirmación podemos extraer las siguientes consecuencias:

1ª.- No podemos condicionar la aplicación del tipo penal del artículo 153.1 CP ni de los tipos de violencia de género a la averiguación y a la prueba de cuál ha sido la causa, el origen o la intencionalidad última del comportamiento del agresor.¹¹⁷

2ª.- El bien jurídico se inferirá de la letra de la ley, pero también del espíritu y la influencia del artículo 1 de la LO 1/2004. el art. 153.1 CP pretende proteger a las mujeres, de sus parejas o ex parejas masculinas aun sin convivencia del ejercicio de un maltrato ocasional, leve, físico o psíquico; de género.

De ahí que entendamos que además de la matización efectuada respecto del bien jurídico integridad física y psíquica en función de las diferentes

¹¹⁵ FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Revista Penal*, núm. 17, pág. 85-86.

¹¹⁶ GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de Violencia de Género”, en *La Violencia de Género. Aspectos médico-legales y jurídicos-penales*. RODRÍGUEZ CALVO, M. S.; VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.); Tirant lo Blanch; Valencia, 2013, pág. 253.

¹¹⁷ SOLÉ RAMÓN, A. M^a: “¿Es la posición de dominio del varón y la subordinación de la mujer un nuevo elemento del tipo en los delitos de Violencia de Género?”, en *La Ley*, núm. 7347, 22 de febrero 2010, pág. 6.

modalidades de conducta que prevé el precepto estudiado el artículo 153.1 CP como delito de violencia de género proteja además del anterior otro bien jurídico de titularidad individual de la mujer: la integridad moral. En este sentido compartimos la opinión de Ramón Ribas de que esta clase de violencia “encierra un menosprecio de la mujer (...) que es tratada de forma degradante (...) por el hecho de ser mujer, o, más exactamente, su mujer (...) lo que más duele en estas circunstancias no es la coacción, el golpe o la amenaza, sino la humillación¹¹⁸.

En definitiva, el delito del art. 153.1 CP es un delito pluriofensivo siendo los bienes jurídicos que protege, por una parte la incolumidad personal y, por la otra la integridad moral.

2.2 Círculo de sujetos activo y pasivo en el delito de maltrato ocasional

En este apartado estudiaremos, por una parte, al sujeto activo de delito de maltrato ocasional regulado en el nº 1 del artículo 153 CP y lo diferenciaremos del sujeto activo del delito de maltrato doméstico previsto y penado en el núm. 2 del mismo precepto. Después de analizar quien puede ser autor del delito de maltrato ocasional según el tipo penal, nos centraremos en el sujeto pasivo del delito y las posibles víctimas del mismo, teniendo en cuenta las cuestiones planteadas por la doctrina y la jurisprudencia en ambos casos.

La determinación e identificación en el caso concreto de los sujetos activo y pasivo del delito de maltrato ocasional y de maltrato habitual y de la relación que se establece entre ellos es importante, no sólo porque determina la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sino también porque establece la competencia del JVM. Los supuestos en los que se extiende la competencia del JVM a sujetos pasivos distintos de la mujer son los que expresamente determina el art. 87 ter.1 a LOPJ: por un lado, descendientes, propios o de la esposa o conviviente; por otro, menores o incapaces que convivan con el agresor o sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. En todos estos casos se exige que se haya producido un acto de violencia de género para que nazca

¹¹⁸ RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos...”, ob. cit., pág. 453-454.

competencia de los JVM. Esta interpretación, como ya hemos visto, es coherente con la Exposición de Motivos de la Ley Integral, que define a los menores como víctimas directas o indirectas de la violencia de género y también con el artículo 1.1 de la LO 1/2004 que directamente y tras la reforma operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define a los menores como víctimas de esta violencia. Ello no significa que la agresión a descendientes se produzca en unidad de acto con la agresión a la mujer, aunque se estima que sí tiene que haber una cierta vinculación, un hilo conductor entre el acto de violencia de género y la agresión a descendientes¹¹⁹.

2.2.1 El autor del delito de maltrato ocasional

El sujeto activo del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP (violencia de género) es distinto del sujeto activo del maltrato ocasional del artículo 153.2 CP (violencia doméstica). El maltrato ocasional del artículo 153.1 CP se circunscribe al requisito de que “tenga como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia”¹²⁰. Ello es lo que se ha entendido de la redacción del art. 153.1 CP y existen sentencias puntuales que así lo recogen y a las que posteriormente haremos referencia. Por su parte el maltrato ocasional doméstico del artículo 153.2 CP abarca a toda aquella violencia que se ejerce en relación a los demás sujetos que menciona el art. 173.2 CP, esto es respecto de: descendientes por naturaleza, adopción o afinidad (hijos, nietos u otros descendientes); ascendientes por naturaleza, adopción o afinidad (v. gr.: suegros); hermanos por naturaleza, adopción o afinidad; menores o incapaces¹²¹ que convivan con

¹¹⁹ En torno a la cuestión de si estarían incluidos en el ámbito de protección los descendientes de la ex esposas, ex convivientes o novias, en *el III Seminario de Formación de los Jueces de Violencia sobre la Mujer Exclusivos*, organizado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, celebrado en Barcelona del 28 al 30 de junio de 2006 se llegó a la conclusión de que, pese a que en el art. 87 ter 1.a sólo se mencionan “los descendientes, propios o de la esposa o conviviente”, lo que parece excluirlos, no se observan otras razones que justifiquen su exclusión.

¹²⁰ Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género.

¹²¹ Resulta intrascendente la existencia o no de sentencia de incapacitación de conformidad con el art. 25 del CP.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente; personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar del agresor¹²² y personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados¹²³.

Por tanto, en el maltrato ocasional del artículo 153.1 CP es necesario que entre el sujeto activo –que siempre tiene que ser un hombre- y el sujeto pasivo –que siempre debe ser una mujer- exista o haya existido una relación matrimonial o análoga de afectividad a la conyugal. Las relaciones *more uxorio* han sido asimiladas a las relaciones conyugales y se entienden por tales “la relación de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.¹²⁴ Y están caracterizadas por “la convivencia *more uxorio*, que ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años”¹²⁵. En cuanto a las relaciones de noviazgo, la CFGE 6/2011 define la relación de noviazgo como “una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen (...) Son relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y *more uxorio*, en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, y también de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja.”¹²⁶

¹²² Es decir, personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida anteriormente: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, ancianos acogidos en una familia; trabajadoras domésticas que conviven con la familia

¹²³ Menores en guarderías o colegios, o en centros de acogida; ancianos en centros residenciales.

¹²⁴ Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11-11-1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; BOE núm. 275, de 17-11-1987.

¹²⁵ STS, Sala civil, de 18-5-1992; Ponente: Sr. Alfonso Villagómez Rodil; Roj: STS 3955/1992, ECLI: ES: TS: 1992: 3955; FJ. 4º.

¹²⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 6/11 sobre criterios para la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Como vemos, las relaciones afectivas entre hombres y mujeres pueden llegar a ser muy variadas ya que pueden producirse con o sin convivencia, sin limitaciones de edad, pueden ser notorias o desconocidas para terceros o más prolongadas o no en el tiempo. La jurisprudencia se ha encargado de dar respuesta a todas las cuestiones que se han planteado al respecto. Podemos decir que las cuestiones más controvertidas se han dado en relación a la interpretación del término “relación de afectividad análoga a la conyugal, aún sin convivencia”, ya que el término de la convivencia no se considera indispensable para que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TS. Así, la cuestión de si la convivencia entre cónyuges, ex cónyuges, parejas asimiladas o parejas de novios al tiempo de los hechos era requisito indispensable para aplicar el tipo penal que analizamos ha sido resuelta por la STS 417/2004, de 29-3-2004¹²⁷ en la que analiza este requisito y en la que niega la necesidad de convivencia al tiempo de los hechos. Se deduce de la misma que cabe tan solo acreditar la relación estable de afectividad, presente o pasada, sin necesidad de que esté unida a una convivencia efectiva.

Existen dos criterios interpretativos en la jurisprudencia del TS entorno a la expresión del artículo 153.1 CP “análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”. El primero y más restrictivo es aquel que vincula la relación análoga de afectividad a aquella que reúne las características propias de una relación matrimonial o *more uxorio*, pero sin el requisito de la convivencia y que se caracteriza por la existencia de una continuidad y estabilidad vinculada a la existencia de un proyecto de vida compartido y a unos planes de futuro. En este sentido la STS 1348/2011, de 14-12-2011¹²⁸ señala que “(...) (en) las relaciones afectivas análogas (...) aun cuando hayan ya cesado en el momento de los hechos, se identifiquen durante su desarrollo las notas de la continuidad y de la estabilidad. Por continuidad debe entenderse la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido. La continuidad es compatible, obviamente, con rupturas más o menos breves que no impidan reconocer la existencia de un proyecto finalístico de vida en común. Por su

¹²⁷ STS 417/2004, de 29-3-2004; Recurso 118/2003; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj. STS 2142/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 2142; FJ. 2º.

¹²⁸ STS 1348/2011, de 14-12-2011; Recurso 855/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj. STS 9353/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 9353; FJ. 5º.

parte, la estabilidad indica o comporta una idea de permanencia en el tiempo. El problema que surge es cómo determinar si una pareja es estable o no (...) La relación análoga al matrimonio que requieren el artículo 173 y 153 CP se configura principalmente a través de la estabilidad en el tiempo de una sólida relación afectiva y sentimental entre dos personas sobre la que ambas constituyen un proyecto serio de vida en común, de compartir juntos en lo espiritual y en lo material el futuro de la aventura de la vida que se presenta como un destino unitario” (FJ.5º).

Esta sentencia considera como datos objetivos a tener en cuenta y que son indicios de estabilidad: el comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja y su consideración como tal por el entorno, el otorgamiento de contratos comunes de arrendamiento o adquisición de vivienda, u otro tipo de negocios comunes, existencia de cargas asumidas por los dos, cambios recientes de residencia, cuentas bancarias compartidas, periodos más o menos amplios de convivencia bajo el mismo techo durante la relación, vinculaciones comunes en obligaciones o proyectos económicos, tiempo especialmente amplio de relación personal, etc.

El segundo criterio es más amplio y parte de la consideración de que el grado de asimilación a la relación conyugal no depende de la existencia o no de un proyecto de vida en común sino de la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal que traspase los límites de una mera relación de amistad. Este es el criterio acogido por la STS 510/2009 de 12-5-2009¹²⁹ y lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es “(...) que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedan, por tanto, excluidas del concepto de “análoga relación de afectividad” las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer (...) La protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional”. (FJ. 1º). En este

¹²⁹ STS 510/2009 de 12-5-2009; Recurso 11582/2008; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 3351/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 3351; FJ.1º, a. III.

sentido no será determinante ni la existencia de planes de futuro ni la mayor o menor duración de la relación. Acogen este criterio el Voto particular a la STS 1348/2011, de 14-12-2011¹³⁰ que señala que “lo relevante para la aplicación del tipo penal es la existencia de una relación de afectividad, o sentimental (...) que haya sido la causa de la violencia ejercida contra la mujer quien se niega a mantener la relación pese a la oposición del acusado y esa ruptura de la relación sentimental es el origen de las distintas agresiones sufridas por la perjudicada.” También acoge este criterio la STS 79/2016, de 10-2-2016¹³¹

En los supuestos de relaciones extramatrimoniales y de relaciones esporádicas, quienes acogen el criterio restrictivo, entienden que los actos de violencia ejecutados por varones contra mujeres podrían constituir manifestación de la violencia de género, pero no de la específica violencia de género objeto de la LO 1/2004.

En todo caso, en cuanto al grado de acreditación que se exige respecto a la relación mantenida en estos dos supuestos se considera que es un problema de valoración de prueba a resolver en cada caso concreto. En este tipo de relaciones, se exige que exista un cierto grado de relación en común, que traspase lo meramente episódico. Entendemos, pues que, por ello, no puedan incluirse las aventuras amorosas de una noche. En este sentido podemos destacar las sentencias siguientes. Todas ellas acogen el criterio amplio descrito anteriormente y entienden que sí existe relación de afectividad, es decir, relación “de pareja” y que se cumplen las exigencias del tipo penal del art. 153.1 CP y ello aun cuando no existe un proyecto de vida en común, aun cuando no existe amor, solo “sexo”, aun cuando no existe intención de matrimonio. Pues estas sentencias parten de la idea que sólo cae fuera del ámbito de protección de la norma la relación estrictamente físico-sexual y esporádica. En definitiva, lo determinante en estas resoluciones es el tipo de relación personal que se establece entre el agresor y la víctima, no la fidelidad ni la existencia o no de un proyecto de vida en común. Así:

¹³⁰ Voto particular de Sr. Andres Martínez Arrieta a la STS 1348/2011, de 14-12-2011; Recurso 855/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 9353/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 9353; FJ. 5º.

¹³¹ STS 79/2016, de 10-2-2016; Recurso 627/2015; Ponente: Sr. Cándido Conde-Poumpido Tourón, Roj: STS 362/2016; ECLI: ES: TS: 2016: 363; FJ. 5º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

- a) La SAP Castellón 380/2006, de 6-10-2006¹³², señala que “(...) los casos de relaciones estrictamente físico-sexuales entre agresor y víctima (...) caen fuera del ámbito de protección pretendido por el tipo penal del art. 153 CP (...) sin embargo en este caso, tanto agresor como víctima convergían en que no eran pareja, ni lo pretendían, sino sólo amantes ocasionales, más en el presente caso (...) las relaciones entre Gerardo y Amanda no eran esporádicas y de naturaleza estrictamente sexual, sino algo más” (FJ. 2º).

- b) La SAP de Valencia 18/2005, de 19-1-2005¹³³ entiende que “(...) incluso sin “amor”, sólo con “sexo”, siendo por otra parte de probanza diabólica la existencia de “amor”, e incluso “sin compromiso” ni intención de matrimonio, existe la relación de afectividad a la que se refiere el CP, cuando existen relaciones “de pareja”, contactos personales más o menos continuos entre las partes, diarios, de fines de semana o esporádicos, en la calle, en algún concreto domicilio o en otros lugares, a los que la ley atribuye la eficacia de poner a cargo de sus miembros una obligación de respeto hacia la otra parte, muy superior al generalmente debido a cualquier otro ser humano, de forma que su transgresión es igualmente, más gravemente penada” (FJ. 1º).

El que la sentencia SAP de Valencia de 19 enero de 2005 considere que, en las situaciones descritas, la ley atribuye a cargo de sus miembros una “obligación de respeto hacia la otra parte, muy superior al generalmente debido a cualquier otro ser humano, de forma que su transgresión es igualmente, más gravemente penada” hace que planteemos la cuestión de si ello se traduce o no en la existencia de un “deber de garante” a cargo de una de las partes de la relación respecto de las agresiones sufridas por la otra parte por parte de terceros. Somos de la opinión que no hay deber de garante entre novios o amantes, por las propias características de la relación, lo cual no significa que las omisiones ante las agresiones de un tercero no sean punibles.

- c) La SAP Madrid 224/2005, de 12-5-2005¹³⁴, ante la alegación del recurrente de que se trataba de una simple relación de amistad, con alguna relación sexual esporádica, señala que “(...) el legislador, a través de las

¹³² SAP Castellón 380/2006, de 6-10-2006; Recurso 163/2006; Ponente: Sr. José Luís Antón Blanco; Roj: SAP CS 943/2006; ECLI: ES: AP CS: 2006: 943; FJ. 2º y 3º.

¹³³ La SAP Valencia 18/2005, de 19-1-2005; Recurso 1298/2004; Ponente: Sra. María Isabel Sifres Solanes; Roj: SAP V 198/2005; ECLI: ES: AP V: 2005: 198; FJ. 1º.

¹³⁴ SAP Madrid 224/2005, de 12-5-2005; Recurso 187/2005; Ponente: Sra. Susana Polo García; Roj: SAP M 5473/2005; ECLI: ES: AP M: 2005: 5473; FJ. 1º.

sucesivas reformas por Ley Orgánica 14/99 y 11/03 amplió los sujetos pasivos del tipo penal en estudio, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas y aun sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales apreciados. Con la nueva terminología del precepto se ha pretendido englobar a aquellas situaciones fácticas, cada vez más frecuentes en las que no existe fidelidad, unida a un futuro común, como las situaciones de noviazgo o de “amantes”, a la que es equiparable la que mantenía Héctor con Beatriz” (FJ. 1º).

Otra de las cuestiones planteadas es si en el círculo de sujetos activos de este delito cabe la posibilidad de que incluya a la mujer. El TC en STC 59/2008, de 14-5-2008¹³⁵ señala expresamente que “El círculo de sujetos activos del delito se describe en el tipo por “el que” y que por la ofendida “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia” (F.J.4º). El TC aunque admite que esta restricción sólo a los varones de la expresión “el que”, no es la única interpretación posible del precepto, en cuanto razonable, no se adentra en analizar la posibilidad de otros posibles sujetos activos. Así, nos encontramos que la relación conyugal o de afectividad descrita en el precepto cuestionado es posible entre mujeres. Precisamente, ésta es una de las cuestiones analizadas en uno de los votos particulares a la sentencia del TC 28-5-2008 a la que ya hemos hecho referencia en el apartado 1 de este capítulo. Mencionar que, si bien la postura generalizada al respecto es la de aplicar en las agresiones entre mujeres el nº 2 del artículo 153 CP, también nos hemos encontrado con una resolución distinta que aplica el nº 1 del artículo 153. Así, podemos mencionar la Sentencia del Juzgado Penal 2 de Santander núm. 219/2009, de 20-4-2009¹³⁶ que condena por un delito del art. 153.1 y 3 CP a la mujer que agredió a su esposa. Se trata de una sentencia puntual que no constituye doctrina, puesto que el TS ha venido declarando reiteradamente que el sujeto activo del delito del artículo 153.1 debe ser un hombre¹³⁷.

¹³⁵ STC 59/2008, de 14-5-2008; Ponente: Sr. Pascual Sala Sánchez; BOE núm. 135, de 4-6-2008.

¹³⁶ SJP 2 de Santander 219/2009, de 20-4-2009; Ponente: Sr. José Hoya Coromina; Roj: SJP 3/2009; ECLI: ES: JP: 2009:3.

¹³⁷ Entre otras resoluciones podemos mencionar el Auto de la Sala II TS 31-7-2013; Recurso 20663/2012; Ponente: Sr. Antonio Del Moral García; LA LEY 140725/2013; ECLI: ES: TS: 2013: 7790º; FJ. 5º: “(...) la aplicación del artículo 153 requiere no solo la existencia de una

Nosotros no hemos cuestionado en ningún momento la constitucionalidad del artículo 153. 1 CP pero no nos mostramos de acuerdo con la redacción del precepto penal y preferiríamos una formulación neutra del mismo, para dar cabida a otras realidades sociales, que, como veremos a lo largo de este apartado están excluidas. Entendemos, por otra parte, que no resulta obligatoria la interpretación de que los varones sean los únicos autores posibles del delito del artículo 153.1 CP ni por la formulación del tipo penal ni por el propio concepto de violencia de género, que a nuestro entender viene caracterizado por ser el sujeto pasivo la mujer y el papel que tradicionalmente se la otorgado en la sociedad por el hecho de serlo.¹³⁸ Como señala Larrauri Pijoan¹³⁹ también la violencia que se produce entre parejas de mujeres se da en un contexto estructurado jerárquicamente y se adoptan roles de dominación.

2.2.2 La víctima del delito de maltrato ocasional

La víctima de maltrato ocasional sólo puede ser una mujer, tal y como se desprende de la redacción del precepto y de la interpretación del artículo 1 de la LO 1/2004 y del resto de su articulado.

Se ha planteado ante los tribunales de justicia la cuestión relativa a si las mujeres menores de edad pueden o no ser sujetos pasivos de la violencia de género. Tal y como pone de manifiesto la CFGE 6/2011, “se constata en estos casos, a través de las denuncias que llegan a la Fiscalía de Sala de Violencia y a las Secciones contra la violencia sobre la mujer de las Fiscalías Provinciales, cómo en ellas se reproducen los roles de dominación/sumisión a través de conductas en ocasiones violentas.” El artículo 17 de la LO 1/2004, responde a la cuestión planteada al disponer que “todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos

lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibile...”.

¹³⁸ En el mismo sentido, OLAIOZOLA NOGALES, I.: “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos XXX*, 2009, pág. 302.

¹³⁹ LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y Violencia de Género”. Comentario a la STC 59/2008, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*; Barcelona, 2009; pág. 5.

en la Ley.” Por tanto, también las mujeres menores de edad, pueden ser víctimas de maltrato ocasional y víctimas de violencia de género.

Otra de las cuestiones controvertidas a tratar en la práctica, es si puede ser víctima de violencia de género un homosexual o un transexual antes de haber procedido a la inscripción registral de cambio de sexo. Entre los criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género en el marco del Seminario de Formación del CGPJ celebrado en Madrid el 30 de noviembre y el 1 y 2 de diciembre de 2005¹⁴⁰, se encuentra la de considerar víctima exclusivamente a la mujer y autor solo al hombre. Se afirma así mismo que un transexual, una vez inscrito en el registro de cambio de sexo de hombre a mujer, si puede ser víctima de violencia de género. El criterio ha sido optar por un criterio formalista que atiende a la inscripción en el Registro Civil. La Circular FGE 4/2005, de 18-7-2005¹⁴¹ ya entendía incluido en el apartado 1 del artículo 153 a las “parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es el varón y la víctima la mujer”. No obstante, este criterio entendemos que debe ser abandonado por otro no formalista o material que otorga preferencia al sexo psicosocial, es decir, a la verdadera identidad de género, a la apariencia exterior, la voluntad de la persona y el rol asumido por ella¹⁴². Así la propia Circular FGE 6/2011, de 2-11-2011¹⁴³, al tratar ampliamente esta cuestión, afirma que cabe perfectamente la posibilidad de considerar a las mujeres transexuales como víctimas de violencia de género aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con

¹⁴⁰ Criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en Violencia de Género en el marco del Seminario de Formación del CGPJ, celebrado en Madrid el 30 de noviembre y el 1 y 2 de diciembre de 2005; Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ. Disponibles en www.icab.cat/files/242-39888-DOCUMENTO/Acuerdos_Magistrados_APB.pdf. Última consulta, 20-1-2018.

¹⁴¹ Circular FGE 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.

¹⁴² En la doctrina sigue esta postura GUINARTE CABADA, G.: “Algunas consideraciones polémicas en la interpretación de los delitos de Violencia de Género”, en *La Violencia de Género. Aspectos médico- legales y jurídico-penales*. RODRÍGUEZ CALVO, M. S.; VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.); GUINARTE CABADA, G.; MUÑOZ BARÚS, J.I. (Coords.); Tirant lo Blanch; Valencia, 2013; págs. 219-220. Dicho autor trata ampliamente la cuestión.

¹⁴³ Circular FGE 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

el sexo femenino, sea nacional o extranjera. En la jurisprudencia son escasas las resoluciones que han abordado esta cuestión tratándose fundamentalmente de resoluciones de las Audiencias Provinciales. En ellas también ha sido aceptado este último criterio, señalándose que lo que debe quedar acreditado es la condición de transexual. Aun cuando administrativamente no se haya procedido al cambio de nombre, si médicamente se la reconoce como tal mujer nada debe impedir que se la reconozca como tal, que se le pueda aplicar la protección que otorga la LO 1/2004 y la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer¹⁴⁴.

Aun así, resulta más fácil encontrar resoluciones en las que la condición de transexual concierne a la víctima, que se siente mujer a los efectos de la aplicación del artículo 153.1 CP, que supuestos en los que se trata de valorar si el autor, actualmente varón y anteriormente mujer, debe ser considerado varón a los efectos de la aplicación del mencionado artículo del CP. Entendemos que en estos casos la solución legal debe ser idéntica. En este sentido podemos mencionar la SAP de Granada 45/2017, de 31-1-2017¹⁴⁵ que reconoce la condición sexual de varón al apelante adquirida tras un procedimiento gubernativo voluntariamente instado acreditados unos requisitos de carácter médico y psicológico. El recurrente alegaba que su condición de transexual varón le excluía del ámbito subjetivo del tipo del artículo 153.1 CP y alegaba en su defensa que el mero reconocimiento formal del cambio de sexo no justificaba la aplicación del precepto ni atendía a la finalidad de la norma que es evitar la violencia y las relaciones de poder entre hombres y mujeres. La sentencia acogió la interpretación contenida en la Circular de la FGE 4/2005 en cuanto al alcance y aplicación de la LO 1/2004 a los transexuales reconocidos legalmente en el sentido antes expuesto de que el art. 153.1 CP sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es varón y la víctima la mujer¹⁴⁶. De manera que la AP

¹⁴⁴ Entre otras, la SAP Palma de Mallorca 162/2017, de 7-3-2017; Recurso 26/2017; Ponente: Sra. Gemma Robles Morato; Roj: SAP IB 306/2017; ECLI: ES: APIB: 017:306; FJ. 2º.

¹⁴⁵ SAP Granada 45/2017, de 31-1-2017; Recurso 319/2016; Ponente: Sr. Juan Carlos Cuenca Sánchez; Roj: SAP GR 16/2017; ECLI: ES: APGR: 2017: 16; FJ. 3º.

¹⁴⁶ Señala la Circular FGE 4/2005, de 18 de julio relativa a los criterios de aplicación de la LO 1/2004 que "(...) Así mismo, la dicción legal del artículo 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y

de Granada desestimó el recurso de apelación y se condenó al varón transexual por un delito del art. 153.1 CP.

Distinto es el tratamiento en relación a las parejas homosexuales. La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 señalaba expresamente que “no puede ignorarse que, en algún supuesto, en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales”. No obstante, la STS 1068/2009 de 4-11-2009¹⁴⁷, se pronuncia sobre esta cuestión negando la aplicación de la tutela penal otorgada por la Ley 1/2004 a las parejas homosexuales con base a la descripción típica del precepto aplicable: “ocurre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino. En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo” (FJ. 2º).

2.3 La conducta típica

Lo que caracteriza la conducta de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP es todo aquel comportamiento ocasional que suponga un ataque a la integridad física o psíquica de la víctima mujer, mediante cualquier medio o procedimiento y que se concrete bien en un maltrato de obra sin consecuencias lesivas para la víctima, bien en un menoscabo psíquico (sin necesidad de una primera asistencia facultativa ni de tratamiento psicológico) o bien en una lesión física o psíquica no constitutiva de delito leve del art. 147.2 CP.

Ello nos lleva a analizar dentro de este apartado tanto las notas de ocasionalidad como de habitualidad, si estamos ante un delito de resultado o

femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario, sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es varón y la víctima la mujer”.

¹⁴⁷ STS 1068/2009 de 4-11-2009; Recurso 566/2009; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 6980/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 6980; FJ. 2º.

de mera actividad; y cuáles son los medios y procedimientos empleados por el autor del maltrato.

2.3.1 Ocasionalidad *versus* habitualidad

En la práctica, y dado que, en sus denuncias, las mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito de la pareja suelen relatar varios episodios violentos, habrá que analizar si, en el caso concreto, nos encontramos ante una situación de maltrato ocasional o, por el contrario, ante una situación de habitualidad delictiva, lo que nos llevaría a tramitar el hecho como un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP.

Habrá que analizar, pues, de forma pormenorizada si estamos ante individuales acciones de agresión o violencia surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, o bien ante agresiones que se manifiestan como la exteriorización de un estado permanente de violencia ejercida por el agresor sobre su pareja que permite calificarla como habitual. En la práctica diaria ello no siempre será posible. Así hemos constatado que uno de los principales problemas con los que nos encontramos es la rapidez que se exige en la toma de decisiones en un juicio rápido, que en muchas ocasiones va en detrimento de la necesaria eficacia, ya que se necesita un tiempo prudencial para poder analizar de forma detallada estas cuestiones así como el riesgo de futuras agresiones. Ello comporta, en ocasiones, el tratamiento como supuestos de maltrato ocasional de verdaderas situaciones de maltrato habitual. Ante estas circunstancias defendemos eliminar del ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido la tramitación de los delitos de violencia de género en aras a la protección de la víctima.

Todo ello comportará la necesidad de saber que es la habitualidad a efectos del art. 173.2 CP y si la podemos probar en el caso concreto, por lo que a los efectos de delimitar los contornos del delito de maltrato ocasional vamos a hacer referencia a estos aspectos.

La reforma del CP por la LO 14/1999 introduce el tercer párrafo al art. 173 CP en el que se establece que “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con

independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

La jurisprudencia¹⁴⁸ se ha encargado de perfilar este concepto y sus caracteres señalando que la habitualidad exige:

a) La realización de conductas de violencia física o psíquica, ya sean conductas activas u omisivas.

b) Que dichas conductas recaigan sobre un determinado círculo cerrado de personas y en razón de los lazos de convivencia familiar.

c) Que tales conductas se produzcan de una manera reiterada.

Esta necesidad de reiteración es una exigencia del tipo imprecisa que ha originado distintas interpretaciones. Una de ellas entiende que existe habitualidad a partir de la tercera acción violenta y se sustenta en el concepto de habitualidad que el artículo 94 CP establece a los efectos de la suspensión de las penas.

Cabe la posibilidad de que la habitualidad se deduzca de la existencia de actos reiterados de violencia, pese a que la individualización y el relato pormenorizado y concreto se produzcan respecto de dos o de uno solo de tales actos, haciéndose referencia al resto de las violencias que componen la habitualidad con expresiones tales como “en otras múltiples ocasiones” o

¹⁴⁸ SAP Las Palmas 11/2002, de 25-1-2002; Recurso 9/2001; Ponente: Sr. Nicolás Martí Sánchez; Roj: STS SAP GC 165/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 165; FJ. 5º: “La autopsia realizada al bebé, de seis meses, tras su fallecimiento a causa de un fuerte golpe propinado por su padre en la cabeza, reveló la existencia de diversas lesiones causadas en distintos días en su corta vida. El jurado ha considerado culpable al acusado de un delito de malos tratos habituales - además de otro de homicidio-, previsto en el art. 153 CP 1995 (actual 173.2 CP), decisión no incompatible ni contradictoria con que por mayoría no consideró que todas las lesiones hubiesen sido ocasionadas única y exclusivamente por el padre, aunque algunas de ellas sí fueron causadas cuando estaba solo. Y no cabe duda de que las lesiones revelan malos tratos habituales, continuados, pues fueron producidos en distintos días, de ahí la evidencia de la habitualidad, que según el citado precepto se ha de apreciar atendiendo al número de actos de violencia que resulten acreditados y a la proximidad temporal de los mismos, ambos requisitos concurrentes en el caso”. SAP Córdoba 62/2001, de 25-9-2001; Recurso 138/2001; Ponente: Sr. Felipe Luís Moreno Gómez; Roj: SAP CO 1149/2001; ECLI. ES: AP CO: 2001: 1149; FJ. 1º: “Para la aprehensión del concepto de habitualidad dentro de la esfera delictiva de la violencia doméstica del art. 153 CP 1995 (actual 173.2 CP), la norma penal establece dos obligados puntos de referencia, pues amén de resultar acreditados un número de “actos de violencia” – ineludiblemente más de dos-, es preciso que tales actos obedezcan a una pauta de conducta y no a meros comportamientos cronológicamente aislados, es decir, tal y como el propio texto legal plásticamente expresa, es preciso que tales actos de violencia guarden entre sí “proximidad temporal”.

similares. Tales referencias genéricas deberán -a juicio de Moreno Verdejo¹⁴⁹- “contener la expresión de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de tales violencias, pues sólo de esa manera será posible establecer su necesaria conexión con los restantes actos violentos perfectamente individualizados, debiendo sumar tanto los actos violentos de carácter físico como los de violencia psíquica cuando concurren entre sí”. En este sentido la jurisprudencia señala que es necesario concretar los actos que supongan dicha violencia física o psíquica, los cuales han de quedar acreditados y sobre todo concretados¹⁵⁰.

Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. El TS ha sentado las bases para superar la concepción “aritmética” de la habitualidad y concretarla en una concepción material o sustantiva sin exigir un número concreto de actos violentos¹⁵¹, siendo que lo realmente relevante para poder

¹⁴⁹ MORENO VERDEJO, J.: ob. cit., pág. 48.

¹⁵⁰ SAP Madrid 515/2010, 25-3-2010, Recurso 177/2010; Ponente. Sra. Lourdes Casado López; Roj: SAP M 4683/2010; ECLI: ES: APM: 2010: 4683; FJ.3º. Esta sentencia, que absuelve por un delito de maltrato habitual, señala que “(...) la denunciante alega de forma vaga e imprecisa insultos, celos, acoso, pero no concreta ni un solo hecho (...) Haciendo referencia en el acto del juicio oral a un hecho concreto ocurrido en fecha indeterminada, en que la cogió del cuello, alegando que intervino una tercera persona. Pero dicho hecho no solo fue denunciado, sino que ni siquiera concreta fecha o época en que sucedió ni las circunstancias en que se produjeron. Esta vaguedad e imprecisión se manifiesta en todas las declaraciones llevadas a cabo por la denunciante, tanto ante el juez Instructor como en el acto del juicio oral”.

¹⁵¹ STS 765/2011, de 19-07-2011; Recurso 10304/2011; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5144/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 5144; FJ. 4ºy 5º: “Parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del coprocesado hacia la hija de la recurrente, que la sentencia considera acreditada. En el mismo sentido la STS 369/2008, de 18-6-2008; Recurso 11163/2007; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 3178/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 3178; FJ. 1º En esta última sentencia el TS analiza el supuesto en el que el acusado contrajo matrimonio con una mujer menor de edad y ambos se vinieron a España como turistas. “(...) Para saldar una deuda en su país de origen dispuso que su mujer se dedicara a la prostitución (...) Mientras ejerció la prostitución fue objeto de

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

apreciar la habitualidad es, la creación por el sujeto activo de un clima de temor en las relaciones familiares mediante el empleo reiterado de actos de violencia física o psíquica sobre los componentes del grupo familiar. El TS se ha apartado en la actualidad de la corriente interpretativa que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas y se ha consolidado en la doctrina de la Sala II del TS que “lo relevante no es el número de actos violentos o que éstos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerar (el delito del artículo 173.2 CP) como un delito autónomo”. De ahí que será, según el TS, conducta habitual “la que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas” (...) que, de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación”.¹⁵² Este criterio lo recogen también sentencias de diversas Audiencias Provinciales en las que se parte de esta consideración.¹⁵³

continuos insultos, golpes y vejaciones, hasta que ella dejó de trabajar, momento en que el acusado la sometió a continuas vejaciones que imposibilitaban a la perjudicada salir de su casa. Bajo esta situación el acusado el día... tras un enfrentamiento verbal la propinó diversos golpes causándole lesiones...” El TS confirma la sentencia de la AP de Teruel de 1 de octubre de 2007 que entre los hechos probados declara que “el acusado vino sometiendo a su esposa (...) a continuo trato vejatorio (...) amedrentándola continuamente y dirigiéndole expresiones humillantes y despreciativas como “eres la puta más grande que existe, te gusta trabajar en el club, no usas preservativo, te estas enamorando de los clientes, no trabajas nada...” También le dirigió frases que le atemorizaron diciéndole que la iba a matar, que iba a quemar su casa o la viña de su padre. El procesado llegó a crear una atmósfera de miedo y dominación sobre su esposa. También le propinaba golpes constantes con ánimo de quebrantar su integridad física (...) no habiendo acudido en ningún momento a centros sanitarios por el temor que le infundía su esposo. En el mes de agosto las palizas fueron más constantes, acentuándose la situación durante la última semana tras ser despedida del lugar donde trabajaba, recriminándole que ya no iban a tener ingresos”. STS 770/06, 13-7-2006; Recurso 1471/2005; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6182/2006; ECLI: ES: TS: 2006: 6182; FJ. 21º: “Se trata, en definitiva, de un concepto criminológico-social, no jurídico-formal: lo importante es que el juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más”

¹⁵² STS 364/2016, de 27-4-2016; Recurso 1019/2015; Ponente. Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 1809/2016; ECLI: ES: TS: 1809; FJ. 2º,1.3.

¹⁵³ Así podemos citar la SAP Santa Cruz de Tenerife 464/1999, de 23-4-1999; Recurso 76/1999; Ponente: Sr. Rubén Cabrera Garate; Roj: SAP TF 983/1999; ECLI: ES: AP TF: 1999: 983; FJ. 2º: “(...) no basta con la mera repetición de actos, ni resulta determinante ni decisivo el número de actos realizados -tres o más-, sino que el dato objetivo y cualitativo debe ser complementado con otras exigencias adicionales (...) se requiere esa inclinación o tendencia a la repetición de actos, en que radica el peligro que está en la *ratio legis* del subtipo, que representa un factor de riesgo para los bienes jurídicos tutelados”. No faltan, sin embargo, críticas a la configuración del delito de maltrato habitual que se centran en la consideración de que la habitualidad en el maltrato está sancionando al sujeto por la forma de comportarse, es decir, al maltratador, no por los hechos objetivos que éste realiza, por lo que consideran este delito una manifestación del derecho penal de autor. Ver en relación al concepto de

d) Finalmente, el último requisito que se exige para perfilar la habitualidad es que entre los actos violentos exista cierta analogía o relación de continuidad.

La primera cuestión que cabe plantearse es el alcance de la habitualidad y concretamente si ha de haber un específico lapso de tiempo entre los actos violentos para que puedan tenerse en cuenta y ser considerados como habituales. No se cumplirá esta circunstancia en los casos en los que entre las diferentes agresiones medie un lapso temporal muy corto (p.ej. tres o más agresiones producidas en un espacio de dos horas en una misma tarde). Tampoco se aprecia la habitualidad cuando entre los diferentes actos violentos medie un prolongado espacio de tiempo. La primera reunión de Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar, celebrada en Madrid en 2000¹⁵⁴ aprobó la conclusión de que “no cabe negar la proximidad temporal, como regla general, entre aquellos actos violentos constitutivos de falta distanciados por plazo no superior a seis meses, ni entre los actos violentos constitutivos de delito si el lapso temporal no excede de un año”. En definitiva, habrá proximidad temporal cuando entre los actos violentos constitutivos de falta medie un espacio temporal de menos de 6 meses y entre los actos violentos constitutivos de delito medie un lapso temporal de menos de 1 año. En estos casos, según este criterio, podremos apreciar la habitualidad.

Nos planteamos si estos plazos de tiempo tienen razón de ser. En un primer momento, podríamos afirmar que en la razón de ser del plazo establecido para los actos violentos constitutivos de falta fue determinante el plazo de prescripción de los mismos (6 meses). Pero tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP que suprime las faltas y amplía el plazo de prescripción de los delitos leves a 1 año cabe preguntarnos si en todos los casos de actos violentos constitutivos de delitos leves la proximidad temporal admitida no debe exceder de un año incluidos los delitos leves.

habitualidad, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “Política criminal en el ámbito de la Violencia Intrafamiliar”, en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.); Dykinson; Madrid, 2010, pág. 152 y GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Reconsideración crítica del concepto de “habitualidad” en el delito de Violencia Doméstica”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004.

¹⁵⁴ MORENO VERDEJO, J.: “Conclusiones aprobadas en la primera reunión de Fiscales encargados de los Servicios de violencia familiar celebrada en Madrid los días 27 a 29 de marzo de 2000” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, volumen 2º; Ministerio de Justicia, Ministerio de trabajo e inmigración, Instituto de la mujer; Madrid, 2000.

No obstante, entendemos que esta cuestión carece de relevancia con el nuevo criterio jurisprudencial en torno al concepto de la habitualidad, en el que lo determinante no es el criterio numérico de entender la habitualidad a partir de la tercera acción violenta, sino la permanencia en el trato violento. Esta nueva concepción permite al juzgador tomar en consideración lapsos temporales muy amplios para valorar el clima de temor al que ha estado sometido la mujer durante la relación con el agresor. Así podemos citar la SAP Madrid 119/2016, de 8-3-2016¹⁵⁵ que da cuenta detallada a través de la declaración de la víctima y del resto de pruebas practicadas, de la situación de abuso, control, violencia física, verbal e intimidaciones de las que ha sido objeto durante un prolongado lapso temporal, y concretamente, durante los casi 16 años de convivencia con el agresor. En el mismo sentido se pronuncia la STS 856/2014, de 26-12-2014¹⁵⁶, que considera acreditado el maltrato habitual durante la relación sentimental, que duró un periodo aproximado de 4 o 5 años, durante los cuales el acusado sometió a la víctima a agresiones e insultos, profiriéndole expresiones tales como “puta, te voy a matar” y que el acusado agredió e insultó a ésta durante el transcurso de la relación sentimental.

Por otra parte, otro lapso de tiempo a tener en cuenta, es el tiempo que transcurre entre las diferentes acciones delictivas que se presentan en el caso concreto y ello porque determinará si estamos ante un solo hecho constitutivo de maltrato o varios; es decir si estamos ante una única acción delictiva porque no se ha producido una separación temporal entre las agresiones y estas se realizan en un mismo lapso temporal y espacial, existiendo entre todos los hechos una clara continuidad. O bien, en sentido contrario, existen dos hechos diferenciados en espacio y tiempo de manera que pueden individualizarse como dos hechos delictivos distintos.¹⁵⁷

¹⁵⁵ SAP Madrid 119/2016, de 8-3-2016, Recurso 68/2016, Ponente: Sra. María Tardón Olmos; Roj: SAP M 7114/2016, ECLI: ES: APM: 2016: 7114; FJ. 6º.

¹⁵⁶ STS 856/2014, de 26-12-2014; Recurso 10569/2014; Ponente. Sr. Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5442/2014; ECLI: ES: TS: 2014: 5442; FJ. 3º.

¹⁵⁷ A modo de ejemplo, la SAP Madrid 515/2010, 25-3-2010, Recurso 177/2010, Ponente. Sra. Lourdes Casado López; Roj: SAP M 4683/2010; ECLI: ES: APM: 2010: 4683; FJ.3º. Así, “(...) tras bajar del autobús (...) sin solución de continuidad comienza la agresión, por lo que no podemos entender que se produzcan dos hechos de maltrato, sino uno solo desde que baja del autobús, la envuelve con las mantas, la zarandea, la insulta, ella consigue zafarse y llega al portal, la continua agrediendo, patadas (...) No se producen dos hechos constitutivos de maltrato”.

Otro plazo importante a tener en cuenta será el de la prescripción pero con la consideración de que señala la jurisprudencia que la prescripción de alguno de los actos agresivos no impide tomarlo en consideración para apreciar la habitualidad.¹⁵⁸ Una cosa es que pueda aplicarse el instituto de la prescripción a determinados hechos constitutivos de delito, y otra muy distinta que esos hechos y acciones no puedan tener la consideración de pruebas demostrativas de la habitualidad en las acciones maltratadoras. O lo que es lo mismo, no por exonerarse al sujeto activo de la acción de su responsabilidad penal puede deducirse de ello que quede borrada y sin efecto probatorio alguno la realidad fáctica de sus acciones agresoras y, por tanto, su empecinamiento y habitualidad en ser llevadas a cabo¹⁵⁹. Así se entiende que la violencia habitual es una conducta con cierta permanencia en el tiempo, que comenzará a prescribir, por sí misma, cuando cese esa conducta ilícita.¹⁶⁰ La jurisprudencia¹⁶¹ señala que “queda plenamente constatado que no impide la aplicación del tipo la prescripción de algún hecho delictivo, con tal que su estimación pueda considerarse en el contexto de un ámbito temporal de proximidad”.

En cuanto a los modos de probar la habitualidad, la jurisprudencia¹⁶² ha señalado que puede efectuarse desde una triple perspectiva no excluyente entre sí mediante:

¹⁵⁸ SANZ DÍAZ, L.: “La Violencia Doméstica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”; en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*, II, 2005, CGPJ; Madrid, pág. 63.

¹⁵⁹ STS 592/04, 3-5-2004; Recurso 1085/2003; Ponente: Sr. Gregorio García Ancos; Roj: STS 2919/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 2919; FJ. 4º; STS 1159/05, 10-10-2005; Recurso 2295/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5993/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 5993; FJ. 4º.

¹⁶⁰ La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2008, así como el TS señalan expresamente que la prescripción en el delito de violencia habitual debe empezar a contarse desde el último de los episodios de violencia que se haya producido. Ver STS 687/2002, de 16-04-2002; Recurso 1459/2000; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruíz; Roj: STS 6911/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6911; FJ. 2º; También, SANZ DÍAZ, L.: “La Violencia Doméstica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”; en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*, II, 2005, CGPJ; Madrid, págs. 65 y 66. El art. 132 CP señala en relación a los plazos de prescripción que establece el art. 131 CP que “1. (...) En los casos de delito (...) permanente, tales términos se computarán (...) desde el día en que se eliminó la situación ilícita.”

¹⁶¹ STS 687/2002, de 16-04-2002; Recurso 1459/2000; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruíz; Roj: STS 6911/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6911; FJ. 2º.

¹⁶² STS 1309/05, de 11-11-2005; Recurso 1108/2004; Ponente: Sr. Joaquín Giménez García; Roj: STS 6911/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6911; FJ. 2º.

a) Acreditación judicial: cuando con ocasión de la investigación de este delito, se aportan testimonios de denuncias puestas por la víctima, o, en su caso, de las sentencias condenatorias detectadas.

b) Acreditación médica: a través de los diversos partes o informes médicos hayan dado o no a incoación de diligencias-, pero que en base a ellas puede fundarse razonada y razonablemente la existencia de tal maltrato habitual.

c) Acreditación mediante prueba testifical ya de la víctima como de amigos o vecinos que puedan ofrecer al juez datos suficientes para llegar a la misma conclusión de estar en presencia de un maltrato habitual. La habitualidad deberá, por tanto probarse.

En definitiva, saber cuándo hay habitualidad y si la habitualidad puede probarse será esencial para determinar si estamos ante un maltrato habitual o ante un maltrato ocasional del art. 153.1 CP y para determinar el proceso penal aplicable.

2.3.2 Delito de mera actividad y de resultado. Distinción con el delito de maltrato habitual y el delito de lesiones

Doctrinalmente, los delitos de mera actividad se contraponen a los delitos de resultado. Claus Roxin define los delitos de mera actividad como aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. Así sucede en el allanamiento de morada en el que el tipo se cumple con la intromisión, que lleva en sí misma el desvalor y cuya punibilidad no presupone ningún resultado ulterior. En los delitos de resultado, el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Por ejemplo el homicidio o el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP; pero también la estafa, en la que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias, en las cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo.¹⁶³

¹⁶³ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I; Thomson-Cívitas, 2006, pág. 328.

En el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP el resultado material, como después veremos, consiste en la producción de una lesión física o psíquica en la víctima susceptible de además de una primera asistencia médica, de tratamiento médico o quirúrgico. Se trata de un delito de resultado.

El tipo del art. 153 CP admite tres tipos de conducta típica: el maltrato físico y/o psíquico que cause lesión tributaria de una primera asistencia facultativa y/o de tratamiento psicológico, que no médico; el menoscabo psíquico sin necesidad de una primera asistencia facultativa ni de tratamiento psicológico y el maltrato de obra sin lesión. Por tanto, el tipo admite tanto la producción de resultado material, en los dos primeros supuestos, como la realización de una mera conducta de maltrato físico sin resultado material ulterior, en el último caso.

La misma cuestión se ha planteado respecto del delito de maltrato habitual y, a pesar de que su estudio sea una cuestión puramente teórica, tiene sin embargo una gran repercusión práctica. Algunos autores estiman que se trata de un delito que no exige la producción de un resultado material concreto y la conducta típica se agotaría en el mero ejercicio habitual de la violencia. Por tanto, no cabe en relación al delito de violencia doméstica habitual la comisión por omisión al tratarse de un delito de mera actividad¹⁶⁴. Por el contrario, otros autores estiman que la violencia física o psíquica del art. 173.2 CP tiene una estructura típica de resultado ya que se exige la producción de un efecto sobre el cuerpo humano, o el menoscabo de la salud mental¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Así, un buen sector de la doctrina afirma que no cabe en relación al delito de violencia doméstica habitual la comisión por omisión al tratarse de un delito de mera actividad. Dentro de esta opinión doctrinal destacan, entre otros: CORDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 259.; CASTELLÓ NICÁS, N.: "Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de Violencia Doméstica del art. 173.2 CP". *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*; Dykinson, Madrid, 2005, págs. 217-219.

¹⁶⁵ En esta línea, destaca la opinión de Acale Sánchez, que considera que el tipo penal está ofreciendo protección a dos realidades distintas, relacionadas entre sí: el miembro familiar concreto que recibe la agresión y el núcleo familiar en el que habitualmente se realizan los actos del maltrato; por lo que nos encontramos ante un bien jurídico de titularidad individual y ante un bien jurídico de titularidad compartida. Por tanto, según esta autora, "ha de entenderse que el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del viejo art. 153 -actual 173.2 CP- era un delito de lesión del bien jurídico y no meramente de peligro."⁸³ Ver ACALE SÁNCHEZ, M.: "Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar". *RDPC*, núm. 15, enero (2005), págs. 31-32. De la misma autora, *Los delitos de mera actividad*, ob. cit., pág. 21. La misma señala que según que el objeto de la acción del tipo deba ser dañado o sólo puesto en peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y de peligro. En los delitos de lesión, el objeto de la acción ha

Por su parte, la jurisprudencia afirma que el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2 CP es un delito de mera actividad en la que lo que se castiga es la actitud del sujeto y todo ello con independencia del resultado que hayan ocasionado los concretos actos de violencia física o psíquica. Se afirma que “El resultado es ajeno a la acción típica, por lo que, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo, existirá un concurso real, y, así, el último inciso del texto vigente, expresa “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas (ahora delitos leves) en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”¹⁶⁶. Y que “Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia, siendo irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas”.¹⁶⁷

de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado. En cambio, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Existen delitos de mera actividad y de peligro, de mera actividad y de lesión, de resultado y de peligro y, finalmente, de resultado y de lesión; Ver ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 97-98. Así sostiene que cuando la ley señala “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre...”, el resultado queda representado por el “maltrato de obra” en el caso de malos tratos físicos y por la “vejación” que sufre la víctima en el caso de malos tratos psíquicos.⁸⁴ De esta manera, se reconoce un resultado propio al delito de malos tratos que está en íntima relación con los actos violentos: las consecuencias lesivas que la violencia física o psíquica ocasiona en el sujeto pasivo. Morillas Cueva defiende que el art. 173.2 CP contiene un verdadero delito de resultado basándose en que el bien jurídico protegido en el art. 173.2 CP es la integridad moral de la persona maltratada, en MORILLAS CUEVA, L.: “Delito de omisión y Violencia Doméstica habitual”, en *Libro en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*; Cívitas; Madrid, 2005, pág. 1.616.

¹⁶⁶ STS 687/2002, de 16-04-2002; Recurso 1459/2000; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruíz; Roj: STS 6911/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6911; FJ. 2º; STS 321/04, 11-3-2004; Recurso 571/2003; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 1669/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 1669; FJ. 6º.

¹⁶⁷ STS 1162/2004, de 15-10-2004; Recurso 1178/2003; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 6540/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 6540; FJ. 8º. La STS 870/2014, de 18-12-2014; Recurso 1083/2014; Ponente: Sr. Andres Palomo del Arco; Roj: STS 5481/2014; ECLI: ES: TS: 2014. 5481; FJ. 2º, admite la comisión por omisión en el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP.

2.3.4 Modalidades de conducta en función del resultado producido

Las conductas tipificadas en el art. 153.1 CP consisten en causar a otro un menoscabo psíquico, causar a otro una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 CP, y golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión. La previsión de conductas que realiza el legislador en este precepto es confusa si tenemos en cuenta que, por una parte realiza una remisión a las conductas del art. 147.2 CP y, por la otra la descripción que realiza no aclara si hay que distinguir o no entre menoscabo psíquico y lesión psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 CP, al utilizar en el redactado la disyuntiva “o”¹⁶⁸. Nosotros claramente hemos optado por establecer esta distinción, pero nos hemos encontrado con un problema especialmente complejo y ha sido la necesidad de establecer la diferencia entre esta modalidad delictiva leve que causa un menoscabo psíquico con la que causa la lesión psíquica del art. 147.2 CP. A ella haremos referencia a lo largo de este apartado.

Por tanto, la cuestión que nos hemos planteado en relación al delito de maltrato ocasional regulado en el artículo 153.1 CP es la de diferenciar el resultado de menoscabo psíquico del de lesión psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado segundo del artículo 147 CP. En función de la respuesta que demos a esta cuestión nos encontraremos con distintas modalidades de conductas que darán lugar a resultados típicos distintos.

En este sentido, hay dos principales posturas en la doctrina:

a) La de aquellos que entienden que de la misma manera que el precepto prevé como conducta típica y resultado un maltrato de obra sin lesión, el legislador prevé también como modalidad típica la causación por cualquier medio o procedimiento de un menoscabo psíquico sin lesión.

Laurenzo Copello¹⁶⁹ entiende que la inclusión por parte del legislador en el art. 153 CP de la producción de un menoscabo psíquico ha sido “llamar la atención de los jueces para que no dejen de aplicar el precepto cuando el

¹⁶⁸ Art. 153.1 CP: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro causar a otro menoscabo psíquico o lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 CP, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión (...)”.

¹⁶⁹ LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de Violencia Doméstica: otra reforma precipitada”, en *Artículo 14*, (núm. 14, diciembre de 2003), Instituto andaluz de la mujer, pág. 9.

resultado de la agresión no tenga manifestaciones físicas pero sí alguna perturbación –leve- de la normalidad psíquica.

b) La de los autores que circunscriben la expresión menoscabo psíquico en el concepto de lesión material por lo que entienden que carece de sentido que se presente como un resultado típico distinto y autónomo del de lesión material (necesitada de al menos una primera asistencia facultativa y/o de tratamiento psicológico no prescrito por un médico).¹⁷⁰

Para el caso de que no sea necesaria tal asistencia facultativa, según Olmedo Cadernete “estaremos ante un maltrato emocional que, según los casos podría derivarse a través de una simple vejación injusta o las injurias leves”.¹⁷¹ Pero, ante esta delimitación, “la causación de un menoscabo psíquico del art. 153 se queda en un estrecho terreno intermedio muy difícil de detectar”.¹⁷²

La dificultad de la doctrina en la aplicación de este tipo de maltrato estriba en que “es de muy difícil apreciación si no hay resultado lesivo” con la dificultad añadida de que “resulta imposible su distinción con el delito leve de vejaciones injustas”.¹⁷³ No obstante, entendemos que la distinción entre ambos es clara si consideramos que el bien jurídico protegido en ambos preceptos (153.1 y anterior falta del artículo 620.2 CP y actual delito leve del artículo 173.4 CP) es diverso. En el delito de maltrato ocasional se protege a dos bienes jurídicos, la integridad físico-psíquica y la salud de la víctima y, concretamente, causando un menoscabo psíquico el bien jurídico afectado sería el bienestar psíquico.

¹⁷⁰ OLMEDO CADERNETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves ocasionadas en el contexto de la Violencia Doméstica y de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson; Madrid, 2009, pág. 356: “La inclusión de esta modalidad típica es innecesaria a la vista de que el concepto de lesión abarca también la psíquica”. También CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; GUARDIOLA GARCÍA, J.: *Derecho Penal. PE*; Tirant lo Blanch; Valencia 1999, pág. 154. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B. (Coords.); Dykinson; Madrid, 2005, pág. 23: “En realidad, el menoscabo psíquico...debe ser de entidad inferior al previsto en el art. 147 CP... El menoscabo psíquico se identifica, por tanto, con una alteración o trastorno que no precise de tratamiento médico... la alusión...carece de relevancia, puesto que ya estará incluida en la expresión “causar una lesión no definida como delito en este Código”.

¹⁷¹ OLMEDO CADERNETE, M.: “Tratamiento de las agresiones leves ocasionadas en el contexto de la Violencia Doméstica y de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson; Madrid, 2009, pág. 357.

¹⁷² DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la Violencia Doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros “Violencia Doméstica”*, CGPJ; Madrid, 2004, pág. 471.

¹⁷³ CARRETERO SÁNCHEZ, E.: “La Violencia de Género: Análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”, en *La Ley*, núm. 6023, 2004, pág. 11.

Además se atentaría contra la integridad moral de la mujer víctima del maltrato, como hemos visto al tratar los bienes jurídicos protegidos por el art. 153.1 CP. En relación a las vejaciones injustas, sólo se atenta a un único bien jurídico, la integridad moral.

En cuanto a la segunda distinción entre ambos, la conducta típica propia de un maltrato puede ser diversa de la conducta típica propia de una vejación injusta.

En todo caso, y establecidas las oportunas diferencias con el delito leve de vejaciones injustas hemos de tener en cuenta el art. 8.4 CP que señala que cuando un mismo hecho pueda subsumirse en dos normas distintas y en defecto de los criterios anteriores el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor. Por lo tanto, sería de aplicación preferente la causación de un menoscabo psíquico del art. 153.1 CP.

Nosotros somos de la opinión que la redacción del precepto es poco nítida y que va a ser necesario buscar un equilibrio para evitar, por una parte, una judicialización excesiva de conductas que no merecen un reproche penal de tal naturaleza y por la otra, evitar una interpretación tan restrictiva que redujere a la nada esta expresión, al exigir en todo caso la producción de una lesión. Por tanto, entendemos que sí deben quedar fuera de la aplicación del artículo 153.1 CP bajo la expresión “menoscabo psíquico” aquellas conductas que “no presentan ni el más remoto peligro a la salud psíquica¹⁷⁴ de la víctima.”

Si bien, algunas de estas consecuencias psicológicas, derivadas del maltrato a la mujer pueden no ser constitutivas de lesiones psíquicas desde un punto de vista médico, sí pueden ocasionar un resultado lesivo a víctima incardinable dentro del tipo del art. 153.1 en el concepto jurídico “menoscabo psíquico”¹⁷⁵. Así podemos considerar como menoscabos psicológicos los deterioros personales que padece la víctima como consecuencia de la reacción violenta y que se manifiesta a niveles afectivos, cognitivos, sociales, etc. así

¹⁷⁴ El mismo argumento es el utilizado por Benítez Ortúzar en relación al término “violencia psíquica” que hace el art. 153 (actual 173-2 CP) concretando el concepto de violencia psíquica por exclusión dejando fuera las conductas que “por sí mismas no presentan ni el más remoto peligro a la salud mental del sujeto pasivo”, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: ob. cit., pág. 192.

¹⁷⁵ Defiende esta postura LACRUZ LÓPEZ, J. M.; GIL GIL, A.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*; Dykinson; Madrid, 2011, págs. 150 y 311.

como los desajustes funcionales que puede padecer la víctima (laborales, sociales, familiares, etc.).¹⁷⁶ En definitiva, podemos encontrarnos ante reacciones psicológicas, situaciones de estrés psicosocial leve o frente a agentes estresantes de menor gravedad, ante síntomas menores o formas incompletas de lesiones psicológicas que no lleguen a la consideración de lesión en sentido jurídico,¹⁷⁷ esto es, que no requieran ni siquiera de una primera asistencia facultativa ni de tratamiento psicológico.

En estos casos, también es posible establecer el nexo causal suficiente que exige el tipo penal del art. 153. Por una parte, el tipo penal permite la inclusión de tales conductas al referirse expresamente al “menoscabo psíquico o lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP”. De la redacción del precepto cabe deducir que si el legislador hubiera querido restringir el tipo penal del art. 153 al resultado material constitutivo de “lesión física o psíquica” no constitutiva del delito del artículo 147.1 CP lo hubiera expresado explícitamente. Sin embargo, la referencia, por un lado al menoscabo psíquico y por otro lado a la lesión nos da a entender que las conductas subsumibles en el art. 153 CP son: el maltrato físico o de obra sin lesión; el maltrato físico y/o psicológico que causa un menoscabo psíquico no constitutivo de lesión; y el maltrato físico y/o psíquico que cause una lesión física o psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147.

Todo ello resulta coherente con la precisión de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 153. 1 CP. Hemos afirmado que un bien jurídico protegido por este precepto es la integridad física y psíquica de la víctima. Ya hemos matizado, al analizar el bien jurídico protegido, que la salud hay que entenderla en sentido amplio en función de la conducta que admite el precepto. Entendemos que ello incluiría la salud física y mental (a través de las lesiones físicas y psíquicas de menor gravedad del artículo 147.2 CP); el bienestar corporal (por medio de la tipificación del maltrato de obra sin lesión) y el

¹⁷⁶ LANCHO BLAZQUEZ, C. Y OTROS: “Análisis de la Violencia Doméstica en relación a la orden de protección desde la perspectiva multiprofesional e integrada.” En *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25. CGPJ; Madrid, 2004, pág. 235.

¹⁷⁷ COBO PLANA, J. A.: “El juez y la valoración de la lesión psíquica”, en *La Violencia de Género: Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo. Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2006, pág. 281- 283.

bienestar psíquico o bienestar general, psíquico-mental y social, necesario para un pleno desarrollo personal (por medio de conductas que causen un menoscabo psíquico que no llegue a considerarse lesión psíquica).¹⁷⁸

Así pues, el artículo 153.1 CP distingue entre las conductas que vamos a referir acto seguido, y que vamos a analizar por separado.

a) Maltrato físico y/o psíquico que cause una lesión física o psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP

Podemos entender en general como maltrato físico aquel en el que se emplea violencia física, es decir, el acometimiento del agresor contra la víctima, es decir, acciones que puedan suponer un ataque contra la vida, la integridad física o la salud e, incluso, contra la libertad sexual.¹⁷⁹ La Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado,¹⁸⁰ relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género distingue entre violencia física y violencia sexual. La primera la refiere a cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima; y la segunda la refiere a la imposición por la fuerza de relaciones o prácticas sexuales que atenten contra su libertad sexual. En opinión de Castelló Nicas, por violencia física habrá que entender cualquier acto agresivo de acometimiento que suponga una injerencia o intromisión en el cuerpo de la víctima, con independencia de que las secuelas que ésta produzca sean de grave entidad (que dará lugar a un delito de lesiones) o de escasa relevancia (pellizcos, zarandeos, empujones), con tal de que exista el contacto físico agresivo del autor respecto de su víctima, que, según esta autora, no exigiría un contacto cuerpo a cuerpo, bastando la

¹⁷⁸ OLMEDO CADERNE, M.: "Tratamiento de las agresiones leves ocasionadas en el contexto de la Violencia Doméstica y de Género", en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson; Madrid, 2009, págs. 343 a 375. GONZALEZ RUS, J. J.: "La constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones" en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson; Madrid, 2005, pág. 489. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: "La Violencia de Género en el Derecho Penal y su constitucionalidad" en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.); Dykinson, Madrid, 2010, págs. 214 y 215.

¹⁷⁹ MARCOS AYJÓN, M.: ob. cit., pág. 9.

¹⁸⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pág. 5.

utilización de instrumentos mediante los cuales se produzca la intromisión física en el cuerpo de la víctima, el cual sí ha de resultar violentado.¹⁸¹

Cabe entender como maltrato psíquico aquel en el que los medios empleados son de naturaleza psíquica. Define Díez Ripollés los medios de naturaleza psíquica como “aquellos comportamientos que, a través de su incidencia sobre el equilibrio psíquico físico del sujeto, terminan afectando a su integridad o salud física o mental, entre los que cabe citar el suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o pérdida de autoestima, percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, acumulación o de privación de estímulos creadores de confusión mental.”¹⁸²

Para que estemos ante el delito de maltrato ocasional del artículo 153. 1 CP, este maltrato físico o psíquico deberá dar lugar a un resultado lesivo que no requiera, en su caso, de más que una primera asistencia facultativa y no tratamiento médico o quirúrgico, pero que sea una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima. En el bien entendido que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Tampoco se considerará como tal el tratamiento psicológico no prescrito por un médico.

Conviene hacer una precisión respecto al tratamiento psicológico. La jurisprudencia considera que el tratamiento psicológico impuesto por un psicólogo clínico, a pesar de su importancia y de sus posibles efectos beneficiosos para aquel a quien se aplica, no puede considerarse tratamiento médico o quirúrgico a los efectos penales pues uno de los requisitos que se exige es que la prescripción sea realizada o establecida por un médico como necesaria para la curación¹⁸³. En definitiva, el tratamiento psicológico no estará incluido en el concepto de tratamiento médico del art. 147.1 CP salvo que haya sido prescrito por un médico, psiquiatra o no. La realidad nos muestra que son

¹⁸¹ CASTELLÓ NICÁS, N.: ob. cit., pág. 224.

¹⁸² DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Los delitos de lesiones*; Tirant lo Blanch; Valencia, 1997, pág. 44.

¹⁸³ STS 1017/2011, de 6-10-2011; Recurso 10205/2010; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 6599/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 6599; FJ. 8º. STS 1406/2002, de 27-7-2002; Recurso 281/2001; Ponente: Sr. Joaquín Martín Canivell; Roj: STS 5740/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 5740; FJ. 2º.

los propios facultativos los que derivan, en ocasiones, a los psicólogos la aplicación de la correspondiente terapia en aquellos casos que éstos estén facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente, siempre que no se requiera la prescripción de medicamentos¹⁸⁴.

En definitiva, el maltrato físico y psíquico tipificado en el art. 153.1 CP no requiere de lesiones que impliquen un tratamiento médico o quirúrgico. Para determinar las conductas que puedan incluirse dentro de este precepto será necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto así como el resultado producido que, en todo caso, debe ser no constitutivo de delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP.

b) Maltrato físico y/o psíquico que cause un menoscabo psíquico no constitutivo de lesión psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP

Estamos ante la causación de un menoscabo psíquico no constitutivo de ningún tipo de delito de lesiones psíquicas de los previstos en el art. 147 CP.

Somos de la opinión que deben quedar fuera de la aplicación del artículo 153.1 CP bajo la expresión “menoscabo psíquico” aquellas conductas que “no presentan ni el más remoto peligro a la salud psíquica¹⁸⁵ de la víctima.”

No obstante, consideramos que existen consecuencias psicológicas derivadas del maltrato a la mujer que pueden no ser constitutivas de lesiones psíquicas desde un punto de vista jurídico, pero sí pueden ocasionar un resultado lesivo a víctima incardinable dentro del tipo del art. 153.1 dentro del concepto jurídico “menoscabo psíquico”¹⁸⁶. Entre ellos, los ya mencionados deterioros personales que padece la víctima como consecuencia de la reacción violenta y que se manifiesta a niveles afectivos, cognitivos, sociales, etc. así como los desajustes funcionales que puede padecer la víctima (laborales,

¹⁸⁴ STS 261/05, 28-2-2005; Recurso 227/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS: 1222/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 1222; FJ. 7º.

¹⁸⁵ El mismo argumento es el utilizado por Benítez Ortúzar en relación al término “violencia psíquica” que hace el art. 153 (actual 173.2 CP) concretando el concepto de violencia psíquica por exclusión dejando fuera las conductas que “por sí mismas no presentan ni el más remoto peligro a la salud mental del sujeto pasivo”, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: ob. cit., pág. 192.

¹⁸⁶ Defiende esta postura LACRUZ LÓPEZ, J. M.; GIL GIL, A.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*; Dykinson; Madrid, 2011, págs. 150 y 311.

sociales, familiares, etc.).¹⁸⁷ En definitiva, podemos encontrarnos ante reacciones psicológicas, situaciones de estrés psicosocial leve o frente a agentes estresantes de menor gravedad, ante síntomas menores o formas incompletas de lesiones psicológicas que no lleguen a la consideración de lesión en sentido jurídico,¹⁸⁸ esto es, que no requieran ni siquiera de una primera asistencia facultativa ni de tratamiento psicológico. Así pues la distinción entre la causación de un menoscabo psíquico y la causación de lesiones psíquicas de menor gravedad de las comprendidas en el art. 147.2 CP se establecerá en función de si han requerido o no una primera asistencia facultativa y/o tratamiento psicológico para su sanación. En el caso de que haya sido así estaremos ante una lesión psíquica del artículo 153.1 CP. En el caso de que no haya habido ni una primera asistencia sanitaria ni tratamiento psicológico pero se haya producido una alteración del estado psíquico de la víctima que haya puesto en peligro su salud psíquica como consecuencia de conductas incardinables dentro del art. 153.1 CP, estaremos ante la causación de un menoscabo psíquico.

Entendemos que estos desajustes emocionales causan un quebranto en el bienestar psíquico, mental y social de la víctima, esto es, un menoscabo psíquico. Lo determinante será la demostración de la relación de causalidad. En estos supuestos, el bien jurídico protegido será dicho bienestar. Somos de la opinión de que este quebranto podrá ser causado por conductas que supongan un peligro de que se produzca una lesión en la salud psíquica.¹⁸⁹

La postura de la jurisprudencia en relación al delito de maltrato del artículo 153.1 CP hasta ahora ha sido unánime. Por una parte nos encontramos con

¹⁸⁷ LANCHO BLAZQUEZ, C. Y OTROS: "Análisis de la Violencia Doméstica en relación a la orden de protección desde la perspectiva multiprofesional e integrada." En *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25. CGPJ; Madrid, 2004, pág. 235.

¹⁸⁸ COBO PLANA, J. A.: "El juez y la valoración de la lesión psíquica", en *La Violencia de Género: Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo. Cuadernos de Derecho Judicial IV*, 2006, pág. 281- 283.

¹⁸⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E; GURDIEL SIERRA, M.: Se....circunscribe la violencia psíquica al efectivo menoscabo de la salud mental del sujeto pasivo a través de medios, acciones y omisiones idóneas para producir o causar dicha merma en el equilibrio mental de la víctima. Esta postura es contraria a la seguida por HUERTA TOCILDO que no considera necesaria la producción de un menoscabo efectivo de la salud mental del sujeto pasivo sino que entiende suficiente la existencia de un peligro potencial para la misma. Ver HUERTA TOCILDO, S.: "Los límites del Derecho Penal en la prevención de la Violencia Doméstica", en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, en TOLEDO Y UBIETO, O. DE; CORTES BECHIARELLI, E; GURDIEL SIERRA, M. (Coords.). Tirant lo Blanch; Valencia, 2004, pág. 528, nota 36 y pág. 532.

resoluciones que utilizan los términos lesión psíquica y menoscabo psíquico de forma indistinta sin establecer ninguna distinción entre ellos, siendo la equiparación total a todos los efectos. La jurisprudencia no distingue en sus resoluciones los conceptos de lesión psíquica y menoscabo psíquico dentro del propio artículo 153 CP atendiendo al criterio de la gravedad del resultado. Así como ejemplo de la utilización indistinta del término lesión psíquica o menoscabo psíquico del artículo 153.1 CP la SAP Tarragona 28/2014, de 3-2-2014¹⁹⁰.

En los supuestos en los que nosotros defendemos la distinción entre menoscabo psíquico y lesión psíquica, solo hemos encontrado la STS 1396/2009, de 17-12-2009¹⁹¹ que no distingue entre menoscabo psíquico y lesión psíquica pero reconoce la existencia de “otros resultados” que pueden alterar el estado de ánimo de la víctima, que en el caso concreto sería “un estado de ansiedad moderadamente alto, generando interferencias notables en la vida diaria”. La mencionada sentencia absuelve por un delito del artículo 153.1 CP y condena por una falta de vejaciones injustas:

“(…) En el caso la Audiencia Provincial descarta que pueda aplicarse el artículo 153 CP por no haberse constatado la intencionalidad del agente y el curso causal de los hechos ya que la pericial practicada a la víctima no acredita que estas expresiones despectivas provocaran en la mujer un menoscabo psíquico, sino tan solo “un grado de ansiedad moderadamente alto”, según uno de los informes, que también se relacionan con otras concausas, pluralidad que sirve a la Audiencia para negar la relación de causalidad (…)” (FJ. 2º).

“(…) el recurso pasa por alto otro informe que afecta a la cuestión realizado por dos psicólogas (...) donde se afirma que la informada es una mujer mental y psicológicamente normal, sin alteraciones psíquicas que la afecten. No tiene puntuaciones que indiquen patologías de personalidad ni desajustes adaptativos (...)” (FJ. 1º).

La sentencia no da un paso más allá creando doctrina acerca de este menoscabo psíquico consistente en “un estado de ansiedad moderadamente

¹⁹⁰ SAP Tarragona 28/2014, 3-2-2014, Recurso 1113/2013; Ponente: Sr. Javier Hernández García; Roj: SAP T 370/2014; ECLI. ES: AP T: 2014: 370; FJ. 1º. Dicha sentencia confirma la sentencia del Juzgado Penal nº 5 de Tarragona que condena por un delito de maltrato psíquico del artículo 153.1 CP por haber quedado acreditada la causación de un menoscabo psíquico.

¹⁹¹ STS 1396/2009, de 17-12-2009, Recurso 776/2009; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 8471/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 8471; FJ. 1º y 2º.

alto, generando interferencias notables en la vida diaria” y qué ocurriría con él si fuere ocasionado por conductas subsumibles en el artículo 153. 1 CP.

Entiendo que cabe plantear la distinción de qué es lo que se entiende por menoscabo psíquico y su distinción con las lesiones psíquicas del artículo 153. 1 CP así como con las lesiones psíquicas del artículo 147. 1 CP¹⁹². Con todas las dificultades que ello supone, entre ellas la de valoración jurídica de los conceptos, la de valoración probatoria de los hechos, de las periciales médicas, la de imputación objetiva del resultado, de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, de la valoración de las circunstancias individuales de la víctima, entre otras. Y entiendo que esta distinción es necesaria porque todos estos menoscabos psíquicos son resultantes del maltrato psíquico tipificado en el artículo 153. 1 CP resultantes de la violencia de género que proscribe la LO 1/2004. Y ello es lo que observamos en la práctica diaria. A mujeres afectadas psicológicamente por malos tratos que quieren que se las escuche, que se las atienda, que desean una atención personalizada, que no desean una maquinaria judicial que acabe con una sentencia penal con condena para su pareja o expareja y para las que “otra solución” sería posible, como veremos en el capítulo tercero de este trabajo.

c) Maltrato de obra sin lesión, cuyo origen está en la anterior falta del art. 617.2 CP (ahora delito leve del artículo 147.3 CP) y que, por razón de los sujetos en los que incide, es constitutivo del delito del art. 153 CP

La jurisprudencia exige una acción, como elemento objetivo, consistente en la causación de maltrato físico no causante de lesión alguna (ni delito del artículo 147.1 ni de delito leve de lesiones del artículo 147.2 CP) y un elemento intencional a título de dolo, al menos eventual.¹⁹³

¹⁹² Tamarit Sumalla identifica menoscabo psíquico con lesión psíquica en el artículo 153.1 CP y ello lo deduce de la ubicación sistemática del precepto en el título dedicado a las lesiones. Así mismo señala que la distinción a realizar es con las lesiones psíquicas del artículo 147. 1 CP. Entiendo que el delito leve de injuria o vejación injusta del artículo 173.4 seguirá desempeñando una función de tipo de recogida de aquellos casos que los tribunales no consideren merecedores de la subsunción en el tipo de delito menos grave del artículo 153; en TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Comentarios... Art. 153...*, ob. cit., pág. 122 y 123.

¹⁹³ STS 915/02, 23-5-2002; Recurso 1228/2000; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 3645/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 3645; FJ. 5º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

Hasta ahora hemos analizado básicamente las características que las diversas conductas que prevé el artículo 153.1 CP deben cumplir para que respondan al tipo penal. Antes de centrarnos en análisis del resultado típico previsto en el artículo 153.1 CP, y a modo de ejemplo, vamos a enumerar algunas de estas conductas a las que hemos clasificado en función del ámbito de la víctima en el que inciden: el ámbito de sus relaciones sociales, su ámbito económico y el ámbito de sus relaciones sociales con el maltratador. Respecto del primero destacan conductas tales como: Criticar de forma directa o indirecta todas las amistades y relaciones de la víctima; provocar activa y omisivamente en presencia de familiares o amistades situaciones humillantes, vejatorias o incómodas; no permitir que se relacione con la familia de él, excluyéndola del núcleo familiar del agresor en reuniones familiares; no permitirle salir y relacionarse con amistades; realizar descalificaciones de ella ante amistades y familiares; no permitirle el uso del coche o del teléfono; quitarle autoridad delante de los hijos o de terceras personas; atacar a las personas que quiere: hijos, familiares o amistades, entre otras.

En segundo lugar, podemos referir conductas de maltrato que afectan al ámbito económico de la víctima tales como: no permitir que conozca o intervenga en la economía familiar; no dejar que la víctima tenga ingresos propios; no permitir el acceso a bancos o a tarjetas de crédito; no facilitar dinero para los gastos domésticos, obligándola a pedirle continuamente; negarle el sustento económico si ella no accede a las relaciones sexuales, entre otras conductas.

Finalmente y en el ámbito de las relaciones personales con el maltratador podemos mencionar conductas tales como; no permitir que la víctima decida sobre su ropa, sus relaciones o sus actividades; ignorarla emocionalmente; no hablarle o no contestarle; no participar en las tareas del hogar ni de la crianza de los hijos; no valorar su trabajo; no respetar su tiempo; realizar una comparación desfavorable con otras mujeres; infravalorarla intelectualmente; hacerla sentir culpable de los problemas y circunstancias; burlarse de sus sentimientos, razonamientos y actuaciones; hacerla sentir inferior o torpe; insultarla y ofenderla; impedirle dormir; acosarla telefónicamente; impedirle estudiar o conseguir trabajo exigiendo actividades que la desestabilizan antes de los exámenes, oposiciones o entrevistas de trabajo; impedirle trabajar

importunándola constantemente en su lugar de trabajo; impedirle salir de casa escondiéndole objetos imprescindibles como llaves o teléfono; amenazarla de mantener relaciones sexuales con otras mujeres como mecanismo de humillación y desvalorización; imposición del momento en que tienen que mantenerse las relaciones sexuales, no pudiendo negarse ni tomar la iniciativa; desprecio sexual, negándose a mantener relaciones de forma continuada; golpearla o realizar actos de acometimiento físico contra ella.

Los daños que provocan estas conductas en la mujer que las sufre, además de psicológicos o emocionales, pueden ser también físicos cuando se somatizan.

2.3.4 Los medios y procedimientos en el delito de maltrato ocasional. Similitudes del delito de maltrato ocasional con el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP

El maltrato ocasional viene integrado por el ejercicio de actos de violencia física o psíquica, modalidad ésta introducida por la Ley 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, como ya pusimos de manifiesto en apartados anteriores. Así el art. 153.1 CP señala que “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión (...) será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.”

El maltrato ocasional, que no ha sido modificado en esencia por la reforma del Código penal operada por LO 1/2015, resulta homogéneo con el tipo de lesiones del art. 147 y 148.4 del mismo texto legal, distinguiéndose sólo en la no concurrencia, en el maltrato ocasional, de un resultado lesivo que conllevara más de una primera asistencia facultativa y tratamiento médico. La modalidad

de la acción es la misma, la base de agravación por el parentesco también y, así mismo, se vulnera en ambos casos el bien jurídico de la integridad física o la salud de la víctima¹⁹⁴. En definitiva, el art. 147 CP (delito de lesiones) al igual que el delito de maltrato ocasional, admite “cualquier medio o procedimiento” de causación. El TS ha señalado, a propósito del tipo del art. 147 CP, que “el presupuesto de la acción no es de contenido exclusivamente físico, sino que también puede cometerse por medios no estrictamente materiales o físicos”¹⁹⁵. Se admite, en definitiva y de forma expresa, la utilización de medios psicológicos y que el tipo se consume siempre que, por cualquier medio o procedimiento, se cause el resultado previsto en él. Por tanto, y en este sentido, es aplicable al maltrato ocasional numerosas características propias del delito de lesiones y que la jurisprudencia se ha encargado de destacar y que vamos a poner de manifiesto en las siguientes líneas.

Así pues, en ambos tipos penales –artículo 153.1 y artículo 147 y 148.4 CP- cabe el empleo de medios violentos que supongan el uso de fuerza física y que además de lesión física originen un menoscabo psíquico; así como el empleo de medios de naturaleza psicológica, es decir, comportamientos que a través de su incidencia sobre el equilibrio psíquico-físico del sujeto, terminan afectando a su integridad o salud física o mental (privaciones afectivas, tratos desconsiderados, humillaciones, etc.). Así mismo, cabrán también medios omisivos que pueden incidir sobre la salud física o psíquica (como la no administración de medicamentos necesarios para tratar una enfermedad física o psíquica que padezca la víctima).

No obstante, entendemos que hay que hacer una precisión y distinguir necesariamente entre el medio empleado y el resultado producido cuando se trata de maltrato psíquico. Uno de los principales problemas con los que nos encontramos en relación al término “violencia psíquica” es si con él estamos haciendo referencia a los medios de naturaleza psíquica empleados para ejercer el maltrato “psíquico” o al resultado que pueden causar y que puede

¹⁹⁴ STS 1182/2010, de 29-12-2010; Recurso 683/2010; Ponente: Sr. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro; Roj: STS 7695/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 7695; FJ. 2º.

¹⁹⁵ STS 1427/99, 8-10-1999; Recurso 3188/1998; Ponente: Sr. José Augusto Vega Ruiz; Roj: 6215/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 6215; FJ. 7º.

tener una incidencia en la salud psíquico-física del sujeto.¹⁹⁶ Si incidimos en los medios, el maltrato psíquico comprenderá “aquellos comportamientos que, a través de su incidencia sobre el equilibrio psicofísico del sujeto, terminan afectando a su integridad o salud física o mental, entre los que cabe citar el suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o pérdida de autoestima, percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, acumulación o de privación de estímulos creadores de confusión mental”¹⁹⁷.

Si incidimos en el resultado, el maltrato psíquico comprende, según la CFGE 4/2005, toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión¹⁹⁸. Por su parte, en la jurisprudencia también encontramos resoluciones que se centran en el resultado causado y no en los medios empleados. Así, la SAP Burgos 293/2007 de 11-12-2007¹⁹⁹ señala como primera nota que define la violencia psíquica “su proyección sobre el estado emocional, la perturbación del necesario equilibrio emocional que precisa la persona para su bienestar. De esta forma, serán formas de violentar este ámbito, las conductas susceptibles de provocar un malestar a cualquier persona de sensibilidad media, es decir, aquellas que por su intensidad sean objetivamente idóneas de perturbar aquel equilibrio, aquella paz, generando sufrimiento, preocupación y desasosiego”. (FJ. 3º)

Por tanto, entendemos que una primera distinción es la que habrá que hacer entre los medios empleados y el resultado. Una cosa es el maltrato

¹⁹⁶ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J.: *Consideraciones sobre el delito de lesiones de carácter psíquico (art. 147.1 CP)*: ob. cit., pág. 4. Este autor señala en relación a dichos resultados que el término “lesión de carácter psíquico” debe entenderse todo menoscabo de la salud mental producido por cualquier medio, incluidos aquellos que no suponen una actuación material sobre el cuerpo del sujeto. Puede tratarse de acciones aisladas o de conductas que se prolongan en el tiempo menoscabando la salud del afectado.

¹⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos de lesiones*; Tirant lo Blanch; Valencia, 1997, pág. 44

¹⁹⁸ CFGE 4/2005: ob. cit., págs. 5-6. Además, la Fiscalía incluye la violencia económica -entendida como abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos- o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro.

¹⁹⁹ SAP Burgos 293/2007, de 11-12-2007; Recurso 253/2007; Ponente: Sr. Roger Redondo Argüelles; Roj: SAP BU 1004/2007; ECLI: ES: AP BU: 2007: 1004; FJ. 3º.

psíquico ejercido a través de insultos, amenazas, intimidaciones, abandonos, silencios, etc., y otra cosa es el resultado de ese ejercicio de violencia que puede conllevar o bien un ataque a la salud físico-psíquica de la persona ²⁰⁰ o bien un atentado a la integridad moral de la misma (relacionado con la necesidad humana de no sentirse humillado, vejado, de vivir sin angustia, miedo o desasosiego).²⁰¹ Hecha esta precisión ya hemos visto cuál es nuestra postura al respecto cuando nos hemos referido al bien jurídico protegido por el delito de maltrato ocasional. A nuestro modo de ver, el artículo 153. 1 CP tipifica aquellas conductas que ocasionan un resultado que atenta tanto a la integridad físico-psíquica de la persona como a la integridad moral de la misma, ya que entendemos que estamos ante un delito pluriofensivo. Y en todo caso habrá que estar a la conducta en el caso en concreto ya que, según la modalidad que prevé el artículo 153.1 CP, como veremos en el apartado siguiente, el resultado puede ser diverso.

2.4 El resultado típico en el delito de maltrato ocasional. Diferencias con el delito de lesiones del artículo 147.1 CP y 148.4 CP

Respecto al resultado típico del delito de maltrato ocasional vamos a hacer una especial mención a algunos de los resultados lesivos que prevé el artículo 153.1 CP teniendo en cuenta que la expresión “menoscabo psíquico” que contiene el precepto ya ha sido objeto de análisis anteriormente. Y concretamente vamos a centrarnos en el resultado consistente en una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP: una lesión física o/ y una lesión psíquica no constitutiva de delito del artículo 147.1 y

²⁰⁰ O un ataque a la salud física o al equilibrio físico-psíquico de la víctima.

²⁰¹ CASTELLÓ NICÁS, N.: “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de Violencia Doméstica del art. 173.2.” *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*; Dykinson; Madrid, 2005, pág. 224. De la misma autora, “Concepto general de Violencia de Género: Un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*; Dykinson; Madrid, 2009, pág. 74 y 75. Así – según la autora- nos podríamos encontrar ante un delito contra la integridad moral de la persona cuando se atente contra ésta con comportamientos irrespetuosos contra el ser humano, los cuales pueden determinar a su vez un daño a la salud psíquica. En estos casos estaríamos pues ante un concurso de delitos: delito de maltrato psíquico (conducta constitutiva de maltrato psíquico) – del artículo 153.1 o 173.2 CP- en concurso con un delito de lesiones psíquicas (resultado) – del artículo 147.1 y 148.4 CP- o con un delito contra la integridad moral (resultado) – del artículo 173.1 CP-.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

148.4 CP. Siguiendo el criterio de exclusión serán objeto de aplicación del artículo 153.1 CP aquellas lesiones físicas o psíquicas ocasionadas por cualquier medio o procedimiento que no requieran objetivamente para su sanidad, de más de una de una primera asistencia facultativa, ni de tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

La comprobación de la lesión en la salud física o psíquica puede necesitar de una pericia médica, tal vez no tanto en aras a determinar su existencia sino a acreditar la intensidad, importancia y precisión objetiva de tratamiento de la lesión.

La casuística ofrece ejemplos diversos.²⁰² Esta necesidad de tratamiento será determinante en relación a la distinción entre el delito de maltrato

²⁰² En las siguientes sentencias se condena por un delito de lesiones del artículo 147 CP y 148.4 CP al tratarse de lesiones que requirieron para su sanación de tratamiento médico: STS 511/2017; de 4-7-2017; Recurso 159/2017; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 2730/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 2730, aprecia lesiones físicas que para su sanación requirieron de tratamiento médico; en el mismo sentido la STS 856/2014, de 26-12-2014; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5442/2014; ECLI: ES: TS: 2014: 5442; STS 79/2009, de 10-2-2009; Recurso 5/2008; ROJ: STS 603/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 603, que condena por un delito de detención ilegal en grado de tentativa en concurso medial con un delito de lesiones físicas y psíquicas. La perjudicada sufría un trastorno por estrés postraumático que requirió tratamiento médico especializado con medicación ansiolítica y psicoterapia de apoyo. La sentencia declara que el diagnóstico, la cronicidad de la lesión y el periodo de tratamiento exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo y tienen sustantividad propia y distinta de la detención ilegal. La STS 261/2005, de 28-2-2005; Recurso 227/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 1222/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 1222, aprecia delito de lesiones en violencia física y psíquica causante de depresión grave que requiere tratamiento psiquiátrico. La STS 295/2004, de 10-2-2004; Recurso 2784/2003; Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: STS 826/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 826, aprecia lesiones psíquicas en malos tratos y detención ilegal que causan a la víctima trastorno por estrés traumático, de carácter crónico por perdurar más de tres meses, caracterizado por pesadillas, sentimientos de impotencia y de ira, episodios ocasionales de pérdida de control, intento autolítico y episodios de agitación psicomotriz con agresividad verbal y física, cuya curación requiere tratamiento psiquiátrico y farmacológico. La STS 355/2003, 11-3-2003; Recurso 2576/2001; Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 1664/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 1664, aprecia lesiones psíquicas en las afecciones físicas y psíquicas derivadas del maltrato reiterado a un niño en el seno de una relación afectiva. La STS 625/2003 de 28-4-2003; Recurso 3418/2001; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 2886/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 2886, aprecia lesiones psíquicas en las causadas con dolo eventual por el marido que envolvió la cara de su esposa con cinta de embalar y le apretó el rostro con una almohada, pues hay una clara relación de causa a efecto entre ese comportamiento y la reacción posterior depresiva de la víctima que precisó tratamiento médico psiquiátrico con antidepresivos. Por su parte, la STS 660/2003 de 5-5-2003; Recurso 2617/2001; Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 3046/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 3064, niega la existencia de delito de lesiones pero no por ausencia de la acción

ocasional del artículo 153.1 CP y el delito de lesiones del artículo 147.1 y 148.4 CP. A los efectos del art. 147 CP la alteración del equilibrio debe requerir objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La STS 1686/1994, de 3-6-1994²⁰³ perfila el concepto de tratamiento médico al señalar que se trata de “aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquella es incurable” o “acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados y que se continúa por dos o más sesiones hasta la curación total”. A pesar del tiempo transcurrido este concepto se ha mantenido inalterado de manera que la jurisprudencia lo ha venido incorporando en sus resoluciones añadiendo sus matizaciones en función de la casuística a la que vamos a hacer referencia a continuación. Así la STS 261/2005, de 28-2-2005²⁰⁴ señala que “(...) Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por un médico. Es indiferente que tal actividad posterior no sea realizada por el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación) aunque debe quedar al margen de lo que es tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica.

En cuanto al concepto de lo que entendemos por tratamiento “objetivamente necesario” la misma sentencia señala que el artículo 147.1 lo que determina la aplicación del precepto penal es que la lesión, considerada objetivamente, requiera ese tratamiento, con independencia de que éste se haya llevado a cabo o no: “(...) prescindiendo de lo que realmente haya

típica sino de su resultado en afección que curó con tratamiento psicológico no prescrito por médico sino por psicólogo clínico, debiendo ser el tratamiento prescrito o realizado por un médico. La STS 556/2002 de 20-3-2002; Recurso 2007/2000; Ponente: Sr. José Aparicio Calvo-Rubio; Roj: STS 2013/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 2013, aprecia lesiones psíquicas en afecciones psíquicas derivadas del maltrato físico en el seno doméstico. STS 2480/2001 de 21-12-2001; Recurso 281/2000; Ponente: Sr. Carlos Granados Pérez; Roj: STS 10178/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 10178, aprecia lesiones psíquicas en las diversas afecciones psíquicas sufridas por la esposa e hijos a consecuencia del maltrato familiar, agresividad y tensiones ocasionadas por el marido y padre.

²⁰³ STS 1686/1994, de 3-6-1994; Ponente: Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 19148/1994; ECLI: ES: TS: 1994: 19148; FJ. 2º.

²⁰⁴ STS 261/2005, de 28-2-2005; Recurso 227/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 1222/2005, ECLI: ES: TS: 2005: 1222; FJ. 7º.

ocurrido en el caso concreto (...) puede suceder que el lesionado prefiera curarse por sí mismo o automedicarse, de tal modo que aunque se hayan producido daños en la integridad corporal, o en la salud física o mental necesitados de ese tratamiento médico o quirúrgico éste, de hecho, no se hubiere producido. Pero tal circunstancia no impediría calificar lo ocurrido como delito. Del mismo modo que puede suceder a la inversa, cuando una lesión que no lo requiera por sus concretas características y de conformidad con la “lex artis”, sin embargo, por las razones que fueren queda sometida a tratamiento médico o quirúrgico.” (FJ. 8º.)

La lesión en la salud psíquica es uno de los elementos que plantea mayores dificultades probatorias, como analizaremos en el capítulo segundo de este trabajo. Hasta ahora la jurisprudencia se ha centrado en este concepto al referirse al delito de lesiones del art. 147.1 CP. La STS 3060/1994, de 30-10-1994²⁰⁵ señala respecto del delito de lesiones del artículo 147.1 CP que “(...) siendo el delito de lesiones un delito de resultado y no de peligro, es necesario acreditar unos daños psíquicos que tienen que ir más allá de carencias, desajustes o desfases emocionales o sociales.”

En todo caso, para que exista un delito de lesiones psíquicas del artículo 147.1 CP será preciso la existencia de tratamiento médico o quirúrgico ya que la jurisprudencia del TS²⁰⁶ ha venido exigiendo para construir el delito de lesiones psíquicas “(...) saber con certeza cuál ha sido el resultado típico correspondiente a un delito de esta clase, y además tener seguridad sobre la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido, en cuanto que es importantísimo saber cuál fue en concreto el tratamiento médico, pues el tipo penal excluye los supuestos de pura y simple prevención u observación, ya que precisa la constancia con plena seguridad, de una intervención médica activa que objetivamente sea procedente...” (FJ. 8º).²⁰⁷

²⁰⁵ STS 3060/1994, de 30-10-1994; Ponente. Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 18647/1994; ECLI: ES: TS: 1994: 18647; FJ. 2º.3. La STS 511/2017, de 4-7-2017; Recurso 159/2017, Ponente. Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 2730/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 2730; FJ. 5º. La sentencia recoge este mismo concepto y señala como doctrina consolidada que los puntos *stery-streps* han de considerarse o puntos de sutura o en su defecto tratamiento médico al existir un inicial pegamento tisular y posterior cura local. Así como que el tratamiento médico puede ser solo farmacológico. (FJ. 5º)

²⁰⁶ STS 1017/2011, de 6-10-2011; Recurso 10205/2010; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 6599/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 6599; FJ. 8º.

²⁰⁷ STS 1017/2011, de 6-10-2011; Recurso 10205/2010; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 6599/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 6599; FJ. 8º.

La STS 856/2014, de 26-12-2014²⁰⁸ señala al respecto que el menoscabo en la salud psíquica no se identifica con la enfermedad psíquica, aunque tampoco debe alcanzar el rango de gravedad de una enfermedad mental y que la ley exige una alteración del equilibrio psíquico no irrelevante. Señala la sentencia en un caso en que la víctima sufrió síndrome de estrés postraumático que al no constar que se le prescribiera tratamiento médico y si solo asistencia psicológica, el resultado lesivo no es encuadrable en los artículo 147 y 148.4 y sí en el delito del artículo 153 CP. Por otra parte, y en cuanto a la lesión psíquica sufrida, señala que la ley no exige que sea de carácter permanente, puede ser, por tanto, un trastorno de la salud mental transitorio (FJ. 5º).

En este sentido, hemos de tener en cuenta que dada la falta de uniformidad en psiquiatría para la calificación de unos mismos síntomas y para concretar las terapias de curación, resultará imprescindible el informe del médico forense a los efectos probatorios para determinar si nos encontramos ante un delito de lesiones o bien ante un delito de maltrato ocasional.

Como hemos visto, la jurisprudencia entiende que la lesión en la salud psíquica ni tiene que ser de carácter permanente ni debe alcanzar la gravedad de una enfermedad mental.²⁰⁹ Así, podemos mencionar como menoscabos y/o lesiones psíquicas que han sido admitidos como tales por la jurisprudencia si bien no como equivalentes a enfermedad mental los trastornos de ansiedad, el trastorno por estrés postraumático, el trastorno por estrés agudo, los trastornos de estado de ánimo, el trastorno depresivo, trastornos adaptativos, trastornos de identidad, trastornos alimenticios, disfunciones sexuales, estados prolongados de ansiedad, miedo, inseguridad, etc. Igualmente, se consideran menoscabos psicológicos los deterioros personales que padece la víctima como consecuencia de la reacción violenta y que se manifiesta a niveles afectivos, cognitivos, sociales, etc. y los desajustes funcionales que puede

²⁰⁸ STS 856/2014, de 26-12-2014; Recurso 10569/2014; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5442/2014; ECLI: ES: TS: 2014: 5442; FJ. 5º.

²⁰⁹ La valoración de la enfermedad mental se realiza con arreglo a los sistemas de clasificación universalmente aceptados (CIE-10; DSM-IV) de acuerdo con éstos los grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: trastornos mentales orgánicos, esquizofrenias y trastornos psicóticos, trastornos del estado de ánimo, trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos, disociativos y de personalidad (STS 1606/05, 27-12.) Un tratamiento exhaustivo del tema lo encontramos en FERNANDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E. C.: "La psicología criminal en la práctica pericial forense" en *Psicología Criminal*; SORIA VERDE, M. A.; SÁIZ ROCA, D. (Coords.); Pearson; Madrid, 2005, págs. 58-123.

padecer la víctima (laborales, sociales, familiares, etc.)²¹⁰. En todo caso, han de ser examinados atendiendo a las circunstancias personales de la víctima, del agresor y a la propia naturaleza del comportamiento desarrollado por éste²¹¹. Además, nunca se pueden considerar “menos importantes” que las de naturaleza física, aunque éstas entrañen una mayor facilidad a nivel de imputación objetiva y de efectos probatorios. Y requerirá el dolo del agente en la conducta del mismo.

En definitiva, será preciso que estén claramente determinadas y que puedan ser consideradas como resultado y consecuencia de la conducta del agresor.

2.5 El tipo subjetivo. La posición de dominio y subordinación en el delito de maltrato ocasional

Son dos las cuestiones que vamos a plantear en relación al elemento subjetivo del tipo de delito de maltrato ocasional. La primera gira en torno al dolo exigible para que nos encontremos ante un maltrato del artículo 153.1 CP. Y la segunda si es preciso que en la conducta del sujeto activo del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1. CP concurra este especial elemento intencional “que la acción del varón sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder sobre la mujer” como componente del injusto. O si, por el contrario, el propósito del autor ya se engloba en la propia tipicidad de la conducta.

Todas las modalidades de dolo carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar la responsabilidad penal y están incluidas dentro del concepto de dolo del art. 10 CP. Todas ellas revelan el menosprecio del autor por el bien jurídico protegido por la norma penal que vulnera. La necesidad del ánimo genérico de menoscabar o atentar contra la integridad corporal o salud física o mental de la mujer, tanto si es querido directamente por el agente (dolo directo) como si este se ha representado la posibilidad de resultado (dolo eventual)

²¹⁰ LANCHO BLAZQUEZ, C. Y OTROS: “Análisis de la Violencia Doméstica en relación a la orden de protección desde la perspectiva multiprofesional e integrada”. En *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25; CGPJ; Madrid, 2004, pág. 235.

²¹¹ BEGUE LEZAU, J. J.: “Modalidades delictivas de la llamada Violencia Doméstica”, en *Estudios sobre la violencia familiar y las agresiones sexuales*, I, 2000; Madrid, 2000, pág. 423.

debe estar presente en todo delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y es lo que permitirá distinguir entre supuestos de maltrato punible de aquellos otros comportamientos inadecuados pero atípicos de malos modos o maneras en el trato. Así y en este sentido, la SAP Tarragona 880/2005, de 17-10- 2005²¹², absolvió al recurrente de dos delitos de maltrato de obra sin lesión, por los que había sido condenado en la instancia, y le condenó por una falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP (actual delito leve del artículo 173.4 CP).

El TS,²¹³ por su parte, señala en relación al art. 153 CP que el mismo "(...)" es un delito que exige un dolo concretado a los elementos del tipo objetivo, es decir a la acción misma maltratadora. Por lo tanto, su exclusión no puede fundarse en que el acusado no se representó el posible resultado que de hecho se produjo. Esta ausencia de dolo sobre el resultado es lo que permite precisamente su imputación a título de culpa o imprudencia grave (...) cuando la acción maltratadora realizada con dolo limitado a la acción misma se suma un resultado que, superando el ámbito de la intención del sujeto, le es reprochable a título de imprudencia, han de apreciarse el concurso de ambas infracciones de maltrato doloso y de lesiones imprudentes (...) Si el estirón produjo casualmente una grave lesión en el ojo al golpearse la víctima con el picaporte de la puerta, sin intención por parte del acusado de causar tal resultado, ya el conjunto de acción y resultado integra el delito de lesiones por imprudencia. Para que la acción sea además maltrato es necesario que por su

²¹² SAP Tarragona 880/2005, de 17-10-2005; Recurso 901/2005; Ponente: Sr. Javier Hernández García; Roj: SAP T 1141/2005; ECLI: ES: AP T: 2005: 1141; FJ. 1º. Dicha sentencia señala que "el legislador ha hipertrofiado la protección penal calificando como delito el simple maltrato de obra cuando los sujetos activos y pasivos aparecen vinculados por una determinada relación de parentesco o de convivencia. Pero ello no soluciona el problema de la subsunción de la norma, en el caso concreto. Para ello, es necesario que el hecho probado identifique una acción que, en términos normativos, pueda reputarse adecuada para constituir maltrato y, por ende, para lesionar el bien jurídico (...) si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, encontramos que el maltrato como sustantivo participa de la acción de maltratar que significa tratar mal o menoscabar. Es obvio que sin perjuicio de la no necesidad típica del resultado de lesión, el tipo reclama que la acción patentice una intención de menoscabar, como núcleo de la conducta prohibida. Precisamente, la no necesidad de un específico desvalor de resultado, como elemento de la antijuricidad, reclama, en lógica consecuencia, una mayor intensificación del desvalor de la acción que permita identificar la carga de lesividad relevante. El resultado de la prueba plenaria debe patentizar una voluntad clara de menoscabo, un grado más elevado de intencionalidad en la acción. El maltrato, por tanto, correspondería a la tipología de delitos de tendencia interna intensificada, pues sólo de esa manera nos aseguramos una razonable correspondencia, en términos de proporcionalidad, entre antijuricidad y la mayor sanción que previene el Código." (FJ.1º)

²¹³ STS 1139/09, 30-10-2009; Recurso 265/2009; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 7234/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 7234; FJ. 4º.

propia naturaleza tenga una entidad que merezca esa valoración, entidad que él solo acto de dar un estirón en un brazo no tiene” (FJ. 4º)

Por tanto, será necesaria la acreditación de que objetivamente y de forma intencionada y voluntaria el agresor ha realizado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal. Es decir, es necesario que el hecho probado identifique una acción que, en términos normativos, pueda reputarse adecuada para constituir maltrato y, para lesionar el bien jurídico.²¹⁴ Será necesario no solo que el dolo del sujeto activo abarque la acción sino también el resultado, admitiéndose en la jurisprudencia tanto la figura del dolo eventual como la figura de la imprudencia.

Frente a esta postura de admitir la imprudencia en los delitos de maltrato del artículo 153.1 CP nos planteamos si en relación a las lesiones psíquicas y en relación a los menoscabos psíquicos cabe el dolo eventual. En este sentido el TS se ha pronunciado en relación al delito de lesiones psíquicas del artículo 147.1 CP. Y admite la figura del dolo eventual en un supuesto al señalar que “(...) el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico (...) supone que el agente se representa un resultado dañoso de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados” (FJ. 1º).²¹⁵

La segunda cuestión que vamos a tratar en relación al elemento subjetivo del tipo ha sido una de las cuestiones más controvertidas que se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia a raíz de la Ley 1/2004. El CGPJ, ya desde un inicio, abogó por eliminar de la definición de violencia de género, que hace la Ley en su art. 1, este elemento intencional consistente en que hay violencia cuando se emplea “como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.” Así,

²¹⁴ El maltrato, ocasional, por tanto, correspondería a la tipología de delitos de tendencia interna intensificada, en los que el tipo reclama que la acción patentice una intención de menoscabar, como núcleo de la conducta prohibida.

²¹⁵ STS 79/2009, de 10-2-2009; Recurso 5/2008; ROJ: STS 603/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 603.

en el Informe al Anteproyecto a la Ley 1/2004 el CGPJ ya adelantó que esa intencionalidad causaría problemas en el caso concreto, incluso a nivel constitucional.²¹⁶ En su art. 1, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, define el “objeto de la Ley” y establece que “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.²¹⁷

Según las Conclusiones del Seminario “Violencia de Género”, de formación de Jueces y Magistrados, organizado por el CGPJ y celebrado en Granada el 20 y 21 de octubre de 2005²¹⁸, el art. 1 de la Ley debe servir como impulso constitucionalmente adecuado a los principios de los arts. 9 y 14 de la CE, pero los tipos penales que se modifican en el Título IV de la Ley, entre ellos el art. 153.1 CP no contienen un especial elemento subjetivo del injusto. Otra de las conclusiones a las que se llega, a tener en cuenta, es la consideración de que la frase del art. 1.1 no tiene el efecto de restringir el alcance de los tipos penales. Se alega que el principio de legalidad y tipicidad penal solo exigen la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos descritos en cada tipo

²¹⁶ Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer; en *Estudios, Informes y Dictámenes del Consejo General del Poder Judicial* 2004; CGPJ, 2005, pág. 38: “se trata de una definición basada en la intención del autor y, por razón de las consecuencias que tiene (interpretación de los tipos, delimitación de competencias y sus consecuencias procesales), debe ser abandonada en cuanto a su contenido y efectos (...) si en realidad lo que se hace es presumir que toda agresión contra una mujer viene presidida por una presunción normativa de que se agrede con dichos fines o por razón de dichos objetivos, entonces en lo penal - como luego se dirá- se está recreando un Derecho penal de autor y en lo orgánico judicial se está volviendo al sistema de jurisdicciones especiales, superado a finales del siglo XIX, propio de Antiguo Régimen, pues se está creando una jurisdicción especial, privativa de las mujeres, basada en el sexo de la víctima y en la intención del agresor.”

²¹⁷ El mencionado Informe del CGPJ señaló que, en el caso de continuar manteniendo la Ley 1/2004 en el ámbito de la violencia sobre la mujer, el CGPJ defendía que fuere de aplicación también al ámbito doméstico en su conjunto - Ver párrafo segundo del art. 153 CP- y que existían otras definiciones normativas de carácter descriptivo y ajenas a elementos subjetivos o intencionales. Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer; en *Estudios, Informes y Dictámenes del Consejo General del Poder Judicial*, 2004; CGPJ, 2005, pág. 41.

²¹⁸ Conclusiones del Seminario “Violencia de Género”, de formación de Jueces y Magistrados organizado por la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía y el CGPJ, celebrado en Granada el 20 y 21 de octubre de 2005. Disponible en www.bizkaia.eus/Gizartekintza/Genero_Indarkeria/blt1/irudiak/seminario_granada.pdf. Última consulta, el 24-11-2017.

penal y las reformas penales introducidas por la LO 1/2004 no incorporan la frase que nos ocupa, quizá porque el legislador no ha considerado conveniente introducir este factor sociológico o cultural en la descripción de los tipos penales.

En sentido contrario, la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado²¹⁹ señala que “en las agresiones físicas o morales a la mujer, está latente este sentimiento de superioridad en la pareja del que aquellas no son sino una forma de expresión” y añade que “el objeto de la Ley es la protección de la mujer frente a las expresiones sufridas como consecuencia de una relación afectiva de pareja; por tanto, en los supuestos, ciertamente excepcionales, en que el hecho no traiga su causa precisamente de esa específica relación, pues se habría producido aun cuando la misma nunca hubiera existido (v.g. cuando la conducta agresiva se inscribe en el contexto de una mala relación empresarial o laboral entre los miembros de una pareja extinguida hace años, etc.) la tutela especial de esta Ley no será aplicable”.

En el ámbito jurisprudencial se detectan tres criterios interpretativos²²⁰ no uniformes respecto de esta cuestión:

1º. Resoluciones judiciales que entienden que el delito se cumple sin necesidad de ningún elemento subjetivo consistente en la voluntad del autor de subyugar o dominar a la víctima. Así podemos citar la SAP Vizcaya 299/2007, de 26-4-2007²²¹ que señala expresamente que “ (...) El precepto penal no exige que tales elemento subjetivos sean objeto de prueba en el acto plenario, sino que dan respuesta al art. 1.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre (...) que establece como manifestaciones de la presencia de los mismos, todo acto de violencia del hombre sobre la mujer con la que existe o ha existido una relación de pareja, de los que se deduce que estos elementos subjetivos constituyen una presunción iuris et de iure, no precisando de prueba en el acto de juicio oral, sino que se presumen por el mero hecho de que un hombre lesiona,

²¹⁹ Circular de la FGE 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.

²²⁰ Un estudio completo de las diversas posturas jurisprudenciales lo encontramos en TARDÓN OLMOS, M.: “Ámbito penal de la Violencia de Género: Aspectos materiales y procesales. Peculiaridades de la prueba y su valoración. Aspectos sustantivos y procesales civiles y penales: puntos más controvertidos”. *Curso de Formación sobre Violencia de Género*. Escuela Judicial; CGPJ, 2012.

²²¹ SAP Bilbao 299/2007, de 26-4-2007; Recurso 195/2007; Ponente: Sr. Ángel Gil Hernández; Roj: S AP BI 951/2007; ECLI: ES: AP BI: 2007: 951; FJ. 4º.

menoscaba psíquicamente, golpea o maltrata aún sin causar lesión a una mujer con la que ha tenido una relación conyugal o similar de afectividad, aún sin convivencia, conducta que por sí sola implica esa posición de poder o de superioridad de él sobre ella.” (FJ.4º)²²²

2º. Resoluciones judiciales que consideran que sí es necesario probar la voluntad del agresor de dominar y subyugar a la víctima, por entender que estamos ante un requisito del tipo penal. Así, la SAP Barcelona 363/2007, de 28-3-2007²²³ exige acreditar que los hechos se produzcan en un contexto de abuso de poder y de dominio del hombre sobre la mujer. Y así, cuando los hechos tienen lugar en un marco de igualdad en el que ha habido agresiones mutuas de tal manera que los intervinientes son al mismo tiempo agresores y agredidos, numerosas resoluciones condenan a ambos como autores de sendas faltas de lesiones del art. 617. 1 CP²²⁴ (actualmente delitos leves art. 147.2 CP). Considerar como elemento del tipo “que la acción del varón sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y la relaciones de poder sobre la mujer” tiene importantes consecuencias en el ámbito penal y en el ámbito del proceso penal. La principal consecuencia será excluir del ámbito del art. 153.1 CP todas aquellas situaciones de pareja en las que esa relación de dominación y subordinación no estén presentes so pena de quebrantar con el principio de culpabilidad penal al no poderse presumir que todo maltrato ocasional obedece a dichos motivos. Averiguar y probar la causa, el origen y la intencionalidad del autor será pues elemento determinante de la aplicación del precepto penal cuestionado, lo que comportará automáticamente una disminución de los delitos penados en base a este precepto. Tal exigencia del elemento finalístico también había venido siendo exigido por el Tribunal Supremo en la STS 654/2009, 8-6-2009²²⁵.

²²² QUINTERO OLIVARES, G.: “El concepto legal de Violencia de Género y sus límites”, en *Violencia de Género y Justicia*; CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.); ALONSO SALGADO, C. (Coord.); Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2013, págs. 323 a 335. El autor analiza detenidamente la interpretación en contra el sentido de la ley así como el marco mínimo de violencia y maltrato.

²²³ SAP Barcelona 363/2007, de 28-3-2007; Recurso 735/2006; Ponente: Sr. Fernando Pérez Márquez; Roj: SAP B 3667/2007; ECLI: ES: AP B: 2007: 3667; FJ. 3º.

²²⁴ SAP Barcelona 243/2007, de 6-3-2007; Recurso 720/2006; Ponente: Sr. Francisco Orti Ponte; Roj: SAP B 1040/2007; ECLI: ES: AP B: 2007; 1040.

²²⁵ STS 654/2009, de 8-6-2009; Recurso 11003/2008; Ponente. Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 4793/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 4793; FJ: 2º.

3º. Finalmente, resoluciones judiciales que, en una postura intermedia, señalan que este ánimo o intención se presume con una presunción que admite prueba en contrario.²²⁶ Podemos concluir que en el momento actual la postura seguida por la jurisprudencia del TS es ésta última, es decir, “exigir un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. Ese componente machista hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades.” Podemos citar en este sentido el Auto del Tribunal Supremo de 3-7-2013²²⁷. Este Auto, que descarta la necesidad de la concurrencia de un elemento subjetivo para la culminación del delito, basándose en la Ley 1/2004 refiere que para la culminación del tipo se precisa la existencia de una situación objetiva de dominación del hombre sobre la mujer. En el mencionado Auto se señala que “Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia “objetivable”, dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo”. En esta postura se basa en la actualidad la AP Barcelona en relación a esta cuestión tal y como se pone de manifiesto en la SAP B 213/2015, de 25-3-2015²²⁸. Y es la que mantenemos también en este trabajo al entender que es la que se adapta mejor a las previsiones del ordenamiento jurídico en materia de violencia de género y, concretamente, al espíritu de la Ley 1/2004.

Nosotros entendemos que la violencia de género es manifestación, trae como causa “la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de

²²⁶ SAP Valencia 184/2007, de 15-6-2007; Recurso 140/2007; Ponente: Sr. Pedro Castellano Rausell; Roj: SAP V 1164/2007; ECLI: ES: AP V: 2007: 1164; FJ. 1º.

²²⁷ Auto del Tribunal Supremo de 3-7-2013; Recurso 20663/2012; Ponente. Sr. Antonio del Moral García; Roj: ATS 7790/2013; ECLI: ES: TS: 2013: 7790 A; FJ: 4º y 5º.

²²⁸ SAP B 213/2015, de 25-3-2015, Recurso 24/15; Ponente: Sra. María Del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAPB 3183/2015; FJ: 3º.

poder de los hombres sobre las mujeres” y que este factor causal se configura, a nuestro modo de ver como una explicación del contexto en el que se desarrolla la violencia contra la mujer en el caso concreto. Pero en todo caso, el factor causal cultural de la violencia no es un elemento ni objetivo ni subjetivo del tipo sino una explicación causal del contexto donde nace la violencia. De esta afirmación extraemos la consecuencia de que no podemos condicionar la aplicación del tipo penal del artículo 153.1 CP ni de los tipos de violencia de género a la averiguación y a la prueba de cuál ha sido la causa, el origen o la intencionalidad última del comportamiento del agresor.²²⁹ De esta manera, nos mostramos de acuerdo con la postura jurisprudencial intermedia a la que hemos hecho referencia de que hay que buscar elementos objetivables de la situación de dominación y de subordinación de la mujer, como explicaciones causales del contexto donde nace la violencia, sin que estos elementos formen parte del tipo objetivo ni subjetivo del tipo. El problema se plantea porque esta línea jurisprudencial entiende que el ánimo o intención de dominación se presume siempre con una *presunción iuris tantum*. Por tanto, será el acusado quien deberá buscar que no existen estos elementos objetivables de la situación de dominación en el contexto concreto y no las acusaciones, como incidiremos en el capítulo cuarto.

2.6 La penalidad

Con relación a la pena aplicable al delito del artículo 153.1 CP, la única modificación operada por la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, es respecto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años. Esta pena la puede imponer el juez o tribunal cuando lo estime adecuado al interés del menor y, tras la reforma, a la persona con discapacidad necesitada de una especial protección.

²²⁹ SOLÉ RAMÓN, A. M^a: ¿Es la posición de dominio del varón y la subordinación de la mujer un nuevo elemento del tipo en los delitos de Violencia de Género?, en *La Ley*, núm. 7347, 22 de febrero 2010, pág. 6.

Las demás penas previstas en el artículo 153 CP no han sido modificadas. La penalidad prevista en el art 153.1 se formula en el tipo con carácter alternativo entre la pena privativa de libertad de seis meses a un año o, la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días; previendo incluso, un subtipo agravado para el caso de que el hecho se produzca en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio de la víctima o con quebranto de pena o medida de seguridad, supuestos todos ellos por lo demás bastantes frecuentes.

En este apartado vamos a hacer incidencia a dos aspectos relacionados con la penalidad. Por una parte, el subtipo atenuado del artículo 153.4 CP y por la otra mencionar la problemática que se generó en torno al principio de proporcionalidad de las penas a raíz de la LO 1/2004.

2.6.1 El subtipo atenuado del artículo 153.4 CP

El subtipo atenuado, que prevé el art. 153 en su párrafo 4º, fue introducido por la Ley Orgánica 1/2004 en cuya Exposición de motivos nada refiere al mismo. Dicho apartado señala que “No obstante lo previsto en los apartados anteriores el juez o tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Esta posibilidad es escasamente utilizada en la práctica diaria de los Tribunales y apenas existe jurisprudencia sobre la misma. Para su aplicación la jurisprudencia atiende a la forma de la agresión, a la intensidad de la acción, a la posible intervención de la víctima en la agresión, a la personalidad no violenta del autor, a la no existencia de episodios similares, al hecho de que la mujer agredida no se considere maltratada, al no existir ninguna valoración policial del riesgo, al no existir antecedentes policiales ni penales en el agresor por hechos relacionados con la violencia de género, al ser las lesiones de la víctima lesiones nimias, al no existir constancia de que se haya requerido asistencia sanitaria para su curación, al manifestar la víctima su voluntad de renunciar a la acción civil y penal y no desear ser reconocida por el médico

forense, entre otras circunstancias a tener en cuenta.²³⁰ En definitiva, el artículo 153.3 CP incorpora una opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso, posibilitando la rebaja de la pena en un grado atendiendo a circunstancias personales y de hecho.²³¹

Tal posibilidad permite la imposición de una pena mínima de tres meses de prisión o de 16 días de trabajos en beneficio de la comunidad (para el supuesto del art. 153.1 CP) y de un mes y 15 días o de 16 días de trabajos en beneficio de la comunidad (para el caso del art. 153.2 CP). Así mismo, habrá que rebajar un grado las penas previstas para los subtipos agravados y en el caso de que nos encontremos ante una conformidad en diligencias urgentes de guardia habrá que proceder a la reducción de 1/3 de la pena resultante. En el mismo sentido y por aplicación de este apartado, podrían rebajarse las penas que acompañan al delito: la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima (art. 57 CP).

En lo que atañe a la pena de prohibición de aproximación y de comunicación no es accesoria a otra pena sino a determinados delitos. En este sentido se considera que nos encontramos ante una pena accesoria impropia²³². La duración de esta pena no está vinculada a la duración de la pena principal siendo que el único requisito, en cuanto a su duración que exige el CP, es que la prohibición de aproximación (de carácter obligatorio respecto del delito del art. 153.1 CP) y la prohibición de comunicación (de carácter potestativo respecto del mismo), deben tener una duración mínima en un año superior a la pena privativa de libertad impuesta como pena principal (art. 57.2 CP). Otra de sus características es que tienen efectos preventivo-especiales, son accesorias a otros delitos no a otras penas y admiten graduación en su adaptación al caso concreto²³³. Para establecer la duración de estas penas debe “atenderse a la gravedad de los hechos o al peligro que el agresor represente, peligro que se ha de entender respecto de la víctima o las personas respecto de las que se acuerde” y, además, se establecen discrecionalmente

²³⁰ Entre ellas, la SAP Santander 128/2013, de 27-3-2013; Recurso 167/2013; Ponente: Sra. Paz Aldecoa Álvarez-Santullano; Roj: SAP S 1219/2013; ECLI: ES: AP S: 2013: 1219; FJ: 4º.

²³¹ STC 95/2008, de 24-7-2008; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Manuel Aragón Reyes; FJ: 2º; BOE núm. 200, Suplemento, 19-8-2008.

²³² STS 254/99, 23-2-1999; Recurso 682/1998; Ponente: Sr. Roberto García Calvo Montiel; Roj: STS 1216/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 1216; FJ: 7º.

²³³ STS 2592/1994, de 26-9-94; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 13621/1994; ECLI: ES: TS: 1994: 13621; FJ: 2º.

por el tribunal sentenciador (es obligatoria en los supuestos del art. 153.1 CP) para proteger a la víctima, en atención a los hechos imputados al acusado, sin que influya en su alcance y extensión la tipificación penal efectuada por el juzgador²³⁴. Por todo ello, entendemos que es posible rebajar la pena en un grado si en relación al caso concreto se dan estos requisitos.

La última reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo no ha afectado al párrafo cuarto del artículo 153 CP.

2.6.2 El principio de proporcionalidad de la pena

El principio de proporcionalidad de la pena determina que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y que éste no puede ser reprimido con una pena más grave a la propia entidad del daño causado por el ilícito. De hecho, este principio debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en Derecho Penal, dicha intervención afecta a derechos fundamentales.²³⁵ Son dos las exigencias que la doctrina exige que cumpla el citado principio: la necesidad de que sea proporcionada al delito y la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho.²³⁶

El TS ha señalado expresamente que el principio de proporcionalidad está directamente relacionado con la legalidad y la tipicidad e implica un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, en relación con la gravedad del delito, y a su vez viene definida por la intensidad del mal causado, del injusto y de la reprochabilidad de su autor²³⁷. El principio de proporcionalidad incumbe en primer lugar al legislador pero también y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, corresponde al juzgador a través de la individualización de la misma y

²³⁴ STS 110/2000, 12-06-2000; Recurso 2085/1998; Ponente: sr. José Antonio Marañón Chavarrí; Roj: STS 4792/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 4792; FJ. 2º.

²³⁵ DEL POZO PÉREZ, M.: "Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". *La Ley*, núm. 6402, 18 enero 2006, pág. 3.

²³⁶ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*ob. cit., pág. 173.

²³⁷ STS 1146/98, 10-10-1998; Recurso 3673/1997; Ponente: Sr. José Augusto Vega Ruiz; Roj: STS 5778/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 5778; FJ. 4º.

su correspondiente motivación²³⁸. Estas argumentaciones son las expresadas por el TC en el Auto del Pleno nº 233/2004, de 7-6-2004²³⁹, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de San Vicente de Raspeig (Alicante), en relación al artículo 153 CP en la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre y, por lo tanto, con anterioridad a las modificaciones introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre. En ella se planteó la posible vulneración del principio de proporcionalidad de la pena que el tipo prevé en relación con la conducta descrita por el tipo en su aplicación a un caso concreto. La citada Ley 11/2003, de 29 de septiembre elevó a la categoría de delito conductas que, en ausencia de las relaciones entre agresor y víctima, eran constitutivas de simple falta con lo que abría la posibilidad de aplicar pena de prisión.

El TC entendió que era adecuada la proporcionalidad entre los hechos de violencia de género y las penas que a los mismos se imponían a partir de la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas, de la cantidad de agresiones contra las mujeres en nuestro país, la escasa o nula eficacia que la tipificación como falta suponía a efectos de prevención general y especial, y la posibilidad de que la pena de prisión prevista fuera alternativa junto a la de trabajos en beneficio de la comunidad²⁴⁰.

No es ésta la única cuestión de inconstitucionalidad planteada por vulneración del principio de proporcionalidad de la pena (17.1, 9.3 y 25 CE) en relación a otros preceptos del CP relacionados con la violencia de género. Así, los arts. 174.4 y 172.2 CP relativos a los delitos de amenazas y de coacciones en el ámbito familiar, en su redacción dada por la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género han sido objeto de cuestiones de inconstitucionalidad ya resueltas. La alegación de la infracción del principio de proporcionalidad se hace conjuntamente con la alegación de la vulneración

²³⁸ STS 323/04, 10-3-2004; Recurso 837/2003; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Larcá; Roj: STS 1652/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 1652; FJ. 3º.

²³⁹ Auto del Pleno TC 233/2004, de 7-6-2004. Cuestión de inconstitucionalidad 458/2004; Ponente. Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; EDJ 2004/115623. Esta cuestión es tratada ampliamente por VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad"... , ob. cit., págs. 12:7 a 12:9.

²⁴⁰ Auto del Pleno del TC 233/2004, 7-6-2004...ob. cit.; MAGRO SERVET, V.: "El Auto del TC 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del art. 153 del CP y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre." *La Ley*, núm. 6088, 17 de septiembre 2004, D-184, pág. 1789.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

del principio de igualdad y concretamente por la diferencia entre las penas previstas cuando la infracción penal es realizada por un varón que cuando es realizada por una mujer.²⁴¹

²⁴¹ El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el art. 171. 4 CP a favor de dicho precepto y de la no vulneración de tales principios en la STC 45/09, 19-2-2009; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; BOE núm. 63, de 14-3-2009. Y en relación con el art. 172.2 y en idéntico sentido, destacamos la sentencia STC 127/09, 26-5-2009; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente. Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; BOE núm. 149, de 20-6-2009.

CAPITULO SEGUNDO. LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004) señala que la misma pretende proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Y para ello la Ley abarca aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, enfocando la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar.²⁴² En este capítulo nos planteamos si esta protección es realmente integral para las víctimas de violencia de género, en general, y para las víctimas de maltrato ocasional, en especial. Y ello, porque hay que distinguir entre la mera declaración de intenciones y el reconocimiento de derechos y de garantías a las víctimas y el efectivo cumplimiento de las mismas. A nivel procesal, para que ello sea posible, es precisa y esencial la prueba del maltrato en el caso concreto, la cual debe concretarse en los siguientes aspectos: a) en que la parte haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria; b) en que los órganos judiciales no hayan rechazado su práctica motivadamente, de forma congruente, no arbitraria y razonablemente (ya que en caso contrario cabría el mecanismo del recurso); c) en que, habiéndola admitido, ésta haya podido ser practicada y d) en que la prueba tenga una influencia decisiva en la resolución del pleito.

El no cumplimiento de estos requisitos esenciales acabará, con toda probabilidad, en una sentencia absolutoria tras la celebración del juicio oral. La propia práctica judicial demuestra que en muchos de los procedimientos judiciales que se siguen en violencia de género, las sentencias absolutorias se fundamentan en la falta de actividad probatoria suficiente que desvirtúe el principio de presunción de inocencia del acusado. No hay estadísticas al respecto de ello ni tampoco estudios que examinen el impacto que sobre una víctima de violencia de género genera una absolución.

²⁴² Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, 29 de diciembre de 2004).

1. La actividad probatoria del delito de maltrato ocasional y su resultado

En el presente apartado, analizaremos la prueba del maltrato desde la perspectiva de la falta de prueba y de los requisitos necesarios que no deben faltar para que se entienda acreditado el tipo del artículo 153.1 CP, el cual ha sido ya estudiado en el capítulo anterior en toda su extensión. Y todo ello lo haremos bajo la premisa de que una deficiente o ausente carga probatoria acabará con una sentencia absolutoria, con todo lo que ello puede comportar a efectos de victimización secundaria²⁴³, que trataremos en el capítulo tercero de este trabajo.

Para abordar el presente capítulo tendremos en cuenta los diferentes momentos en los que la prueba va a ser esencial y ello, desde que se pone en funcionamiento la maquinaria judicial hasta el final. Así, tendremos en cuenta, en primer lugar, la fase de recogida de pruebas cuando la *notitia criminis* llega a conocimiento tanto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como del propio Juzgado de Guardia; en segundo lugar, las pruebas durante la fase de investigación del delito de maltrato ocasional ante el Juzgado de Instrucción competente; y después, la práctica de las mismas, durante la fase de juicio oral.

Finalmente, haremos referencia a su valoración en la sentencia resultante del proceso. Este esquema argumental lo mantendremos en relación a cada uno de los momentos y en relación a cada uno de los medios de prueba que trataremos: la fase de recogida de pruebas con las declaraciones en el momento inicial de los hechos, con la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de los servicios sanitarios y de los trabajadores sociales en los centros de asistencia social. En relación a ellos, tendremos en cuenta su consideración dentro del proceso como testigos directos o de referencia, y como peritos-testigos, respectivamente; la prueba pericial forense y otras pruebas periciales médicas, su elaboración durante la fase de instrucción y su incorporación al acto de juicio oral; la declaración de la víctima y de los otros testigos directos y de referencia y

²⁴³ La victimización secundaria abarca los costes personales derivados de la intervención del sistema legal que, paradójicamente, incrementan los padecimientos de la víctima. La victimización primaria sería el proceso por el que la persona sufre, de modo directo o indirecto, los efectos nocivos derivados del delito o hecho traumático, sean éstos materiales o psíquicos; en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Tirant lo Blanch.; Valencia, 2007, pág. 107.

la problemática que se plantea en torno a sus declaraciones, ratificadas o no en el acto de juicio oral; y la intervención del acusado a través de sus declaraciones, manifestaciones espontáneas o confesiones. Finalmente, trataremos dos aspectos más que también cabe tener en cuenta en la prueba del maltrato ocasional: la prueba de la intencionalidad del autor y su tratamiento jurisprudencial y la prueba a través de los nuevos medios técnicos de comunicación y su incidencia cada vez mayor en relación a los delitos de este tipo.

1.1 La *notitia criminis* y la intervención de la Policía Judicial. Los Protocolos de actuación

La Policía Judicial tiene por objeto por imperativo del artículo 26 CE la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Es obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometan en su territorio; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes; y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Así lo dispone el artículo 282 LECr.

La LOPJ atribuye el cometido de la Policía Judicial a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o Entes Locales (artículos 443 a 446), y sus funciones se especifican en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en el RD 769/1987, de 19 de junio sobre Regulación de la Policía Judicial²⁴⁴.

Así, tan pronto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen conocimiento de un hecho constitutivo de delito de maltrato, acuden de inmediato al lugar de los hechos, dando asistencia inmediata a la víctima del delito. Las diligencias a practicar vienen definidas en el artículo 770 de la LECr., en el ámbito del procedimiento abreviado. Concretamente, y entre otras diligencias a practicar, les corresponde requerir la presencia de facultativos o del personal sanitario para la

²⁴⁴ LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; BOE núm. 63, de 14-3-1986; RD 769/1987, de 19 de junio sobre Regulación de la Policía Judicial; BOE núm. 150, de 24-6-1987(última actualización publicada el 29-1-2002).

atención de la víctima, si ello fuere necesario; tomar los datos personales y las direcciones de las personas que se encuentren en el lugar donde se cometió el hecho, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación o localización, tales como el lugar habitual de trabajo, números de teléfono, fax o dirección de correo electrónico; cumplir los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente; e informar al investigado, no detenido, de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. Corresponde a la Policía Judicial la redacción del atestado y su entrega al juzgado competente, poniendo a su disposición a los detenidos si los hay, y remitir una copia del mismo al Ministerio Fiscal.

Así mismo, además de la normativa mencionada debemos tener en cuenta la existencia de Protocolos de actuación de la policía en el caso de maltrato. Y así, podemos citar el Protocolo de Actuación Policial y Coordinación con los Órganos Jurisdiccionales en caso de agresiones por Violencia Doméstica y de Género y el Protocolo de Colaboración y Coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para la protección de las víctimas de Violencia Doméstica y de Género. El primero establece una guía de las principales actuaciones a llevar a cabo en el curso de la fase de investigación policial del delito de malos tratos, el seguimiento de las medidas de protección y el establecimiento y mantenimiento de la comunicación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con los órganos judiciales²⁴⁵. Por su parte, la aplicación del segundo pretende evitar una duplicidad de actuaciones que podrían tener como consecuencia una victimización secundaria en la mujer víctima de malos tratos, y optimizar los recursos humanos y materiales, al establecer unos criterios que permiten proporcionar a las víctimas una respuesta policial adecuada²⁴⁶.

²⁴⁵ Protocolo de Actuación Policial y Coordinación con los Órganos Jurisdiccionales en caso de agresiones por Violencia Doméstica y de Género; aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28-6-2005; disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-protocolos-de-actuación/Protocolos. Última consulta, 30-1-2018.

²⁴⁶ Protocolo de Colaboración y Coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para la protección de las víctimas de Violencia Doméstica y de Género; suscrito por el Ministerio del Interior y el Presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias el 13 de marzo de 2006; disponible en www.femp.es/files/566-375-archivo/web%20protocolo%20definitivo.pdf. Última consulta, 30-1-2018. Ver MARTINEZ GARCÍA, E.: "Protocolo sobre la Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", en *Protocolos sobre Violencia de Género. Guía sistemática sobre actuación ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los procedimientos de Violencia de Género*; Tirant lo Blanch; Valencia, 2009; págs. 165 a 168; SALVADOR MIGUEL, F.: "Actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", en

Destaca, así mismo, por su importancia en esta materia, el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia sobre la mujer en los supuestos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal²⁴⁷. Se trata de un procedimiento de uso policial dirigido a la adopción de medidas de seguridad policiales a favor de la víctima basado en las circunstancias constatadas en momentos concretos de la investigación. Este instrumento establece que, desde el mismo momento en que se tenga conocimiento de los hechos de violencia de género, tendrán que realizarse las acciones de averiguación que permitan determinar la intensidad del riesgo que soporta la víctima y las medidas policiales adecuadas para su protección hasta que el juez dicte las medidas que estime oportunas²⁴⁸. La utilización de dicha información en sede judicial debe ser considerada como parte del atestado, debiendo tener el órgano judicial medios suficientes para poder contrastarla con los informes periciales realizados en las Unidades de Valoración Forense Integral en todos los casos en los que resulte necesario²⁴⁹.

En esta línea de mejora del sistema de valoración del riesgo, se ha planteado la necesidad de adaptar el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género vigente hasta ahora a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en vigor desde el 28 de abril del mismo año. Esta Ley establece una serie de derechos procesales y extraprocesales de todas

Violencia en la familia. Estudio Multidisciplinar. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.); Dykinson, Madrid, 2010, págs. 271-311.

²⁴⁷ Aprobado por Instrucción núm. 10/2007, resolución de 10 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad; Modificado por la Instrucción núm. 5/2008, de 18 de julio de 2008 de la Secretaría de Estado de Seguridad, en [www.poderjudicial.es/.../Instruccion%2010-2007%20Interior%20Valoracion%20riesgo_1.0.0%20\(1\).pdf](http://www.poderjudicial.es/.../Instruccion%2010-2007%20Interior%20Valoracion%20riesgo_1.0.0%20(1).pdf). Última consulta, 30-1-2018. Sobre el tratamiento del riesgo en el proceso penal ver DELGADO MARTÍN, J.: “La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el Proceso penal”, en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal. Estudios de Derecho Judicial*, 121; CGPJ, 2007, págs.15-95.

²⁴⁸ Para poder concretar el nivel de riesgo de violencia y las medidas que hayan de adoptarse en cada caso para asegurar la protección es necesario que cuando se tenga conocimiento de un episodio de violencia de género, la actividad policial se dirija a determinar: los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima; las relaciones mantenidas con el agresor; los antecedentes del propio agresor y su entorno; las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y el agresor; la retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y la renuncia de la víctima al estatuto de protección concedido, tal y como establece el Protocolo y las Conclusiones del Seminario de Fiscales Especialistas en Violencia de Género celebrado en el año 2007. Disponible en www.fiscal.es/fiscal/PA_webApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Resumen_Conclusiones_Seminarios_Fiscales_Delegados_VG_2005.pdf. Última consulta, 30-1-2018.

²⁴⁹ Conclusiones aprobadas en el Curso de Formación Continua del CGPJ “La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género”; MARÍN LÓPEZ, P. Y LORENTE ACOSTA, M (Dirs.); Madrid, 10-12 septiembre de 2007.

las víctimas de delitos, incluidos los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género. La Ley introduce la necesidad de que los miembros de la policía judicial cumplan con los deberes de información previstos en la legislación vigente y además deberán llevar a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas policiales deberán ser adoptadas y garantizarles una protección adecuada. De ahí que se haya aprobado, en fecha 8 de julio de 2016 el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (en los supuestos de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre) y de gestión de la seguridad de las víctimas, que deja sin efecto las demás disposiciones en cuanto se opongan a lo dispuesto a esta Instrucción de igual o inferior rango²⁵⁰.

La valoración policial del riesgo se realiza tan pronto se toma declaración a la víctima en el momento de la denuncia. El nuevo Protocolo prevé expresamente que la primera valoración policial de la evolución del riesgo “se realizará, por regla general, una vez se celebre la vista judicial para resolver la solicitud de orden de protección, alejamiento o la imposición de otras medidas cautelares o, en su caso, el correspondiente juicio rápido, utilizando el formulario disponible en el Sistema VioGen. Todo ello sin perjuicio de que, por suceder los hechos que lo justifiquen, sea necesario efectuarla con anterioridad a las citadas actuaciones judiciales.”²⁵¹

Esta valoración puede responder a alguna de las siguientes tipologías: “riesgo no apreciado”, “riesgo bajo”, “riesgo medio”, “riesgo alto” o “riesgo extremo”. Además, se prevé que se produzca una actualización de la estimación del riesgo cuando se modifiquen las circunstancias inicialmente valoradas o se tenga conocimiento, con el transcurso del tiempo, de nuevos datos o antecedentes; o cuando las diligencias se vayan a dilatar en el tiempo, una vez finalizado el atestado o, incluso, tras dictarse la orden de protección.

²⁵⁰ Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas. Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-Actuacion/Protocolos-de-Actuacion.pdf. Última consulta, 30-1-2018.

²⁵¹ SOLÉ RAMÓN, A. M^a. : “La valoración del riesgo de las víctimas de Violencia de Género”, en *La Ley*, núm. 7353, 2 de marzo de 2010, págs.1 a 4. Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas. Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-Actuacion/Protocolos-de-Actuacion.pdf. Última consulta, 30-1-2018.

La VPER se prevé como una valoración periódica antes de las 72 horas cuando el riesgo inicial es extremo; antes de los 7 días si el nivel de riesgo inicial es alto; antes de los 30 días si el nivel es medio y antes de los sesenta días si es bajo. Si el nivel es no apreciado y hay orden de protección concedida la valoración del riesgo se realizara antes de los sesenta días. Todo ello sin perjuicio de nuevas valoraciones cuando lo solicite el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial o cuando se conozcan cambios significativos en las circunstancias y/o conducta de la víctima o del agresor²⁵².

El Sistema VioGen es un programa informático²⁵³ basado en datos estadísticos destinado a que la policía pueda realizar la valoración del riesgo en que se encuentra una presunta víctima de violencia de género. Dependiendo del grado de riesgo detectado para la integridad de la víctima, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad adoptarán las medidas de protección que consideren más adecuadas de forma gradual: a menos riesgo menos protección; y a más riesgo, más protección. Dichas medidas pueden consistir en: a) Realización de llamadas periódicas a la víctima; b) Custodia policial las 24 horas; c) Vigilancia electrónica del agresor; d) Asignación de teléfonos móviles; e) Vigilancia policial no continuada. En el caso de riesgo extremo se recogen como medidas obligatorias la vigilancia permanente de la víctima, el control intensivo de los movimientos del agresor y la vigilancia, en su caso, en entrada/salida de centros escolares de los hijos.

El informe de valoración del riesgo forma parte también del atestado policial y junto con la documentación remitida a los órganos jurisdiccionales, señalando el nivel del riesgo y las medidas a adoptar²⁵⁴.

La importancia de estos Protocolos de actuación es obvia, en tanto que protegen a la víctima de maltrato de futuras agresiones y no cabe prescindir de ellos

²⁵² Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas. Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-Actuacion/Protocolos-de-Actuacion.pdf. Última consulta, 30-1-2018.

²⁵³ La aplicación informática ofrece una valoración del nivel de riesgo y una serie de medidas policiales a adoptar para la protección de las víctimas, de acuerdo con el mismo. Ver también el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de Violencia Doméstica y de Género de 28 de junio de 2005 en cuanto a las medidas de protección que pueden ser acordadas.

²⁵⁴ Ver las Conclusiones del Seminario de Fiscales Especialistas en Violencia de Género celebrado en el año 2007. Disponible en www.fiscal.es/fiscal/PA_webApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Resumen_Conclusiones_Seminarios_Fiscales_Delegados_VG_2005.pdf. Última consulta, 30-11-2017.

en cuanto pueden ser determinantes en esta función. Su desconocimiento o no puesta en práctica puede dar lugar a que no se tengan en cuenta aspectos relevantes en orden a la determinación del hecho punible y de la autoría del maltrato, con todo lo que ello puede comportar a efectos probatorios.

1.1.1 El uso de dispositivos electrónicos en el ámbito del maltrato como medida de protección

El uso de dispositivos electrónicos en el ámbito de la violencia de género y concretamente el empleo de los “brazaletes” de localización y sistemas de detección del incumplimiento de la orden de alejamiento, son supervisados por las unidades de policía encargadas de la protección de las víctimas. El artículo 64.3 de la Ley 1/2004 prevé que podrá acordarse la utilización de instrumentos de tecnología adecuada para verificar de inmediato el incumplimiento de las medidas de alejamiento. De este modo, la posibilidad de utilización de tales mecanismos, prevista inicialmente sólo para los penados, se hace extensiva al control de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género en el ámbito de la Ley Integral.

El Ministerio de Igualdad, en cumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2008, puso en marcha el "Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos de las Medidas de Alejamiento en materia de Violencia de Género" (en adelante el Sistema), cuyo objetivo principal era mejorar la seguridad y protección de las víctimas y generar confianza para poder abordar su recuperación. El Sistema permite verificar el cumplimiento de las medidas cautelares de alejamiento de la víctima impuestas en los procedimientos que se sigan por violencia de género en que se estime oportuno, de acuerdo con las pautas y reglas que, en su caso, haya establecido la autoridad judicial y de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo. De igual modo, el Sistema proporciona información actualizada y permanente de las incidencias que afecten a su cumplimiento. La mejora del contexto de seguridad por medio de este Sistema busca

tres consecuencias básicas: a) hacer efectivo el derecho de la víctima a su seguridad; b) documentar el posible quebrantamiento de la medida de alejamiento, y c) disuadir al agresor.²⁵⁵

Así, el Protocolo, aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 6 de julio de 2009, tiene por finalidad garantizar y homogeneizar la plena operatividad del Sistema, estableciendo pautas generales de actuación y comunicación de las personas que intervienen en estas situaciones, así como el conocimiento por éstas de su funcionamiento y virtualidad, que facilite la adecuada intervención en cada supuesto concreto. En fecha 8 de julio de 2009 se adoptó el Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado para la implantación del Protocolo de Actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género.²⁵⁶

Estos mecanismos se utilizan en el ámbito de la ejecución de penas de alejamiento, en situaciones excepcionales, para penados en libertad y en atención al alto riesgo detectado de reiteración. Vienen regulados en el Protocolo y tienen una eficacia condicionada por la instalación conjunta a ambos usuarios y a su correcta utilización; de nada sirve que la víctima lleve el dispositivo si el investigado/condenado no lo hace. En tales casos, puede generar en la víctima una falsa sensación de seguridad que le puede llevar a relajar, indebidamente, su autoprotección. Si el que lo lleva sólo es el investigado/condenado pero no la víctima su eficacia es limitada pues el dispositivo garantiza el control del cumplimiento de la pena o medida sólo en relación a zonas de exclusión fijas (domicilio de la víctima, lugar de trabajo, colegio de los hijos comunes...²⁵⁷).

El sistema de seguimiento por medios telemáticos genera unas alarmas ante cualquier incidencia técnica grave que suponga el cese de su funcionamiento por

²⁵⁵ Protocolo de Actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento en materia de Violencia de Género, de 8 julio de 2009, pág. 1. Disponible en www.juntoscontralaviolenciadoméstica.com/legislacion/protocolos. Última consulta, 24-11-2017

²⁵⁶ En fecha 11 de octubre de 2013 se procedió a su modificación para introducir mejoras técnicas. La nueva versión del Protocolo está disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/protocolo-de-actuacion-sistema-de-seguimiento-por-medios-telematicos-de-las-medidas-y-penas-de-alejamiento-en-materia-de-violencia-de-genero. Última consulta, 24-11-2017

²⁵⁷ Ver Conclusiones del VII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer del año 2012, ob. cit.

ejemplo, ante la entrada del usuario en las zonas de exclusión fijas o móviles o, cuando se produce una aproximación a la víctima o a la zona de exclusión con pérdida de cobertura del sistema de localización²⁵⁸. Estas alarmas determinan la puesta en marcha del sistema de protección con el aviso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a la propia víctima. De ahí que la inutilización, manipulación, rotura o cualquier otra actuación del usuario tendente a hacer ineficaz el dispositivo, provocarán la inmediata actuación del Centro de Control respectivo encargado de gestionar estos dispositivos²⁵⁹.

1.1.2 El atestado policial

La relevancia de las declaraciones efectuadas tanto por la víctima, como por el agresor, o terceras personas testigos del maltrato, a los agentes de policía y la declaración testifical del agente de policía que acude en auxilio de la víctima como testigo directo o como testigo de referencia, son cuestiones jurídicas que se plantean actualmente, que están directamente relacionadas con el atestado policial y con la prueba en el acto del juicio oral. De ahí su importancia y la dedicación de este apartado.

Se denomina atestado al conjunto de diligencias que practica la Policía Judicial en las que especifican los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio de delito. Y ello, tanto si han tenido conocimiento del hecho delictivo directamente en el ejercicio de sus funciones, o bien en virtud de denuncia de la víctima.²⁶⁰

Los contenidos mínimos exigibles al atestado policial vienen constituidos por: la manifestación de la víctima; los datos personales de la víctima y del agresor; los datos del grupo familiar; la descripción suficiente de los hechos; la solicitud

²⁵⁸ Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer del año 2016; Madrid, 7 y 8 de noviembre de 2016; pág. 30. Disponible en www.fiscal.es/fiscal/.../2016%CONCLUSIONES%DEFINITIVAS%20XII...pdf. Última consulta, 7-12-2017.

²⁵⁹ Conclusiones del XII Seminario..., *ídem*; el artículo 468.3 CP tipifica el delito de manipulación y/o inutilización de los dispositivos telemáticos del art. 468.3 CP, de manera que el tipo sanciona tanto la inutilización del dispositivo como la perturbación de su normal funcionamiento, el no llevarlo consigo y el omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento.

²⁶⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "La fase de instrucción", en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; Cóllex; Madrid, 2003; pág. 184.

de medidas de protección y seguridad; la comparecencia y las manifestaciones del denunciado; las manifestaciones de los testigos y su identificación; la declaración y la identificación de los agentes de policía que hayan intervenido en auxilio de la víctima; las diligencias de verificación y de comprobación de la denuncia; la diligencia de detención e información de derechos; la diligencia de incautación de armas; la diligencia de aportación de antecedentes referidos al presunto agresor; la diligencia de remisión de los informes médicos, psicológicos y sociales; la diligencia de medidas cautelares adoptadas para la protección de la víctima; la diligencia de evaluación del riesgo y la diligencia de remisión del atestado al órgano judicial²⁶¹.

1.1.3 La recogida de pruebas

En el ámbito del maltrato aparecen distintas dificultades probatorias que nos proponemos analizar en este trabajo. Una de ellas es el ámbito, lugar o espacio en donde con más frecuencia se producen estos hechos delictivos, cual es el domicilio familiar o el domicilio de la víctima. Ello comporta que, en la mayoría de las ocasiones, la víctima sea el único testigo directo de los hechos. Tanto en estos casos, como en aquellos en los que la víctima manifiesta su intención de no denunciar, el atestado debe recoger todos aquellos aspectos relevantes que puedan servir como indicios de la existencia de un maltrato.

Como hemos dicho, muchas mujeres víctimas de violencia de género, o bien son las únicas testigos de los hechos, o bien manifiestan a los agentes que intervienen y que acuden en su auxilio, su voluntad de no denunciarlos. Incluso niegan que éstos hayan ocurrido, o se retractan de lo manifestado *in situ* a la policía en el momento que ésta les toma declaración en comisaría. Con demasiada frecuencia en estos casos las víctimas, en comisaría, retiran la denuncia o se acogen a su derecho a no declarar en virtud de la dispensa del artículo 416 de la LECr. Por ello, el atestado policial no sólo debe reflejar estas circunstancias concretas en relación a la víctima sino también, y con el fin de no dejar el proceso huérfano de prueba, debe reflejar en particular: el estado psicológico en el que

²⁶¹ Anexo I del Protocolo de Actuación Policial y Coordinación con los Órganos Jurisdiccionales en caso de agresiones por Violencia Doméstica y de Género.

se encuentra la víctima (llorosa, asustada, en estado de ansiedad...); las lesiones que son apreciables (hematomas, rojeces, sangre...); las partes del cuerpo en las que se encuentran estas lesiones; el estado de la vivienda o lugar de la comisión del delito (signos de lucha, desorden, objetos rotos...); posibles partes médicas de asistencia; si se niega a ser trasladada a un centro médico; averiguar si ha sido asistida en alguna otra ocasión anterior por hechos similares al objeto de poder recabarlos; las manifestaciones de los vecinos que pueden indicar si las discusiones o las agresiones son frecuentes; la manifestación y filiación de los testigos presenciales de los hechos; la identificación de los agentes que fueron comisionados en el lugar de los hechos y que practicaron la actuación policial, los cuales podrán ser tenidos en el acto de la vista oral como testigos de referencia y como testigos directos de cuánto percibieron directamente, de las lesiones que presentaba la víctima y su estado de ánimo; y las manifestaciones realizadas por el detenido en aquellos casos en los que realiza un reconocimiento, aunque fuere parcial, de los hechos de forma espontánea a los agentes²⁶².

Debemos tener en cuenta que en muchos casos la actuación policial viene precedida de una llamada de las víctimas, de vecinos o del propio agresor a un servicio de emergencias “112”, a la policía, o a urgencias médicas, los cuales suelen gravar este tipo de llamadas. Será importante consignar también esta circunstancia ya que pueden suministrar información respecto de lo sucedido una vez la autoridad judicial haya reclamado dichas grabaciones²⁶³.

1.1.4 Valor probatorio del atestado y dificultades probatorias

Con relación al atestado, cabe distinguir dos aspectos: por una parte, la existencia de datos objetivos e incontestables de imposible reproducción en el acto de juicio oral como, por ejemplo, la detención del agresor, la ocupación material de los efectos e instrumentos del delito o las fotografías tomadas del estado de

²⁶² MARTINEZ GARCÍA, E.: “Protocolo sobre la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en *Protocolos sobre Violencia de Género. Guía sistemática sobre actuación ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los procedimientos de Violencia de Género*; Tirant lo Blanch; Valencia, 2009; págs. 160 a 163.

²⁶³ DE HOYOS SANCHO, M.: “¿Cómo probar los malos tratos familiares?”, en *La Prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*. ABELLUCH, X; PICÓ I JUNOY, J.; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dirs.); *La Ley*, 2011; pág. 1207.

la vivienda o de las lesiones que presentaba la víctima observadas por la policía. Y por otra parte, la existencia de aquellos otros elementos que son fuente de prueba y respecto de los cuales la Policía Judicial debe reunir los datos de prueba necesarios a través de los diferentes medios de prueba, como son las declaraciones de la víctima, de los testigos o el interrogatorio de los sospechosos, situaciones, que por sí mismas sí son reproducibles en el acto del juicio oral.

Respecto a estos dos aspectos del atestado, su valor y, directamente relacionado con ello, las funciones de la Policía Judicial, el TC se ha pronunciado respecto al primero, en el sentido que cuando la obtención de estos datos objetivos, no reproducibles en el juicio, se ha llevado a cabo con todas las formalidades legales y garantías constitucionales, éstos tienen valor de prueba preconstituida. Es decir, junto a la facultad investigadora, el ordenamiento jurídico español también habilita a la Policía Judicial para asumir una función aseguradora del cuerpo del delito, así como la función de acreditar su preexistencia mediante actos de constancia (artículos 282 y 292 LECr. y 4 y 28 R.D. 769/1987 de 19-6-1987 de regulación de la Policía Judicial). Y es en lo que se refiere a estos actos de constancia que la jurisprudencia ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa²⁶⁴. En definitiva, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables como

²⁶⁴ STC 303/1993, de 25 octubre; Recurso 1669/1989; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra. FJ. 4º; BOE núm. 286, de 30-11-1993. El TC se pronuncia en esta sentencia sobre el valor de la prueba policial indirecta y subraya que lo declarado a la policía "(...) al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECr. (...) por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige (...) en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (...) A la Policía Judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el artículo 126 CE es la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría. Ahora bien, junto a esa facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito (...) así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. En concreto, y en lo que a tales actos de constancia se refiere, este Tribunal ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas de alcoholemia, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa." Tienen el valor de prueba preconstituida, pero ello no significa —como señala el TC— "(...) que tales diligencias participen —en cualquier caso— de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la Policía Judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o necesidad, pues no en vano la Policía Judicial actúa en tales diligencias "a prevención" de la Autoridad judicial".

pueden ser planos, fotografías o croquis y pueden ser introducidas en el juicio oral como prueba documental preconstituida a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes. Y ello por cuánto ninguna de estas partes del atestado es practicable, directamente, en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias²⁶⁵.

Por otra parte, y respecto a las demás manifestaciones o informes de los agentes de la autoridad, así como las manifestaciones de la víctima, del investigado y de los testigos, no poseen otro valor que el de una mera denuncia (art. 297 LECr). Por ello, en sí mismos, no son medio de prueba sino objeto de prueba.

Por esa razón los hechos afirmados en el atestado han de ser introducidos en el acto de juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado o la declaración de la víctima, de los testigos y del acusado, en el acto de juicio oral²⁶⁶.

En torno a la valoración de dichas manifestaciones debemos tener en cuenta dos circunstancias: en primer lugar, la regla general de que el atestado carece por sí mismo de valor probatorio y que su validez es a los efectos de denuncia²⁶⁷. Y en segundo lugar que, la excepción limitada a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, de 14-3-1994²⁶⁸ se lee que "(...) tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible". Este Tribunal ha establecido muy claramente que "(...) las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por

²⁶⁵ STC 138/92, de 13 octubre; Recurso 352/1989; Ponente: Sr. Rafael de Mendizábal Allende; FJ. 3º; BOE nº 276, 17 nov. 1992; corrección de errores BOE nº 37 suplemento 12 febrero de 1993. STC 157/95, de 6 noviembre; Recurso 717/1992; Ponente: Sr. Rafael de Mendizábal Allende; FJ.3º; BOE nº 284 suplemento, 28 de noviembre de 1995.

²⁶⁶ STS 433/2008, de 3 de julio; Recurso nº 11246/2007; Ponente: Sr. Luciano Varela Castro; ROJ STS 3837/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 3837; FJ. 2º.

²⁶⁷ La STS 1007/2007, de 23 de noviembre; Recurso 12/2007; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 8304/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 8304; FJ. 6º señala que "(...) los atestados de la policía judicial no constituyen medio de prueba en sí mismos, sino que, y como prescribe el artículo 297 LECr., deben tener sustancialmente el valor de denuncia, por lo que no constituyen un medio, sino un objeto de prueba".

²⁶⁸ STC 79/1994, de 14 de marzo de 1994; Recurso 2053/91; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 3º; BOE núm. 89, 14 de abril 1994.

los órganos judiciales”. Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del principio contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria²⁶⁹.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 28 de noviembre de 2006²⁷⁰ vino a establecer que las declaraciones válidamente presentadas ante la policía podían ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia²⁷¹. Así, era necesario que se realizaran con cumplimiento de la información sobre el derecho a no declarar en virtud de la dispensa prevista en el artículo 416 LECr; y debían ser introducidas en el juicio oral por la vía del art. 730 LECr. o del art. 714 LECr., mediante la lectura de las mismas, y en los supuestos específicos previstos en estos preceptos y con cumplimiento de sus requisitos²⁷². Sin embargo, este acuerdo dio lugar a algunas resoluciones judiciales contradictorias y, por ello, ha sido sustituido por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 3 de junio de 2015²⁷³, que señala expresamente

²⁶⁹ La citada doctrina ha sido confirmada por la STC 51/1995, de 23 de febrero; Recurso 2397/92; Ponente Sr. Pedro Cruz Villalón; FJ.2º; BOE núm. 77, 31-3-1995 y STC 206/2003, de 1-12-2003; Recurso 404/2001; Ponente: Sr. Javier Delgado Barrio; FJ. 2º; BOE núm. 7, Suplemento de 8-1- 2004. En tales resoluciones se afirma que a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo. En el mismo sentido, la STS 260/2012, de 4-4-2012; Recurso 1053/2011; Ponente: Sr. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez; Roj: STS 2309/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 2309; FJ. 1º señala que “(...) el art. 297 de la propia ley es claro al disponer que “los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de policía judicial (...) se considerarán denuncias para los efectos legales”. Es decir, a todos los efectos del proceso. Y lo mismo al subrayar que, para que las declaraciones de los funcionarios policiales “ten(gan) el valor de declaraciones testificales” deberán versar sobre “hechos de conocimiento propio”, es decir, sobre actos o datos (extraprocesales) de los que supieren por sí mismos, y no a través de las manifestaciones de otros”.

²⁷⁰ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2006 disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala. Última consulta, 30-1-2018.

²⁷¹ Un estudio exhaustivo de la actividad policial con incidencia probatoria lo encontramos en GARCÍA MUÑOZ, P. L.: “La actividad policial con incidencia probatoria”, en *Estudios sobre Prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. Capítulo IV; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.) ABEL LLUCH, X. (Coord.); *La Ley*, 2010, págs. 171 a 233.

²⁷² ORTEGA CALDERÓN, JL: “La superación procesal del ejercicio por la víctima de Violencia de Género de la dispensa legal a declarar”, en *La Ley*, núm. 6820, 14 de noviembre de 2007, págs. 6 y 7.

²⁷³ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2015, disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala. Última consulta, 30-1-2018.

que “las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio y que no pueden operar como corroboración de los medios de prueba ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECr., ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECr. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron”.

Con relación a dicho Acuerdo la conclusión que podemos extraer es que la declaración policial sea de una víctima o del agresor, en sí misma, no tiene ningún valor probatorio. Simplemente es un testimonio con valor de denuncia que consta en el atestado y que accede al proceso a través del mismo. Si no es ratificada en sede judicial queda en un acto documentado sin más. Tampoco podrán introducirse las declaraciones ante la policía en el juicio oral por la vía de los artículos 714 LECr. y 730 LECr., porque no se trata de declaraciones sumariales, es decir, no han sido realizadas ante el juez de instrucción, que son las únicas que pueden acceder al juicio oral por la aplicación de estos preceptos.

No obstante, el Acuerdo de fecha 3 de junio de 2015 sí añade que “sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.”

El acuerdo, en este aspecto se aplicaría al agresor que en su declaración policial se autoinculpa pero no se ratifica o la modifica ante el juez de instrucción. Así, la regla general de considerar a las diligencias practicadas en la fase policial como actos documentados con valor de denuncia solamente admite esta excepción. Y solo en relación a los datos manifestados por el inculpaado, en su autoinculpación a la policía, que evidencien circunstancias que son veraces por verdaderos medios de prueba y de los cuales puedan realizarse inferencias en relación a la acreditación del maltrato.

Cabe preguntarnos si esta excepción también operaría en el caso de la declaración policial de la víctima cuando sus manifestaciones son acreditadas como veraces por verdaderos medios de prueba, como por ejemplo la prueba directa de testigos presenciales del maltrato. Siguiendo el tenor literal del

Acuerdo de 2015 ello no sería posible. Ello es debido a la no ratificación en sede judicial, ante el Juez Instructor, y en el acto de juicio oral ante el Juez de lo Penal, de las manifestaciones de la víctima y de los testigos de maltrato, lo que impide que puedan ser introducidas en el acto del juicio y, por tanto que puedan ser valoradas en orden a dictar una sentencia condenatoria. Y son numerosos los supuestos en los que ello ocurre en la práctica diaria de los Juzgados de lo Penal en relación a los delitos de maltrato ocasional que llegan a enjuiciarse, con la consiguiente sentencia de contenido absolutorio como resultado.

1.2 La *notitia criminis* y la intervención de los servicios sanitarios. Los Protocolos de actuación

Debemos hacer necesaria mención en este apartado a la intervención de los servicios sanitarios en los casos de violencia sobre la mujer y de la importancia del parte de urgencias. Los servicios sanitarios se encuentran en una situación privilegiada en la detección del problema de la violencia de género dado el fácil acceso y el contacto directo de la víctima con el médico que la atiende, ya sea el de cabecera o el de urgencias (artículos 15 y 32 de la LO 1/2004). Sobre ellos recae la obligación de denunciar ante la Administración de Justicia aquellos casos en los que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones. En el año 2006 fue aprobado el Protocolo Común para la Atención Sanitaria ante la Violencia de Género con la finalidad de dar a los sanitarios unas pautas de actuación comunes en los casos de violencia sobre las mujeres con independencia de quien sea el agresor²⁷⁴.

En el ámbito específico de Catalunya, en el año 2009 se elaboró el *Protocol per a l'abordatge de la violencia masculista en l'àmbit de la salut a Catalunya*, cuyo Documento Marco seguiremos en este apartado al ser esta la realidad en la que nos movemos y que conocemos por contacto, en el día a día de nuestro trabajo, por lo que entendemos que supone un encuadre más detallado y aproximado del

²⁷⁴ En 2012, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad editó una nueva versión del Protocolo Común de Actuación Sanitaria contra la Violencia de Género que actualizó el anterior; está disponible en www.mssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS_pdf/equidad/Prot-ComActSan2012.pdf Última consulta, 30-9-2017.

objeto de este apartado y de nuestro punto de vista personal²⁷⁵. La hiperutilización de los servicios sanitarios con alternancia de periodos de largas ausencias; el incumplimiento de citas y de tratamientos; la utilización repetitiva de los servicios de urgencias; las hospitalizaciones frecuentes sin diagnóstico que lo justifiquen; la presentación de lesiones durante la consulta; la presencia constante de la pareja a la misma; así como la actitud, tanto de la pareja como de la mujer, durante la consulta, son indicadores de la posible existencia de un caso de violencia de género²⁷⁶. En los casos en los que, realizada la valoración correspondiente, se sospecha la existencia de maltrato el protocolo distingue supuestos en los que la mujer manifiesta no sufrir violencia de aquellos otros en los que la mujer lo reconoce. En todo caso, habría que reflejar en la historia clínica que, en la fecha correspondiente, la mujer se halla o en una situación de sospecha de violencia o en una situación de violencia, así como anotar el plan de seguimiento acordado. Este registro puede servir como prueba documental en un proceso judicial penal por maltrato. También como parte de la prueba pericial en la que se apoyen los médicos forenses y los propios médicos que la hubieren elaborado y finalmente como prueba de referencia e indiciaria. Concretamente, va a resultar muy útil transcribir los hechos referidos por la paciente en relación a la agresión, esto es, la fecha, el lugar, el tipo de agresión y los actos realizados por la víctima después de ésta y antes de la exploración médica, así como la existencia de adicciones y de antecedentes de violencia, si los hubiere²⁷⁷. Además existe la posibilidad de realizar e incluir en la historia clínica un informe social de los trabajadores sociales del hospital o centro médico. Dicho informe podría ser útil para futuros procesos judiciales ya que puede aportar el diagnóstico y la valoración social de la situación de violencia²⁷⁸. Todas estas cuestiones probatorias las vamos a analizar sucesivamente en los epígrafes siguientes del presente capítulo.

²⁷⁵ “Protocol per a l’abordatge de la violència masclista en l’àmbit de la salut a Catalunya: Document Marc.” Ed. Departament de Salut. Ministerio de Sanidad, 2009. Disponible en www.violenciadegenere.mssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/protocolosAmbitoAutonomico/sanitario/docs/protocolo-cataluña.pdf. Última consulta, 30-1-2018.

²⁷⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Protocolo sobre intervención del personal sanitario...”, ob. cit., págs. 180 a 196.

²⁷⁷ En torno al registro en la historia clínica, ver MARTÍNEZ GARCÍA, E.: ob. cit., págs. 185 a 187.

²⁷⁸ Para un tratamiento exhaustivo del tema, ver FÁBREGA RUIZ, C. F.: “La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales”, en *La Ley*, núm. 6247, 6 mayo 2005, págs. 3-5.

1.2.1 La historia clínica

El acceso al historial clínico con fines probatorios plantea diferentes cuestiones. La historia clínica se define como el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial; y se entiende por “documento” cualquier tipo o clase de soporte que contenga un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial²⁷⁹. Toda esta información está protegida en tanto que vinculada a la posible vulneración del derecho a la intimidad personal del paciente²⁸⁰. El acceso a dichos datos viene permitido cuando el afectado consienta expresamente pero también en caso que así lo dispongan jueces y tribunales en el proceso correspondiente. En este sentido, es a la autoridad judicial, y concretamente al juez o tribunal encargado de la investigación del delito de maltrato ocasional, a quien le corresponde el control del acceso a dichos datos clínicos siendo necesaria una motivación y la justificación de dicho acceso²⁸¹; justificación que vendrá dada en términos de necesidad entendida como pertinencia y necesaria proporcionalidad con el fin perseguido y en la que se debe determinar expresamente los extremos concretos de la historia clínica a los que

²⁷⁹ Artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. Publicada en el BOE núm. 274, 15-11-2002 (última actualización publicada el 29-7-2015). Esta Ley regula de forma expresa los requisitos necesarios para llevar a efecto tratamientos sobre la historia clínica con fines judiciales. Y hace una remisión expresa al cumplimiento de la normativa en materia de protección de Datos de Carácter Personal configurada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13-12-1999 (LOPD), publicada en el BOE núm. 298, 14-12-1999 (última actualización publicada el 5-3-2011) y de la Ley 14/1986, de 25-4-1986, General de Sanidad, publicada en el BOE núm. 102, 29-4-1986. Así mismo habrá que tener en cuenta la Ley 44/2003, de 21-11-2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, publicada en el BOE núm. 280, 22 de noviembre de 2003 (última actualización publicada el 28-3-2014). Última consulta, 30-9-2017.

²⁸⁰ La STC 70/2009, de 23-3-2009; Recurso 2826/2004; Ponente. Sra. María Emilia Casas Baamonde; FJ. 2º a 6º; BOE núm. 102, 27-4-2009, señala que la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos a que la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada. Ver también, PINEDO GARCÍA, I.: “La historia clínica como medio probatorio de la vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal y autonomía del paciente”, en *La Prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*; ABEL LLUCH, X; PICÓ I JUNOY, J; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.); *La Ley*; 2011, págs. 981 a 1002.

²⁸¹ Así, la STS 990/2012, de 18-10-2012; Recurso 2343/2011; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj. STS 8258/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 8258, FJ. 1º, confirma la sentencia de condena para una enfermera que reveló datos del historial clínico-psiquiátrico de una paciente obrante en el archivo de un hospital público.

puede accederse²⁸². Así, cuando las partes soliciten el acceso a los datos clínicos de una persona llamada como testigo deben identificar las razones que pueden justificar la limitación al derecho a la intimidad de aquélla, sin que pueda bastar la invocación genérica, por ejemplo, a la necesidad de un juicio técnico sobre la credibilidad. Señala Hernández García que a los datos clínicos sólo se puede acceder si este acceso constituye un mecanismo indispensable para la reconstrucción probatoria de los hechos justiciables, por ejemplo, para acreditar la existencia de una patología previa que se ha visto agravada por la lesión que es objeto de acusación, o por el contrario, para defenderse de la acusación²⁸³.

En la práctica diaria no es frecuente acudir a la historia clínica de la víctima entre otras razones porque nos estamos refiriendo a maltratos ocasionales que se suelen tramitar por el procedimiento de diligencias urgentes propio de los juicios rápidos. Además, también existe la dificultad de que, aunque una misma víctima presente varios partes médicos de diferentes agresiones, normalmente se trata de visitas urgencias, muchas veces de distintos centros médicos y atendidas por personal sanitario distinto, sin que haya en dichos centros una historia clínica de la víctima donde referir todos estos episodios.

1.2.2 La obligación legal de poner en conocimiento del juzgado las sospechas de maltrato y el deber deontológico del secreto profesional

Otra de las cuestiones que se plantea en esta materia es el enfrentamiento entre los deberes éticos y legales de los profesionales sanitarios. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece la obligación de respetar la autonomía de la víctima y mantener el compromiso de confidencialidad respecto a la información conocida en virtud del ejercicio profesional. Pero también son obligaciones del personal sanitario la de velar por la vida y la salud y la de evitar perjuicios a la misma. Por otra parte, el art.

²⁸² Entre otras, la STC 57/1994, de 28-2-1994; recursos acumulados 2302/1990 y 1445/1991; Ponente: Sr. Julio Diego González Campos; FJ. 5º y 6º; BOE núm. 71, de 24-3-1994. Ver, en este sentido, el tratamiento exhaustivo de la cuestión realizado por SARRATO MARTÍNEZ, L.: "La historia clínica y su acceso con fines judiciales", en *La Ley*, núm. 6854, 4 enero 2008, Ref. D-4.

²⁸³ HERNANDEZ GARCÍA, J. (Dir.) Y OTROS: *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada*. CGPJ; 2009, pág. 386.

262 LECr. señala que “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante”. Respecto de la deontología y secreto profesional y el deber de declarar en los procedimientos judiciales, entendemos que el secreto deberá ceder ante otros intereses de mayor preeminencia; el deber de secreto médico se halla recogido en múltiples disposiciones entre las que cabe destacar el artículo 10 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; y en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, entre otras. También los artículos 198 y 199 CP tipifican el delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Por todo ello cabe preguntarnos cuándo debe ceder este deber de secreto. Y para ello cabe ver si tiene o no rango constitucional directamente aplicable por el facultativo. Nosotros entendemos que no a falta de desarrollo legislativo. El artículo 24 de la CE señala en su párrafo segundo que “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”. La falta de desarrollo legislativo del último párrafo del art. 24 CE, que deja en manos del legislador el desarrollo legal de los casos en los que por razón de secreto profesional no se está obligado a declarar, crea incertidumbre sobre todo en el ámbito sanitario²⁸⁴.

Entendemos que frente al secreto profesional del médico que ha elaborado la historia clínica o el centro médico que la custodia y que no desea entregarla, cabe perfectamente alegar derechos de mayor rango y dignos de una mejor protección. Estos derechos serían el artículo 118 CE y la obligación de colaborar

²⁸⁴ DE HOYOS SÁNCHEZ, M.: “¿Cómo probar los malos tratos familiares?”, en *La Prueba judicial...*, ob. cit., pág. 1.192. La autora entiende que el artículo 262 LECr resulta poco contundente por la ausencia de una previsión legal de las consecuencias que, para el facultativo, debería comportar la falta de denuncia cuando, apreciando su existencia, se abstiene de denunciar el maltrato y aboga por fortalecer el deber de denuncia del personal médico, aparejando sanciones penales al incumplimiento de su obligación. Sobre esta cuestión véase también, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Límites al deber de secreto médico profesional y Derecho Penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009, págs. 1 a 32.

con la Administración de Justicia; el propio artículo 24.1 CE y el derecho de la víctima de malos tratos a una tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; el artículo 18 de la Ley Básica de Autonomía del Paciente y el derecho de la víctima de acceso a la documentación obrante en la historia clínica. Por otra parte corresponde a la Ley delimitar los casos en los que no se está obligado a declarar, en este caso a no entregar la historia clínica, y así lo indica la propia CE por mandato directo de ésta, por lo que no cabe admitir una aplicabilidad directa sin desarrollo normativo de este párrafo del artículo 24.2 CE²⁸⁵.

Por tanto, consideramos que el deber de secreto solo cede cuando así lo establezca directamente una Ley o cuando exista una resolución judicial en los términos en los que nos hemos expresado en el apartado anterior. Todo ello sin perjuicio del consentimiento del interesado o de sus representantes legales o de la transmisión de información relativa al paciente a otros facultativos necesaria para la realización de pruebas, por cuanto a éstos también les afecta el deber de secreto profesional²⁸⁶

1.2.3 Dificultades probatorias. Los partes médicos y la declaración de los sanitarios en el juicio oral

En los casos de violencia confirmada existe la obligación legal -en virtud del artículo 262 LECr. que establece que “los profesores de cirugía, medicina o farmacia tendrán la obligación de comunicar al Juez o al Ministerio Fiscal los delitos públicos de los que tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus actividades profesionales”- de poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de lesiones o de otros síntomas, lo cual se realiza mediante la notificación al juzgado de instrucción del informe de lesiones y del informe médico correspondiente, los cuales actúan como denuncia. En algunas ocasiones, se trata de un parte de

²⁸⁵ CANTERO RIVAS, R.: “El contenido de la historia clínica: contenido mínimo y reserva profesional del médico. La petición de la historia clínica por un órgano judicial: motivación y supuestos. La eventual negativa médica a la entrega de la historia clínica”, en *El juez civil ante la investigación biomédica*; en *Cuadernos de Derecho Judicial*, X, CGPJ, 2004; pág. 410. Ver también, DÍAZ MÉNDEZ, N.: “Historia clínica. Titularidad. Acceso. Uso y Conservación”, en *El juez civil ante la investigación biomédica*; en *Cuadernos de Derecho Judicial*, X, CGPJ, 2004; págs. 326 y 327.

²⁸⁶ CANTERO RIVAS, R.: ob. cit., pág. 408.

comunicación al juzgado que no va acompañado de ningún informe médico más adicional. Este parte de comunicación al juzgado resulta del todo insuficiente para que el médico forense pueda hacer una valoración completa y exhaustiva del estado de la víctima en el momento mismo de la agresión. Se requiere, además de aquél, la remisión al juzgado del informe médico de urgencias. Pero aun así, ello puede resultar insuficiente por dos motivos. En primer lugar, porque no siempre la mujer agredida acude al mismo centro médico de urgencias, con lo que no hay un seguimiento completo de la situación y la remisión del parte médico de urgencias deviene insuficiente. En segundo lugar, se da la circunstancia de que, en muchos supuestos de maltrato, incluso ocasional, la víctima es derivada al psiquiatra de urgencias que valora su situación y dicho informe no se acompaña al juzgado ni se pone en conocimiento del mismo la existencia de dicha valoración psiquiátrica para que, junto a las lesiones, pueda ser valorada por el médico forense. Por tanto, en la prueba de las lesiones tanto físicas como psíquicas, va a ser esencial tanto el parte de asistencia inicial como el parte asistencial de valoración por parte del psiquiatra de urgencias, ya que el parte de comunicación al juzgado contiene menos detalles.

En el acto de juicio oral, en numerosas ocasiones, es citado el médico que atendió a la víctima durante su asistencia en urgencias. Sus declaraciones resultan importantes en orden al informe médico del cual son responsables. Pero también son importantes como testigo directo de lo puede haber presenciado y como testigo de referencia de aquello que le ha relatado la víctima. No obstante, existen importantes limitaciones a la hora de valorar sus declaraciones. En primer lugar, debido fundamentalmente al tiempo transcurrido es probable que no recuerde los hechos concretos de su pericia y, por ello, se limite a ratificar su informe y a contestar aquellas preguntas relacionadas con lo recogido en el mismo. Y en segundo lugar, presenta serias dificultades a la hora de recordar los demás detalles relacionados con su actuación, no como perito, sino como testigo directo o testigo de referencia y ello debido, no solo al tiempo transcurrido desde la visita efectuada en urgencias hasta el momento de declarar en el juicio oral, sino también a la excesiva acumulación de trabajo.

Para concluir este epígrafe, nosotros consideramos muy útil y necesaria una revisión del *Protocol per a l'abordatge de la violència masclista en l'àmbit de la*

*salut a Catalunya*²⁸⁷ haciendo hincapié en dos aspectos: por un lado en la necesaria derivación de todas las mujeres maltratadas a una visita psiquiátrica en urgencias o en el centro sanitario al que acuda la víctima; y por el otro en la necesidad de la remisión del informe psiquiátrico correspondiente de dicha visita al juzgado junto con el parte médico de lesiones físicas. Y ello porque, en la mayoría de los casos, va a implicar un examen del estado psíquico de la víctima instantes después de la agresión, lo que puede ayudar a contextualizar la situación de violencia de género, es decir la situación de subordinación de la mujer y dominación del varón, determinantes en la prueba de la existencia de maltrato ocasional.

1.3 La *notitia criminis* y la intervención de los trabajadores sociales

La importancia de la red de asistencia social pública por la cercanía con el entorno social de las personas implicadas en este tipo de procedimientos y los informes de seguimiento de la situación de maltrato, entorno familiar y social y situación económica del núcleo familiar, tanto en relación a la víctima como en relación al investigado, pueden ser importantes en orden a valorar en su conjunto la prueba practicada en el acto del juicio oral. Todo ello justifica el tratamiento en este apartado tanto de su intervención como de la problemática que se presenta en la misma.

En primer lugar, y respecto del Servicio de Asistencia Social, diremos que la competencia de los Servicios Sociales es asumida por las CCAA. A éstas les corresponden las funciones de planificación, coordinación, supervisión y control de los Servicios Sociales mientras que la gestión, ejecución y desarrollo de los servicios corresponde a las Corporaciones Locales, reservándose a la competencia estatal el tratamiento de los problemas que excedan del ámbito de una CCAA y requieran un tratamiento global.²⁸⁸ Así, en numerosos municipios, bien

²⁸⁷ “Protocol per a l’abordatge de la violència masclista en l’àmbit de la salut a Catalunya: Document Marc”. Ed. Departament de Salut. Ministerio de Sanidad, 2009. Disponible en www.violenciadegenero.mssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/protocolosAmbitoAutonomico/sanitario/docs/protocolo-cataluña.pdf. Última consulta, 30-1-2018.

²⁸⁸ El artículo 148.20ª CE señala que las CCAA podrán asumir competencias en asistencia social. El artículo 150.3 CE señala que “El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a las competencias de éstas, cuando así lo exija el interés

dependiendo de éstos o de la CCAA respectiva se dispone de centros de servicios sociales, de la figura del educador familiar, de un servicio de orientación jurídica, así como de servicios sociales especializados como centros de atención al menor, servicio de información telefónica y atención de emergencias, centros de estancias breves para mujeres con o sin menores a su cargo, pisos tutelados, centros de acogida, centros de acogida de urgencias, centros de día para mujeres, casas refugio, centros de atención, recuperación y reinserción de mujeres maltratadas. También se ofrece atención jurídica y asesoramiento en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas²⁸⁹ puestas en funcionamiento a través de un convenio entre el Instituto de la mujer y el Ministerio de Justicia cuya función se resume en la información y orientación en el ámbito legal y en el campo médico, psicológico y social.

En segundo lugar, debemos fijarnos en la función del trabajador social que recae en la detección de los malos tratos, la elaboración del diagnóstico social, el tratamiento psicosocial y de apoyo social, la derivación y el seguimiento de evolución de las víctimas. Esta figura es esencial para detectar la realidad social que envuelve la situación de maltrato así como los posibles factores de riesgo, siendo la información que nos transmiten imprescindible tanto para proteger a las víctimas como para prever posibles situaciones de riesgo.²⁹⁰ En definitiva, se

general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta en cada cámara, la apreciación de esta necesidad". Ver también el artículo 110 y 116 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y la Ley 12/2007, 11 de octubre, de Servicios Sociales, de Cataluña; BOE núm. 266, de 6-11-2007.

²⁸⁹ Las Oficinas de Asistencia a las víctimas son un servicio público y gratuito implantado por el Ministerio de Justicia con funciones de orientación jurídica general de la víctima para evitar la victimización secundaria, la orientación específica de la víctima de violencia de género y doméstica y la asistencia psicosocial de las víctimas. Información disponible en www.mjusticia.gob.es/cs/satelite/Portal/es/servicios-ciudadano/oficinas-asistencia-victimas. Última consulta, 27-1-2018.

²⁹⁰ GARCÍA BARREIRO, A.: "La valoración del riesgo de las víctimas de Violencia de Género. Análisis de la situación actual. Medidas de protección". Ponencia en el III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género; Madrid, 21-23 de octubre de 2009; pág. 7. Disponible en www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/III-Congreso-sobre-Violencia-domestica-y-de-Genero-Madrid-21-y-23-de-octubre-de-2009. Última consulta, 27-1-2018. Ver también, FABREGA RUIZ, C.F.: "La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procesos judiciales". *La Ley*, núm. 6247, 6 de mayo de 2005; ref. D-107.

trata de trabajar para que la víctima pueda estar en situación de seguridad, ayudarla en la construcción de procesos de toma de decisión y enlazar los esfuerzos de las demás áreas para ofrecer un servicio integral y de calidad²⁹¹.

Los trabajadores sociales no sólo son una importante fuente de información y asesoramiento de las víctimas respecto de los recursos a su alcance, a nivel sanitario, educativo, social, laboral, policial y judicial. Su valoración y diagnóstico, a través de sus informes, son un instrumento de valoración judicial de la situación de maltrato.

1.3.1 La intervención de los trabajadores sociales en el acto de juicio oral

La intervención de los trabajadores sociales en el acto del juicio oral puede llevarse a cabo a través de una pericial social solicitada expresamente a tal efecto y sujeta a las reglas de la prueba pericial²⁹² o bien a través de los informes sociales de los trabajadores sociales del municipio, centros de atención, centros de acogida o centros de atención a las mujeres maltratadas, que desde estas instituciones siguen la situación familiar y social de la mujer que ha sido víctima de malos tratos, con carácter previo o no a su intervención. Su valoración y diagnóstico, a través de sus informes, son un instrumento de valoración de la situación de maltrato.

Las cuestiones que se plantean son dos y están directamente relacionadas. La primera de ellas es determinar en qué condición acuden al proceso penal, ya que en muchas ocasiones son testigos directos de malos tratos. Si como peritos o como testigos. La segunda, qué consideración procesal tienen sus manifestaciones en el juicio oral con base a sus informes y si éstas pueden considerarse como verdaderos medios de prueba.

La primera, es una cuestión que genera a estos profesionales una verdadera problemática, sobre todo cuando deben declarar en el acto de juicio oral y se les

²⁹¹ ELBOJ, C.; RUIZ, C.: “Trabajo social y prevención de la Violencia de Género” en *Trabajo Social Global*, 2010, 1(2), pág. 220-233; disponible en <http://tsghipatiaeditorial.com/index.php/tsg1>; Ver también “Intervención del trabajador social de atención primaria de salud con mujeres víctimas de Violencia de Género” del Equipo de Trabajadoras Sociales de Atención Primaria de Valencia, disponible en www.san.gra.es/.../Intervencion_del_TSS_atencio_primaria. Última consulta, 27-1-2018.

²⁹² En cuanto a su consideración de medio de investigación y medio de prueba y sus funciones en el acto de juicio oral, lo cual vamos a analizar con detenimiento en el siguiente apartado.

cita como testigos, por cuanto ellos se consideran verdaderos peritos que responden tan solo de su informe social. Y parten de la idea que su relación con la persona respecto de la cual se llama a testificar es una relación en cierto modo terapéutica que les ampara a la hora de declarar. La tendencia, en este sentido es querer acogerse al deber de secreto profesional, la cual cosa no les es permitida por nuestros tribunales en tanto que es dudoso que se trate en realidad de una relación terapéutica en sentido estricto y que por tanto puedan ampararse en el secreto profesional.

En este sentido, el Comité de Ética de los Servicios Sociales de Catalunya defiende el derecho al secreto profesional y a la confidencialidad y señala que solo en determinados momentos el profesional está autorizado deontológicamente a romper el secreto y entre estos señala cuando el profesional conoce una información sobre la existencia de un delito o de un riesgo grave para terceros, en cuyo caso debe ponerlo en conocimiento de un juez; también cuando hay una necesidad terapéutica, esto es cuando el profesional tiene razones objetivas para afirmar que la persona a la que se refiere la información no es capaz de comprenderla ni de tomar decisiones al respecto. Finalmente, cuando lo requiera un juez en relación a un procedimiento judicial formal. Pero paradójicamente el citado Código deontológico señala que, en estos casos, el profesional continúa teniendo el deber de preservar la confidencialidad de sus informaciones y así lo debe hacer saber al juez a quien solicitará ser excusado en el procedimiento, o bien adaptará la información a la regla de dar la menor información posible.²⁹³

En definitiva, la cuestión será averiguar en qué condición son llamados al proceso si como testigos o como peritos. Mientras que el perito emite un juicio sobre un hecho que conoce porque se le informa en él en el proceso, el testigo declara sobre hechos que conoce por su directa apreciación y conocimiento. Pero nada impide que un testigo que se halle en posesión de una determinada información técnica o científica declare sobre lo que percibió directamente o que

²⁹³ Comité de Ética de los Servicios Sociales de Catalunya: “La Confidencialidad en la intervención social: recomendaciones del Comité de Ética de los Servicios Sociales de Catalunya”, 2014. Departament de Benestar Social i Família. Generalitat de Catalunya, 2014; disponible en www.acpgerontologia.com/documentacion/confidencialidadintervencionsocial.pdf. Última consulta, 13-11-2017. Ver también el Código Deontológico del Colegio de Trabajadores Sociales de Catalunya, 2000 sobre el secreto profesional y los casos en los que no se viola en los artículos 1 a 6.

un perito declare sobre los hechos que percibió directamente aportando, además su criterio técnico, como sería este el caso²⁹⁴.

En este sentido, entendemos que la intervención en el proceso de estos profesionales cabe encuadrarla en la figura del testigo-perito, con todo lo que ello comporta cuando presencian los hechos antes y con independencia del proceso -lo que les configura como un testigo- pero para su valoración utilizan conocimientos específicos -lo que le acerca a la figura del perito-.

Con relación a la segunda cuestión y de la consideración de los informes y manifestaciones de los trabajadores en el acto de juicio oral como medio de prueba, entendemos que la valoración judicial deberá tener en cuenta dicha doble condición y por tanto distinguir entre aquellas manifestaciones realizadas en la condición de testigo -normalmente de referencia, aunque algunas veces directo-, de las manifestaciones efectuadas con carácter científico-técnico. En estos casos, los testigos-peritos podrán hacer las valoraciones que estimen pertinentes en virtud de dichos conocimientos específicos y así se le debe hacer saber, con las obligaciones inherentes a cualquier perito que declare en el acto del juicio oral y, concretamente, la de declarar según su leal saber y entender (en el mismo sentido tendrán la obligación de decir verdad respecto de los hechos que hayan conocido con anterioridad al proceso al igual que cualquier testigo sin que puedan ampararse en el secreto profesional). En muchas ocasiones, la determinación de si estamos ante un perito-testigo o testigo-perito se hará en el mismo momento del acto del juicio oral. En todo caso, la figura del testigo-perito, a diferencia de la del perito es insustituible, en tanto narra hechos de los que tiene conocimiento con anterioridad al proceso²⁹⁵. Por tanto, aquellos aspectos de las

²⁹⁴ La figura se regula expresamente en el artículo 370 de la LEC de aplicación supletoria. Ver RICHARD GONZÁLEZ, M.: "Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal", en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Declaración de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*. ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dirs.); *La Ley*, 2011; pág. 468.

²⁹⁵ El problema se plantea también respecto de los testigos-peritos del ámbito sanitario: psicólogos, médicos y psiquiatras. Para un estudio más exhaustivo del papel del trabajador social en el ámbito de los malos tratos ver, LANCHO BLÁZQUEZ, C.: "Diagnóstico y valoración en Violencia de Género", en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25. CGPJ; Madrid, 2004, págs. 328 a 336, en donde la autora defiende la confidencialidad del Informe Social. Para el estudio de la figura del testigo-perito ver ABEL LLUCH, X.; PICÓ i JUNOY, J. (Dirs.): *El interrogatorio de testigos*. Colección de Formación continua de la Facultad de Derecho ESADE, serie de Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, núm. 2. J.M: Bosch; Barcelona, 2008, págs. 49 a 55.

manifestaciones del trabajador social con base al informe social que puedan considerarse como conclusiones científico técnicas y al margen de la posible experiencia directa del trabajador social en el maltrato, pueden ser considerados verdaderas pericias.

1.3.2 El peritaje social

Situación distinta es cuando desde el Juzgado o de la Fiscalía o a petición de los letrados de las partes se solicita una pericia social por un tercero que entra en contacto con el proceso a posteriori. El peritaje social es un dictamen que sirve de instrumento documental que elabora y firma con carácter exclusivo un trabajador social y que se centra en los factores sociales que se dan en torno al objeto de la pericia²⁹⁶.

El objeto de la pericia en violencia de género puede versar sobre: la valoración del clima violento y la permanencia de la víctima en el ambiente de violencia; los factores sociales que favorecen la situación de violencia de género; el riesgo de nuevas agresiones (grado de peligrosidad del agresor); el estudio de las medidas a aplicar; el asesoramiento sobre ayudas y recursos sociales en los que se puede apoyar la víctima; los factores sociales que favorecen la integración en la sociedad de la víctima; y otros factores que soliciten los operadores jurídicos.
297

Las técnicas e instrumentos que se emplean en la pericia son la entrevista, la visita domiciliaria y la observación tanto directa como indirecta y los peritos deben tener el título de Grado en Trabajo social o equivalente. Los peritos sociales se centran en los antecedentes, el momento actual y las consecuencias de la situación de maltrato tanto a nivel laboral como educativo, de salud, económico, familiar, de ocio, etc. para realizar una valoración final a modo de conclusiones técnicas que puedan servir al Juzgador para valorar la situación de maltrato²⁹⁸. En el proceso penal rige el principio de libre valoración de toda la prueba conforme establecen los artículos 741 LECr. para el procedimiento abreviado y

²⁹⁶ TORNERO MORENO, S.; RAMA SAMPERIO, A.: "Peritaje social: medio de prueba en Violencia de Género", en *La Ley* 3071/2015, 4-10 mayo de 2015, pág. 9.

²⁹⁷ TORNERO MORENO, S.; RAMA SAMPERIO, A.: *ídem*.

²⁹⁸ TORNERO MORENO, S.; RAMA SAMPERIO, A.: *ibídem*.

973 LECr. para el procedimiento ordinario, según los cuales el juez o tribunal apreciará las pruebas practicadas en el juicio según su conciencia. Por tanto, siendo el peritaje un medio de prueba, no es vinculante para el juez sino que la valoración del mismo por éste se realiza conforme a las reglas de la sana crítica²⁹⁹.

Como hemos visto, la intervención de los trabajadores sociales puede llegar a ser muy importante en orden a la acreditación del maltrato. Ocurre, no obstante, que en pocas ocasiones se les cita como testigos-peritos al acto de juicio oral, porque en pocos maltratos ocasionales acceden como tales a la instrucción de la causa. Para que ello sea así es preciso que o bien en el atestado conste explícitamente que hay un seguimiento de la situación familiar por parte de los servicios sociales del domicilio de la víctima y la identificación de la trabajador/a social de referencia, o bien que la víctima lo declare expresamente cuando realiza su declaración en sede policial, o en sede judicial ante el juez de instrucción, o bien sea preguntada al respecto; lo que no siempre ocurre.

2. La prueba pericial médica en el maltrato ocasional

La pericia es un medio de investigación y prueba que tiene por finalidad acreditar los hechos objeto de enjuiciamiento mediante el informe técnico que aporta al proceso un experto en una determinada disciplina científica.³⁰⁰ La doctrina define la pericia en un doble sentido: como acto de investigación y como medio de prueba.

En tanto que medio de investigación, la pericia se practica durante la fase de instrucción del proceso penal y consiste en la rendición de un informe sobre hechos relevantes para la causa por los peritos, personas con conocimientos científicos, artísticos o técnicos³⁰¹. La pericia será acordada por el Juez de Instrucción de oficio, a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes durante la instrucción de la causa. Las partes pueden solicitar al juez la práctica de una determinada prueba pericial en cuyo caso puede que el juez la acuerde o no de oficio.

²⁹⁹ RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 502.

³⁰⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 464.

³⁰¹ MORENO CATENA, V.: "Los medios de investigación", en *Lecciones de Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pág. 219.

Pero nada obsta a las partes aportar los informes periciales que consideren oportunos, que se unirán a los autos y que podrán ser objeto de prueba en el acto de juicio oral, sin que sea precisa ninguna autorización o nombramiento judicial de perito³⁰².

No obstante, la admisión y la práctica de la prueba en el acto del juicio oral se producirán a petición de parte³⁰³. La pericia, por tanto, como medio de prueba es propuesta por el Ministerio Fiscal y/o por las partes en sus escritos de acusación y defensa y se practica durante la fase de juicio oral. La prueba pericial es un medio de prueba personal que se efectúa por un perito, que es un técnico experto que entra en contacto con los hechos indirectamente a través de un encargo del juez o de las partes del proceso penal y que documenta a través de un informe donde recoge su parecer técnico con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en la valoración de la prueba.³⁰⁴

La regulación de la prueba pericial en nuestra legislación procesal penal se efectúa en sede de procedimiento ordinario en los artículos 456 a 485 LECr., donde se regula el procedimiento para el nombramiento de peritos, realización del informe pericial y la posible intervención de las partes en el reconocimiento y examen pericial. En los artículos 723 a 725 LECr. se regula la fase de práctica del informe pericial en el acto de juicio oral. En sede de procedimiento abreviado los preceptos procesales que cabe tener en cuenta son los artículos 788.2 y 796.1 LECr. y en sede de enjuiciamiento rápido para determinados delitos el artículo 796 LECr. En todo caso, las normas de derecho probatorio sobre procedimiento ordinario por delitos graves son de aplicación supletoria.

El artículo 459 LECr. señala que para la realización del informe pericial el juez llamará a dos peritos, que pueden ser personas físicas o de organismos especializados, como por ejemplo el Instituto de Medicina Legal. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 establece que la duplicidad de peritos en el procedimiento ordinario se cumple con su verificación

³⁰² RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 476.

³⁰³ En los respectivos escritos de calificación y de defensa y/o en cuestiones previas -en el procedimiento abreviado- y el consiguiente Auto de admisión de pruebas. Ver RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 465.

³⁰⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 468. Ver también, MORENO CATENA, V.: "Prueba pericial y documental", en *Lecciones de Derecho Procesal...*, ob. cit., pág. 395.

por un laboratorio oficial en cuanto se halla integrado por un equipo y, particularmente cuando se trata de operaciones técnicas de carácter analítico.³⁰⁵

El maltrato ocasional y, en general, cualquier otro tipo de maltrato en el ámbito de la violencia de género, admite varios tipos de pericias a efectos probatorios. Así, en el ámbito privado destacan las periciales realizadas por médicos y por especialistas en psiquiatría, psicología o de la red de asistencia social privada. Y en el ámbito de la sanidad y de la asistencia social pública destacan los servicios de psiquiatría, psicología o asistencia social de las instituciones sanitarias, hospitales, ambulatorios médicos o de otras instituciones con funciones sociales de atención a las víctimas de violencia de género. En este apartado haremos referencia a la intervención de los médicos forenses así como a la prueba pericial psiquiátrica y psicológica por su incidencia en la prueba del maltrato ocasional.

2.1 La intervención de los médicos forenses en la fase de instrucción

Es necesario distinguir entre aquellos JVM que tienen adscrito un médico forense encargado de las periciales forenses, de aquellos otros juzgados que cuentan con la posibilidad de que un Equipo de Valoración Forense Integral realice sus informes. Vamos a analizar en este apartado cómo es la intervención de los médicos forenses tanto en un caso como en el otro, el contenido de un informe forense -haciendo un especial hincapié a la determinación de las lesiones psíquicas-.

2.1.1 La Valoración Forense Integral

Si tenemos en cuenta la complejidad y la problemática que acompaña los supuestos de malos tratos, tanto ocasionales como habituales, la Disposición Adicional segunda de la LO 1/2004 estableció que: “El Gobierno y las CCAA que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con

³⁰⁵ Véase al respecto RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 474.

unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género”. Esta norma ha establecido una obligación directa a la Medicina Forense para que diseñe un sistema probatorio eficaz a través de guiones de trabajo que permitan responder de forma adecuada a los casos de violencia de género y doméstica regulados en dicha Ley Orgánica. Siguiendo esta pauta establecida por la LO 1/2004, el 1 de noviembre de 2005 se publicó la Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica. La misma partió de la base de que era necesario que los distintos profesionales, operadores jurídicos expertos en cada ámbito del conocimiento que requiere la violencia de género y/o doméstica, aparecieran en la prueba forense sobre violencia de género con protagonismo propio creando una prueba multidisciplinar, y también interdisciplinar a través del intercambio de conocimiento mediante sesiones clínicas. En la mencionada Guía se pretende que un “equipo forense” estable adscrito a los JVM pueda abordar ambos objetivos. Y ello porque considera que la prueba sobre violencia de género y/o doméstica requiere de un “equipo forense” que cuente con la colaboración de médicos, profesionales de la psicología y del trabajo social³⁰⁶.

³⁰⁶ Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica. Boletín de Información del Ministerio de Justicia; año LIX; suplemento al nº 2000; Madrid, 1 nov. 2005, pág. 15; LORENTE ACOSTA, L.: “El concepto “integral” en la Violencia Doméstica”, en *La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género. Estudios de Derecho Judicial*, 139; CGPJ, 2007, págs. 41 a 46. Del mismo autor, “La importancia de la coordinación institucional. Protocolos en la Ley Integral. Las unidades de valoración integral de la Violencia de Género de los Institutos de Medicina Legal.”, en *La Ley Integral de medidas de Protección contra la Violencia de Género. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, CGPJ, 2005, págs. 115 a 138. Recientemente se ha elaborado el Protocolo Médico-Forense de Valoración Urgente del riesgo de Violencia de Género. (disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-observatorio/Premios-y-congresos. Última consulta, 8-9-2017). Ya en octubre de 2010, la Delegación del Gobierno de Violencia sobre la Mujer solicitó la colaboración del Ministerio de Justicia con el fin de valorar la posibilidad de implantar, entre los protocolos de actuación de los médicos forenses que prestan servicios en las Unidades de Valoración Forense Integral de los Institutos de Medicina Legal, un procedimiento de valoración del riesgo de violencia de género, que pudiera ser emitido en un plazo inferior a 72 horas en los casos urgentes. Este informe complementaría el que en este momento estuvieren realizando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y facilitaría al órgano judicial correspondiente la decisión sobre las medidas cautelares y de protección de la víctima a adoptar en cada caso. En el VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer del año 2012 (disponible en www.icag.cat/sites/default/files/adjunts/2012_Conclusiones_Seminario_Fiscales_especialistas.pdf. Última consulta, 8-11-2017), se pone de manifiesto la importancia de dicha valoración toda vez que la misma puede hacerse en el plazo de 72 horas y en cualquier momento del procedimiento, cuando sea precisa y que al hacerla el médico forense cuenta con una gran variedad de fuentes de información como la entrevista y la exploración del agresor, la entrevista y la exploración de la víctima, las diligencias policiales, el atestado policial completo, documentación médica y psiquiátrica del agresor, e incluso entrevistas con testigos. La Fiscalía General del Estado alerta de la escasa implantación del Protocolo Forense de valoración urgente del riesgo de violencia machista y de la necesidad de incrementar el esfuerzo desde la Administración para dar a conocer

Se entiende que el objetivo esencial de la respuesta forense debe ser la elaboración de un informe pericial de alta calidad que pueda responder a la petición que el juzgador o/y del Ministerio Fiscal consideren necesario en cada caso; facilitar la máxima información para su labor de concluir y decidir los aspectos penales; y de evaluación de la responsabilidad en cada caso³⁰⁷. El objetivo es, pues, dar una respuesta especializada y coordinada entre los diferentes profesionales (psicólogos, asistentes sociales y médicos forenses que ya operan en los Institutos de Medicina Legal), que permita un diagnóstico de la violencia de género más allá de la simple búsqueda de signo de agresión concreta.

La finalidad que se pretende es la protección más eficaz de las víctimas así como nuevos elementos probatorios que permitan fundamentar y probar el maltrato y para ello resulta imprescindible contar con unidades de valoración forense integral o equipos multidisciplinarios en todos y cada uno de los JVM, al objeto de que éstos cuenten con la asistencia técnica precisa para el desempeño de su función.³⁰⁸

2.1.2 El informe forense. Contenidos

El informe forense debe adecuarse en todo caso a la solicitud específica realizada por el Juez o por el Ministerio Fiscal en el proceso penal y respecto del caso concreto de violencia de género de qué trate. La solicitud del informe podrá ser específica o integral³⁰⁹:

el Protocolo entre los órganos judiciales y los propios médicos forenses (noticia de Europapress, de 8-9-2015, disponible en www.europapress.es/sociedad/noticia-fiscalia-alerta-escasa-implantación-protocolo-forense-valoración-urgente-riesgo-violencia-machista. Última consulta, 25-10-2017).

³⁰⁷ Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica..., ob. cit., pág.15.

³⁰⁸ Tanto en el territorio gestionado por el Ministerio de Justicia como en el territorio gestionado por las CCAA con transferencias en esta materia, hay 30 Institutos de Medicina Legal constituidos. En Ceuta, Melilla y Madrid –donde todavía estos Institutos no estaban constituidos en la fecha del Informe- las funciones de valoración forense integral son realizadas por los equipos psicosociales. Ver el VII Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, de 2013. Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad; Madrid, 2015; págs. 131 y 132.

³⁰⁹ FABREGA RUIZ, C.F.: “La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procesos judiciales”. *La Ley*, núm. 6247, 6 de mayo de 2005; ref. D-107. MAGRO SERVET, V.: “La Prueba pericial médica en la Violencia de Género”, en *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*; Sepin, 2007, pág. 302 a 305; Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica. Boletín de Información del Ministerio de Justicia; año LIX; suplemento al nº 2000; Madrid, 1 nov. 2005, pág. 16.

La valoración específica será respecto de un aspecto determinado, por ejemplo la valoración de las lesiones físicas o psíquicas de la víctima; la valoración del testimonio de ésta y su credibilidad; del daño moral; de las secuelas psicológicas derivadas del maltrato; la exploración de la personalidad del investigado y de sus circunstancias; la valoración de su imputabilidad; aspectos relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas; la valoración de la capacidad psicológica para ser juzgado y para asistir al juicio oral. En conclusión, y en relación al maltratador, se determina si posee alguna alteración de sus facultades intelectivas y volitivas, si padece trastornos de personalidad y, en definitiva sus características psicopatológicas³¹⁰.

La solicitud del informe también podrá ser de una valoración integral del médico forense (VFI) y, dentro de ésta, de valoraciones específicas de aspectos psicológicos específicos a realizar por el psicólogo del equipo -no de lesiones físicas ni psíquicas ni de aspectos psiquiátricos-; y de aspectos específicos sociales, a realizar por el trabajador del equipo de VFI.

En este sentido, en casos de solicitud de valoración integral, el médico forense puede comunicar al juzgado la conveniencia de intervención del resto de los miembros del equipo, los cuales emitirán los correspondientes informes. También realizarán una valoración conjunta del equipo.

Con relación a la víctima, se valoran las lesiones, su gravedad, el tratamiento que han precisado, los días de curación necesarios, si ha habido días que han impedido a la víctima realizar sus ocupaciones habituales y si ha sufrido secuelas en relación a las mismas. También se valora el estado psíquico de la mujer, la

³¹⁰ COCHS TARAFÀ, C.: "Apuntes para una intervención médico forense más eficaz en mujeres maltratadas", en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, núm. 3, 1999, págs. 47-57; Ponencia de las Jornadas que para la Carrera Fiscal y Cuerpos de Secretarios Judiciales se han impartido por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer; Madrid 1999. En este contexto la STS 238/2011, de 21-3-2011; Recurso 2068/2010; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1991/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 1991; FJ. 1º; en torno a la cuestión de si existe o no un perfil psicológico de maltratador, señala que no hay un perfil sino varios y que es improcedente, e incluso inconveniente, en el ámbito de un proceso penal hablar de "perfil" del maltratador. La sentencia considera que la solicitud de esta prueba es impertinente y que está correctamente inadmitida, ya que no estamos ante un derecho Penal de autor, sino de responsabilidad por el hecho. Así, es maltratador quien de hecho maltrata y esto sólo puede afirmarse de quien se prueba, en juicio y con todas las garantías, tenga o no perfil psicológico de maltratador. Considera que introducir en un proceso penal ese dato sólo es pertinente si como diagnóstico psicológico afecta a la imputabilidad, pero que en absoluto procede como un elemento auxiliar de la valoración de la valoración de las pruebas y que hacerlo introduce un inconveniente factor de prejuicio incompatible con el principio de presunción de inocencia. De la misma manera y en sentido contrario, carecer de tal perfil psicológico no es incompatible con la posibilidad de maltratar.

relación causal de ese estado psíquico con la agresión, su tratamiento y sus consecuencias así como la estructura de su personalidad y si la misma le hace especialmente vulnerable psíquicamente. Es decir, se comprueban los elementos y circunstancias que caractericen aquellas conductas agresivas que se han sucedido, si existe lesión física y/o psíquica o no, así como la relación de causalidad de la conducta con dicha lesión física y/o psicológica o con el menoscabo psíquico no constitutivo de lesión. Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta por el médico forense es el pronóstico de lesiones futuras, situaciones de riesgo vital o de lesiones graves e incluso del riesgo de que otros miembros de la familia -en especial los hijos- sufran malos tratos. Todo ello conlleva la necesidad de hacer una valoración del riesgo que debiera hacerse con instrumentos validados y por profesionales formados y entrenados en la utilización de dichos instrumentos y en la interpretación del resultado.³¹¹

En definitiva, una valoración integral conlleva: el estudio de la mujer, menores y agresor; la valoración de las consecuencias en el plano físico y en el psicológico; y la consideración del resultado de las agresiones puntuales y de la situación de violencia mantenida que genera el agresor. Cada uno de estos elementos debe ser estudiado con el objeto de resolver los problemas que se presentan ante la Administración de Justicia, hecho que debe entenderse como una situación dinámica que puede modificarse conforme evolucione la instrucción del caso, y que, por lo tanto, debe hacer referencia tanto a las consecuencias derivadas de los hechos ocurridos con anterioridad a la denuncia, como a las distintas posibilidades que científicamente puedan establecerse en términos de probabilidad, y muy especialmente a la situación de riesgo de nuevas agresiones.

2.1.3 Dificultades en la determinación y valoración de las lesiones psíquicas

El informe médico forense no sólo debe reflejar las lesiones físicas evidenciadas en los partes médicos y el tratamiento necesario para su sanación y posibles secuelas, sino también la existencia de lesiones psíquicas, su tratamiento,

³¹¹ SOLÉ RAMÓN, A. M^a: “La valoración del riesgo de las víctimas de Violencia de Género”, en *La Ley*, núm. 7353, 2 de marzo de 2010, pág. 3.

la existencia de secuelas, así como la sintomatología específica que puede aparecer en la víctima de malos tratos.

Con relación a la determinación y a la prueba de las lesiones psíquicas se plantean distintas dificultades, siendo de destacar:

a) En primer lugar, para efectuar una primera aproximación al tema que nos ocupa y evitar una confusión entre los términos que utilizan hay que distinguir claramente entre los conceptos “síndrome de agresión o maltrato a la mujer y síndrome de mujer maltratada” y después éstos con el concepto de “perfil de mujer maltratada”. Y todo ello por tratarse de términos que directamente están relacionados con las consecuencias psíquicas del maltrato a la mujer. A continuación haremos referencia a cada uno de estos aspectos en relación a cuestiones que consideramos que deben ser tenidas en cuenta.

En el uso forense se distingue entre el síndrome de agresión o maltrato a la mujer y el síndrome de mujer maltratada. El “síndrome de maltrato a la mujer”³¹² es definido como “el conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas a cabo por el hombre sobre su cónyuge o mujer a la que estuviese ligado o haya estado unido por análoga relación de afectividad (cuadro agudo), mientras que el “síndrome de la mujer maltratada”³¹³ vendría determinado por alteraciones psicológicas a largo plazo y sus consecuencias en mujeres que han sido maltratadas de forma reiterada (cuadro crónico)”.

Estas consecuencias o síndromes no tienen asignados un “perfil de mujer maltratada”. Lorente Acosta especifica claramente que no se han encontrado en las víctimas relaciones entre ellas en lo referente a ingresos económicos, nivel

³¹² LORENTE ACOSTA, L. Y OTROS: *ídem*, pág. 3; BARRERA MARTÍN-MERAS, J.; DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, G., JIMÉNEZ CANO, J. P.: “Manifestaciones de la Violencia Doméstica”, en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25. CGPJ, 2004, págs. 287 a 309. Los autores sistematizan y estructuran los síntomas del síndrome de maltrato a la mujer haciendo un especial hincapié a las alteraciones psíquicas en las víctimas.

³¹³ BARRERA MARTÍN-MERAS, J.; DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, G., JIMÉNEZ CANO, J. P.: “Manifestaciones de la Violencia Doméstica”..., *ídem*, págs. 287 a 309. Analizan los síntomas del síndrome de mujer maltratada distinguiendo entre alteraciones de naturaleza bio-psicológicas, alteraciones de naturaleza cognitiva, deterioros en las competencias personales y en alteraciones de adaptación. Ver Cuadro nº 1 donde se recogen los criterios para el diagnóstico del Síndrome de la Mujer Maltratada, págs. 306 a 309. JIMÉNEZ CANO, J. P.: “Violencia de Género: Aspectos psicopatológicos y terapéuticos”, en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25. CGPJ, 2004, págs. 473 a 482. El autor estudia las alteraciones en la salud mental de las víctimas haciendo una distinción entre las alteraciones en las situaciones agudas o de crisis, las alteraciones en las inter crisis y las secuelas crónicas y factores que influyen en el estado mental de las víctimas.

de educación, ser o no ser ama de casa, pasividad, autoestima, ingesta de alcohol o emplear violencia con los niños. No se han encontrado evidencias en relación al estatus que la mujer ocupa, al trabajo que desempeña, a las conductas que realiza, a su perfil demográfico o a las características de su personalidad. Sí se encontró un “perfil de riesgo” más elevado de sufrir maltrato: haber sido testigo o víctima de violencia por parte de los padres durante la infancia o adolescencia.³¹⁴ No hay, por tanto, que confundir la etiología de la violencia frente a la mujer con las consecuencias de dicha violencia.

b) En segundo lugar, es necesario hacer una buena exploración psicológica de las víctimas de malos tratos, lo que repercute en su diagnóstico, con las dificultades que ello conlleva. Así, Echeburúa señala que en la exploración psicológica de las víctimas de malos tratos continuados se encuentran los siguientes rasgos psicológicos: sensación constante de estar amenazada, gran inseguridad personal, percepción de no controlar la situación, ansiedad extrema y una constante respuesta de alerta; aislamiento social y tendencia a ocultar lo ocurrido por vergüenza ante la opinión social; sentimientos de culpa por las conductas que ha realizado para ocultar la violencia, como mentir a familiares y amistades, encubrir a su agresor o no proteger adecuadamente a sus hijos³¹⁵. Esta situación crónica tiene repercusiones sobre el organismo por la activación casi continuada del sistema de alerta, lo que repercute a nivel físico, siendo frecuentes los dolores de cabeza o trastornos psicosomáticos relacionados con el aparato digestivo³¹⁶.

El trastorno de estrés postraumático es una de las secuelas que con mayor frecuencia aparece como consecuencia de delitos violentos, entre los cuales se encuentran los delitos de violencia de género. Según el DSM-IV-TR³¹⁷ se caracteriza por el hecho de que una persona ha sido expuesta a un acontecimiento

³¹⁴ LORENTE ACOSTA, L. Y OTROS: “Síndrome de agresión a la mujer, síndrome de maltrato a la mujer” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 02-07 (2000)), pág. 5.

³¹⁵ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.: “Lesiones psíquicas y secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos: el proceso de victimización”, en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal. Estudios de Derecho Judicial*, 121; CGPJ, Madrid, 2007, págs. 101 a 106. También trata esta misma cuestión, SORIA VERDE, M.A.; SAIZ ROCA, D.: *Psicología criminal*. Pearson Educación; Madrid, 2006, págs. 108-109.

³¹⁶ Ver, SORIA VERDE, M.A.; SAIZ ROCA, D.: *idem*, págs. 108-109.

³¹⁷ Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales; cuarta edición revisada del Manual; pág. 90 y 91. Disponible en www.psicode.com/revisiones/DSMIV.pdf. Última consulta, 12-11-2017.

traumático al que la persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos. Dicho acontecimiento es reexperimentado de forma persistente por la víctima con recuerdos y sueños recurrentes del mismo, así como con la sensación o actuando como si dicho acontecimiento estuviere sucediendo, reviviendo de este modo la experiencia. Este trastorno implica un malestar psicológico intenso y la víctima intenta evitar pensamientos, sentimientos o conversaciones sobre dicho suceso, evita actividades, lugares o personas que motivan recuerdos del trauma, tiene incapacidad para recordar un aspecto importante del mismo y siente desapego frente a los demás, con restricción de su vida afectiva. Otros efectos son la dificultad para mantener el sueño, irritabilidad, ataques de ira, dificultades para concentrarse, hiper-vigilancia y respuestas exageradas de sobresalto. Estas alteraciones se prolongan más de un mes y provocan un malestar clínico significativo o un deterioro social, laboral o de otras áreas importantes para el individuo como la familiar. Es un cuadro agudo cuando los síntomas duran menos de tres meses y crónico cuando duran tres meses o más y también pueden ser de inicio demorado cuando entre el acontecimiento traumático y el inicio de los síntomas han pasado como mínimo seis meses.

Debemos tener en cuenta que las particulares características de cada víctima introducen un factor de complejidad en la valoración de sus manifestaciones. Se trata de mujeres sometidas a una situación de grave desgaste psicológico, que puede acentuarse durante la tramitación del proceso y su contacto con el sistema procesal penal, lo que acentúa la situación de estrés emocional que sufren³¹⁸.

De esta manera, para abordar la prueba de la lesión psíquica deberá realizarse un “diagnóstico diferencial activo” en el que se valore la trascendencia que haya podido tener en el caso concreto otras causas de síntomas psicológicos inespecíficos, los problemas psicológicos derivados de los procesos de ruptura de la relación de pareja y la autovaloración que realice la propia persona denun-

³¹⁸ FUENTES SORIANO, O.: “Investigación y Prueba de los delitos de Violencia contra la Mujer”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*. GONZALEZ CUELLAR SERRANO, N. (Dir.). Cóllex, Madrid, 2006; pág. 248; MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de Violencia de Género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.); Lex Nova; Valladolid, 2009; pág. 455.

ciente, además de valorar y comprobar los signos y síntomas que ésta presente.³¹⁹ Además, la simulación y la disimulación deben ser factores considerados y evaluados siempre: deberá analizarse tanto la ocultación de lesiones o su justificación a través de otros mecanismos causales por parte de la víctima así como la mentira consciente con fines inadecuados de aquella otra mentira de la víctima que aparece “cuando lo soportado hasta un determinado momento se convierte bruscamente en insoportable.”³²⁰

c) En tercer lugar, deberá concretarse el daño producido por la lesión psíquica para su posterior valoración judicial. En todo caso, el médico forense deberá distinguir entre la lesión en la persona y el daño provocado en ella, entendido éste como la individualización de dicha lesión.³²¹ La evaluación del daño psíquico sufrido por la mujer víctima de violencia de género es fundamental no sólo para la tipificación del delito sino para el tratamiento del daño y la reparación del mismo. Para la determinación del daño concreto sufrido por la víctima se considera necesario que en la exploración psicopatológica de ésta se consigne³²²: la situación mental y afectiva detectada en la víctima; la valoración de su estado psicopatológico como elemento compatible con una situación de violencia crónica o habitual, estableciendo en su caso la relación de causalidad con los hechos denunciados; el tratamiento efectuado y/o requerido para curar (primera asistencia o tratamiento médico, en su caso), indicando particularmente la necesidad o no de tratamiento psicoterapéutico (sin olvidar que la primera medida de tratamiento es el alejamiento del factor estresante y la adopción de medidas de seguridad para la víctima) y el pronunciamiento sobre los tiempos medios de curación, a fin de poder determinar y fijar una indemnización económica.

³¹⁹ COBO PLANA, J. A.: “El juez y la prueba forense en la Violencia de Género”; en *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo. Cuadernos de Derecho Judicial*, IV; CGPJ, Madrid, 2006, págs. 219 y 220.

³²⁰ COBO PLANA, J. A.: *ídem*, págs. 217 y 218.

³²¹ COBO PLANA, J.A.: *ibídem*, págs. 265, nota 2. Señala el autor que “la realidad es mucho más compleja porque a esta imbricación es necesario añadir posteriormente los factores contextuales que, facilitando o limitando, vienen a protagonizar en muchas ocasiones esa dimensión individual del daño.”

³²² MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Protocolo sobre la intervención del personal sanitario en la detección y prevención de la Violencia de Género”, en *Protocolos sobre Violencia de Género. Guía sistemática sobre actuación ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los procedimientos de Violencia de Género*. GÓMEZ VILLORA, J. M. (Coord.); Tirant lo Blanch; Valencia, 2009, págs. 192 y 193.

Una de las grandes dificultades a la hora de cuantificar el daño ocasionado a la víctima de malos tratos es no disponer de un baremo orientativo y específico para éstas, distinto del que regula la valoración del daño derivado del uso de vehículos de motor, que incorpore las distintas manifestaciones del daño que puede producirse en estos delitos, muy especialmente el alcance del sufrimiento psíquico. Todo ello comportaría una mayor seguridad jurídica a la hora de realizar dicha valoración y una cuantificación más objetiva³²³.

Otra de las dificultades añadidas es la determinación del daño moral producido a la víctima en cada caso concreto. Es importante mencionar la SAP de Tarragona 320/2011, de 30-6-2011³²⁴ que expresamente trata la cuestión de la responsabilidad civil derivada de un delito de lesiones psíquicas producidas por la situación de malos tratos y establece una valoración y cuantificación del daño moral atendiendo a la afectación de la calidad de vida de la víctima como consecuencia del maltrato. La sentencia considera que los jueces a la hora de determinar y valorar los resultados de lesión de bienes jurídicos individuales no deben renunciar a la “perspectiva de la víctima”, que considera relevante para la valoración del grado de responsabilidad, tanto penal como civil. Entiende que la gravedad de las consecuencias de un delito de resultado material puede depender de forma relevante de su impacto sobre las condiciones esenciales para la “cali-

³²³ Los médicos forenses en sus informes cuantifican el daño producido por las lesiones y las secuelas basándose en la valoración del daño del baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico. La Ley 35/2015, 22 de septiembre aprueba el nuevo baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico. Ver al respecto del daño corporal a COBO PLANA, J.A.: *Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo baremo de tráfico*; Bosch; Barcelona, 2016.

³²⁴ SAP Tarragona 320/2011, de 30-6-2011, Rec. 540/2011; Ponente: Javier Hernández García; Roj. SAPT 991/2011; ECLI: ES: APT:2011:991; FJ.1º.6 La sentencia señala que para poder determinar el daño moral es necesario que “(...) el hecho probado contenga referencias precisas a las circunstancias personales de la víctima – a su edad, al grado emocional de alteración, a las consecuencias que sobre su vida privada y familiar se han derivado de los hechos justiciables, en particular sobre sus niveles de autonomía o de tranquilidad.- El miedo, la repugnancia, el dolor, la angustia, el sentimiento de cosificación que ocasiona a la víctima la producción del delito, sobre todo cuando éste afecta a los planos más íntimos, a los bienes jurídicos de naturaleza más personal, son también objetivos de la narración judicial, tanto la que debe ocupar un espacio en el relato de hechos probados como la que sirve como discurso de justificación de las consecuencias normativas. Y ello, porque es lo que permitirá mesurar la racionalidad de aquéllas, tanto las penales como también, las resarcitorias.” Ver ECHEBURUA ODRIÓZOLA, E.: “Lesiones psíquicas y secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos: El proceso de victimización”, en *Panorama actual y perspectivas de la victimología...*, ob. cit., págs. 97-122. El autor hace un estudio exhaustivo del daño psicológico, las víctimas de riesgo, los factores de vulnerabilidad y de protección así como también de la evaluación clínica de las víctimas y en relación a los dictámenes periciales señala que en el daño psicológico señala que el perito debe evaluar, entre otros aspectos, el nivel actual de deterioro psiquiátrico funcional de la víctima (pág. 117).

dad de vida” de la víctima e identifica cuatro niveles en ésta: La mera subsistencia, el bienestar mínimo, el bienestar adecuado y finalmente el bienestar intensificado. Así, según considera la Sala, cuando se tomen en consideración como condiciones de calidad de vida ciertos intereses inmateriales como la privacidad o el derecho a no ser humillado –valora la Sala- resulta esencial para valorar el resultado dañoso tomar en cuenta el tiempo en que perduran sus efectos nocivos y la intensidad del impacto emocional o mental que sufre la víctima. Ello obliga a la individualización caso por caso para poder identificar y graduar el daño –desde el primer nivel hasta el cuarto cuando afecte a las condiciones mínimas de subsistencia. La sentencia concluye que el daño moral sufrido por la víctima afectó de forma grave a su calidad de vida y que por las intensas consecuencias transformadoras de su cotidianidad cabe calificarlo como de primer grado por comprometer su nivel de subsistencia (FJ. 1º 6).

2.2 La intervención del médico forense en el acto de juicio oral

Los médicos forenses son médicos y funcionarios de carrera que forman parte de un Cuerpo nacional de titulados superiores al servicio de la Administración de Justicia entre cuyas funciones se encuentran la asistencia técnica a juzgados, tribunales y fiscalías en la materias de su disciplina profesional, emitiendo informes y dictámenes en el marco de un proceso judicial o en las actuaciones de investigación criminal que aquéllos, entre otras funciones; y ejercen éstas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses o en el Instituto Nacional de Toxicología³²⁵. Una de las pruebas periciales médicas esenciales en materia de violencia de género en general y en relación al delito de maltrato ocasional, en especial, es la declaración en el acto de juicio oral del médico forense a los efectos de que se ratifique o, en su caso amplíe, el informe médico forense obrante en los autos. Dicho informe se ha elaborado en base a la documentación que consta en las actuaciones, en especial los partes médicos de urgencias de la víctima, la documentación aportada por la víctima cuando es examinada por éste -en la que cabe incluir los informes de otros especialistas-, así como el examen

³²⁵ Esta definición, junto a la regulación de la función del médico forense, la encontramos en www.mjusticia.gob.es/cs/Satelite/Portal/es/servicios-ciudadano/empleo-publico/acceso-convo-catorias-perfiles/medicos-forenses. Última consulta, 10-2-2018.

directo de la misma ya sea en el acto de la guardia o en visitas concertadas durante la tramitación del procedimiento.

Pero la prueba pericial forense no es la única prueba pericial médica que podemos encontrarnos en el juicio oral. En tanto en cuanto la prueba pericial médica puede servir de base a la decisión judicial, siendo pues un verdadero medio de prueba, las partes -todas- pueden solicitar en sus escritos dicha prueba pericial forense pero también pueden aportar periciales médicas, psiquiátricas y psicológicas de parte.

Tanto es así que al coincidir en el acto del juicio varias periciales, de una parte la judicial y de otra, las pericias de parte, se plantea una posible confrontación entre peritos, los cuales pueden declarar conjuntamente en el acto de la vista tal y como prevé el art. 724 LECr. Así, podrá preguntarse al perito forense el alcance de las conclusiones a las que llega el perito médico de parte y porqué él llega a conclusiones diferentes ante el mismo hecho. Otra de las posibilidades es que ante la pericia médica de parte se dé traslado al médico forense -aun cuando éste ya hubiera emitido su informe- de los informes periciales médicos de parte para que complemente su informe inicial con aquéllos y con una nueva exploración del paciente, lo que llevaría a evitar dicha confrontación en el juicio oral.³²⁶

¿Qué ventajas ofrece la pericial forense frente a las periciales médicas de parte? Esencialmente, el médico forense como perito oficial es imparcial, proponga quien lo proponga y ningún interés tiene en el procedimiento más que informar según su leal saber y entender. Ello no significa que no pueda cuestionarse el resultado de su pericial o incluso su neutralidad y la competencia del profesional que ha emitido el informe. Pero si no es así, su pericia debe ser atendida por su carácter imparcial sin necesidad de que ésta sea ratificada en el acto de la vista oral. Así, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 21 de mayo 1999³²⁷ señala que si existe impugnación del informe forense deberá practicarse el dictamen pericial en el juicio oral y acuerda

³²⁶ MAGRO SERVET, V.: "¿Prueba pericial judicial versus pericial de parte?" *La Ley*, núm. 6637, 25 enero 2007, pág. 5.

³²⁷ Disponible en internet en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/. Última consulta, 10-2-2018.

la no necesidad de la ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en el momento procesal oportuno. Deberá, pues en caso de impugnación expresa o tácita, introducirse en juicio para que pueda desplegar toda la eficacia probatoria y para que pueda ser sometido a contradicción en dicho acto.³²⁸

2.3 Valoración de la prueba pericial forense. Dificultades probatorias

La importancia de la pericia radica en su finalidad, es decir, en que facilita la mejor fuente posible de conocimientos científicos, técnicos o prácticos al juez, que es a quien le corresponde la valoración de todo el material probatorio. La prueba pericial ha de ser valorada por el juzgador, atendiendo a su convicción y a los criterios de la sana crítica.³²⁹

Los peritos aprecian, mediante máximas de experiencia, especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica; razón por la cual valora los informes periciales y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre lo que se dice y, finalmente los hace suyos o no, o los hace parcialmente, extrayendo en cualquier caso unas consecuencias jurídicas³³⁰.

No obstante, en este contexto, la prueba del maltrato ocasional presenta las siguientes dificultades:

a) Las contradicciones entre las conclusiones del médico forense y las declaraciones de la víctima. Tenemos que resaltar la importancia de la intervención del médico forense en la emisión del informe a la hora de que el juez pueda resolver si existe o no violencia de género, ya que el juez comparará el resultado de dicho informe con las declaraciones realizadas en el juicio oral por la víctima

³²⁸ BEJERANO GUERRA, F.: "El informe pericial," en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial. Manuales de Formación Continuada*, 46; CGPJ, Madrid, 2007, págs. 310-313.

³²⁹ STS 1102/2009, de 5-11-2009; Recurso 10319/2009; Ponente. Sr. Francisco Monterde Ferrer, Roj: STS 7019/2009, ECLI: ES: TS: 2009: 7019; FJ. 2º.

³³⁰ SAP Barcelona 953/2014, de 9-10-2014; Recurso 108/2014; Ponente: Sr. José Emilio Pirla Gómez; Roj. SAP B 11424/2014; ECLI: ES: SAPB: 2014: 11424; FJ. 4º.

y por el encausado. Un ejemplo de cómo los informes médicos y el informe forense pueden llegar a ser esenciales para fundar una sentencia condenatoria, a pesar de las contradicciones de la víctima en el acto del juicio y durante todo el procedimiento, lo hallamos en la SAP Tarragona 283/2008, de 17-7-2008³³¹, seguida por un presunto delito de homicidio en grado de tentativa. En ella se tienen en cuenta como dato objetivo las pruebas psiquiátricas realizadas por el médico forense sobre predicción del riesgo agresor del acusado, que concluyen que el riesgo, en este caso era medio-alto. El médico forense analizó para ello 12 ítems (6 de personalidad y otros 6 de conducta) determinando que el acusado estaba entre los 13-16 puntos, lo que se traducía en un riesgo medio-alto de ser un agresor hacia su pareja sentimental. Sin embargo, en relación al delito de maltrato ocasional difícilmente nos encontramos con informes forenses de esta naturaleza, que normalmente sí se hallan en delitos más graves como el homicidio o el maltrato habitual, lo que no deja de ser una dificultad añadida para la prueba del delito.

La dificultad probatoria del delito de maltrato a la mujer se hace evidente cuando ésta se acoge a su derecho a no declarar. En estos supuestos, la prueba pericial forense puede evitar un sobreseimiento o una sentencia absolutoria.³³²

b) La prueba del ánimo de lesionar. La SAP Cáceres, de 16-6-2006³³³, viene a señalar que a la hora de interpretar y valorar el ánimo de lesionar resultan determinantes: la existencia, ubicación, naturaleza y entidad de las lesiones; la pluralidad de las lesiones y su ubicación y la comparación del informe objetivo del informe forense con las declaraciones de la víctima³³⁴.

c) La falta de prueba sobre el origen y la forma de producción de las lesiones. Por otra parte, en muchas ocasiones nos encontramos con casos en los que, acreditada la existencia de unas lesiones, con la sola existencia del informe forense y a falta de cualquier otro elemento probatorio no queda probado el delito de malos tratos ya que no puede acreditarse el origen de las lesiones ni la forma

³³¹ SAP Tarragona 283/2008, de 18-7-2008; Recurso 18/2007; Ponente: Sr. Benito Pérez Bello; Roj: SAPT 1744/2008; ECLI: ES: APT: 2008: 1744; FJ. 2º.

³³² CERRATO GURI, E.: "La dificultad probatoria del delito de maltrato sobre la mujer", en *Peritaje y Prueba pericial*. PICO I JUNOY, J. (Dir.); DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Coord.); J. M. Bosch; Barcelona, 2017, pág. 526.

³³³ SAP Cáceres, 86/2006; Recurso 213/2006; Ponente: Sr. Valentín Pérez Aparicio; Roj: STS 444/2006; ECLI: ES: SAPCC: 2006: 444; FJ. 2º.

³³⁴ MAGRO SERVET, V.: "La Prueba pericial médica...", ob. cit., págs. 306 y 307.

de su producción. Podemos mencionar a modo de ejemplo la Sentencia absolutoria de la AP Barcelona 308/15, de 15-4-2015 en la que se practicó prueba testifical, pericial y documental señalándose en el FJ. 2º que no cabe extraer de la pericial médico forense prueba de cargo que supere el canon de certeza acerca de la causa de las lesiones. Y así se afirma que “(...) de la pericial practicada en el plenario, el parte facultativo e informe médico forense se acreditaría en la presunta víctima un resultado lesivo pero no su origen ni la mecánica de su producción, y únicamente se está ofreciendo un dato objetivo sobre una lesión pero en nada se demuestra la etiología y forma de su producción, en tanto que el informe forense se limita a señalar la compatibilidad del resultado lesivo con la llave de defensa personal referida por el acusado”. En la mencionada sentencia no queda corroborada la versión de la víctima y el informe forense no descarta otros mecanismos de producción, no pudiendo, en consecuencia, llegar a acreditarse, con la necesaria certeza, tanto el origen y causa de tal lesión como la acreditación de la existencia de una conducta dolosa e incluso a título de imprudencia en el acusado que pudiera venir a dar fuerza típica a aquel resultado lesivo³³⁵. En el mismo sentido, la SAP Barcelona 206/2007, de 21-2-2007³³⁶, que absuelve al acusado del delito de maltrato del artículo 153.1 CP.

d) La disimulación. El médico forense no sólo realiza una valoración médico legal en base a los elementos médicos y psicológicos que aparecen en el procedimiento a los que ya hemos hecho referencia, sino que también se plantea la posibilidad de que existan factores que impidan a la víctima salir del círculo vicioso violento en el que se ve envuelta.³³⁷ Existen supuestos de “disimulación”

³³⁵ SAP B 308/15, de 15-4-2015; Recurso 5/2014; Ponente: Sr. José Emilio Pirla Gómez; Roj. SAP B 5174/2015; ECLI: ES: APB: 2014: 5174; FJ. 2º. En el acto de la vista oral tanto el acusado como la víctima y el hijo de ambos se acogieron a la dispensa del artículo 416 LECr. que les concede el derecho a no declarar en contra de la pareja y padre respectivamente.

³³⁶ SAP B 206/2007 de 21-2-2015; Rec. 445/2006; Ponente. Sr. Fernando Pérez Maiquez; Roj. SAPB 1034/2007; ECLI: ES: APB: 2007: 1034; FJ. 3º. La misma determina la invalidez de la declaración de la víctima ante la falta de advertencia sobre su derecho a no declarar por ser esposa del acusado. Al haberse obtenido de forma irregular tal prueba se impide que pueda valorarse como tal. No consta que la víctima conocía su derecho a la dispensa y tampoco era irrelevante la falta de advertencia para valorar la testifical como ocurre cuando en la fase de instrucción ya se le ha advertido de ese derecho, o cuando ejerce la acusación particular lo que revela su voluntad de aportar pruebas acreditativas de los hechos o cuando el testigo denuncia espontáneamente los hechos. Con ello sólo se practicó como prueba de cargo el informe pericial del Médico Forense, que es idóneo para acreditar las lesiones que sufrió la víctima pero no acredita que se las produjere el acusado, el cual, en el acto del juicio, negó la agresión a su esposa.

³³⁷ Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica..., ob. cit., págs. 34 y 35.

que pueden darse cuando la víctima/denunciante tiene un objetivo único de aviso o busca que quede una mera constatación oficial de los hechos sin buscar una determinada carga penal punitiva; también cuando la víctima da explicaciones o justificaciones de lo sucedido; es ambivalente en la explicación de lo sucedido o adopta un papel protector como base de la familia. En estas situaciones de “disimulación” la persona denunciante oculta parte de lo sucedido, ofrece versiones accidentales para las lesiones, disminuye el valor real del daño provocado, o simplemente no se presenta a la vista oral o intenta “perdonar” la denuncia. Habrá que poner una especial atención en aquellos casos en los que las lesiones son leves o muy leves o son minimizadas por la víctima; ésta depende emocionalmente y económicamente del agresor al que le da una “segunda oportunidad” y al que ve distorsionadamente con la voluntad de cambiar o al que teme y con el que decide continuar o, incluso, reanudar la convivencia.³³⁸

e) La simulación entendida como la mentira consciente con fines inadecuados. Junto al fenómeno anterior, aparece el de la simulación, situación en el que la mujer miente deliberadamente acerca de la existencia del maltrato con fines espurios, por ejemplo lograr una cierta ventaja en la separación o divorcio en relación a la custodia de los hijos y vivienda habitual, así como con la pensión de alimentos. No obstante, tampoco cabe descartar automáticamente la posibilidad de maltrato, incluso continuado o habitual, en el supuesto de aquellas mujeres que han planteado a su pareja la separación o el divorcio o que se encuentran en trámites. Incluso en estos casos la “simulación” puede aparecer como un instrumento de uso que es justificado por la persona con base a la acumulación de un nivel elevado de sufrimiento por violencias anteriores. De ahí que el equipo forense debe tener en cuenta que incluso detrás de la distorsión puede existir sufrimiento.³³⁹

f) La rapidez de los juicios rápidos. Todos estos inconvenientes ponen en evidencia las dificultades con las que los médicos forenses pueden encontrarse a la hora de ofrecer su diagnóstico. A ello hay que añadir la celeridad del procedimiento de los juicios rápidos por el que se tramitan los maltratos ocasionales.

³³⁸ SOLÉ RAMÓN, A. M^a. : “La valoración del riesgo de las víctimas de Violencia de Género”, en *La Ley*, núm. 7353, 2 de marzo de 2010, pág. 2.

³³⁹ Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica..., ob. cit., págs. 35 a 38.

En el Juzgado de Guardia, la exploración que se efectúa a la víctima de maltrato ocasional normalmente es una exploración de carácter físico, que no psicológica completa, que requiere de más tiempo. Ello puede incidir negativamente en la prueba del maltrato ocasional y es un obstáculo evidente a la hora de probar tanto la existencia de lesiones de carácter psíquico en la víctima como de determinar el daño psicológico y el daño moral que ésta haya sufrido. Por ello, entendemos que no siempre el trámite de diligencias urgentes está justificado en la tramitación de los delitos de maltrato ocasionales, por encubrir en algunas ocasiones los efectos negativos que sobre la psique de la víctima ocasionan, que requerirían de un mayor tiempo de investigación. Por otra parte, consideramos que la activación de las diligencias previas del procedimiento abreviado si bien es apropiada para las causas más complejas de violencia de género no lo es, en cambio, para aquellas que podrían solucionarse de una manera más sencilla, evitando la intervención y el despliegue de toda la maquinaria judicial, a través de un procedimiento, entendemos más eficaz, como sería la mediación tal y como defendemos en este trabajo.

2.4 Otras periciales: la pericial psiquiátrica y la pericial psicológica

Existe una distinción importante entre la pericial psiquiátrica y la pericial psicológica. La diferencia entre ambas clases de pericial se halla en el distinto fundamento, técnicas y conclusiones a las que se puede llegar en uno y en otro caso³⁴⁰. Y ello con independencia del sujeto que realiza la pericial, ya que nos podemos encontrar perfectamente con un médico forense especializado en psiquiatría y/o en psicología.

2.4.1 La pericial psiquiátrica

Si en el ámbito judicial destacan los informes de los médicos forenses especializados en psiquiatría, los cuales pueden ser solicitados por el Juez de Instrucción, a instancias del Ministerio Fiscal o del resto de partes, éstas pueden

³⁴⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 495.

aportar también al proceso penal, en el momento procesal oportuno, otras periciales de carácter psiquiátrico realizadas por médicos especialistas en psiquiatría del ámbito privado.

Ya hemos visto que entre las periciales psiquiátricas más importantes a practicar en el acto de juicio oral se encuentra la valoración de la imputabilidad del encausado en orden a determinar la existencia de enfermedades mentales, trastornos mentales transitorios o dependencia del alcohol o de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Muchas situaciones de malos tratos van acompañadas de fenómenos psicopatológicos y de trastornos psíquicos definidos. Así, podemos citar el consumo de sustancias tóxicas y el abuso y dependencia del alcohol. Acciones que actúan progresivamente en el organismo y que conllevan alteraciones psicológicas y también psicopatológicas, como alteraciones en la personalidad; cambios bruscos de humor, en especial de tipo depresivo; irritabilidad; impaciencia; malhumor; susceptibilidad; respuestas y reacciones desproporcionadas; trastornos de la memoria, la capacidad de atención y la concentración; trastornos adaptativos; situaciones de estrés; trastornos delirantes de tipo celotípico; trastornos de la personalidad (trastorno paranoide de la personalidad, trastorno antisocial de la personalidad, trastorno límite de la personalidad) y trastornos depresivos³⁴¹.

La incidencia de todo ello en el ámbito jurídico requiere de una pericial psiquiátrica en orden a la aplicación, en su caso de eximentes o atenuantes. Por otra parte, el consumo de alcohol y de otras sustancias comporta frecuentemente y en algunos casos la presencia de malos tratos en el ámbito familiar³⁴².

³⁴¹ Para un tratamiento exhaustivo del tema ver el trabajo del especialista en psiquiatría y médico forense CARRASCO GÓMEZ, J. J.: Psicopatología del maltratador doméstico, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 1998-1999, págs. 109-127. Así como el artículo del Catedrático de Psicología Clínica ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: "Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja", en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*, II; Madrid, 2005, págs. 157-175. Del mismo autor "¿Por qué y cómo hay que tratar psicológicamente a los hombres violentos contra la pareja?", en *La Violencia de Género: Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo. Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2006, págs. 369- 387.

³⁴² Un estudio realizado por BEDATE GUTIERREZ, A.: "Historia y situación actual del síndrome de agresión a la mujer." Cuadros lesivos en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, III*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia; Madrid, 1999, pág. 13, en relación al período comprendido entre los años 1986-1997 y una muestra de 667 mujeres, destaca sobre las causas que han inducido a la aparición de los malos tratos en el ámbito familiar el consumo de alcohol en un 48,0 por cien y cuando éste va asociado a un consumo de drogas el abuso la cifra alcanza el 66,3 por cien.

2.4.2 La pericial psicológica

Al igual que la pericial psiquiátrica, la pericial psicológica puede realizarse por peritos judiciales o bien por psicólogos privados de parte.

Entre las periciales psicológicas a practicar, se halla la de exploración de la personalidad del imputado, la determinación y pronóstico de su peligrosidad (valoración del riesgo de reincidencia y limitaciones a la hora de seguir un tratamiento terapéutico), el examen de la víctima con valoración del daño moral y de las secuelas psicológicas posteriores a situaciones violentas, así como la evaluación del testimonio y la credibilidad de su relato.

La intervención de un especialista en psicología ante casos de violencia en el ámbito familiar es esencial, además de las razones ya mencionadas, por las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, es importante para distinguir cuándo nos encontramos ante una violencia-castigo en el marco de una relación desigual hombre-mujer de cuándo nos encontramos en el marco de una violencia entre iguales, esto es, entre adultos que aceptan la confrontación en igualdad de armas.

La distinción es esencial por sus consecuencias en el ámbito de lo jurídico. Así, en el momento actual se solapan dos formas de violencia. La que tiene su origen en el sistema del patriarcado y la que dimana de la asunción de la igualdad y en la que cada individualidad se prueba en la violencia con que sea capaz de mantenerse. Así mismo, se plantea el problema de la violencia consentida por la mujer desde su opción de libertad.³⁴³

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la denominada “violencia igualitaria”. La STS 1177/09, 24-11-2009³⁴⁴ señala expresamente que “(...) no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el art. 153, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de la Ley Orgánica

³⁴³ El término “violencia igualitaria” es el empleado para analizar estas cuestiones por VALCARCEL, A.: “La Violencia contra las Mujeres”, en *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la violencia de género*. Sevilla, Universidad Pablo Olavide, págs. 13-32.

³⁴⁴ STS 1177/09, de 24-11-2009; Recurso 629/2009; Ponente: sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 7482/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 7482; FJ. 3º.

1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género- cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. Así se señala expresamente que “(...) Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales” (FJ. 3º).

En estos casos es posible excluir la aplicación del artículo 153.1 CP y proceder a otra calificación penal de los hechos.

b) En segundo lugar, también es importante la intervención de estos especialistas para procurar a la víctima los medios psicoterapéuticos necesarios y poder corregir la distorsión de la realidad que padece respecto de ella misma y poder recuperar el control de su propia vida.

c) En tercer lugar, para realizar una valoración de la credibilidad de la víctima testigo, lo que analizaremos en uno de los apartados siguientes.³⁴⁵

d) Y finalmente, para determinar la existencia de violencia psíquica.

Este último aspecto mencionado es un campo en el que confluye tanto la psiquiatría como la psicología. Desde el punto de vista del perito psicólogo, reviste una especial importancia en el caso de que no se evidencien lesiones físicas en la víctima de maltrato. Es necesario hacer una valoración diferencial psicológica y saber si se trata de una relación de maltrato con lesiones psíquicas como estrés postraumático, altos índices de ansiedad, bajos índices de autoestima y de funcionamiento global o si se trata de una relación disfuncional en la que sólo hay malestar, es decir, ante un menoscabo psíquico que no requiere tratamiento psicológico.³⁴⁶ Debemos tener en cuenta que en el ámbito de la vio-

³⁴⁵ Apartado 2.4.2.2 del capítulo segundo.

³⁴⁶ DE JUAN FERNÁNDEZ, M.: “Peritaje psicológico forense: cuando no existen las pruebas físicas”. *La Ley*, núm. 7430, 23 de junio 2010, pág. 2.

lencia de género, las agresiones físicas siempre producen consecuencias psicológicas y que, además, en caso de violencia psíquica, ésta puede provocar numerosas secuelas, tanto a nivel físico como a nivel psicológico y emocional. Además, normalmente la violencia psíquica puede ser un anuncio de la violencia física posterior, puede ser inherente al maltrato físico o, incluso, independiente de aquél.

Según Richard González, la prueba pericial médico forense se fundamenta en el análisis objetivo y determinación científica del origen y consecuencias de las heridas que pueda haber sufrido una persona. Y en esta clase de pericia la información que provenga de la víctima no resulta determinante de las conclusiones que se obtengan. A diferencia de lo que ocurre con la prueba pericial psicológica en la que las conclusiones obtenidas, según el autor, se fundamentan básicamente en el relato personal del encausado, los testigos o la víctima.³⁴⁷ Nos mostramos en desacuerdo con dicha opinión en lo que respecta a la pericial psiquiátrica sobre las lesiones psíquicas en los malos tratos en los que la declaración de la víctima sí va a ser muy importante.

2.4.2.1 La valoración de la prueba pericial psicológica. Dificultades probatorias

Una de las principales dificultades en las que se encuentran los psicólogos jurídicos y forenses es la relativa a la determinación y prueba de las lesiones psíquicas. Los psicólogos jurídicos y forenses ponen de manifiesto las dificultades de realización de una evaluación pericial de la violencia psíquica y la necesidad de establecer un protocolo específico de evaluación psicológica forense para responder de manera clara y fundamentada a las solicitudes periciales en los casos de maltrato.³⁴⁸

En estos casos, el peso de la prueba recae, básicamente, en la víctima y en establecer la relación de causalidad entre el maltrato psíquico o situación traumática y las consecuencias de dicha vivencia, aplicables al caso concreto; en establecer la relación temporal entre las agresiones y sus consecuencias; en

³⁴⁷ RICHARD GONZALEZ, M.: ob. cit., pág. 495.

³⁴⁸ ASENSI PEREZ, L. F.: "La Prueba pericial psicológica en asuntos de Violencia de Género", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 21, enero-junio 2008, pág. 27.

cuantificar la intensidad del agente estresante y ponerlo en relación con la gravedad de las lesiones o secuelas originadas así como en analizar la duración de dichos síntomas o secuelas.

Para ello, el perito psicólogo debe evaluar la historia de la victimización, las circunstancias del maltrato, los trastornos psicopatológicos, la reacción del entorno y si el relato de hechos ofrecido por la víctima es congruente con la información que se conoce sobre el maltrato psicológico. También se analizará la vulnerabilidad y la personalidad previa de la víctima; las relaciones interpersonales con el maltratador, la existencia de hijos y la relación con los mismos y los antecedentes personales de salud, familiares, educacionales, sociales y laborales.³⁴⁹

Habrá que analizar y valorar si las conductas de las que se siente objeto la víctima se convierten en traumáticas y estresantes, así como las consecuencias psicológicas y sus repercusiones a nivel social, familiar y laboral; y se verificará la existencia de una lesión psíquica o de un menoscabo psíquico, así como posibles secuelas (como la estabilización y la cronificación de las alteraciones psicológicas).³⁵⁰ Podemos citar, a modo de ejemplo, la SAP Barcelona 953/2014, de 9-10-2014³⁵¹, que condena por un delito de maltrato habitual en relación al maltrato psíquico con base a las pruebas de la declaración de la víctima, la prueba testifical de referencia, el informe médico forense y la pericia que determina la afectación a la psique de la víctima de la actitud del agresor psíquico. No obstante, debemos de tener en cuenta que, en muchas ocasiones, transcurre un lapso de tiempo considerable entre el abandono del domicilio por la víctima y el comienzo del tratamiento psicológico de ayuda así como de la denuncia. Por otra parte, muchas víctimas de maltrato psicológico no son conscientes de que lo son. Y ello es así porque no asumen que las actuaciones de humillación de su pareja puedan ser un ilícito penal, sino que en muchos casos lo achacan a que ese es el carácter de su pareja, o intentan minimizar su trascendencia. Ello va minando la psique de la víctima, que no es consciente de que la actitud de su pareja es la

³⁴⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A.: "La intervención psicosocial con las víctimas de Violencia de Género"..., ob. cit., págs. 446-462.

³⁵⁰ Para un estudio pormenorizado del tema ver ASENSI PEREZ, L. F.: "La Prueba pericial psicológica en asuntos de Violencia de Género"..., ob. cit., págs.15 a 29.

³⁵¹ SAP Barcelona 953/2014, de 9-10-2014; Recurso 108/2014; Ponente: Sr. José Emilio Pirla Gómez; Roj. SAP B 11424/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 11424; FJ. 3º.

que le produce esa afectación a su psique y a sus relaciones con los demás. Así, el maltrato psicológico se convierte en algo más dañino y perverso que el físico, en tanto en cuanto produce un daño interno que es mayor que el externo de la víctima. A veces se dificulta su persecución porque muchas víctimas no saben que lo son y por ello no llegan a denunciar. De ahí que en el maltrato psicológico la bolsa de “no denuncia” es mayor que en el físico. Y en ese contexto, es explicable su tardanza en denunciar los hechos de los que era objeto, denunciando cuando cuenta con el apoyo de terceros³⁵².

En la jurisprudencia, se ha puesto de manifiesto la importancia de las periciales médicas en relación a la prueba de los malos tratos y, en este sentido, podemos destacar algunas sentencias. Mientras en unas el informe psicológico es determinante para probar la existencia de malos tratos de naturaleza psíquica, en otras es inexistente, como veremos, lo que determina que se dicte una sentencia absolutoria.

Por una parte, destacamos las tres sentencias condenatorias siguientes:

- a) SAP Tarragona 28/2014, de 3-2-2014³⁵³

Esta resolución judicial, confirma la condena de la sentencia del Juzgado Penal nº 5 de Tarragona por un delito de maltrato psíquico del artículo 153.1 CP y ello por haber quedado acreditada la causación de un menoscabo psíquico, que no lesión psíquica, que también es previsto en el tipo penal de maltrato ocasional. Señala expresamente que “(...) En los términos que se declaran probados y mediante los mensajes telefónicos y la divulgación de textos y fotografías en la red social Facebook estuvo sometida a un marco aún en términos temporales leves de indolente dominación y humillación. Humillar, vejar, crear, en fin, un clima de desprecio equivale en términos normativos a un modo o procedimiento, como reclama el tipo, de violencia psíquica apta para producir el menoscabo psíquico exigido en la norma. En efecto, si bien tiene razón el recurrente de que no se ha acreditado por las acusaciones como hubiera sido deseable y, además, posible si la Sra. (...) sufrió una lesión psíquica a consecuencia de la acción ello

³⁵² SAP Barcelona 953/2014, de 9-10-2014; Recurso 108/2014; Ponente: Sr. José Emilio Pirla Gómez; Roj. SAP B 11424/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 11424; FJ. 3º.

³⁵³ SAP Tarragona 28/2014, de 3-2-2014; Recurso 1113/2013; Ponente: Sr. Javier Hernández García; Roj. SAP T 370/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 370; FJ. 1º.

no significa que no se identifique el resultado típico de menoscabo que, por esencia, es de menor entidad que el de lesión necesitada de tratamiento (médico) para su curación pues ello conduciría al delito del artículo 147 y 148, ambos, CP. Y decimos que se ha probado no solo porque se acredita que la Sra. (...) acudió a recibir asistencia psicológica a un centro público sino porque su propio testimonio y el de las dos testigos, compañeras de trabajo (...) acredita los episodios de angustia sufridos por la víctima y los sentimientos de tristeza e inferioridad que le produjeron los crueles mensajes remitidos por el acusado. Hubo, por tanto, menoscabo psíquico. El resultado que reclama el tipo” (FJ. 1º).

- b) SAP de Tarragona 320/2011, de 30-6-2011³⁵⁴

La sentencia, pone de relieve las particulares condiciones psico-personales de la víctima puestas de manifiesto por los peritos del equipo técnico de valoración psicológica coincidentes con las manifestaciones de los otros peritos que depusieron en el plenario: el ser una víctima altamente vulnerable por las propias condiciones vitales en las que se desenvolvía y por su dependencia afectiva y vital casi absoluto hacia el maltratador, lo que justificó su imperistencia inculpativa y la propia tardanza en la denuncia de los hechos. La sentencia valora el testimonio de la víctima corroborado por los dictámenes periciales y las referencias realizadas por la propia víctima a los peritos a los que informó de las circunstancias vitales a las que estaba sometida, del miedo que sentía por el acusado y del profundo sentimiento de desprotección y de aislamiento socio afectivo al que estaba sometida. Los peritos declararon que los trastornos mentales que diagnosticaron a la víctima no comportaban alteraciones cognitivas que influyeran en la coherencia del relato ni que éste respondiera a estrategias de fabulación. También destaca el testimonio del psicólogo quien manifestó cómo durante el periodo en el que intervino en su seguimiento pudo observar como ésta presentaba con frecuencia morados, arañazos y eritemas en su cuerpo. Para la Sala la prueba pericial practicada permite concluir de forma sólida que los trastornos que sufre la víctima traen causa directa de la patológica relación mantenida con el acusado.

³⁵⁴ SAP Tarragona 320/2011, de 30-6-2011; Recurso: 540/2011; Ponente: Sr. Javier Hernández García; Roj: SAPT 991/2011; ECLI: ES: APT: 2011: 991; FJ. 1º.3.

- c) SAP Tarragona 283/2008, de 18-7-2008³⁵⁵

Esta sentencia condena al acusado por un delito de homicidio en grado de tentativa a pesar de que, en el plenario, la víctima intentó “a su manera” proteger a su pareja sentimental, acogándose a su derecho a no declarar conforme al art. 416 LECr. con relación a presuntas agresiones anteriores de las que finalmente salió absuelto. El Tribunal valora las periciales médicas de los médicos que la trataron en el hospital y señala que “(...) reciben a los 7 días de tenerla hospitalizada, la información de la propia víctima de que no se había tirado sino que había sido lanzada por su pareja. Esta información, lógicamente, no tiene la naturaleza de prueba pericial sino testifical, dado que se trata de los médicos que le atendían de sus lesiones físicas y, por tanto, no de su estado mental, pero nos sirve para valorar que el cambio de la versión de la víctima se produjo en cuanto comenzó a recuperarse de sus lesiones y fuera de la influencia directa del acusado. Pero los médicos que analizan el estado mental de la víctima ponen de manifiesto datos muy valiosos al respecto.” En la sentencia se hace constar que, según los psiquiatras, la víctima no tenía un cuadro depresivo, tenía planes de futuro claros y concluyen que el cambio de la versión de los hechos no observaron fabulaciones en su discurso, valorando que la paciente había tenido un sufrimiento psíquico, pero que no estaba ansiosa, por lo que no fue necesario que se le recetara en este sentido ningún medicamento. Por su parte, el psicólogo informó en el sentido de que la víctima tenía una contradicción afectiva motivada porque por un lado quería a su pareja pero por el otro le rechazaba por lo que le hacía sufrir. No apreció que sus manifestaciones sobre que su pareja la hubiera lanzado por la ventana fueran fabuladas y valoró que podía hallarse en una situación de dependencia emocional de la persona maltratadora, aunque no realizó estudios médicos sobre la credibilidad de la víctima, porque no era objeto de la pericia. La Sala valora esta prueba pericial en su conjunto y sostiene que “(...) la víctima no se encontraba en una situación depresiva, aunque sí de sufrimiento psíquico por las tensiones que tenía con su pareja, apreciando en la misma una contradicción afectiva motivada porque, por un lado, quería a su pareja pero por el otro lado lo rechazaba por las tensiones emocionales a las que se veía sometida”. La AP acaba manifestando que ha quedado desvirtuado el

³⁵⁵ SAP Tarragona 283/2008, de 18-7-2008; Recurso: 18/2007; Ponente: Sr. Benito Pérez Bello; Roj: SAPT 1744/2008; ECLI: ES: APT: 2008: 1744; FJ. 2º.

principio de presunción de inocencia porque por una parte la declaración inculpativa de la víctima por sí sola no habría sido suficiente para basar la condena y ello por falta del requisito de la persistencia en la inculpativa, pero por la otra, dicha impersistencia puede tener una explicación racional en las conclusiones de un perito médico de que la víctima tiene sentimientos contradictorios respecto al acusado dado que por un lado le sigue queriendo pero por el otro no desea continuar con él por el daño que le ha hecho. Entiende la Sala que "(...) dicha declaración inculpativa (que a la Sala ofrece altos niveles de verosimilitud (...)) aparece corroborada por otra serie de pruebas" (FJ. 2º).

Frente a estas sentencias, destacamos la Sentencia de la AP Barcelona 855/2007, 26-9-2007³⁵⁶ que absuelve de un delito de malos tratos psíquicos habituales. Para ello se argumenta que en el juicio oral no se practicó ni pericial psicológica, ni pericial médica y sí un informe social firmado por una trabajadora social y no por un psicólogo, emitido por el equipo de asesoramiento de la Dirección General de Recursos y Régimen Penitenciario y cuyo contenido está determinado por las manifestaciones efectuadas al equipo por la propia víctima. Se valora que la alteración psicológica con crisis de identidad y de ansiedad, a tenor de la documental aportada, se inició escasos días después del inicio del noviazgo con el acusado y, por tanto, no es admisible que hubiera sufrido alteraciones debidas a la conducta hacia ella del acusado, hasta el punto de acudir a terapia, máxime cuando consta en el informe aportado del psicólogo que la causa estuvo en las dificultades en la relación con los padres y en sus estudios. Entiende la Sala que la sola declaración de la víctima no es prueba suficiente para considerar probados los malos tratos psíquicos imputados al acusado.

Hacer finalmente la precisión que ya realizábamos en el apartado anterior tanto en orden a las dificultades intrínsecas en la realización de la prueba pericial a las que ya hemos hecho referencia como a la inidoneidad en numerosas ocasiones del procedimiento de juicio rápido para la tramitación de estos delitos.

³⁵⁶ SAP Barcelona 855/2007, de 26-9-2007; Recurso 52/2007; Ponente: Sra. M^a Carmen Zabalegui Muñoz; Roj; SAPB 11164/2007; ECLI: ES: APB: 3007: 11164; FJ. 2º.

2.4.2.2 Especial referencia a la pericial psicológica sobre la credibilidad de la víctima y su capacidad mental. Valoración de la prueba

Esta prueba pericial psicológica puede resultar útil cuando la víctima es el único testigo de los hechos y no hay vestigios materiales que refuercen la versión de ésta. La STS 826/2011, de 20 de julio³⁵⁷ señala la relevancia del examen del contenido de las distintas manifestaciones de la víctima en relación con los aspectos sustanciales de los hechos. En estos casos, un peritaje psicológico permitiría deducir si existen o no indicios de fabulación o de relatos previamente aprendidos y evaluar la credibilidad del relato³⁵⁸. No se tratará tanto de determinar si la víctima miente, sino a verificar si la víctima entiende que los hechos han ocurrido de una manera distinta a la realidad. Es decir, si la memoria de lo percibido y lo imaginado, lo realmente ocurrido y lo que no se ha evidenciado, presenta características diferentes. En esta pericial se evaluará y analizará la congruencia emocional, si su afecto es adecuado a lo relatado, la ausencia de estereotipos intelectualizados y si la información ofrecida en la entrevista posee consistencia y coherencia lógica y psicológica³⁵⁹.

Sobre el testigo víctima recae la obligación de decir verdad en el acto del juicio; esta obligación está vinculada constitucionalmente al art. 118 CE. De ahí que no se plantee la cuestión de la evaluación de la credibilidad del acusado, el cual no está obligado a decir verdad en virtud a su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En cambio, en relación a los testigos víctimas, están implicados derechos y obligaciones constitucionales del testigo como el derecho a su intimidad personal y la obligación de veracidad. La cuestión que se plantea es cuándo debe ceder el derecho a la intimidad del

³⁵⁷ STS 826/2011, de 20-7-2011; Recurso 149/2011; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca; Roj: STS 5376/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 5376; FJ. 3º.

³⁵⁸ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C.: "Dossier de los tribunales sobre probática: la siempre difícil determinación de la credibilidad de la víctima de abusos sexuales y la utilidad de la prueba pericial psicológica", en *Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*. Núm. 6. *La Ley* núm. 7730, 7 noviembre 2011, pág. 14.

³⁵⁹ ASENSI PEREZ, L. F.: ob. cit., pág. 24. Ver ARCE, R., FARIÑA, F.: "Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (SEG)", en *Papeles del Psicólogo*, nº 92; 2005, pág. 59-77. Arce y Fariña han diseñado un protocolo psicológico forense de evaluación, adaptado al contexto legal español, en función del cual puede establecerse que una declaración es más o menos verdadera o creíble ante la presencia de criterios, en tanto que de su ausencia no puede desprenderse que sea falsa.

testigo. Se entiende que ello ocurre cuando el derecho de defensa quede esencialmente comprometido.

No obstante, se rechaza que la credibilidad del testigo pueda ser, sin más, el objeto de una pericia directa entre otras razones porque no se trata de un hecho científico. La STS 96/2006, de 7 de febrero³⁶⁰ ha señalado que dicha prueba resulta innecesaria y contraproducente en tanto puede convertirse en un escudriñamiento innecesario de la personalidad, con posibilidad de vulnerar el derecho a la intimidad y de conllevar una victimización secundaria. Dicha pericia, en todo caso, puede versar sobre aspectos relacionados indirectamente con dicha credibilidad pero que afectan en realidad a la capacidad para ser testigo en un juicio. Así, y en relación a la víctima, la pericia consistiría en un examen médico del testigo para determinar si padece alguna enfermedad mental que le condicione y oriente su discurso hacia la fabulación; si padece alguna enfermedad mental que le impida percibir correctamente los hechos enjuiciados; si padece alguna enfermedad mental que le impida prestar testimonio en el juicio; y alguna otra situación de análoga significación a las anteriores. El objeto directo de la pericia no es, en estos casos, la credibilidad del testigo sino los hechos concretos a los que hemos hecho referencia.

Además, la pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio nunca puede sustituir la valoración que corresponde al juez que en virtud de la inmediación ha percibido sobre la propia prueba testifical de la víctima. La testifical de la víctima de maltrato continúa siendo necesaria aun cuando exista una pericial psicológica, sin perjuicio de la lectura de sus declaraciones en el acto del juicio oral por la vía del art. 730 LECr. en los supuestos que este precepto prevé. Pero sí que es cierto que esta pericial puede ser útil al juez como instrumento de valoración que ayude a formar su convicción. Por tanto, la valoración de si las declaraciones de la víctima se ajustan o no a la realidad no es labor del perito que puede informar sobre la fiabilidad de las mismas pero no suplir la labor judicial. El perito puede informar acerca de si observa datos que hagan suponer fabulación o manipulación o no.

³⁶⁰ STS 96/2006, de 7-2-2006; Recurso 1729/2004; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj; STS 314/2006; ECLI: ES: TS: 2006: 314; FJ. 1º.

En ningún caso debe ponerse en entredicho la labor integradora del órgano sentenciador a la hora de examinar el conjunto de la actividad probatoria y determinar los hechos que, a resultas de lo anterior, considera probados. Por imperativo legal, la valoración de toda la actividad probatoria corresponde de forma exclusiva al órgano sentenciador, de tal manera que habrá de ser éste quien atribuya más o menos credibilidad a las declaraciones de las partes en el proceso de formación de la decisión a la vista de todos los elementos indiciarios que tienen relevancia probatoria. No cabe, pues, que una interpretación de parte, respecto de estos indicios, justifique por sí misma y sin más la admisión de la prueba pericial psicológica acerca de la credibilidad de la testigo-víctima de malos tratos propuesta, generalmente, por la defensa.

Esta prueba cabrá admitirla cuando sea estrictamente necesaria, útil, pertinente, decisiva en términos de defensa, proporcional y cuando en la causa obren indicios de alguna anomalía mental que comprometa el derecho de defensa si no se acuerda su práctica.³⁶¹ En ocasiones el médico forense, en su informe, hace una pericial psicológica de la declaración de la víctima junto a su examen físico y valora su declaración. En estos casos entendemos que no sería necesaria someterla a una nueva valoración con la finalidad de evitar la victimización secundaria del testigo-víctima.

No obstante, debemos de tener en cuenta que existen elementos del síndrome de la mujer maltratada que pueden afectar a su credibilidad como son las alteraciones psíquicas que provoca una situación de maltrato: síndrome de Estocolmo doméstico, pérdida de autoestima, autculpa, inhibición y/o distorsiones de la expresividad, distorsiones de la percepción y de la memoria, inhibición y distorsiones de la emotividad o el síndrome de adaptación paradójica a la violencia. También existen ciertos prejuicios de la sociedad sobre el tema como por ejemplo presentar alteraciones psicológicas o haber sido atendida previamente en un centro de salud mental, no dar la imagen y el aspecto esperados de mujer maltratada sino mostrar cierta seguridad personal, no haber denunciado previamente o la desconfianza por las “falsas denuncias”. De tal manera que un informe

³⁶¹ Para un tratamiento exhaustivo del tema ver HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “¿Cuándo resulta admisible una prueba sobre la capacidad mental de la presunta víctima?” y CAMARENA GRAU, S.: “¿Son admisibles con carácter general pruebas de tipo pericial sobre la credibilidad?”, en *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada*, 51, CGPJ; Madrid, 2010, págs. 200-211.

psicológico e incluso psiquiátrico de la víctima puede llegar a ser imprescindible en el caso concreto.³⁶²

A juicio de Ramírez Ortiz no se trata de pruebas periciales científicas sino de instrumentos de auxilio a la función judicial, que no la sustituyen y tampoco se trata de corroboraciones periféricas de los testimonios sino que se limitan a servir de auxilio para evaluar el aspecto subjetivo-objetivo de la credibilidad del testimonio y hay una jurisprudencia consolidada que afirma que los elementos de credibilidad subjetiva del testimonio no son elementos corroboradores³⁶³.

Entre la jurisprudencia más reciente sobre la materia destacan sobre la prueba pericial psicológica y valor de las manifestaciones sobre “la veracidad” del testimonio las siguientes resoluciones judiciales:

- a) SAP Tarragona 106/2014, de 20-3-2014³⁶⁴

Esta sentencia dictamina que hay casos en los que un dictamen psicológico acerca del grado de credibilidad del testigo puede resultar especialmente útil y cita como ejemplos de ello cuando se trate de menores víctimas de delitos o de personas con antecedentes psiquiátricos que incluyan entre los síntomas de su padecimiento la deformación de sus propias percepciones sensitivas. Por otra parte esta resolución judicial rechaza la idea de que la duda sobre la fiabilidad de un testimonio haya de ser resuelta siempre y en todo caso mediante tales dictámenes sino que la conclusión acerca de la credibilidad del testigo víctima ha de ser el resultado de una valoración de su testimonio junto a los demás elementos de prueba ofrecidos por el Fiscal y el resto de las partes.

- b) STS 238/2011, de 21-03-2011³⁶⁵

³⁶² PAZ RODRÍGUEZ, J. I.: “La violencia basada en el género, orígenes, mecanismos y consecuencias”, en *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1, 2007, págs. 276-277.

³⁶³ RAMIREZ ORTIZ, J. L.: “La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual”, en *La Ley*, núm. 9199, 17 de mayo de 2018, pág. 28. Ver las STS 742/2017, de 16-11-2017; Recurso 10259/2017; Ponente: Sr. Andrés Palomo del Arco; Roj: STS 3989/2017; ECLI: ES: ES: TS: 2017: 3989; FJ. 3º; STS 555/2017, de 13-7-17; Recurso 10057/2017; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 2897/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 2897; FJ. 1º. El autor señala cómo en relación a la prueba de los delitos contra la indemnidad sexual hay una extensión de la prueba pericial a la prueba de la fiabilidad del testimonio de la víctima y un abuso de la atribución de la condición de elemento corroborador cuando no lo tiene. Ver pág. 15.

³⁶⁴ SAP Tarragona 106/2014, de 20-3-2014; Rec. 18/2014; Ponente: Sr. Jorge Mora Amante; Roj: SAPT 576/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 576; FJ.1º.

³⁶⁵ STS 238/2011, de 21-03-2011; Recurso 2068/2010; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1991/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 1991; FJ. 1º.

La sentencia señala que no corresponde a los psicólogos establecer la “veracidad” de las declaraciones prestadas en la pericial psicológica, sino que es competencia del tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Añade que no es la veracidad misma del testimonio lo que debe ser objeto de pericia psicológica sino la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo - sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psicofísicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad, etc.

- c) STS 265/2010, de 19-2- 2010³⁶⁶

La sentencia establece que los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el tribunal a la testigo, ni que no haya de hacerlo cuando el dictamen apunta a la fabulación. Pero resulta claro que ilustran científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Por lo tanto, lo relevante en esos estudios es la posible detección de la tendencia fabuladora, que es, en cuanto a patología o rasgo perceptible para un experto, lo que tiene significación cuando existe y se diagnostica en la pericia. En este caso, las pericias psicológicas ya practicadas no señalaron que las declarantes presentasen cuadro alguno de tendencia a la fabulación, por lo que si al recurrente le hubiese interesado probar esa patológica inclinación a la mentira debió proponer una pericia sobre esa supuesta singularidad de las testigos, y no, como hizo, proponer una pericia sobre la veracidad de lo declarado, que es competencia del Tribunal. La prueba por tanto fue correctamente inadmitida” (F J.1º.2).

- d) STS, 867/2010, de 21/10/2010³⁶⁷

La sentencia determina que los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el juez o tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no

³⁶⁶ STS 265/2010, de 19-2-2010; Recurso 1075/2009; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1473/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 1473; FJ. 1º.2.

³⁶⁷ STS 867/2010, de 21/10/2010; Recurso 2791/2009; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5249/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 5249; FJ. 1º.

han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable pero a *sensu contrario* si pueden ser valorados por el mismo tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

- e) STS 925/2012, de 8-11-12³⁶⁸

Esta sentencia afirma que la aportación de conocimientos de la psicología es una ayuda a veces irremplazable, que se constituyen en una prueba científica que, como todas, aportará solo probabilidades y no seguridades. Ni puede el perito sustituir el testimonio directo de los menores de manera que éstos solo fueren oídos a través del tamiz del contenido de la entrevista que comunique el experto al tribunal.

- f) STS 1069/2012, de 2-12-2012³⁶⁹

La sentencia señala que “(...) La terminología científica propia de la Psicología discurre por derroteros no coincidentes con los jurídicos. Lo que no se encontrará nunca en un dictamen psicológico sobre credibilidad es una afirmación de fiabilidad total o segura. En los parámetros en que se mueve esa ciencia no es posible proclamar de manera apodíctica esa credibilidad absoluta, en ningún caso. Las calificaciones al uso oscilan entre la ‘incredibilidad’ y la ‘credibilidad’ pasando por la ‘imposibilidad de determinar’ o el ‘probablemente creíble’ o ‘in-creíble’. Para llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que sí han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento. Por eso, el juicio del psicólogo jamás podrá suplantar al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados en esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, manipulación o invención” (FJ.1º).

³⁶⁸ STS 925/2012, de 8-11-2012; Recurso. 406/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 7931/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 7931; FJ. 2º.

³⁶⁹ STS 1069/2012, de 2-12-2012; Recurso 10664/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 9016/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 9016; FJ. 1º.

Para finalizar, diremos que las conclusiones de los psicólogos carecen, según la doctrina³⁷⁰ y la jurisprudencia, como hemos visto, de la fuerza objetiva de las conclusiones científico-técnicas. El problema puede plantearse cuando es un médico forense el que realiza en sus informes forenses una valoración de credibilidad de la víctima como especialista en psiquiatría y en psicología. Entendemos que en este caso, deberá manifestar, en el acto de juicio oral, en base a qué fundamento, y técnicas ha elaborado su informe de credibilidad en la que basa sus conclusiones y que éstas deben regirse por la doctrina jurisprudencial general que se sigue en relación a la pericial psicológica que hemos expuesto anteriormente.

3. La prueba del maltrato a través de la declaración de la víctima y de los testigos

Una de las principales pruebas del maltrato ocasional es la testifical de la víctima de malos tratos. Su declaración es de tal importancia que gran parte de las sentencias absolutorias que se dictan en España están directa o indirectamente relacionadas con dicho testimonio. Ello justifica que en nuestro análisis dediquemos una parte importante de este capítulo a su estudio, así como también hagamos referencia a la declaración de otros testigos que también suelen intervenir en el acto de juicio oral seguido por delito de maltrato ocasional, tales como los testigos directos y los testigos de referencia. Las declaraciones testificales son actos de investigación del delito cuya regulación como tales se establece en la LECr. en los artículos 410 a 455; pero también acceden al acto de juicio oral como verdaderos medios de prueba propuestos por las partes con eficacia en orden a la valoración de la misma por parte del juez que dictará la sentencia³⁷¹.

3.1 El testimonio de la víctima en el acto de juicio oral y el valor probatorio de la misma

³⁷⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M.: ob. cit., pág. 495.

³⁷¹ En los artículos 701 a 722 LECr. se regula este medio de prueba y su práctica en el acto de juicio oral para el procedimiento ordinario y se aplican supletoriamente para el procedimiento abreviado, que no contiene ninguna norma dedicada a éstos.

En nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de declarar de los testigos viene establecida en los artículos 410 y 716 LECr., mientras que la sanción a los testigos que incumplen dicha obligación se regula en el art. 420 LECr. Por otra parte, la dispensa de la obligación de declarar para determinados parientes viene fijada en los arts. 416, 418 del mismo cuerpo legal. Todos estos preceptos procesales juegan un papel importante en el acto de juicio oral y a efectos probatorios, como veremos.

Dentro de la consideración de testigo, ocupa un lugar especial la víctima del delito. Tal y como señala la STC 173/1990, de 12-11-1990³⁷² “el testimonio de la víctima en el acto de juicio oral tiene hoy día el valor de actividad probatoria de cargo, legítima, al no existir en nuestro proceso penal el sistema legal o tasado en la valoración de la prueba y, por consiguiente, no se produce la exclusión del testimonio único aun procediendo del sujeto pasivo del delito; ello en tanto no aparezcan razones objetivas que lleven a invalidar las afirmaciones de la víctima o susciten en el tribunal una duda que le impida formar su convicción al respecto”. Así, el problema esencial se traduce en el de la valoración de dichos testimonios, de modo que, tal y como señala Moreno Catena³⁷³, habrá de ponderarse la condición de ofendido y tres factores más: su credibilidad, en razón de sus relaciones con el acusado, cuidando que no se haya viciado la declaración con móviles de resentimiento o enemistad; su verosimilitud, procurando corroborar la existencia del delito con otros medios de prueba; y la persistencia en la incriminación.

³⁷² STC 173/1990, de 12-11-1990; Recurso 949/1988; Ponente: Sr. José Gabaldón López; FJ.3º; BOE núm. 289, 3-12-1990.

³⁷³ MORENO CATENA, V.: “La declaración del acusado y la prueba de testigos”, en *Lecciones de Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pág. 385. HURTADO YELO, J.J.: “Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima,” en *La Ley*, núm. 7260, 13-10-2009.

El TC y el TS han señalado que la víctima debe ser considerada como testigo de cargo³⁷⁴, aunque sea prueba única³⁷⁵ y aunque tarde varios días en denunciar³⁷⁶. También ha fijado unos criterios para controlar la credibilidad de la víctima³⁷⁷. Se trata de unas reglas o pautas de valoración acerca de cómo ha de interpretarse la declaración de la víctima, para considerarla o no veraz, cuando es el testimonio principal de la causa. La STS 1435/2002, de 10-9-2002³⁷⁸, considera a estos requisitos como pautas de valoración que han de ofrecerse al juez que ha conocido del juicio, y son las siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva.

En la declaración de la víctima no deben inferirse móviles espurios derivados de las relaciones previas entre el investigado y la víctima, de los que pudiera deducirse algún tipo de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole, que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

b) Verosimilitud objetiva.

En estos procesos es de enorme importancia la presencia de elementos objetivos de corroboración de las manifestaciones de las víctimas que, a modo de indicios, permiten la prueba de los hechos. Así, ante la existencia de versiones contradictorias, cambios en la versión de los hechos, retractaciones, comportamientos de disimulación ocultando las causas de las lesiones, o el acogimiento de la víctima a su derecho a no declarar en el acto del juicio oral, estos elementos corroborantes pueden ofrecer una información valiosa a la hora de valorar la prueba del maltrato.³⁷⁹

³⁷⁴ STC 347/2006, de 11-12-2006; Ponente: Sr. Roberto García Calvo y Montiel; FJ.4º; STS 577, de 4-5-2005. Recurso 2322/2003; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; Roj: STS 2814/2005; ECLI: ES: 2005: 2814; FJ. 6º.

³⁷⁵ STS 577, de 4-5-2005. Recurso 2322/2003; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; Roj: STS 2814/2005; ECLI: ES: 2005: 2814; FJ. 6º.

³⁷⁶ STS 404/2000, de 15-3-2000; Recurso 4386/1998; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 2075/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 2075, FJ. 1º.

³⁷⁷ STS 190/1998, de 16-2-98; Recurso 418/1997; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 1031/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 1031; FJ. 4º Y 5º; STS 475/2000, de 23-3-2000; Recurso 3369/1998; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 2369/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 2369; FJ. 1º.

³⁷⁸ STS 1435/2002, de 10-9-2002; Recurso 273/2001; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 5802/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 5802; FJ. 2º.

³⁷⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M.: "Particularidades de la prueba en los delitos de Violencia de Género"..., ob. cit., pág. 455.

La declaración de la víctima debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria, que avalen lo que no es propiamente un testimonio sino una declaración de parte. En definitiva, sería la existencia de elementos que den veracidad a la declaración de la víctima, más allá de su propia palabra y la necesidad de que haya otras pruebas de hecho además del testimonio de la víctima. Entre los concretos elementos que se pueden considerar como periféricos de la declaración de la víctima, podemos mencionar: el parte de lesiones del médico; el comportamiento agresivo previo a los hechos juzgados por parte del denunciado; el propio reconocimiento de los hechos por éste en los primeros momentos del proceso; los testigos de los hechos, directos y de referencia; o el tiempo transcurrido desde los hechos hasta la efectiva imposición de la denuncia.

c) Persistencia en la incriminación.

La persistencia en la incriminación implica que ésta debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, sin ambigüedades ni contradicciones en lo esencial; aunque el TS admite variaciones en la versión³⁸⁰. Incluye los requisitos de persistencia, concreción y coherencia³⁸¹.

Sobre la credibilidad de la víctima, la STS 450/2005, de 11-4-2005³⁸² señala que hay que atender a las normas de experiencia y de la ciencia de la psicología y que no es precisa una versión sin fallos pues “una imprecisión o inexactitud, corroborada por datos objetivos incriminatorios, es mucho más fuerte que una versión monolítica pero carente de elementos corroborantes”. Se trata, en definitiva, de la constancia en la declaración de la víctima a lo largo del proceso penal, donde mantiene de forma reiterada la versión de los hechos en lo que se refiere a los elementos esenciales para formular acusación.

En este punto, merece especial atención la no declaración de la víctima en el acto del juicio oral, en la medida que supone una ausencia de persistencia en la incriminación por parte de ésta, pues no mantiene en el momento esencial del

³⁸⁰ STS 224/2000, de 17-2-2000; Recurso 223/1995; Ponente: Sr. José Jiménez Villarejo; Roj: STS 1170/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 1170; FJ. 3º.

³⁸¹ STS 229/2000, de 19-2-2000; Recurso 1622/1998; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1246/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 1246; FJ. 3º.

³⁸² STS 450/2005, de 11-4-2005; Recurso 248/2004; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 2167/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 2167; FJ. 2º.

proceso su denuncia contra el imputado. Ello ha dado lugar a muchas sentencias absolutorias del delito de malos tratos ocasionales³⁸³.

3.1.1 Dificultades probatorias en el testimonio de la víctima

En la práctica, se ha detectado un importante volumen de renunciaciones de las víctimas de violencia de género a continuar con la tramitación del procedimiento, ya sea a declarar en sede de instrucción o bien en el acto del juicio oral. Esto ocasiona un problema cuando ya se ha iniciado y está en marcha la maquinaria judicial. Por una parte, limita la lucha contra los maltratos en el ámbito familiar, y por la otra, supone la frustración del esfuerzo realizado desde la Administración de Justicia. Creemos que es decisivo tener en cuenta los motivos que dan origen a esta situación y que éstos no sólo hay que buscarlos en la existencia de lazos afectivos y de dependencia emocional y/o económica de la víctima respecto de su agresor. También la falta de confianza en el sistema judicial por considerar que no se va a dar una solución satisfactoria y adaptada a las especiales circunstancias de la víctima o bien por entender que la reacción del aparato judicial va a resultar desmesurada y excesiva en relación al hecho denunciado inicialmente, son factores a tener en cuenta. Además, hay que considerar en otros condicionamientos como son:

a) Miedo.

Miedo de ser golpeadas o rechazadas por sus conocidos o por el personal de la propia institución, o miedo a que sea expulsado su cónyuge o pareja del territorio por aplicación del art. 89 CP. Téngase en cuenta que bastantes casos de maltrato que llegan a los juzgados se dan entre personas de nacionalidad extranjera, con una cultura completamente diferente a la nuestra y con una concepción de la pareja, el matrimonio, la diversión y el ocio, también diferentes. En la mayoría se trata de personas extranjeras con residencia ilegal en España, por lo que casi siempre la Fiscalía solicita a los acusados por estos delitos la sustitución de la pena privativa de libertad por su expulsión del territorio. Esto supone

³⁸³ Sentencia 193/2012, de 22-5-2012, Juzgado Penal nº 1 Alicante; PA 236/2012; Ponente: Sr. Joaquín María Coromina Casas; en el juicio oral tanto la víctima como el acusado se acogieron a su derecho a no declarar. Ver también la Sentencia 2/2011, de 22-5-2012 Juzgado Penal nº 3 Madrid; PA 1/11; Ponente: Sr. Justo Rodríguez Castro.

que la víctima, que viene con escasos recursos y con una concepción de la pareja completamente diferente, se retraiga y busque la forma de no continuar con el proceso por el miedo a la expulsión del acusado, lo que supone que después de ser debidamente orientados, se acojan al derecho a no declarar y/o procedan a la retirada de la acusación.

b) Negación.

En ocasiones, la víctima niega la gravedad e incluso la existencia del problema.

c) Culpabilidad.

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

d) Desconfianza.

La víctima puede no confiar en los profesionales por haber tenido experiencias anteriores desafortunadas.

e) Desaliento.

La víctima se puede sentir desanimada, abatida por haberse arriesgado anteriormente y ver que no sirve de nada.

Ante todo ello, cabe partir de un respeto hacia la decisión de retirar la denuncia, apartarse del procedimiento o acogerse al derecho a no declarar si bien es cierto, y tal y como señala E. Larrauri,³⁸⁴ que ello comporta una situación de frustración y de no comprensión por parte de los profesionales que intervienen en el proceso.

Resulta evidente que los medios de prueba ante una situación de este tipo quedan reducidos, y ello conlleva normalmente el sobreseimiento y archivo del procedimiento. No obstante, sí que, y a pesar de dicha retractación o voluntad de no continuar con el proceso, pueden existir otros elementos probatorios a tener en cuenta, como los testimonios de quienes se encontraban en el lugar de los hechos, los partes médicos de asistencia del día de los hechos, los informes de seguimiento de servicios sociales, el informe médico forense así como los

³⁸⁴ LARRAURI PIJOAN, E.: *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 12, 2003, págs. 271 a 310.

informes acerca de las características psicopatológicas de la mujer maltratada y las del maltratador. Cabe ser especialmente cuidadoso en los supuestos en los que de las actuaciones se desprenda una particular gravedad de los hechos denunciados. La situación de riesgo para la víctima decae cuando es ella misma la que expresa que no tiene miedo del agresor, que desea retirar la denuncia y apartarse del procedimiento o que no desea declarar, en virtud de la cláusula de exención del art. 416 de la LECr.; y cuando manifiesta que dichas manifestaciones no son producto de coacción ni presión alguna, optando libremente a solicitar la retirada de la orden de protección. Sería muy conveniente poder conocer las causas que llevan a dicha decisión, así como valorar la entidad del hecho que ha motivado la formación de la causa y el riesgo que puede suponer para ella dejar sin efecto las medidas cautelares previamente acordadas.³⁸⁵

Estas circunstancias y otras determinan que en numerosísimas ocasiones la víctima de un delito de maltrato se acoja a su derecho a no declarar en contra del agresor al amparo del art. 416 LECr.

3.1.2 La advertencia del derecho a no declarar, el derecho de dispensa y su alcance

La mayoría de los delitos de malos tratos se comete en la intimidad de la pareja y carecen de testigos y de otras pruebas indiciarias. Ello significa que, en la práctica, la víctima tiene el control de la evolución del proceso al tener a su disposición un derecho de dispensa que la ley no especifica si alcanza o no durante todas las diferentes fases del procedimiento. Necesariamente y con carácter previo se la debe haber informado de su derecho a no declarar para que ésta

³⁸⁵ Constatamos que ello no ocurre tan solo en los casos de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP, sino también en los casos de violencia doméstica del número 2 del artículo 153 CP. Se da la circunstancia de hijos con problemas de drogodependencia o alcoholismo, que coaccionan a sus padres para obtener medios económicos, para sufragar su adicción; y también se da el caso de personas con problemas mentales, así como también de hijos jóvenes que se enfrentan a sus padres, negando la autoridad de éstos en el ámbito familiar. En muchísimas ocasiones se constata la imposibilidad de los padres de dar respuesta a estas situaciones de violencia. En la práctica, estos padres no desean una condena para el hijo, sino una intervención terapéutica adecuada que cure o corrija a sus hijos y evite la reiteración de su conducta violenta. La frustración de los padres ante el tratamiento meramente judicial del problema les lleva a retirar la denuncia y a no denunciar las nuevas agresiones de que son objeto, así como a acogerse a su derecho a no declarar, incumpliendo en muchas ocasiones las órdenes de alejamiento impuestas. Se hace eco de esta problemática la Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2006, pág. 489.

ejercite su derecho en un sentido u otro³⁸⁶. Por ejemplo, la ley no da respuesta a la cuestión de si la víctima ha declarado durante la fase de instrucción puede acogerse a su derecho a no declarar en fase de juicio oral o no. De ahí que sean muchas las sentencias absolutorias o sobreseimientos, cuando las víctimas se acogen a su derecho a no declarar contra su pareja o su cónyuge en la fase de juicio oral y de ahí que sea la jurisprudencia la que fija las consecuencias de la utilización de este derecho en las diferentes fases del procedimiento.

La dispensa excepcional a la obligación de declarar cabe analizarla en cuatro momentos distintos, tres de ellos procesales y uno *ex proceso*:

a) Con carácter previo a la incoación del proceso penal mediante la dispensa a la obligación de denunciar, esto es, en el momento de trasladar la *notitia criminis* a quienes deben promover la persecución del ilícito penal, dispensa establecida en el artículo 261 LECr.

b) En sede policial, una vez se ha ejercido el derecho a denunciar y se procede a la declaración del testigo en comisaría.

c) En instrucción, donde la regla general es que toda declaración de testigo, aunque en su momento hubiera formulado denuncia, ha de ir precedida de la advertencia del art. 416 LECr., pues su omisión impide en todo caso que pueda tenerse en cuenta como material probatorio en el juicio oral.

d) Finalmente, el último momento procesal en el que cabe tener en cuenta la dispensa de declarar es en el juicio oral cuando el testigo se acoge a su derecho de dispensa del artículo 416 LECr.

A continuación, vamos a analizar cada uno de estos momentos.

a) La dispensa a la obligación de denunciar del artículo 261 LECr

Con carácter previo a la incoación del proceso penal existen testigos que legalmente están dispensados de la obligación de denunciar y trasladar la *notitia criminis* a quienes deben promover la persecución del ilícito penal. En estos casos el precepto que debe aplicarse es el art. 261 de la LECr, que exime de la obligación de denunciar a los parientes y al cónyuge del delincuente no separado

³⁸⁶ MOLINA GIMENO, FJ: "Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género," en *La Ley*, núm. 6818, 12 de noviembre de 2007, pág. 8.

legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad³⁸⁷.

b) La dispensa del artículo 416 LECr. cuando se interpone la denuncia

Una vez que se ejerce este derecho y se opta por denunciar el maltrato, la declaración en sede judicial del testigo se recoge en el atestado, pero debe hacerse saber que por su relación familiar con el denunciado puede, a su vez, acogerse a su derecho a no declarar en virtud del derecho de dispensa del artículo 416 LECr. Son numerosas las resoluciones judiciales que tratan este supuesto y vamos a destacar algunas de las más significativas:

- 1. STS 385/2007, de 10-5-2007³⁸⁸. Esta resolución judicial concluye la nulidad de la declaración policial si la misma no ha sido precedida de la información cumplida sobre la no obligación de declarar.
- 2. STS 294/2009, de 28-1-2009³⁸⁹. Esta sentencia hace referencia a la persona que ha sido citada en las dependencias policiales para declarar o incluso cuando los agentes de policía acuden al lugar de los hechos a requerimiento de terceros. En estos casos, la intervención del pariente está desprovista de los elementos de espontaneidad y voluntariedad que son propios del compareciente por propia iniciativa. Señala la sentencia que la obligación de realizar la advertencia del art. 416 alcanza del mismo modo a la policía y que cuando el testigo, en estas circunstancias, comparece en comisaría debe hacersele, so pena de nulidad, la advertencia policial.
- 3. STS 662/2001, de 6-4-2001 y STS 625/2007, de 12-7-2007³⁹⁰. Por último, estas sentencias señalan que, si bien el derecho de dispensa es un derecho que puede ser renunciado por los testigos, no lo es respecto de los denunciados espontáneos, en relación a aquellos hechos que les han perjudicado, cuando ellos mismos acuden a la policía en busca de protección. En estos casos, cuando

³⁸⁷ Ver nota 392.

³⁸⁸ STS 385/2007, de 10-5-2007; Recurso 2154/2006; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 2751/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 2751; FJ. 3º.

³⁸⁹ STS 294/2009, de 28-1-2009; Recurso 756/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver Toli-var; Roj: STS 1647/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 1647; FJ. 1º.

³⁹⁰ STS 662/2001, de 6-4-2001; Recurso 506/2000; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 2890/2001, ECLI: ES: TS: 2001: 2890; FJ. 3º.5.; STS 625/2007, de 12-7-2007; Recurso 10015/2007; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 5286/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 5286; FJ. Único.

es la propia víctima quien formaliza la denuncia en vía policial ejerciendo su derecho en forma espontánea y para obtener protección personal, no es aplicable el art. 416 LECr. Considera la sentencia que este precepto contiene una causa de justificación respecto de los hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas.

Siguiendo esta misma línea argumental, el Auto del TS 240/2009, de 29-1-2009³⁹¹ inadmite el recurso de casación presentado por considerar que es inaplicable la dispensa de declarar cuando el testigo es el propio denunciante de los hechos, cuando es la propia víctima quien formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal. Considera que, al haberse iniciado las actuaciones como consecuencia de la denuncia presentada por la propia víctima que, voluntaria y decididamente, compareció en comisaría para denunciar los hechos, la agredida renunció, con este actuar libre y voluntario, a cualquier dispensa que pudiera ampararle respecto del deber general de denunciar hechos que puedan ser constitutivos de delito que preceptúa el artículo 259 LECr.³⁹². Llegado el acto del juicio oral, se conminó a la víctima a declarar, poniendo de manifiesto al testigo que ya no estaba amparado por la posibilidad de dispensa, confirmando el testigo sus primeras manifestaciones.

c) La dispensa del art. 416 LECr. durante la fase de instrucción

En instrucción, la regla general es que toda declaración de testigo, aunque en su momento hubiera formulado denuncia, ha de ir precedida de la advertencia del art. 416 LECr., pues su omisión impide en todo caso que pueda tenerse en cuenta como material probatorio en el juicio oral.

El artículo 416 LECr. señala, en su apartado primero, que están dispensados de la obligación de declarar “los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el nº 3 del art. 261”.³⁹³

³⁹¹ Auto 240/2009, de 29-1-2009; Recurso 716/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: ATS 1153/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 1153 A; FJ. 1º.

³⁹² Art. 259 LECr.: “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...”

³⁹³ Esta dispensa se extiende también a los abogados y a los traductores e intérpretes, tal como resulta de los apartados 2 y 3 del art. 416 LECr., el último de los cuales ha sido introducido con

La última modificación de este apartado primero del precepto viene dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial y se limita a añadir como titular del derecho a la dispensa a “la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”. Es el Letrado de la Administración de Justicia quien debe consignar la respuesta que, a la advertencia, ofrezca el testigo. En todo lo demás, reitera el texto de la anterior redacción, con sus defectos y carencias.

La dispensa de declarar reconocida a favor de determinados parientes se configura como un derecho de naturaleza procesal y constitucional.³⁹⁴ La STS 385/2007, de 10-5-2007³⁹⁵, invoca el art. 24.2 CE como fundamento constitucional de la regulación contenida este precepto. Así la CE señala que “la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos”. En estos casos se entiende que existe un conflicto de intereses en el pariente al que se le reconoce este derecho: la prevalencia de los intereses familiares y afectivos, por un lado, y el deber público de colaborar con la Administración de Justicia que consagra la CE en el art. 118, por el otro. En este sentido, el propio art. 416. 1. 2 LECr. señala que “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 puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia” y añade, en el segundo párrafo del precepto, que “si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto de los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”. Entendemos que el Juez Instructor tiene, además, la obligación de

la última modificación del artículo 416 LECr. llevada a cabo por la LO 5/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, que reconoce el derecho de dispensa a los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y su abogado y los testigos, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

³⁹⁴ MAGRO SERVET, V.: “Los Juzgados de Violencia contra la Mujer: una propuesta de mejora”, en “Propuestas para una nueva LECrim”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XIX, Madrid 2006, pág. 523. LÓPEZ TÉBAR, E.: “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 1º trimestre, 2007, pág. 199.

³⁹⁵ STS 385/2007, de 10-5-2007; Recurso 2154/2006; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 2751/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 2751; FJ. 3º.

advertir al testigo que no se acoge a su derecho a no declarar contra su pariente, de que si declara está obligado a decir la verdad, con advertencia de que si no lo hace podrá incurrir en un delito de falso testimonio (art. 433 LECr.).

Con relación al alcance de derecho de dispensa se han planteado diversas cuestiones: La primera, y que mayor inseguridad ha generado, lo es respecto de si cabe la dispensa a las situaciones de análoga relación de afectividad a la conyugal, incluso a los casos de noviazgo. Así, en la anterior redacción del art. 416 LECr, se planteaba si debía extenderse el círculo de los beneficiados por la cláusula de exención a las parejas de hecho de análogo significado al matrimonio. Respecto a las relaciones de análoga relación de afectividad a la conyugal, la jurisprudencia³⁹⁶ abogó con anterioridad a la reforma por extender la dispensa de declarar también a las parejas de hecho, exigiéndose las notas de continuidad y de estabilidad, de cierta permanencia en el tiempo, de la existencia de un proyecto estable de vida en común³⁹⁷. Entre las conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer de 17 y 18 de noviembre de 2005³⁹⁸ se señalaba que el derecho de dispensa asiste también a las parejas unidas por análoga relación de afectividad, siempre que ésta sea estable y con convivencia. En este sentido cabrá excluir la aplicación de este precepto a las relaciones análogas que hayan cesado en el momento de prestar declaración, las situaciones de noviazgo y las situaciones de parejas de hecho sin convivencia³⁹⁹.

A partir de aquí, la existencia de resoluciones judiciales que matizaban la cuestión, algunas de ellas contradictorias entre sí, se han sucedido en el tiempo. Así podemos citar la STS 134/2007, de 22-2-2007⁴⁰⁰, que señala que el derecho de dispensa asiste a los cónyuges y a las parejas unidas por análoga relación de afectividad, siempre que esta sea estable y con convivencia. Están, por tanto, excluidos los ex cónyuges y aquellas parejas que han finalizado su relación de

³⁹⁶ STS 1348/2011, de 14-12-2011; Recurso 855/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 9353/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 9353; FJ. 5º

³⁹⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: "La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada", en *La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género*. MARÍN LÓPEZ, P. Y LORENTE ACOSTA, M. (Dirs.). *Estudios de Derecho Judicial*, 139, Madrid 2007, CGPJ, pág. 198.

³⁹⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2006, pág. 474.

³⁹⁹ LÓPEZ TÉBAR, E: ob. cit., pág. 205.

⁴⁰⁰ STS 134/2007, de 22-2-2007; Recurso 10712/2006; Ponente. Sr. Joaquín Jiménez García; Roj: STS 1947/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 1947; FJ. 1º.

afectividad, así como los novios, al no ser tal relación análoga a la del matrimonio. La convivencia debe persistir en el momento de prestar declaración. No obstante esta última afirmación, la STS 292/2009, de 26-3-2009⁴⁰¹ sostiene que el testigo puede acogerse a la dispensa, aunque al tiempo del juicio oral hubiere cesado la convivencia, si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto del enjuiciamiento. Por otra parte, la SAP Madrid 157/2005, de 8-4-2005⁴⁰² afirma que no mantenida esa unión similar a la conyugal en la fecha de la celebración del juicio oral, ninguna dispensa a la obligación de declarar podía reconocerse a la testigo ni, por tanto, había de advertírsele de ese eventual derecho. Y en cuanto a la SAP Barcelona de 6-2-2002⁴⁰³ pone de manifiesto las dudas de la Sala en el sentido de considerar que “la novia” del imputado se encuentre dispensada de la obligación de declarar.

A raíz de las diversas posturas jurisprudenciales sobre la materia, la Sala II del TS, en un intento de unificar los criterios de actuación y evitar la evidente inseguridad jurídica creada al respecto, dictó el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de fecha 24 de abril de 2013⁴⁰⁴ relativo a la interpretación del art. 416 de la LECr., con el siguiente texto: “La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECr. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: 1. La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. 2. Los supuestos en que el testigo esté personado como acusación particular.”

De conformidad con dicho Acuerdo, aún extinguido el vínculo o cesada la relación de convivencia, el ex cónyuge o ex pareja podrá acogerse a la dispensa siempre que el hecho objeto de investigación o enjuiciamiento se hubiere cometido con anterioridad a la disolución del matrimonio o antes de la ruptura de la convivencia; no en el caso de que el hecho se hubiera producido con posterioridad. Pero, aun así, en todo caso quedarán excluidos de tal posibilidad aquellos

⁴⁰¹ STS 292/2009, de 26-3-2009; Recurso 11433/2008; Ponente: Sr. Luciano Varela Castro; Roj: STS 1547/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 1547; FJ. 3º.

⁴⁰² SAP de Madrid 157/2005, de 8-4-2005; Recurso 432/2004; Ponente. Sr. Francisco Javier Vieira Morante; Roj: SAPM 3895/2005; ECLI: ES: APM: 2005:3895; FJ. 2º.

⁴⁰³ SAP Barcelona de 6-2-2002; PA 248/99; Recurso 645/2001; Ponente: Sr. Francisco Orti Ponte; Roj: SAP B 1379/2002; ECLI: ES: APB: 2002: 1379; FJ. 2º.

⁴⁰⁴ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del TS de fecha 24 de abril de 2013, disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/. Última consulta, 30-11-2017.

testigos relacionados en el art. 416 LECr., que en el momento de prestar declaración estén personados como acusación particular.

Este pronunciamiento no ha resuelto los problemas que han venido suscitándose en la práctica diaria y que han dado lugar a peticiones de que se modifique el precepto de una vez por todas y desde todos los sectores. Concretamente, y en relación al momento de la personación en la causa de la víctima como acusación particular, ocurre que ésta se persona en el momento de la denuncia y posterior instrucción de la causa, pero llegado el juicio oral se retira como acusación particular y se acoge a su derecho a no declarar. En este sentido podemos citar la STS 449/2015, de 14-7-2015, que entendió que “En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima ejerció la acusación particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la acusación particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de abril de 2013”.

Además, la mayor parte de los delitos de maltrato ocasional se tramitan por el procedimiento de juicio rápido y en un periodo de tiempo corto se llega al juicio oral, por lo que la personación de la víctima no se ha mantenido en un periodo de tiempo suficiente para que podamos hablar como hace el TS en su sentencia de “ejercicio indiscutido de la acusación particular contra quien fue su pareja”.

En este sentido, una de las conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, año 2016, ha sido que queden excluidas del ámbito de la dispensa las víctimas que se hayan personado como acusación particular, siguiendo el citado Acuerdo no jurisdiccional y la STS 449/2015, 14-7-2015, aunque en el plenario renuncien a ejercerla y ello sea cual sea el procedimiento en que ocurra, es decir, Sumario ordinario, Tribunal de Jurado, Procedimiento Abreviado o Juicio Rápido.⁴⁰⁵

En cuanto al alcance de la dispensa a las relaciones de noviazgo, entendemos que podrían estar incluidas en el derecho de dispensa del artículo 416 LECr. puesto que éste habla de personas unidas por relación de hecho análoga a la

⁴⁰⁵ Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, año 2016; Madrid, 7 y 8 de noviembre de 2016..., ob. cit., pág. 13.

matrimonial. Todo dependerá de si entendemos la convivencia como un requisito indispensable de la relación matrimonial o no. Jurisprudencialmente esta cuestión ya fue resuelta en el sentido de que no era necesaria la convivencia al tiempo de los hechos⁴⁰⁶. Y aun así existen dos posturas en torno al concepto “análoga relación de hecho a la matrimonial, incluso sin convivencia”. La primera, más restrictiva, que es la que acoge la Fiscalía General del Estado⁴⁰⁷ para negar el derecho de dispensa a los novios, vincula el concepto a la relación análoga a la conyugal que reúne las características propias de una relación matrimonial o *more uxorio*, pero sin el requisito de la convivencia y que se caracteriza por la existencia de una continuidad y estabilidad vinculada a la existencia de un proyecto de vida en común compartido y a unos planes de futuro⁴⁰⁸. La segunda, más amplia, parte de la consideración que el grado de asimilación a la relación conyugal no depende de la existencia o no de un proyecto de vida en común sino de la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal que traspase los límites de una mera relación de amistad⁴⁰⁹. Esta cuestión ha sido ampliamente tratada en el capítulo primero, apartado segundo a propósito del concepto de “análoga relación de afectividad a la conyugal, aún sin convivencia” que utiliza el artículo 1 de la LO 1/2004 y al cual nos remitimos.

Entendemos que el paralelismo que se establece entre el artículo 1 de la LO 1/2004 y el artículo 416 LECr. es evidente, puesto que se trata del mismo concepto, aplicado a un mismo delito el maltrato ocasional y en relación a la misma víctima de violencia de género que se halla en relación de noviazgo con el agresor. Por tanto una labor de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite afirmar nuestra postura y que acojamos el criterio extenso de que no sea

⁴⁰⁶ STS 417/2004, de 29-3-2004; Recurso 118/2003; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar; Roj: STS 2142/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 2142; FJ. 2º.

⁴⁰⁷ La CFGE 6/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la Violencia sobre la Mujer y en las Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, año 2016; Madrid, 7 y 8 de noviembre de 2016..., ob. cit., pág. 13, se establece que las relaciones de noviazgo están excluidas del ámbito del artículo 416 de la LECr.

⁴⁰⁸ STS 1348/2011, de 14-12-2011; Recurso 855/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 9353/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 9353; FJ. 5º.

⁴⁰⁹ STS 510/2009, de 12-5-2009; Recurso 11582/2008; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 3351/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 3351; FJ. 1º, a. III. También acoge esta postura el Voto particular del Sr. Andrés Martínez Arrieta a la STS 1348/2011, de 14-12-2011; Recurso 855/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 9353/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 9353; FJ. 5º.

determinante para aplicar la dispensa a una relación de noviazgo ni la convivencia, ni la existencia de planes de futuro, ni la mayor o menor duración de la relación sino la existencia de una relación de afectividad o sentimental “que haya sido la causa de la violencia ejercida contra la mujer quien se niega a mantener la relación pese a la oposición del acusado y esa ruptura de la relación sentimental es el origen de las distintas agresiones sufridas por la perjudicada⁴¹⁰.

Por otra parte, el Borrador del Anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,⁴¹¹ reconocía la dispensa de la obligación de declarar por vínculo familiar en su artículo 370: 1º. Al cónyuge del encausado o la persona unida al mismo por una relación de hecho análoga al matrimonio, aunque se haya extinguido el vínculo matrimonial o haya cesado la convivencia efectiva. 2º. A los parientes del encausado en línea recta por consanguinidad o afinidad, y los colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad.

Se señalaba expresamente que la dispensa no regiría para quien hubiere formulado denuncia. Y en caso de contradicción de sus declaraciones en el juicio oral respecto de las declaraciones en la fase de investigación se podrá proceder a la lectura de las mismas de conformidad con lo señalado en el mismo caso para el encausado en el art. 456 LECr.

No obstante, el nuevo Código Procesal Penal no ha sido aprobado y la modificación de la LECr. operada por Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales no recoge ninguna modificación del artículo 416 LECr.

Asimismo, el alcance de la dispensa de declarar se ha planteado con relación a otros parientes distintos del cónyuge o persona ligada por relación análoga de afectividad. Sí pueden tener relación con el delito de maltrato ocasional en tanto que, con posible relación familiar con el inculpado, pudieran tener la consideración de testigos en los siguientes supuestos:

⁴¹⁰ STS 79/2016, de 10-2-2016; Recurso 627/2015; Ponente: Sr. Cándido Conde-Poumpido Tourón; Roj: STS 362/2016; ECLI: ES: TS: 363: FJ. 5º.

⁴¹¹ Redactado por una Comisión de expertos presidida por el Magistrado del Tribunal Supremo Manuel Marchena y entregado al Ministro de Justicia el 25 de febrero de 2013.

1. El primero: Tratándose de menores o incapaces que convivan con el encausado o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o respecto de persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.

En estos casos hay una doble postura: la que entiende que debe excluirse la aplicación del derecho a no declarar al no estar contemplados en el art. 416 LECr., si bien algunos autores⁴¹² defienden que si la convivencia con el encausado llegara a asimilarse por su duración y circunstancias a la filiación, la solución debería ser la misma que para los casos de persona ligada al encausado por una relación análoga a la matrimonial. Esta es nuestra opinión al respecto y también es la acogida como una de las Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en violencia sobre la mujer del año 2016. En estos casos, tanto “cuando existan menores víctimas directas o hijos de mujeres víctimas, también tienen derecho a acogerse a la dispensa y, además, deben ser oídos en cuanto el ejercicio del derecho de dispensa de la madre les afecta, conforme al Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la reforma de la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. El interés del menor se erige en el criterio concluyente, lo que requiere ser oído. Es fundamental valorar si tiene suficiente madurez, es decir, si es capaz de entender lo que supone la dispensa, aspecto que en caso de duda deberá ser determinado por un experto. Y, teniendo en cuenta que existe o puede existir un conflicto de intereses con sus progenitores, el denunciado y su madre, la denunciante y víctima, será necesario que se le nombre un defensor judicial.”⁴¹³

2. El segundo supuesto tiene relación con los vínculos familiares por afinidad, en relación a los cuales el precepto no concreta si incluye únicamente el parentesco por consanguinidad o, también, el de afinidad, pues limita la mención a los “parientes del procesado en línea recta directa ascendiente y descendiente”. En nuestra opinión, si relacionamos el art. 261.2 con el art. 416.1 de la LECr. concluimos que si el primero exime del deber de denunciar a los ascendientes y descendientes consanguíneos y por afinidad del delincuente, sería una

⁴¹² LÓPEZ TÉBAR, E: ob cit, pág. 206.

⁴¹³ Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, año 2016; Madrid, 7 y 8 de noviembre de 2016..., ob. cit., pág. 14.

incongruencia que se les obligara a declarar en su contra a pesar de ser en uno y en otro caso el mismo vínculo que entre ellos existe.⁴¹⁴

3. Y en cuanto al tercer supuesto, queda vinculado a los de adopción si relacionamos el artículo 416 LECr. con el art. 14 y 39 de la CE. En dicho caso, hay que entender incluidos como parientes con derecho a dispensa a las personas unidas por los vínculos que crea la adopción y también en los casos de acogimiento familiar preordenado a la adopción, por los lazos afectivos que se llegan a crear.⁴¹⁵

d) La dispensa del art. 416 LECr. durante el juicio oral

Finalmente, el último momento procesal en el que cabe tener en cuenta la dispensa de declarar es en el momento del juicio oral cuando el testigo se acoge a su derecho de dispensa.

En esta última fase procesal, anterior a la sentencia, se plantean las siguientes cuestiones: a) si pueden tener cabida en el juicio oral las declaraciones realizadas durante la fase de instrucción cuando el testigo se acoge a su derecho a no declarar en la vista o cuando se contradice o niega haber realizado aquéllas; b) las dificultades que se presentan en el juicio oral cuando se otorga el derecho de dispensa a menores víctimas de malos tratos, y c) el valor probatorio que tienen las declaraciones testificales emitidas ante el juez instructor, con todas las garantías y exigencias procesales, cuando éstas hayan sido introducidas mediante su lectura en el juicio. Este último aspecto lo analizaremos en el apartado siguiente cuando estudiemos la figura de los testigos directos del maltrato, entre los que también incluimos a la víctima.

Respecto de la primera cuestión, en la vista oral el juez debe advertir a la víctima del derecho que le asiste a no declarar y si se acoge a este derecho no

⁴¹⁴ La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ha modificado los tres apartados del artículo 261 LECr para concretar que no están obligados a denunciar: 1. El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad (sólo se recogía al cónyuge. Ahora se concreta que no esté separado y se añade la persona en análoga relación de afectividad con convivencia). Y 2. Los ascendientes o descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

⁴¹⁵ ESCOBAR JIMENEZ, R: "La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416 LECr.)" en *La Ley*, núm. 7301 y 7302, 11 y 14 de diciembre 2009, pág. 5.

podrán ser tenidas en consideración sus declaraciones en instrucción⁴¹⁶; esto es, no podrán ser valoradas como prueba. La STS 129/2009, de 10-2-2009⁴¹⁷, señala que la negativa a declarar en el juicio oral impide que pueda valorarse la declaración sumarial y no puede ser suplantada su no declaración por la lectura de la declaración que efectuó en instrucción por la vía del art. 730 o la del art. 714 LECr.⁴¹⁸ Se argumenta, en el caso del artículo 730, que nos encontramos ante una “imposibilidad jurídica”, que no “material” de declaración testifical (lo que ocurriría en caso de fallecimiento de la víctima ante su imposibilidad de declarar en juicio).

En contra de esta postura jurisprudencial, podemos argumentar que el art. 730 LECr. exige que la imposibilidad de reproducción en el juicio oral se deba a causas independientes a la voluntad de las partes, y un testigo que decide no declarar es una circunstancia que escapa a cualquier dominio procesal de parte y está convirtiendo en irreproducible la prueba testifical de la que ya no quiere ser sujeto. Por otra parte, el art. 730 no establece un *numerus clausus* de causas de imposibilidad y el empleo de la dispensa tampoco parece excluida en aquél. A pesar de ello, sí cabría la lectura de las declaraciones efectuadas por la víctima que se acoge a su derecho de dispensa, siempre y cuando el investigado, a través de su letrado, hubiere participado en el interrogatorio o, cuanto menos, hubiere tenido posibilidad de ello, al haber sido citado para ello, en tiempo y forma. De lo contrario se estaría vulnerando la garantía de contradicción integrante del derecho a un proceso penal con todas las garantías (artículo 24 CE). Una cuestión distinta al acceso al proceso de dichas declaraciones, sería debatir cuál es el valor probatorio de su lectura y de las mismas⁴¹⁹. Un supuesto similar

⁴¹⁶ Así mismo, se le advierte de que en el caso de que no se acoja a la dispensa recae sobre ella la obligación de decir verdad sobre los hechos que se le pregunten, bajo advertencia de poder incurrir en un delito de falso testimonio en caso contrario.

⁴¹⁷ STS 129/2009, de 10-2-2009; Recurso 763/2008; Ponente. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj; STS: 629/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 629; FJ. 5º.

⁴¹⁸ El artículo 730 LECr. permite la introducción en el acto de juicio oral de las declaraciones de los testigos que hayan sido efectuadas en fase de instrucción ante el juez instructor cuando se dé la imposibilidad de que éstas puedan efectuarse personalmente por el testigo en determinadas circunstancias, a través de su lectura en el acto de la vista. El artículo 714 LECr. permite la lectura de las declaraciones testificales efectuadas durante la instrucción de la causa cuando el testigo en el acto de la vista al declarar las contradiga o se desdiga de ellas.

⁴¹⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M.: ob. cit., pág. 458 a 460. Señala la necesidad de respetar la decisión del testigo-víctima como manifestación responsable de un ejercicio de autodeterminación, pero siempre y cuando el sistema en su conjunto sea capaz de ofrecer a dichas víctimas los recursos y resortes suficientes para salir de la situación de dominación y vejación a la que se encuentran sometidas.

se plantea respecto del silencio del acusado en el juicio oral en virtud de su derecho constitucional a no declarar, como veremos posteriormente.

En cuanto al art. 714 LECr., las SSTs 31/2009, de 27-1-2009 y 129/2009, de 10-2-2009⁴²⁰ rechazan también la posibilidad de introducir las declaraciones sumariales en el acto del juicio oral mediante su lectura. El argumento utilizado es que el art. 714 permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. Sostiene el TS que “cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara nada dice en el juicio oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto de lo declarado en el sumario”.⁴²¹

Y respecto al derecho a la dispensa cuando se plantea en relación a testigos menores de edad, víctimas de maltrato, existe jurisprudencia que afirma la necesidad de valorar la capacidad de comprensión del menor sobre el derecho a la dispensa, su significado y consecuencias. A la vez, pone de manifiesto la necesidad de salvaguardar el derecho a declarar, si así lo decide libremente el menor. En este último caso, el tribunal deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar esta libertad de decisión, lo que normalmente se realiza a través de su declaración mediante videoconferencia o, en su caso, mediante la adopción de todas aquellas medidas técnicas que sean necesarias al respecto.

Así, sobre la información del derecho a la dispensa en el momento del juicio oral, con carácter previo a su declaración, su comprensión y la libertad de determinación de la víctima, la STS 1280/2011, de 22-11-2011,⁴²² señala que: “(...) puede comprobarse al visionarse el video que cuando iba a declarar la menor M^a Inés, presunta víctima de los hechos enjuiciados (...) fue instruida de la dispensa de la obligación de declarar que se establece en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando expresó que había entendido lo que le había

⁴²⁰ STS 31/2009, de 27-1-2009; Recurso 832/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 135/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 135; FJ. 4º; STS 129/2009, de 10-2-2009; Recurso 763/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 629/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 629; FJ. 5º.

⁴²¹ No obstante, esta postura es opuesta a la mantenida por el TS en relación con el uso por parte del acusado de su derecho al silencio, como también estudiaremos.

⁴²² STS 1280/2011, de 22/11/2011; Recurso 213/2011; Ponente: Sr. Carlos Granados Pérez; Roj: 8466/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 8466; FJ. Único.

dicho la Presidenta del Tribunal, y mostrase dudas y temores a hacerlo, el acusado se dirigió a la testigo, sin que conste lo que le dijo, si bien se aprecia como un funcionario del Tribunal se coloca delante del acusado para evitar que continúa con tal comportamiento, y tras unos tensos momentos, la testigo renuncia a declarar” (FJ. Único). Esta circunstancia hace que el TS estime el recurso de las acusaciones particulares al considerar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba que se consideren pertinentes y a que el proceso discurra con las debidas garantías para todas las partes, en igualdad de armas. Por ese motivo anula la sentencia y establece que deberá celebrarse un nuevo juicio con otro tribunal distinto al que dictó la sentencia recurrida, en el que se deberán tomar las medidas adecuadas para que el acto del juicio oral se desarrolle con las debidas garantías.

Sobre la testifical de un menor en el acto de la vista oral que incrimina, pero que ha estado efectuada sin que se le advirtiera de su derecho a la dispensa para declarar, ni ante el Juez de Instrucción ni ante el Juez de lo Penal, la STS 1301/2011 de 28/11/2011⁴²³ señala que: “(...) la niña no tuvo en ningún momento intención de denunciar (...), habiéndose limitado a relatar a sus amigas (...). De hecho, las declaraciones judiciales (de la menor), posteriormente efectuadas, una vez iniciadas las actuaciones como consecuencia del conocimiento que se tuvo, por otras personas del círculo de la menor (...) fueron realizadas sin que en ningún caso, ni ante el Juez de Instrucción (folio 24) ni en el acto del Juicio oral (folio 493), hubiera sido debidamente informada del referido derecho a no contestar si no lo deseaba (...). De modo que ha de afirmarse que nos hallamos ante una prueba inválida, en lo que a la acreditación de los hechos cometidos por la recurrente se refiere, por incumplimiento de un requisito procesal esencial, y, por ende, de todo punto ineficaces para su valoración como prueba de cargo” (F J. 1º).

En conclusión, entendemos que el reconocimiento del derecho a la dispensa a los menores de edad plantea una serie de problemas en la práctica derivados fundamentalmente de la necesidad de determinar su capacidad de comprender el significado y el alcance de la dispensa y sus implicaciones y máxime cuando

⁴²³ STS 1301/2011 de 28/11/2011; Recurso 404/2011; Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: 8243/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 8243; FJ. 1º.

estamos ante una situación de maltrato en la que estarán implicados sus progenitores o cuanto menos su madre o/y personas muy allegadas. Habrá que estar al caso en concreto, la edad del menor, tanto cronológica como mental. De ahí que surjan dudas de si será necesario un informe de un especialista, del médico forense o bastará una exploración judicial con presencia del Ministerio Fiscal. Y máxime cuando pueden existir intereses contrapuestos con la propia víctima y con el presunto agresor o con ambos, que pueden tratar de influir en el menor y en su declaración.

3.2 El testigo directo

3.2.1 Introducción

Es testigo directo o presencial aquella persona física que presta declaración sobre hechos pasados que ha visto u oído que son relevantes en orden a la prueba del delito y sus circunstancias. Con relación al mismo, es de aplicación lo manifestado para el testigo-víctima en el apartado anterior, siendo necesario resaltar que los testigos directos o presenciales del maltrato ocasional tienen una importancia decisiva en la prueba de éste como veremos a continuación, sobre todo si son personas distintas de la víctima que no mantienen con el acusado del delito de maltrato ninguna de las relaciones familiares de las previstas en el artículo 416 LECr⁴²⁴. En este caso, los testigos directos no pueden acogerse a la dispensa de declarar de manera que sus declaraciones serán valoradas por el juez en la sentencia. Aún en estos casos cabe la posibilidad de que aparezcan ciertas dificultades en orden a la valoración de la prueba testifical directa, como

⁴²⁴ Esta importancia puede observarse en la SAP Barcelona 171/2015, de 10-3-2015, cuyo pronunciamiento absolutorio pone de manifiesto el error del Juez de instancia al valorar la prueba practicada en el acto de la vista puesto que la versión de la víctima no vino corroborada estrictamente por la testifical de su padre, así como tampoco la de éste por la de ella. Y ello porque además, a pesar de que existieron más testigos presenciales de los hechos, no se propuso como testigos directos a ninguna de estas personas sino tan solo al padre de la víctima. SAP Barcelona 171/2015 de 10-3-2015; Recurso 35/2015; Ponente: Sra. M^º del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj. SAP B 2671/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 2671; FJ. 1º.

son que el testigo directo se halle imposibilitado de prestar declaración en el juicio oral, o esté ausente o se contradiga en sus declaraciones prestadas ante el juez instructor, lo que analizaremos en el apartado siguiente.

3.2.2 Valoración de la prueba y dificultades probatorias

La prueba testifical presenta una serie de dificultades probatorias, algunas de ellas ya mencionadas con ocasión del estudio de la víctima del delito en el apartado anterior, entre las que destaca que el testigo directo, por sus relaciones familiares con el acusado del delito de maltrato, se acoja a su derecho a no declarar. Como ya hemos visto en el apartado anterior, en el momento actual, la jurisprudencia mantiene la negativa a valorar las declaraciones sumariales del testigo directo que en el juicio oral se acoge a la dispensa del art. 416 de la LECr. Ello puede propiciar una situación de vacío probatorio en el acto del juicio oral sobre todo cuando el pariente o miembro de la pareja es el único testigo directo del hecho criminal. Aquí es donde tenemos que valorar la eficacia probatoria de los testigos de referencia a los que haremos referencia en el apartado siguiente.

Otras dificultades que también presenta la valoración de esta prueba son: que el testigo directo se halle imposibilitado de prestar declaración en el momento del juicio oral o bien que se contradiga en sus declaraciones ya prestadas ante el juez instructor.

En la prueba del maltrato ocasional la dificultad puede venir dada por la ausencia de los testigos directos, entre los que se halla la propia víctima de los hechos, al acto de juicio oral por causas o motivos no imputables a las partes que los han propuesto. En estos casos, cuando queda acreditada la imposibilidad de la práctica de la prueba testifical (testigo fallecido o ausente, en el extranjero o en ignorado paradero, o impedido física o psíquicamente) es cuando se plantea el valor que pueden tener sus declaraciones anteriores, en el atestado y ante el juez de instrucción, como medio de prueba, y su posible incorporación o no al juicio oral mediante la lectura de tales declaraciones.

Respecto a la incorporación de las declaraciones testificales efectuadas ante la policía al acto de juicio oral, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 3 de junio de 2015 señala expresamente que “ Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio y no pueden

operar como corroboración de los medios de prueba ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 LECr., ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 LECr. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. De manera que las declaraciones policiales de los testigos directos no tienen ningún valor probatorio. Simplemente es un testimonio con valor de denuncia que consta en el atestado. Si no es ratificada en sede judicial queda en un acto documentado sin más⁴²⁵.

La posible incorporación de las declaraciones testificales efectuadas ante el juez instructor al acto de juicio oral, es admitida tanto en la LECr. como por la jurisprudencia, como veremos. Si bien es cierto que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad,⁴²⁶ también lo es que esta regla general admite las excepciones que prevén los artículos 714 y 730 LECr⁴²⁷. La LECr. establece que cuando la declaración de un testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes (art. 714 LECr.). También señala que podrán leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes a la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral (artículo 730 LECr.)

La validez de la lectura de las declaraciones de los testigos, previamente efectuadas en sede de instrucción, cuando concurren estas circunstancias, ha sido admitida en la sentencia 1464/2001, de 23-7-2001.⁴²⁸ Por su parte, la STS

⁴²⁵ Nos remitimos a lo manifestado en el punto 1.1.4 de este capítulo al respecto del valor probatorio del atestado y las dificultades probatorias.

⁴²⁶ Las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba.

⁴²⁷ El artículo 730 LECr. ha sido modificado por la Disposición Final 1.21 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. En dicha modificación se equipara la lectura de las declaraciones sumariales a la reproducción de las mismas por medios técnicos de grabación y sonido y se añade la lectura de las declaraciones efectuadas conforme al artículo 448 LECr. durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de una especial protección.

⁴²⁸ STS 1464/2001, de 23-7-2001; Recurso 4424/1999; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapter; Roj: STS 6532/2001; ECLI: ES. TS: 2001: 6532; FJ. 1º; La STC 51/1995, de 23-2-1995; Recurso 2397/1992; Ponente. Sr. Pedro Cruz Villalón; FJ. 5º; BOE núm. 77, suplemento, de 31-3-1995, establece que "(...) los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECr. (...) se

1055/2011, de 18/10/2011⁴²⁹ señala que los artículos 714 y 730 de la LECr. permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez de Instrucción y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. Señala la mencionada sentencia que el tribunal puede atender razonadamente a una u otra declaración para establecer el relato fáctico. Y que se trata, por lo tanto, de la incorporación al plenario, como pruebas, del resultado de diligencias sumariales para que el tribunal pueda proceder válidamente a su valoración.

No obstante, para ello es preciso que se cumplan los requisitos que mencionamos a continuación:

1. Que se respeten en la lectura de las declaraciones sumariales los principios constitucionales.

Para que pueda procederse a una valoración de tales declaraciones es necesario que cumplan con unos requisitos o exigencias mínimos y no se extienda su aplicación a supuestos distintos de los expresamente previstos en la norma procesal.

En cuanto a los requisitos para que las declaraciones en instrucción puedan ser valoradas en la sentencia, el TS se ha manifestado expresamente para afirmar la necesidad de garantizar el principio de contradicción y también para manifestar que no es posible valorar la lectura de la declaración de un testigo cuando la misma ha sido realizada sin la asistencia del letrado del investigado. De ahí que nos encontremos con numerosas sentencias que, acogiendo estos argumentos, no valoren estas declaraciones, con las consecuencias que ello comporta a efectos probatorios en el caso concreto dando lugar, en muchas ocasiones a sentencias de carácter absolutorio. Son numerosos los supuestos en los que las declaraciones sumariales decaen como objeto de prueba por no cumplirse los requisitos procesales exigidos, entre ellos, la presencia de la defensa

refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase pre procesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía". Por lo tanto, ello sucede sólo respecto de las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles.

⁴²⁹ STS 1055/2011, de 18/10/2011; Recurso 10422/2011; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar; Roj: STS 7376/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 7376; FJ. 1º.

y de la acusación particular en la declaración en instrucción a efectos de garantizar la debida contradicción.

En este sentido, la STS 125/2012, de 29-2-2012⁴³⁰ y respecto del testigo de cargo señala: “(...) una cosa es que formalmente se dieran las previsiones del art. 730 LECr. -que la presencia del testigo fuere imposible o de muy difícil asistencia por haber fallecido o encontrarse en ignorado paradero o fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia y habiendo quedado acreditado que el Tribunal agotó razonablemente, las posibilidades para su localización y citación- y otra muy distinta que aquella declaración cumpla con todos los requisitos exigidos constitucionalmente para ser valorada como prueba de cargo, entre ellos el objetivo que se haya garantizado la contradicción, que la defensa haya podido intervenir eficazmente en dicha diligencia ejerciendo su derecho a interrogar al testigo”. La sentencia concluye que “(...) no es legal ni constitucionalmente posible para fundamentar una sentencia condenatoria, sustituir la declaración del testigo de cargo en el juicio oral, en condiciones de inmediatez, oralidad y contradicción, por otros medios probatorios que no respeten tan esenciales garantías, sean estos la lectura de las declaraciones sumariales de aquél” (FJ. 4º).⁴³¹

2. Que en el acto de juicio oral y como cuestión previa se inste la lectura de las declaraciones sumariales.

En el caso de que no se proponga en forma por ninguna de las partes la lectura de dichas declaraciones, o bien cuando propuesta la lectura ésta es rechazada motivadamente por el tribunal, estas no se incorporarán al acto de la vista oral, con lo cual no podrán valorarse a efectos probatorios, con las consecuencias que ello puede comportar en orden a una posible sentencia absolutoria.

⁴³⁰ STS 125/2012, de 29-2-2012; Recurso 1237/2011; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj. STS 1611/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 1611; FJ. 4º

⁴³¹ En términos similares la STS 788/2010 de 22-9-2010; Recurso 612/2010; Ponente. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj. STS 4966/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 4966; FJ. 2º Y 5º, declara que “(...) según nos enseña la experiencia acumulada en esta clase de episodios, no cabe poner en duda que a la vista de las circunstancias (...) una mínima prudencia y diligencia hubiera hecho advertir al Juez de instrucción de la altísima probabilidad de que no acudiera a declarar al juicio oral, por lo que, en relación a la incriminación de los acusados realizada por aquella (...) hubiere debido citarla de comparecencia tras la detención y puesta a disposición (de los acusados) (...) para que depusiera sobre tales acusaciones a presencia de los letrados defensores de éstos, de manera que pudieran ejercer debidamente su derecho de defensa mediante el interrogatorio contradictorio de aquella”.

Particular interés reviste el supuesto en que la declaración del testigo en la vista no es conforme en lo sustancial con la precedente. En este caso se plantea la cuestión de quién debe proponer dicha lectura al amparo del artículo 714 LECr. La STS nº 427/2011, de 31-05-2012⁴³² señala que si bien “podrá pedirse” por cualquiera de las partes, no existe obstáculo para que, ante la pasividad o inadvertencia de aquéllas, pueda el tribunal asumir la iniciativa al respecto.

Ello podría, en principio, suponer una quiebra del principio acusatorio por parte del órgano judicial. Pero la sentencia señala que ello no es así en tanto que esta posibilidad conecta con la potestad reconocida en el artículo 708. 2 LECr., para dirigir a los testigos las preguntas que se estimen conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.⁴³³

Con relación a cómo debe procederse a la lectura de las declaraciones sumariales para que puedan ser valoradas en sentencia, la STS 977/2012, de 30-10-2012⁴³⁴ nos dice que si bien para la valoración de las declaraciones sumariales es necesario que hayan pasado al acto del juicio oral, no es imprescindible

⁴³² STS nº 427/2011, de 31-05-2012; Recurso 2113/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 3749/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 3749; FJ. 3º. Según esta sentencia “(...) el derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume por la circunstancia de que el Presidente del Tribunal pueda efectuar preguntas al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, no suponiendo ello atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a testigos cualificados -por conocedores directos- relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante” (FJ. 3º).

⁴³³ En este sentido, la facultad del Tribunal estaría dentro de las facultades de impulso probatorio que se reconoce a los Tribunales en el artículo 729.2º LECr. La STS 328/01 de 6-3-2001; Recurso 587/2000; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 1730/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 1730; FJ. 3º, ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio: “(...) La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729.2º de la LECr. puede ser considerada como “prueba sobre la prueba”, que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECr., por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación”. En el mismo sentido, la STS 2030/2002, de 4-12-2002; Recurso 477/2001; Ponente: Sr. Joaquín Jiménez García; Roj: STS 8118/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 8118; FJ. 3º, declara en relación con el art. 729.2º LECr. que “una lectura constitucional de esta posibilidad de practicar prueba por decisión directa del Tribunal, debe impedir que sea posible condenar en base a una prueba de cargo practicada a instancia del propio Tribunal sentenciador -SSTS de 21 marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 7 de abril y 11 de mayo de 1999-. Por el contrario, cuando la prueba propuesta por el Tribunal tenga por objeto verificar o contrastar otras pruebas aportadas por las partes -es decir, prueba sobre la prueba (...) se estaría en el ejercicio de la facultad de iniciativa concedida por el art. 729.2º desde el respeto al derecho al juez imparcial”.

⁴³⁴ STS 977/2012, de 30-10-2012; Recurso 303/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 8050/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 8050; FJ. 3º.

su lectura íntegra. Puede servir a tales fines el interrogatorio sobre esas declaraciones de manera que esa presencia en el acto del juicio oral ya permite tomar como material probatorio esas declaraciones y convierte en legítima, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, una condena que buscase su soporte probatorio en esa confesión sumarial”.⁴³⁵

3.3 El testigo de referencia

3.3.1 Introducción

Es testigo el llamado a prestar declaración en el proceso porque ha presenciado directamente los hechos (testigo directo), tomando conocimiento de los mismos de modo directo, al haberlos presenciado personalmente⁴³⁶. Ello no significa que no puedan ser tenidas en cuenta otras declaraciones testificales de otras personas que hayan obtenido conocimiento de los hechos de forma indirecta (testigos de referencia o indirectos). El testigo de referencia es llamado al proceso para declarar respecto de lo que personalmente escuchó o percibió de otro, o bien de lo que una tercera persona le hubiera contado de referencia⁴³⁷.

El testigo de referencia está expresamente admitido en nuestro proceso penal en el artículo 710 LECr., que exige que “si los testigos fuesen de referencia

⁴³⁵ En este sentido, podemos mencionar la STC 284/2006, de 9-10-2006; Recurso 4946/2003; Ponente: Sr. Ramón Rodríguez Arribas; FJ. 3º y 4º; BOE núm. 274, de 16-11-2006: “(...) respecto de las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal ha exigido en los supuestos previstos en los artículos 714 y 730 LECr. que el contenido de la diligencia practicada en la instrucción con los testigos o imputados se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la rectificación o retractación de la declaración operada en el acto del juicio oral, o ante la imposibilidad material de su reproducción, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción. En el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado modifique o se retracte de anteriores manifestaciones se le puede sugerir que explique la diferencia o contradicción, siendo este interrogatorio posterior a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia; de manera que, si se cumplen las exigencias indicadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo las alegaciones que considere oportunas”.

⁴³⁶ MORENO CATENA, V.: “La declaración del acusado y la prueba de testigos”, en *Lecciones de Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pág. 391.

⁴³⁷ MORENO CATENA, V.: ob. cit., pág. 392.

precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuese conocida a la persona que se la hubiese comunicado”.

En cuanto a la prueba de referencia, la doctrina del TC⁴³⁸ señala que, si bien es cierto que la regulación de la ley responde al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible. Así, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como cualquier otro medio de prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.

Por su parte, el TS⁴³⁹ declara que el TEDH admite indirectamente la prueba de testigos de referencia cuando hay una causa legítima que justifique o explique la inasistencia del testigo directo.

En lo que se refiere a los requisitos de admisibilidad de esta prueba han sido matizados por el TS en diversas resoluciones. Por un lado, el TS aplica el principio de preferencia por utilizar el medio de prueba directo sobre los relatos sobre los que otro ha narrado. Con ello se impide la admisión del testimonio de referencia de modo incondicionado, debiendo ésta quedar subordinada a los casos en los que no es posible obtener y practicar la prueba original o cuanto menos más directa.

En consecuencia, el criterio general que debe seguirse según la jurisprudencia⁴⁴⁰ del TS es que cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Cuando exista fundada sospecha de que los testigos presenciales puedan ausentarse al extranjero se habrán de tomar las medidas necesarias para preconstituir la prueba anticipada. Y ello porque el testigo de referencia solo podrá ser tomado como prueba de cargo o signo incriminatorio cuando no se

⁴³⁸ STC 217/1989, de 21-12-1989; Recurso 1036/1987; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 5º; BOE núm. 10, Suplemento de 11-1-1990; STC 209/2001, de 22-10-2001; Ponente: Sra. María Emilia Casas Baamonde; FJ. 4º; BOE núm. 279, de 21-11-2001.

⁴³⁹ STS 979/1999, de 18-6-1999; Recurso 1449/1998; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 4332/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 4332; FJ. 1º y único.

⁴⁴⁰ STS 315/1998, de 27-2-1998; Recurso 886/1997; Ponente: Sr. Eduardo Moner Muñoz, Roj: STS 1318/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 1318; FJ. 2º.

pueda practicar la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la convocatoria del juicio oral. Así, se ha declarado justificada la restricción de todas estas garantías procesales, en cuanto a la admisión del testigo de referencia: a) cuando el testigo directo se halla en ignorado paradero y por ello es imposible citarlo⁴⁴¹, ni obligarlo a comparecer de manera incluso coactiva; y b) cuando la citación del testigo resulte extremadamente dificultosa⁴⁴². No obstante, no se produce esta imposibilidad de comparecer cuando ni siquiera el testigo presencial ha sido propuesto como testigo en el proceso y, por tanto, su comparecencia no se ha intentado⁴⁴³.

De otro lado, la jurisprudencia señala su no validez si es prueba única. Así, la STS 544/1996, de 19-7-1996⁴⁴⁴ establece que "(...) la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de incapacidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, con lectura de sus declaraciones". Señala, así mismo, la necesidad de que expresamente se haga constar el origen de la noticia en virtud de la cual se comparece en el proceso penal como tal testigo. Además, quien declare en el juicio como testigo de referencia debe identificar a la persona de la cual ha recibido la información; primero para obtener, si es posible, la declaración directa y después como vía para fundamentar la credibilidad del testigo de referencia.

Concluimos, a la vista de lo anterior, que el criterio general del TS es que cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido el hecho por probar directamente, el órgano jurisdiccional debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. La prueba testifical de referencia es pues una prueba subsidiaria.

3.3.2 Valoración de la prueba y dificultades probatorias

⁴⁴¹ STC 35/1995, de 6-2-1995; Recurso 3668/1993; Ponente: Sr. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; FJ: 3º; BOE núm. 59 Suplemento, de 10-3-1995.

⁴⁴² STC 209-2001, de 22-10-2001; Recurso 3140/1999; Ponente: Sra. María Emilia Casas Baamonde, FJ: 4º; BOE núm. 279, 21-11-2001.

⁴⁴³ STC 146-2003, de 4-7-2003; Recurso 3078/2001; Ponente: Sr. Roberto García Calvo y Montiel; FJ: 6º y 7º; BOE núm. 193, Suplemento, 13-8-2003 BUJOSA VADELL, L.M.: "Pruebas de referencia y garantías procesales", en *La Ley*, núm. 6821, 15 noviembre 2007, pág. 4.

⁴⁴⁴ STS 544/1996; de 19-7-1996; Recurso 2083/1995, Ponente. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 4514/1996; ECLI: ES: TS: 1996: 4514; FJ. 3º.

En lo que se refiere a la valoración de la prueba testifical de referencia destacamos la STS 867/2010, de 21/10/2009⁴⁴⁵ que señala que “los testigos de referencia no aportan sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, puesto que lo que aquéllos conocen no son sino las afirmaciones oídas de éste. Por ello, los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr., tienen una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien oyó, equivaldría a atribuir al testigo de referencia todo crédito probatorio y privilegiar una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello, el valor del testimonio de referencia o es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o es el de una prueba subsidiaria, para ser considerada cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical” (F J. 1º).

Sin embargo, no podemos obviar la importancia de los testigos de referencia en el ámbito de los malos tratos. En estos casos, los testimonios de referencia no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y este hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, puede constituir prueba de cargo que justifica una agresión doméstica. Así la STS 821/2009, de 26-6-2009⁴⁴⁶ desestima el recurso de casación alegando la ausencia de prueba de cargo, que se fundamentaba en que el acusado y la denunciante se acogieron al derecho a no declarar; y en que, por ello, no era valorable el testimonio de referencia de policías y médico forense, cuya eficacia es admisible solo en caso de incomparecencia de testigos presenciales.

⁴⁴⁵ STS 867/2010, de 21/10/2009; Recurso 2791/2009; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5249/2010; ECLI. ES: TS: 2010; 5249; FJ. 1º.

⁴⁴⁶ STS 821/2009, de 26-6-2009; Recurso 2506/2008, Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 4843/2009; ECLI: ES. TS. 2009: 4843; FJ. 3º.

En definitiva, en torno a la cuestión de si pueden valorarse las referencias que la víctima de malos tratos efectuó a terceras personas o bien a parientes o incluso a los policías que acudieron a auxiliar a la víctima o al médico que le atendió en urgencias, si ésta se acoge en el juicio a su derecho a no declarar, la doctrina constitucional establece como presupuesto que “el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal”⁴⁴⁷, lo que, en principio no se cumpliría en los supuestos en los que la víctima se acoge a su derecho a no declarar.

Lo dicho anteriormente no obsta para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya presenciado y observado directamente. En muchas ocasiones, los datos que nos proporcionan estos testigos y las circunstancias concurrentes pueden permitir construir una sólida cadena de indicios. Cuando los testimonios policiales o de terceros suministran suficientes indicios para construir de forma sólida hechos base –personación de la policía en virtud de la llamada de urgencia, confirmada por la actitud victimizada de una persona que aparece con lesiones de etiología agresiva y coetánea; presencia en el lugar de los hechos del acusado; actitud victimizadora del presunto agresor; inmediatez de la actuación policial, entre otras circunstancias- junto con la objetivación de las lesiones a través de los informes médicos, valorados conjuntamente conforme a las reglas de la prueba indiciaria, ello podría dar lugar a un pronunciamiento condenatorio⁴⁴⁸. Sobre los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que intervienen inmediatamente tras la comisión de los hechos, y en los médicos que atienden a la mujer concurren la doble cualidad de testigos directos

⁴⁴⁷ STC 79/1994, 14-3-1994, Recurso 2053/1991; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 4º; BOE núm. 89, Suplemento 14-4-1994.

⁴⁴⁸ HERNANDEZ GARCÍA, J. Y OTROS: *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal*, en *Manuales de Formación Continuada...*, ob. cit., págs. 207 a 213. El TC ha precisado en varias de sus resoluciones que “a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.” (STC 186/2005 de 4-7-2005; Recurso 1508/2003, Ponente. Sra. Elisa Pérez Vera; FJ. 5º; BOE núm. 186, suplemento, de 5-8-2005); Ver VELASCO NÚÑEZ, E.: Conclusiones del Seminario “La prueba en el proceso penal: especial incidencia a la prueba indiciaria”. Madrid, 7-9 de mayo de 2008; disponible en [http:// es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf](http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf). Última consulta, 28-12-2017.

y testigos de referencia. La valoración de su testifical, a través del juicio de inferencia, otorgando eficacia probatoria válida a su declaración la encontramos en la STS 463/2012, de 6-6-2012 ⁴⁴⁹: “Los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto a testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquélla persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato, unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de los relatado constituye prueba de cargo que justifica el hecho probado de la sentencia de instancia” (FJ. 1º.3).

A pesar de ello, en la práctica diaria, son numerosas las sentencias que, acogiendo las partes a su derecho a no declarar, y a pesar de la existencia de un parte de lesiones que acredita la perpetración de las mismas pero no su etiología y causación, y de la testifical de referencia de los policías que acudieron al lugar de los hechos y que oyeron las manifestaciones de la víctima *in situ*, tienen carácter absolutorio.

4. La intervención del acusado en el acto de juicio oral

En el presente epígrafe nos planteamos cómo debe configurarse la intervención del acusado en el juicio oral y su consideración como un verdadero medio de prueba.

La LECr. no regula la declaración del acusado como medio de prueba y se limita a contemplar las declaraciones de los procesados como acto de investigación⁴⁵⁰. No obstante, entendemos que nos encontramos ante un verdadero medio de prueba, aunque *sui generis*, a practicar en el acto de juicio oral. Así lo reconoce la propia LECr. al regular la calificación del delito en los artículos 649 a 665 de la LECr. y la celebración del juicio oral en los artículos 680 a 749. Concretamente se establece que el Ministerio Fiscal y las partes manifestarán en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de las que intenten valerse (art.

⁴⁴⁹ STS 463/2012, de 6-6-2012, Recurso 10102/2011; Ponente. Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 3996/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 3996; FJ. 1º.

⁴⁵⁰ Dicha regulación viene contenida en el Capítulo IV del Título V Libro II de la LECr. en los artículos 385 a 409 bis para el sumario ordinario, que se aplican supletoriamente a la regulación del procedimiento abreviado respecto del investigado contenidas en el Capítulo III del Título II del Libro IV en los artículos 774 a 779 de la LECr.

656), sin que se establezca en esta regulación ninguna limitación respecto a la declaración del procesado. Por otra parte se regula la confesión de los procesados en el acto de la vista oral y se señala que “se les preguntará” (arts. 688 a 700). Así, aboga por la consideración de verdadera prueba a practicar en el acto del juicio oral, no sólo la regulación contenida en la LECr., sino también el hecho de que en la práctica diaria de los juzgados, en el escrito de conclusiones de las partes, la primera prueba que éstas proponen sea el interrogatorio del acusado. Esta realidad viene reforzada por la aplicación analógica de ciertas normas procesales propias de la prueba de testigos al interrogatorio del acusado⁴⁵¹ que realiza la jurisprudencia. En consecuencia estamos ante un verdadero y legítimo medio de prueba a considerar y a valorar en la sentencia⁴⁵².

Pero no hay que obviar que la regulación legal de la declaración del acusado en el juicio oral ha llevado a la doctrina a preguntarse si estamos ante un verdadero interrogatorio al acusado o si estamos, en realidad, ante un medio de defensa que permite a los acusados tomar posición frente a la acusación y a las pruebas de que ésta se valga⁴⁵³. También se ha puesto de manifiesto en la doctrina que la declaración del acusado no reúne las características propias de un medio de prueba ni tiene nada que ver con la confesión que regula la LECr. en los artículos 688 y ss.⁴⁵⁴.

En este apartado, analizaremos qué consideración tiene, en la actual regulación, la intervención del acusado en el juicio oral y cuál es la valoración que debe darse a su silencio; también, a su confesión autoinculpatoria, así como a las manifestaciones espontáneas ante la policía en el lugar de los hechos sin que se le haya hecho advertencia del derecho a no declarar.

⁴⁵¹ En caso de silencio del acusado en el acto de juicio oral y en caso de contradicción con sus declaraciones sumariales.

⁴⁵² Esta postura avalada por el TS en algunas sentencias ha sido contradicha con argumentos tales como el que la aplicación de estos preceptos procesales –artículos 730 y 714 de la LECr., que dan paso a la lectura de las declaraciones sumariales del acusado en el acto de juicio oral– contradice el derecho de éste a guardar silencio en la vista, el derecho de no declararse culpable y a utilizar todos los medios de prueba que considere necesarios, incluida su declaración, respecto de la que no está obligado a decir verdad.

⁴⁵³ CORTES DOMINGUEZ, V.: “La declaración del acusado y la prueba de testigos”, en *Leciones de Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., págs. 381 y 382. Para el autor la declaración del acusado no es más que la manifestación de voluntad cuya finalidad es que el procesado se posicione en el juicio.

⁴⁵⁴ *Ídem*, pág. 382.

4.1 El silencio del acusado en el juicio oral

Respecto al silencio del acusado en el acto de juicio oral, se plantean dos cuestiones: si el derecho a no declarar del acusado impide o no el acceso de sus declaraciones sumariales al acto del juicio oral y si es posible que el silencio del acusado sea valorado por el tribunal cuando existen indicios acreditados en su contra.

4.1.1 ¿Impide el derecho a no declarar del acusado el acceso de sus declaraciones sumariales al juicio oral?

Conforme al artículo 741.1 LECr. la actividad decisoria del tribunal ha de recaer necesariamente sobre las pruebas practicadas en el juicio, por lo que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral.⁴⁵⁵ De manera que cuando la víctima o el testigo directo de un maltrato hace uso de la dispensa legal del artículo 416 LECr., su negativa a declarar en el juicio oral impide que pueda valorarse su declaración sumarial y no puede ser suplantada su no declaración por la lectura de la declaración que efectuó en instrucción por la vía del art. 730 o la del art. 714 LECr.⁴⁵⁶ Se plantea en relación al acusado si esta misma conclusión le es o no también aplicable cuando ejerce su derecho constitucional a no declarar en el juicio oral (art. 24 CE).

En este caso, el TS se ha pronunciado al respecto para negar una aplicación analógica al acusado de la misma doctrina, declarando la idoneidad de la lectura de sus declaraciones sumariales. Así destacamos las sentencias siguientes: STS 590/2004, de 6-5-2004⁴⁵⁷, que confirma la utilización del art. 730 porque "(...) las partes acusadoras se ven imposibilitadas de practicar una prueba"; la STS 1443/2000, de 20 sept. 2000⁴⁵⁸, que señala que "(...) el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730, dar entrada en el

⁴⁵⁵ Sobre esta cuestión, ver la STS, de 5-5-1995; Recurso 3306/1994; Ponente: Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 2513/1995; ECLI: ES: TS: 1995: 2513; FJ. 1º.

⁴⁵⁶ STS 31/2009, de 27-1-2009; Recurso 832/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Toli-var; Roj: STS 135/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 135; FJ. 4º.

⁴⁵⁷ STS 590/2004, de 6-5-2004; Recurso 452-72003; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 3079/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 3079; FJ. 1º.

⁴⁵⁸ STS 1443/2000, de 20-9-2000; Recurso 1158/1999; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: 6582/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 6582; FJ.3º.

juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas”; la STS 25/2008, de 29 enero de 2008⁴⁵⁹, que entiende que “(...) el silencio del acusado sí puede entenderse como contradicción a los efectos del art. 714”; la STS 894/2005 de 7-7-2005⁴⁶⁰, que establece que “(...) la contradicción constitucionalmente exigible queda garantizada con la presencia física del acusado en juicio, aunque éste se acoja a su derecho a guardar silencio”; la STS 830/2006, de 21-7-2006⁴⁶¹, que refiere que “(...) la negativa a contestar en el acto de juicio oral permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 LECr.”, y la STS 977/2012, de 30-10-2012⁴⁶², según la cual “(...) El derecho a no declarar del acusado no comporta un derecho de exclusividad sobre las propias declaraciones hechas voluntariamente en momentos anteriores. Ese derecho no comprende la facultad de “borrar” o “aniquilar” las declaraciones que haya podido efectuar si se hicieron con todas las garantías y con respeto entre otros a su derecho a no declarar. Las declaraciones sumariales autoinculpativas constituyen prueba sobre la que puede construirse una sentencia condenatoria, sin que sea óbice para ello que el recurrente se haya negado a declarar en el acto del juicio oral. Si la contradicción en el juicio oral se ha visto limitada lo ha sido por la propia voluntad del acusado. Éste no puede aducir que no ha podido hacer objeto de contradicción sus anteriores manifestaciones y que por eso no son valorables.”

No obstante, existe jurisprudencia menor que es contraria a esta aplicación al acusado de las normas previstas en los artículos 730 LECr. y 714 LECr. cuando se acoge a su derecho a no declarar en el juicio oral. Así, en contra del criterio del TS en esta materia, citamos por su interés la sentencia Juzgado Penal nº 1 de Barcelona 1-10-2012⁴⁶³ dictada en un procedimiento seguido por un delito de maltrato del artículo 153.1 CP, que dio lugar a una sentencia absoluta. La mencionada sentencia realiza una comparación legal entre el derecho a la dispensa de declarar del artículo 416 LECr. y el derecho a no declarar del

⁴⁵⁹ STS 25/2008, de 29-1-2008; Recurso 497/2007; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 669/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 669; FJ. 5º.

⁴⁶⁰ STS 894/2005 de 7-7-2005; Recurso 587/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 4549/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 4549; FJ. 2º.

⁴⁶¹ STS 830/2006, de 21-7-2006; Recurso 10101/2006; Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: STS 5938/2006; ECLI: ES: TS: 2006: 5938; FJ. 2º.

⁴⁶² STS 977/2012, de 30-10-2012; Recurso 303/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 8050/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 8050; FJ. 3º.

⁴⁶³ Sentencia Juzgado Penal nº1 de Barcelona 1-10-2012; PA 138/2012, Magistrada: Sra. María Calvo López; FJ. 2º.

acusado reconocido constitucionalmente en el artículo 24.2 CE. Señala que “no se ve razón alguna para sostener que la negativa a declarar sobre la base de una dispensa legal –en el caso del testigo- y la negativa a declarar sobre la base de un derecho constitucional sean ontológicamente distintas de forma que podamos hablar de imposibilidad de reproducción en el segundo caso y no en el primero”. Para la juzgadora “ambas son “negativa”, que no imposibilidad, es decir, ejercicio consciente y libre de un “derecho” (de mayor rango, incluso el reconocido al acusado frente a la dispensa del testigo pariente) y no cumplirían con los requisitos postulados por el artículo 730 en la interpretación del TS”. Por lo que concluye que no existiría cauce legal para la introducción de la declaración del acusado en el plenario. El argumento reside en la constatación de que “si según la argumentación del TS, la negativa a declarar en ejercicio de un derecho por parte del testigo que se acoge a la dispensa del artículo 416 LECr. no equivale a imposibilidad de reproducción de una diligencia sumarial, ninguna declaración (de testigo o imputado) debe introducirse en el plenario para servir de apoyo probatorio a una condena y si tan derecho es el que se le otorga al testigo como el que se le reconoce al imputado/acusado, el fraude al mismo tendrá los mismos parámetros de configuración en uno y otro caso”(FJ. 2º). Opinión, esta última, con la que nos mostramos de acuerdo.

4.1.2 Valoración por parte del Tribunal del silencio del acusado

En esta ocasión, nos planteamos la posibilidad de que el tribunal pueda valorar el silencio del acusado cuando se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra. Ello es así cuando el acusado omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario.

El supuesto referido fue contemplado por el TEDH en un muy citado pronunciamiento, el asunto Murray contra Reino Unido⁴⁶⁴. Advierte el TEDH que “(...) los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra ya que sería incompatible con el de-

⁴⁶⁴ STEDH de 8 de febrero de 1996, disponible en www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c. Última consulta, 23-1-2018.

recho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculpado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar”. Pero se apresura a continuación a admitir que esa premisa no impide “(...) tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo”.

De esa doctrina se ha hecho eco el TC⁴⁶⁵ señalando que ese mecanismo de apreciación “(...) sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación (...) no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial... como corroboración de lo que ya está probado (...) es situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas (...) de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible”. Así, La STC 300/2005, de 21-11-2005⁴⁶⁶ otorga valor probatorio residual al silencio del acusado al señalar la inexistencia de una explicación alternativa de alguna solidez como dato corroborador de la conclusión condenatoria alcanzada. Así mismo la STC 135/2003, de 30-6-2003⁴⁶⁷ señala que la “(...) futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo (...) si puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad”.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Entre otras, la STC 137/1988, de 7 de 7-7-1988; Recurso 501/1986; Ponente: Sr. Jesús Leguina Villa; FJ. 4º y 5º; BOE núm. 179, Suplemento, 27-7-1988, y la STC 202/2000, de 24-7-2000; Recurso 2409/97; Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; FJ. 3º Y 4º; BOE núm. 203, de 24-8-2000.

⁴⁶⁶ STC 300/2005, de 21-11-2005; Recurso 5402/2003; Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; FJ. 5º; BOE núm. 304; Suplemento, 21-12-2005.

⁴⁶⁷ STC 135/2003, de 30-6-2003; Recurso 5110/2001; Ponente: Sra. María Emilia Casas Baamonde; FJ. 3º; BOE, núm. 181, Suplemento, 30-7-2003.

⁴⁶⁸ HERNANDEZ GARCÍA, J. Y OTROS: *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal*, en *Manuales de Formación Continuada...*, ob. cit., págs. 94 a 101. El autor señala que no estamos ante una prueba en sentido estricto y que el valor de la explicación absurda o incompleta del acusado o de su silencio, en el fondo, no sería probatorio sino argumental una vez la hipótesis

En el TS también han proliferado pronunciamientos en idéntica dirección. Así la STS 874/2000, de 24-5-2000⁴⁶⁹ señala que “(...) el silencio del acusado en ejercicio de un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte acerca de los hechos.”

En torno a la cuestión de cómo debe valorarse probatoriamente el silencio del acusado o sus explicaciones inverosímiles, el TEDH en el Caso Murray contra el Reino Unido y en el caso Blanca Rodríguez Porto contra España⁴⁷⁰ precisa cuáles son las condiciones para que, en su caso, el silencio o la explicación inverosímil pueda ser tomada en cuenta por el tribunal a la hora de establecer su convicción. En concreto, establece: la previa advertencia al acusado de las consecuencias eventuales de su silencio; la valoración de aquéllas por un juez experimentado; la posibilidad de revisión mediante un recurso devolutivo efectivo; y la existencia de un serio material fáctico probatorio de las acusaciones que permita apreciar que la convicción de culpabilidad no se asienta de manera principal o destacada en el silencio o en la estrategia elusiva ante preguntas de la acusación. En definitiva, se trata de no conculcar el derecho constitucional al silencio del acusado.

Nuestra postura al respecto resulta muy clara: el derecho del acusado al silencio en el proceso penal regulado en el art. 24.2 CE es un derecho fundamental directamente aplicable, que no necesita de ningún desarrollo legislativo para ser efectivo ante los tribunales. Por lo que no nos mostramos de acuerdo con la interpretación que efectúa el TS con base a la cual el silencio del acusado, cuando existan pruebas de cargo en su contra, deba ser valorado; ni, por lo tanto, tampoco con la doctrina mencionada del TEDH que determina, ante la existencia de material fáctico probatorio, que la convicción de culpabilidad no se asiente de manera principal o destacada en el silencio del acusado, lo que es obvio. Consideramos, por tanto, que el silencio del acusado no puede ser valorado por el

condenatoria ha alcanzado, a consecuencia de la prueba practicada en el juicio oral, una justificación suficiente. Este alcance argumentativo del silencio viene corroborado por la STS 309/2009, de 17-3-2009; Recurso 11047/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 2162/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 2162; FJ. 1º.

⁴⁶⁹ STS 874/2000, de 24-5-2000; Recurso 4217/1998; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 4203/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 4203; FJ. 1º y único.

⁴⁷⁰ STEDH de 22 de marzo de 2005, disponible en www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c. Última consulta, 23-1-2018.

tribunal enjuiciador al dictar su sentencia. Y ésta parecía ser la postura que se iba acoger en el Borrador del Anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal.

Sobre la cuestión que estamos tratando, el Borrador del Anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal reformaba esta cuestión de forma expresa. Así, en el art. 10 se reconocía el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo y a este silencio o negativa a declarar no podía atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la pérdida de la posibilidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación que no fuera aportada por su defensa o se desprendiera por sí misma de los hechos en debate. Además, en el acto del juicio oral el art. 448 señalaba que el encausado prestaría declaración única y exclusivamente a instancia de su letrado, que podría ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aunque no hubiera sido incluida en el escrito de defensa, y el tribunal en ningún caso podría rechazarla. Esta posibilidad estaba vedada al Ministerio Fiscal y a las partes acusadoras. Además, se señalaba que “no se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado, ni a la negativa de éste a contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. A continuación del defensor podrá preguntar el MF y las demás partes.”

Además, el Borrador admitía la lectura de las declaraciones del encausado durante la investigación, pero sólo en caso de contradicción con las prestadas en el juicio oral y expresamente se señalaba que las declaraciones del encausado en la fase de investigación no podrían ser valoradas como prueba de cargo por el tribunal. Sin embargo, las contradicciones que se hubieran puesto de manifiesto mediante la lectura sí podrían ser integradas en la apreciación probatoria en el momento de valorar su credibilidad. No obstante, la Ley 41/2015, de 5-10-2015⁴⁷¹ de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales no ha recogido estas previsiones.

4.2 La confesión del maltratador

⁴⁷¹ Ley 41/2015, de 5-10-2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. BOE núm. 239, 6-10-2015.

La confesión del agresor puede ser efectuada con carácter previo a la iniciación del proceso penal en forma de manifestación espontánea ante quienes acuden al lugar de los hechos. Pero también puede efectuarse en sus declaraciones en sede policial, en el Juzgado de Instrucción, y en el propio juicio oral, como veremos.

4.2.1 Negación de los hechos confesados ante el Juez de Instrucción

En el acto de juicio oral caben distintas actitudes del acusado. Puede suceder que confiese y se conforme con los hechos de los que se le acusa, y que se conforme también con la pena más grave solicitada por las partes acusadoras, en cuyo caso estaremos ante la institución de la conformidad. Ello evitará que se celebre la prueba en el juicio oral y conllevará que se dicte sentencia condenatoria de conformidad en ese mismo momento. Puede suceder también, que el acusado se acoja a su derecho a no declarar, en cuyo caso su silencio puede ser total o parcial, esto es, puede negarse a responder a todas las preguntas que le haga una parte o sólo responder las que considere oportunas; o incluso, puede negarse a responder las preguntas del Ministerio Fiscal y de la acusación particular y responder tan solo a las de su abogado defensor. También puede ocurrir que el acusado declare sobre las preguntas que se le efectúen en el acto el juicio oral. Nosotros en este epígrafe nos centraremos en este último supuesto y, concretamente, en aquellos casos en los que el acusado, al declarar en el juicio oral, contradiga sus manifestaciones realizadas anteriormente ante el Juez de Instrucción, porque es el supuesto que ha generado una mayor problemática en la valoración de esas declaraciones por el juez en su sentencia.

En estos casos, cuando, en instrucción, en sus declaraciones sumariales, el acusado confiesa el delito, se plantea qué posibilidad hay de introducirlas en el juicio oral cuando en el acto de la vista niega los hechos que ha confesado.

El TS ha admitido la aplicación del artículo 714 de la LECr., a pesar de su literalidad, en los casos en los que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral. Así mismo, ha establecido que el tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente, unas u otras en función de la valoración del conjunto de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el Juez de Instrucción,

de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción, y siempre que la elección, especialmente cuando se opta por la versión sumarial que el tribunal no ha presenciado con inmediación, venga acompañada en la sentencia de un razonamiento explicativo de la decisión, con valoración expresa de los elementos de corroboración que la justifican.⁴⁷²

En cuanto a los requisitos para que pueda procederse a la lectura de la declaración sumarial que ha sido contradicha por el acusado en la vista, el TC⁴⁷³ ha señalado los siguientes requisitos: a) que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual debe haber sido convocado el abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr., o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

4.2.2 Negación de los hechos confesados en sede policial

La cuestión que se plantea en estos casos es si puede reconocerse valor probatorio a la confesión realizada en sede policial, aunque no haya sido ratificada judicialmente; así como si pueden leerse tales declaraciones en el acto del juicio oral ex artículo 714 LECr.; y si es admisible y con qué efecto, que en sustitución de la lectura de la declaración policial, declare el policía que la obtuvo.

Inicialmente, el TC ha dado validez a la sentencia condenatoria basada en las declaraciones autoinculpatórias sumariales aunque en el acto del juicio oral

⁴⁷² En este sentido, la STS 1105/2007, de 21-12-2007; Recurso 10593/2007; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6534/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 6534; FJ. 2º; y la STS 577/2008, de 1-12-2008; Recurso 2423/2007; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6534/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 6534; FJ. 3º.

⁴⁷³ STC 68/2010, de 18-10-2010, Recurso 379/2007; Ponente: Sra. Elisa Pérez Vera; FJ. 5º; BOE núm. 279, de 18-11-2010.

el acusado guarde silencio⁴⁷⁴. Por su parte, la STC 80/1991, de 15-4-1991⁴⁷⁵, reconoció eficacia probatoria a la confesión realizada ante la policía, con presencia de letrado, pese a negar los hechos ante el Juez de Instrucción y en el juicio oral.

La valorabilidad de la confesión en dependencias policiales se plasmó en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II del TS de 28 de noviembre de 2006⁴⁷⁶, y luego se desarrolló en un grupo de sentencias que no siempre reflejan una posición pétrea y uniforme, como ya analizamos en un apartado anterior⁴⁷⁷.

Sin embargo, el Acuerdo de 3 de junio de 2015⁴⁷⁸, ha significado un radical cambio de criterio respecto del anterior Acuerdo de 2006. En la actualidad, las declaraciones del acusado ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio y no pueden operar como corroboración de los medios de prueba ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECr., ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECr., a lo que debe añadirse que tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes de policiales que las recogieron. No obstante, afirma que cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, señala el acuerdo que deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

4.3 Las manifestaciones espontáneas extraprocesales del acusado y su valor probatorio

⁴⁷⁴ STC 38/2003, de 27-2-2003; Recurso 2037/1999; Ponente; Sr. Jorge Rodríguez Zapata Pérez; FJ. 7º; BOE núm. 63, Suplemento, 14-3-2003.

⁴⁷⁵ STC 80/1991, de 15-4-1991, Recurso 977/1988, Ponente; Sr. Luís López Guerra; FJ. 4º; BOE núm. 115, Suplemento, 14-5-1991.

⁴⁷⁶ Ver apartado 1.1.4 del capítulo 2 dedicado al “Valor probatorio del atestado y a las dificultades probatorias”; El Acuerdo está Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala Última consulta, 30-1-2018.

⁴⁷⁷ Ver apartado 1.1.4 del capítulo 2 dedicado al “Valor probatorio del atestado y a las dificultades probatorias”.

⁴⁷⁸ Ver apartado 1.1.4 del capítulo 2 dedicado al Valor probatorio del atestado y a las dificultades probatorias; El Acuerdo está Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala. Última consulta, 30-1-2018.

En ocasiones, el presunto agresor realiza una serie de manifestaciones espontáneas en el lugar de los hechos, que se producen extraprocesalmente al no ser ratificadas por éste, ni en sede policial, ni en sede judicial, ni en el acto de la vista oral. En torno a la cuestión de si cabe atribuirles algún valor probatorio pese a no ir revestidas de garantías procesales cuando son introducidas en el plenario, vía testimonio de referencia⁴⁷⁹ o de los agentes de policía que las escucharon, se plantean distintos problemas. En primer lugar, que estas manifestaciones no van precedidas de una lectura de derechos; y, en segundo lugar, que si bien estos testigos son, normalmente, testigos de referencia respecto del contenido de tales manifestaciones; son testigos directos en cuanto las han escuchado por sí mismos y, por tanto, en cuanto al hecho de haberse producido y exteriorizado por el acusado, y de las circunstancias en las que se produjo dicha exteriorización. No obstante, la prueba de cargo acusatoria no puede descansar en tales testificales y tanto el relato de hechos probados como la participación del acusado deberán quedar acreditados suficientemente por otros medios.

Así, nos encontramos con sentencias⁴⁸⁰ que afirman que una manifestación espontánea del acusado no supone vulneración alguna de derechos fundamentales, pues ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la Autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso a ofrecerse a colaborar. De esta forma, las primeras manifestaciones hechas espontáneamente por el detenido en el primer momento pueden ser un válido elemento de investigación que permita la obtención de las auténticas pruebas⁴⁸¹. Por ello, y aunque no vayan revestidas de las garantías procesales como la previa información de derechos o

⁴⁷⁹ HERNANDEZ GARCÍA, J. Y OTROS: ob. cit.; pág. 94. En torno a la cuestión de si es posible la introducción de manifestaciones preprocesales del acusado a través de terceros, hemos de tener en cuenta las condiciones en las que se produce, ya que no es lo mismo ante un notario o en un pleno de un ayuntamiento o ante un particular. Por otra parte, habrá que estar también a las condiciones que concurren en la persona que dice haberlas escuchado ya que puede tener una relación de amistad con el acusado; puede tratarse del mismo denunciante o de un testigo que está escuchando lo que el acusado dice a otro (STS 510/1997, de 14-4-1997; Recurso 347/1996; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; Roj: STS: 2552/1997; ECLI: ES: TS: 1997: 2552).

⁴⁸⁰ Entre ellas, la STS 548/ 2001, de 3-4-2001; Recurso 1006/1999; Ponente: Sr. Eduardo Moller Muñoz; Roj: STS 2761/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 2761, FJ. 1º.

⁴⁸¹ STS 438/2001, de 14-3-2001; Recurso 365/2000; Ponente: Sr. Enrique Abad Fernández; Roj: STS 2056/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 2056; FJ. 11º.

la presencia de abogado, no puede alegarse su nulidad o la nulidad de las diligencias que de ellas se hayan derivado, precisamente por su carácter espontáneo, libre, voluntario y sin haber sido precedidas de una previa indagación policial. Así, la STS 667/2008, de 5-11-2008⁴⁸² señala claramente que lo prohibido es la indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

Cuestión distinta es el valor probatorio que se les dé en sí mismas. La STS1571/2000, de 17-10-2000⁴⁸³ señala la excepcionalidad en cuanto a la apreciación del valor probatorio de las manifestaciones espontáneas, que en el caso concreto se les atribuyó como meramente corroborativo de lo ya acreditado por otros medios.

La STS 1266/2003, de 2-10-2003⁴⁸⁴ enumera las condiciones que deben reunir las manifestaciones autoinculpatorias para que la confesión extrajudicial pueda ser valorada: 1º. Que se incorporen al juicio oral; 2º. Que sean sometidas a debate contradictorio con presencia de aquéllos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre este extremo; 3º. Partiendo de su validez como prueba de cargo, deben ser valoradas con cautela y deben estar corroboradas por otros elementos probatorios.

Señala en este sentido Hernández García⁴⁸⁵, que en ningún caso podrán equipararse a las declaraciones prestadas en el procedimiento judicial y que su régimen, cuando quede acreditada su existencia, debe equipararse al de mero elemento corroborador, en su caso. Así, pueden servir en determinados casos para afirmar que no es razonable dudar a la vista del resto de pruebas practicadas pero no para afirmarlo sobre esta base.

⁴⁸² STS 667/2008, de 5-11-2008; Recurso 11102/2007; Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6095/2008, ECLI: ES. TS: 2008: 6095; FJ. 3º.

⁴⁸³ STS 1571/2000, de 17-10-2000; Recurso 854/1999; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 7460/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 7460; FJ. 9º. Para un tratamiento exhaustivo del tema ver HERNANDEZ GARCÍA, J. Y OTROS: *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal...*, ob. cit., págs.78 a 84.

⁴⁸⁴ STS 1266/2003, de 2-10-2003; Recurso 1542/2002; Ponente: Sr. Miguel colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 5932/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 5932; FJ. 4º.

⁴⁸⁵ HERNANDEZ GARCÍA, J. Y OTROS: *ibídem*, pág. 94.

5. La prueba del maltrato ocasional del artículo 153.1 CP a través de las nuevas tecnologías⁴⁸⁶

La prueba del maltrato familiar a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación puede adquirir gran relevancia también en el ámbito de los malos tratos.⁴⁸⁷ Cada vez son más los supuestos, y de forma correlativa a su utilización masiva, en los que en el juicio oral se aportan como “documentos” una conversación de *whatsapp*, un correo electrónico, SMS, comentarios vertidos en redes sociales, como indicios o como pruebas de la comisión de un delito de malos tratos. Los nuevos tiempos comportan nuevas pruebas que plantean dudas acerca de cuándo pueden ser empleados, cómo deben aportarse al juicio y cuál es su valor probatorio. Por este motivo, aunque sin ánimo de exhaustividad, por no ser éste nuestro objeto de estudio, se hace necesaria una aproximación a esta materia.

Por prueba electrónica cabe entender toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio. Puede tratarse de cualquier clase de información, producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos que pueda tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto para la investigación de todo tipo de infracciones penales y no solamente para los denominados delitos informáticos⁴⁸⁸. Podemos incluir como tal una fotografía, un video, una página *web*, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo *Excel*, en cualquier soporte digital, magnético o informático.⁴⁸⁹

La distinción de la prueba electrónica con el resto de pruebas se centra en tres aspectos. En primer lugar, como hemos visto, lo que ha de ser incorporado al proceso es todo “aquel material (datos) que existe en formato electrónico o

⁴⁸⁶ Este apartado se ha redactado partiendo del trabajo efectuado por ABEL LLUCH, X: “Nuevas tecnologías y acceso al proceso”, en *La Prueba judicial...*, ob cit., págs. 343 a 366, referido especialmente a la prueba en el proceso civil.

⁴⁸⁷ DE HOYOS SANCHO, M.: “¿Cómo probar los malos tratos familiares?”, en *La Prueba judicial. Desafíos ...*, ob. cit., pág. 1.206.

⁴⁸⁸ DELGADO MARTÍN, J.: “La Prueba electrónica en el Proceso Penal”, en *La Ley*, núm. 8167, 10 octubre 2013, pag. 1. Del mismo autor, “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos virtuales tras la reforma por LO 13/2015”, en *La Ley*, núm. 8693; 2 de febrero de 2016; págs. 2 y 3, donde hace un estudio de los dispositivos electrónicos y de las diferencias de la prueba electrónica frente a otras pruebas.

⁴⁸⁹ ABEL LLUCH, X.: “Nuevas tecnologías y acceso al proceso”, en *La Prueba judicial...*, ob cit, pág. 346.

digital y que puede afectar a la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad penal, lo que incluye *gigabytes* de fotografías, videos, emails, logs de chats y datos de sistema⁴⁹⁰. Primero, por tanto, habrá que poder acceder al material o al dato relevante (esto es, al dispositivo o instrumento en el que físicamente se encuentra este material o a la red de comunicación donde se transmite). Y ello para que pueda acceder al proceso penal. En segundo lugar será necesario la utilización de un dispositivo electrónico (teléfono móvil, equipo informático, instrumentos de almacenamiento de datos como DVD o USB, entre otros supuestos) que posibilite la lectura del lenguaje en el que se contiene la información. En tercer lugar habrá que cerciorarse que los datos no hayan sido modificados o manipulados, siendo necesario garantizar la cadena de custodia.⁴⁹¹

La regulación contenida en la LECr. tras la reforma operada por la LO 13/2015 de 5 de octubre para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, diferencia claramente entre la incautación del dispositivo electrónico del acceso a su contenido o registro y confiscación de los datos⁴⁹². Para esto último es necesario una autorización judicial, salvo que haya consentimiento del afectado en el acceso a los dispositivos, el cual no necesita ser expreso, pudiendo ser verbal y tácito⁴⁹³.

Podemos afirmar que la fuente de la prueba electrónica radica en la información contenida o transmitida por medios electrónicos, el medio de prueba será la forma a través de la cual esa información entra en el proceso, normalmente como prueba documental o como prueba pericial, pero también a través de la prueba testifical de la persona que ha tenido contacto con el dispositivo electrónico⁴⁹⁴. Así, la fuente de prueba electrónica recoge información intangible y precisa en un aparato de reproducción para su práctica en el juicio, pero esta información no puede ser leída como si de un documento escrito se tratara y por ello se prevé en la LEC que la parte pueda aportar una transcripción escrita de su contenido

⁴⁹⁰ DELGADO MARTÍN, J.: "Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos virtuales tras la reforma por LO 13/2015"..., ob. cit., pág. 3.

⁴⁹¹ DELGADO MARTÍN, J.: *ídem*, pág. 3.

⁴⁹² Arts. 588 bis a) a 588 octies LECr.

⁴⁹³ La STS 786/2015, de 4-12-2015; Recurso 10447/2015; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 5362/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 5362, se refiere a un supuesto de consentimiento de la detenida que entregó los equipos informáticos y facilitó las claves de acceso.

⁴⁹⁴ DELGADO MARTÍN, J.: *ídem*, pág. 1.

(art. 382.1 LEC) o que el contenido sea examinado por el tribunal por los medios que la parte aporte o que el tribunal disponga. Los medios de prueba serán los recogidos en el artículo 299.1 LEC y son aparentemente limitados, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 299.3 LEC: el interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos.⁴⁹⁵

En la actualidad no existe una regulación específica en la LECr. que regule el acceso al proceso y el análisis de la información contenida en los dispositivos electrónicos. En la modificación de la LECr. operada por LO 13/2015, de 5 de octubre para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica se echa en falta el establecimiento de una regulación específica en materia de acceso al proceso penal del resultado de la práctica de todas estas pruebas tecnológicas obtenidas durante la fase de investigación⁴⁹⁶. De ahí que sean la doctrina y la jurisprudencia las que se esfuercen en establecer las reglas mínimas para que ello sea posible, evitando al máximo la situación generada de auténtica inseguridad jurídica.

La primera cuestión que se plantea, es la determinar si existen derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos, no solo en relación a la investigación de los delitos sino ya para que dicha información tenga acceso al acto de la vista oral. Son varios los derechos fundamentales que pueden verse afectados y fundamentalmente los siguientes: el derecho a la intimidad personal del artículo 18. 1 CE y el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Un estudio exhaustivo de la distinción entre fuente y medio de prueba en este ámbito lo hallamos en ABEL LLUCH, X.: "Nuevas tecnologías y acceso al proceso", en *La Prueba judicial...*, ob. cit., págs. 349 a 355.

⁴⁹⁶ La Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica ha introducido una nueva regulación de la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la investigación judicial. Entre las cuestiones que se regulan, se encuentran el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución.

⁴⁹⁷ Para una consulta más extensa ver DELGADO MARTÍN, J.: "Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de los delitos", en *La Ley*, núm. 8202, 29 noviembre 2013. Del mismo autor, "Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos virtuales tras la reforma por LO 13/2015", en *La Ley*, núm. 8693; 2 de febrero de 2016;

El TS ha manifestado que existe un derecho al propio entorno virtual y se ha referido a la intromisión en el espacio virtual del titular del dispositivo. En él se integraría “(...) toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos (...) Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional, frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas del de investigación y castigo de los delitos, ese entorno virtual”⁴⁹⁸.

5.1 La aportación y práctica de la prueba electrónica al proceso penal

Vamos a centrarnos en este apartado en la aportación y práctica de la prueba electrónica por las partes en el proceso penal. Tanto durante la fase de instrucción como en la fase de juicio oral -como cuestión previa- las partes podrán aportar una prueba electrónica al proceso, bien solicitando la unión a los autos del propio dispositivo electrónico en el que se encuentre la misma, pudiendo también acompañar una copia en papel con la transcripción que considere relevante y necesaria a los efectos de prueba en relación a los hechos enjuiciados. También, cualquiera de las partes puede solicitar al órgano judicial que reclame la remisión de una prueba o documento electrónico, designando el lugar o archivo en el que se encuentre, pudiéndose practicar, de oficio o a instancia de parte, algún dictamen pericial sobre la misma, por ejemplo cuando sea impugnada por la parte a quien perjudica.⁴⁹⁹

La forma de proponer la prueba podrá ser como prueba documental o como prueba pericial e incluso como prueba testifical como veremos. En el presente epígrafe analizaremos tanto su acceso al proceso penal como su valor y eficacia probatoria.

⁴⁹⁸ STS 342/2013, de 17-4-2013; Recurso 1461/2012; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj. STS 2222/13; ECLI: ES: TS: 2013: 2222; FJ. 8º. Para un tratamiento más extenso del tema ver DELGADO MARTÍN, J.: “Investigación del entorno virtual: ...”, ob. cit.

⁴⁹⁹ DELGADO MARTÍN, J.: “La Prueba electrónica en el Proceso Penal”..., ob. cit.; pág. 9.

5.1.1 Como prueba documental

Un documento constituye un soporte apto para incorporar al proceso las nuevas fuentes electrónicas. Su acceso puede ser como documento privado, como documento público y multimedia.

Como documento privado, las partes pueden imprimir una página *web* o un correo electrónico e incorporarlo al proceso. En el proceso penal la parte interesada podrá introducir la prueba electrónica en el juicio oral proponiéndola como prueba documental que, una vez admitida, será objeto de examen por el tribunal al amparo del art. 726 LECr., insertándose en el debate procesal con sometimiento a la contradicción de las partes, quienes podrán impugnar su contenido, su forma de acceso al proceso y sus condiciones de autenticidad e integridad⁵⁰⁰.

Cuando las partes aporten un documento público, estarán aportando un documento en el que ha intervenido la fe pública de un notario. Estas, previa impresión privada de la página *web* o del correo electrónico, solicitan al notario su protocolización. El notario hará constar en un acta los datos de identidad del compareciente, el hecho de la entrega de un documento previamente impreso, así como la fecha en que se realiza dicha entrega, sin que la fe pública notarial pueda alcanzar la existencia de la página *web* o del correo electrónico en la red⁵⁰¹.

Distinta al acta de protocolización es el acta de presencia. Esta última tendrá lugar cuando se solicita al notario que sea él quien navegue a través de la red y extienda un acta de las operaciones efectuadas, esto es, el acceso a las páginas *web*, la verificación de los *e-mails* recibidos o emitidos y en la que se recojan las impresiones del notario⁵⁰².

El documento público notarial tendrá la eficacia de prueba tasada como prevé el artículo 319 LEC. La parte a quien perjudique el documento podrá impugnar el mismo alegando la falsedad del contenido del documento público electrónico, por ejemplo por considerar que se ha alterado el contenido del documento o porque la firma electrónica en el contenido no fue realizada por el titular. En estos

⁵⁰⁰ DELGADO MARTÍN, J.: *ídem*, pág. 9.

⁵⁰¹ ABEL LLUCH, X.: "Nuevas tecnologías y acceso al proceso", en *La Prueba judicial...*, ob. cit., págs. 357.

⁵⁰² ABEL LLUCH, X.: *ídem*, págs. 357 y 358.

casos, para hacer valer esta prueba será necesario que se acompañe un dictamen pericial en el que se detalle el ordenador de donde fue extraído el correo electrónico, la fecha de su extracción y cualquier otro aspecto relativo a la conservación de la cadena de custodia.

Nada obsta tampoco respecto a los documentos públicos que puedan aportarse al proceso penal en esta forma. Y ello porque la LEC es de aplicación supletoria al proceso penal.

El acceso de la prueba documental al proceso penal puede efectuarse como documento multimedia, es decir, mediante un disquete, un CD, DVD, *pen drive* o teléfono móvil. Se trata de soportes aptos para recoger el contenido de una página *web* o un *e-mail* y, sobre todo cuando contengan animación y/o sonidos. Se trata del registro privado de una página *web* o de un *e-mail* y en relación a los mismos se sigue su mismo régimen. Y en este sentido podemos citar una sentencia muy interesante de la AP Madrid, de 24-11-2015⁵⁰³ sobre el valor de la prueba electrónica como prueba documental en un supuesto de violencia contra la mujer. Señala la sentencia que "(...) es cierto que los mensajes de *Whatsapp* almacenados como "recibidos" en un dispositivo electrónico (teléfono móvil o *Smartphone*) pueden ser objeto de manipulación (...). Sin embargo, esta posibilidad de manipulación no determina en modo alguno una exclusión de la prueba documental consistente en los mensajes aportados por la propia persona que los ha recibido en su dispositivo electrónico, ya sea en soporte papel (transcripción de los mensajes) o bien en soporte electrónico (aportación al proceso del propio dispositivo al que se puede acompañar una transcripción en papel). Téngase en cuenta que la exclusión de dicha prueba (documental) solamente podría tener lugar por la concurrencia de una causa de nulidad, que existiría en el caso de que la obtención de dicha prueba documental se hubiera producido con la infracción de un derecho fundamental, especialmente el derecho a la intimidad, lo que en este caso no ocurre dado que han sido aportados al proceso por la propia persona titular del dispositivo electrónico que ha recibido los mensajes.

La posibilidad de manipulación sí que tendrá consecuencias en el ámbito de los efectos de la prueba documental aportada por la denunciante. De esta forma, si el juez entiende que en el caso concreto ha existido una posibilidad sería de

⁵⁰³ SAP Madrid 702/2015, de 24-11-2015; Recurso 1899/2015; Ponente: Sr. Joaquín Delgado Martín; Roj: 16072/2015; ECLI: ES: APM: 2015: 16072; FJ. 1º.

alteración de la autenticidad (el acusado es autor de los mensajes) o de la integridad (el contenido de los mensajes no ha sido alterado) denegará eficacia probatoria al citado medio probatorio.

Para apreciar los efectos del riesgo de manipulación en el caso concreto el Juez atenderá a los siguientes elementos: en primer lugar, a la valoración del conjunto de las pruebas practicadas en relación a los mensajes de *whatsapp*; y, en segundo lugar, a la postura procesal de las partes, tanto de quien ha aportado los mensajes como de la defensa del acusado.”

Por tanto, y de acuerdo con esta sentencia, habrá que estar al caso concreto a la hora de valorar la prueba documental aportada por las partes en el proceso penal y una valoración conjunta de las pruebas practicadas y de la postura procesal de las partes determinará la eficacia de la prueba electrónica como prueba documental en el proceso penal.

5.1.2 Como prueba de reconocimiento judicial

Con relación al proceso penal, nos podemos encontrar con un CD que contenga, por ejemplo, la grabación de una cámara de seguridad situada en las inmediaciones de donde se produce hecho delictivo constitutivo de maltrato o con la grabación del sonido de una conversación en un móvil entre la víctima y el maltratador. En estos casos, cabe que se introduzca en el proceso la prueba a través del propio reconocimiento judicial (cibernavegación), aunque muchos jueces son reacios a ello.

Según el artículo 353 de la LEC, “el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún objeto, lugar o persona”. Señala Abel LLuch⁵⁰⁴ que la evidencia digital es susceptible de reconocimiento estimando que el objeto del reconocimiento puede ser un lugar, entendido éste como un lugar virtual, o puede ser un objeto, entendido por el ordenador a través del cual se accede a la red, siendo lo esencial que el juez perciba directamente el entorno informático, sea tecleando personalmente el ordenador, sea visioando la pantalla del ordenador o del móvil y el entorno digital a partir de las

⁵⁰⁴ ABEL LLUCH, X.: “Nuevas tecnologías y acceso al proceso”, en *La Prueba judicial...*, ob. cit., págs. 363 a 366.

instrucciones de un técnico o práctico. El reconocimiento judicial puede practicarse, de oficio o a instancia de parte, con la prueba pericial (art. 356 LEC) y también, sólo a instancia de parte, con el interrogatorio de las partes y/o testigos (art. 357 LEC).

En cuanto a su aplicación al proceso penal, en la práctica si se lleva a cabo juntamente con el interrogatorio de los testigos primero se procede a navegar por la red o al visionado del CD y acto seguido se procede a la interrogación del testigo. Mientras que cuando se practica junto con la pericial suele ser simultánea en relación a ambos medios de prueba de manera que mientras se efectúa la navegación por el ordenador se procede por parte de los peritos informáticos a la aportación de las máximas de experiencia técnicas.

5.1.3 Como prueba testifical

Durante el interrogatorio de los testigos, el contenido de una página *web*, o de un *e-mail*, o la emisión y/o recepción de un correo electrónico o de un mensaje de voz o escrito por teléfono son hechos que pueden ser reconocidos tanto por el acusado como por el testigo y se les puede exhibir. Normalmente, los mensajes escritos a través del móvil y también los mensajes de voz son escuchados por el agente policial cuando la víctima de malos tratos acude a comisaría y son transcritos por éste al atestado policial. Posteriormente se realiza el cotejo de la citada transcripción con el teléfono móvil por parte del Letrado de la Administración de Justicia.

5.1.4 Como prueba pericial

En cuanto a la prueba pericial informática, puede acceder al proceso penal de forma instrumental a modo auxiliar de la prueba principal o como prueba pericial autónoma, no supeditada a otros medios, cuando se precisan conocimientos informáticos específicos. No es éste el caso habitual que nos encontraremos en relación al delito de maltrato. La intervención del perito informático en los casos de maltrato será especialmente útil en aquellos casos en los que se haya impugnado la falta de autenticidad o integridad del soporte informático.

Una de las cuestiones que se plantean cuando se realiza una pericial informática de parte, es la necesidad de garantizar que la copia o volcado de los datos y de la información del dispositivo se realizará con las debidas garantías sin que se altere la integridad ni la autenticidad de la información original. El volcado consiste en la realización de una copia espejo o *bit a bit* de la información original en el mismo lugar en el que se encuentra el dispositivo (normalmente bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia o por quedar en posesión de la Policía Judicial u organismo especializado a disposición del Juez de Instrucción).⁵⁰⁵ Se ha venido exigiendo la presencia del Letrado de la Administración de Justicia durante la celebración del volcado y el TS ha señalado que resulta conveniente su presencia para garantizar la preservación de la información, pero que ésta no es requisito de validez de la prueba de tal manera que su ausencia no determina su nulidad sino que habrá de llevarse al juicio oral mediante la declaración de los agentes que realizaron el volcado, lo que será valorado por el tribunal⁵⁰⁶. Los agentes que realicen el volcado usarán elementos técnicos para garantizar la autenticidad e integridad de los datos, que habrán de documentarse para su incorporación al proceso, por lo que es relevante la homologación de equipos y programas. Señala Delgado Martín que existen medios tecnológicos que permiten que el Letrado de la Administración de Justicia garantice la autenticidad e integridad de la fuente de prueba, siendo de gran utilidad el *hash*, esto es, un algoritmo que permite afirmar que los datos que se encontraban en el dispositivo en el momento de su ocupación no han sido objeto de manipulación posterior⁵⁰⁷.

Con respecto a la prueba de los medios audiovisuales y en los casos en los que se cuestionara la autenticidad de una voz, por ejemplo, la de un mensaje de voz en el móvil, puede procederse al cotejo de la voz a través de una pericial fonográfica. La SAP de Barcelona 158/2015, de 20-4-2015⁵⁰⁸ señala que en

⁵⁰⁵ DELGADO MARTÍN, J.: "La Prueba electrónica en el Proceso Penal"..., ob. cit., pág. 10.

⁵⁰⁶ STS 480/2009, de 22-5-2009; Recurso 10084/2008; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 3057/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 3057.

⁵⁰⁷ DELGADO MARTÍN, J.: "La Prueba electrónica en el Proceso Penal"..., ob. cit., pág. 10, Ver también VELASCO NÚÑEZ, E.: "Correo electrónico, SMS y virus troyanos" en *Cuadernos Digitales de Formación*, 22, CGPJ, 2009, nota 31.

⁵⁰⁸ SAP B 158/2015, de 20-4-2015; Recurso 65/2015; Ponente: Sr. Joan Francesc Uría Martínez; Roj: SAPB 3309/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 3309; FJ. 2º. La capacidad de causar un mal constitutivo de delito de violencia de género a través de la utilización de medios técnicos se pone de manifiesto en la SAP B 435/2015, de 10-6-2015, Rec. 52/2015; Ponente: Sra. Mª Jesús Man-

relación al delito por el que la sentencia de instancia condena al acusado, no era imprescindible la acreditación pericial sobre que la voz del emisor de los mensajes orales era la del acusado. Añade que precisamente porque no había acreditación pericial de la voz, ni determinación del titular de la línea telefónica de origen no se puede prescindir de la declaración testifical de la víctima, pues es su testimonio el que constituye prueba de cargo. Y su testimonio encuentra corroboración objetiva en la reproducción del CD con los mensajes de voz y con los mensajes de texto sobre la hija común, siendo su declaración la que permite atribuir los mensajes al acusado, más allá de toda duda razonable, al haber reconocido la víctima la voz del acusado.

5.2 Tratamiento jurisprudencial de la prueba electrónica

En el ámbito del maltrato, nos encontramos con que el uso de los medios técnicos puede ser instrumental a un delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. Pero también puede ser el medio usado para la comisión de un delito, normalmente de amenazas, coacciones o contra la integridad moral.

Podemos citar algunas resoluciones judiciales en materia de violencia de género donde los medios electrónicos han accedido al proceso penal y al acto de la vista oral, y la valoración de su contenido ha tenido reflejo en la sentencia penal. A modo de ejemplo, señalamos las siguientes:

a) Sentencia condenatoria de la AP Barcelona 380/2015, de 27-5-2015.⁵⁰⁹

Confirma la sentencia condenatoria del Juzgado Penal 23 de Barcelona por un delito de malos tratos ocasionales del artículo 153.1 CP.

zano Meseguer; Roj: SAPB 6492/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 6492. En ella se confirma la condena al maltratador por un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar y por una falta continuada de injurias hacia su pareja sentimental, que rompe su relación con él entre los días 19 y 21 de julio de 2011. A partir de esa fecha la llama reiteradamente hasta en 44 ocasiones y le manda mensajes vejatorios al móvil. Esta situación ocasionó a la víctima un estado de ansiedad que precisó de una primera asistencia facultativa para su sanidad, con medidas terapéuticas consistentes en ansiolíticos y antidepresivos por los que reclama la correspondiente indemnización.

⁵⁰⁹ SAP B 380/2015, de 27-5-2015; Rec. 167/2015; Ponente: Sra. María Celia Conde Palomas; Roj: SAPB 6448/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 6448; FJ. 1º.

La Sala manifiesta que “(...) el juez (de instancia) contó con prueba suficiente que viene constituida por la declaración de la víctima, avalada por un parte médico inmediato a los hechos que constata que la misma presentaba traumatismos superficiales múltiples, por el testimonio del mosso d’esquadra (...) que acudió inmediatamente al lugar de los hechos y declaró que la víctima estaba llorando y con la cara roja..., que le enseñó el iPad roto y que él presenció mientras acompañó a la denunciante al médico como el apelante le envió varios *Whatsapps*. Estos mensajes, si bien no se recogen en el atestado si constan en una diligencia de volcado (...) practicada en instrucción, no han sido impugnados. Y tales mensajes son significativos ya que corroboran periféricamente lo que la denunciante afirma (...) y muestran asimismo la actitud del mismo (acusado)” (FJ. 1º).

b) Sentencia condenatoria de la AP Barcelona 1018/2012 de 11-12-2012.⁵¹⁰

La sentencia realiza una valoración de la prueba practicada en el acto de la vista en la que la denunciante era la única testigo manifestando que no se aprecia en sus testimonio contradicciones esenciales y sí en la declaración del acusado ambigüedades y pone de manifiesto “(...) la constatación de la realidad de los SMS remitidos desde el teléfono del acusado al de Leonor, mensajes que fueron transcritos en el atestado policial y cotejados con el teléfono móvil en la diligencia extendida por el Secretario del Juzgado Instructor.” Y añade que el acusado “intentó explicar cómo podían haberse enviado estos mensajes desde su teléfono sin su conocimiento, diciendo que la propia denunciante había tenido acceso a él porque a veces había dormido en su casa o, incluso un tercero podrán haberlo utilizado cuando salían de fiesta (...) de modo que cualquiera de ellos podría haber enviado los mensajes.” La Sala concluye que “el propio tenor literal de los mensajes y las fechas de su remisión, a lo largo de casi un mes, hacen impensable que, como se pretende hacer creer, la autora fuera Leonor con la finalidad de presentar en un futuro una denuncia de amenazas contra el acusado” (FJ. 2º).

⁵¹⁰ SAP B 1018/2012 de 11-12-2012; Rec. 473/2010; Ponente: Sra. Elena Iturmendi Ortega; Roj: SAPB 1537/2012; ECLI: ES: APB: 2015: 1537; FJ. 2º.

c) Sentencia absolutoria de la AP de Barcelona 1000/2008, de 17-9-2008.⁵¹¹

Ante las alegaciones de la defensa de que la sentencia de instancia no analiza la posibilidad de que el teléfono o los mensajes hayan sido manipulados por quien los ha recibido, siendo ello técnicamente posible, la AP manifiesta que “(...) el acusado (...) (admitió) admitiendo igualmente que su número de teléfono móvil era (...), pero negando haber mandado desde el mismo ningún mensaje insultante o amenazador (...) en la Sentencia (de instancia) se hace también referencia al atestado policial en el que constan reproducidos los mensajes y su comprobación por parte del órgano judicial”. La AP señala que “Aunque se admitiera la recepción de los mensajes (...) y que éstos fueron enviados desde el teléfono móvil del recurrente, su contenido y procedencia no permiten declarar probado que fue él quien los redactó y envió. La debilidad de los indicios existentes impide considerarlos suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que permiten llegar a la conclusión de que fue un tercero quien los redactó y envió (...) Ni siquiera se sabe a qué hora se recibieron los mensajes, ni se indica en las actuaciones cuál es el número del que proceden, ni se afirma haber comprobado la fecha de envío y/o recepción de los mensajes en el correspondiente teléfono” (FJ.3º).

d) Sentencia absolutoria de la AP de Barcelona 1078/2014, de 28-10-2014.⁵¹²

Esta sentencia estima el recurso de apelación interpuesto y absuelve al acusado de un delito de amenazas en el ámbito familiar, que alega que no se acreditó que el teléfono móvil del que se dijo que se remitieron los mensajes perteneciera al acusado. La defensa de éste impugnó en el acto del juicio la diligencia de volcado efectuada por el Letrado de la Administración de Justicia. Respecto a ello, la Sala resolvió que el contenido de la mencionada diligencia no era suficiente para ratificar la declaración de la víctima; que el acusado negó tener teléfono móvil y no se acreditó en juicio tal titularidad ni que fuera usuario del mismo y, por tanto, no se acreditó el perfil de *whatsapp* desde el que se emitieron los

⁵¹¹ SAP B 1000/2008, de 17-9-2008; Rec. 92/2008; Ponente: Sr. Sergi Cardenal Montaveta; Roj: SAPB 9112/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 9112; FJ. 3º.

⁵¹² SAP B 1078/2014, de 28-10-2014; Recurso 289/2014; Ponente: Sra. María del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAPB 12675/2014; ECLI: ES: APB: 2014: 12675; FJ. 2º.

mensajes y las conversaciones. Por otra parte pone en duda la diligencia de volcado por cuanto “ (...) no se desprende fuera de toda duda que el Sr. Secretario Judicial hubiera abierto personalmente la aplicación de *whatsapp* del teléfono de V., ni que hubiera visto los mensajes, ni que hubiera abierto el perfil a los efectos de determinar el teléfono desde el que se entabló el chat, no constando tampoco si el perfil disponía de foto del rostro (dato que hubiera sido extremadamente revelador); sólo consta que V. remitió los mensajes por e-mail, de lo que se infiere que aquella activó la opción de remitir todos los mensajes por correo electrónico a una dirección (presumiblemente del Sr. Secretario), copiándose el amplio contenido en un Cd que obra en la causa, recogándose en el Anexo la transcripción de los seleccionados por la propia V” (FJ. 2º).

6. La carga de la prueba del abuso de poder y dominio sobre la mujer en el maltrato

En el apartado segundo del capítulo primero ya vimos cuáles son las posturas doctrinales y jurisprudenciales respecto de si la intención de dominación de la mujer por parte del agresor es o no un elemento del tipo del artículo 153.1 CP. Estas posturas han ocasionado, ya desde la publicación de la LO 1/2004, resoluciones judiciales diversas lo que ha originado una evidente inseguridad jurídica dado que, según el criterio que acogiese el tribunal enjuiciador, nos podríamos encontrar con una sentencia absolutoria o condenatoria.

Al respecto, señalábamos que para un sector jurisprudencial no es requisito del tipo sino que basta con que las acusaciones prueben la causación de una lesión física o psíquica o un menoscabo psíquico en los términos de este precepto o un maltrato de obra sin lesión y de un dolo genérico. De tal manera que la simple comisión del hecho integrante del tipo ya constituye delito con independencia de la acreditación de esa dominación que consta en la LO 1/2004. Esta postura jurisprudencial considera que la referencia que hace la LO 1/2004 a la intención sólo es una mera referencia a un elemento que no se valora como prueba en juicio, sino que es una mera reflexión sobre el trasfondo que hay en los hechos de violencia de género.⁵¹³

⁵¹³ MAGRO SERVET, V.: “La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la Violencia de Género”, en *La Ley Penal*, núm. 104, sept-octubre 2013, págs. 126 a 130. En este

La postura contraria la defienden aquellas resoluciones judiciales que consideran que es necesario que quien acusa por un delito de malos tratos pruebe la existencia de voluntad en el acusado de subyugar o dominar a la víctima. Por tanto, en los juicios por maltrato tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular son los que deberán acreditar que los hechos se producen en un contexto de abuso de poder y de dominio del hombre sobre la mujer. De no ser así los hechos revestirán el carácter de delito leve. Citaremos, a modo de ejemplo, la postura seguida por la AP Barcelona, hasta hace poco. La AP Barcelona⁵¹⁴ había mantenido reiteradamente la exigencia de la concurrencia de un elemento finalístico por cuanto al conceptuarse la violencia de género como una manifestación de la discriminación del hombre sobre la mujer, para la configuración de los concretos tipos se precisa aquel elemento de carácter subjetivo, que no puede presumirse por la sola comisión de la acción descrita por la norma, sino que es indispensable la acreditación de la situación de dominación. En definitiva, debía probarse que la acción suponía el ejercicio por parte del hombre de un acto de dominación sobre la mujer, discriminatorio para ella. Tal elemento finalístico también había venido siendo exigido por el TS en la STS 654/2009, 8-6-2009⁵¹⁵.

Existen, por otra parte, resoluciones judiciales que acogen una postura intermedia entre las anteriores al señalar que no es preciso que las acusaciones prueben que en la acción del sujeto activo existió este ánimo específico, ya que éste se presume, pero con una presunción que admite prueba en contrario. Es decir, el acusado será el que pueda probar que tal ánimo no existió bien porque el conflicto se produjo entre exparejas de hace tiempo o bien por otros motivos

contexto, la Circular de la FGE 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 considera que "(...) en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión". En este sentido, la STS 1177/2009, de 24-11-2009; Recurso 629/2009; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 7482/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 7482; FJ. 3º, señala que "(...) habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con inmediatez y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y caracterológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes."

⁵¹⁴ La postura que mantenía antes la AP de Barcelona es analizada en SAP de Barcelona 213/2015, de 25-3-2015, Recurso 24/15; Ponente: Sra. María del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAPB 3183/2015; FJ. 3º.

⁵¹⁵ STS 654/2009, de 8-6-2009; Recurso 11003/2008; Ponente. Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 4793/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 4793; FJ. 2º.

ajenos a un elemento de dominación. El acusado podrá probar que hubo una intención distinta o bien que los hechos y las circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género, o de la desigualdad, lo que permitirá derivar el hecho a delito leve⁵¹⁶.

Cabe dejar constancia de que esta es una interpretación que ha sido avalada por la STC 41/2010, de 22-7-2010⁵¹⁷.

Podemos concluir que en el momento actual la jurisprudencia del TC y del TS se ha acogido a ésta última tendencia, es decir, “exigir un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en el contexto de una reprochable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario (...) en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción de que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobar (...). La presencia de una mayor antijuricidad, así definida, no es una presunción iuris et de iure. No siempre que concurren todos los elementos objetivos típicos del artículo 153.1 se podrá apreciar ese mayor desvalor (...) el precepto sólo podrá venir en aplicación cuando se aprecie ese mayor desvalor, lo que será habitual, pero no automático (...) Ese componente

⁵¹⁶ MAGRO SERVET, V.: *ídem*. En el mismo sentido la reciente SAP Barcelona 64/2015, de 23-1-2015; Recurso 3/2014; Ponente: Sr. Manuel Álvarez Rivero; Roj: SAP B 5095/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 5095; FJ. 3º, señala que “ (...) Si bien es cierto que la LO 1/04 de 28 de diciembre en su artículo 1 se refiere a “ (...) manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre ellas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”, también lo es que dicha manifestación no tiene reflejo directo en los tipos penales ni en sus correspondientes elementos siendo consecuencia de ello que la exclusión de la tipicidad de las conductas debe tener expreso reflejo en el relato de hechos probados consecuencia de la actividad probatoria llevada a cabo en juicio pudiendo llegarse a dicha conclusión exculpatoria en base a las circunstancias concurrentes en el caso concreto relativas a los sujetos, a la acción, la propia dinámica comisiva y desde luego el resultado producido (...) concurren circunstancias que permiten aseverar la inexistencia de discriminación, desigualdad y dominación y que son las siguientes: 1º Se produjo un enfrentamiento mutuamente aceptado no pudiendo determinarse quién de los dos llevó a cabo el acometimiento inicial (...) 2º No existe una disparidad notoria en el resultado lesivo presentado por ambos acusados y 3º la configuración morfológica de ambos permite afirmar que pese al acometimiento mutuo no existió una prevalencia física del acusado sobre la Sra. toda vez que no cabe ninguna duda que el resultado lesivo hubiera sido netamente diferente (...)”.

⁵¹⁷ STC 41/2010, de 22-7-2010; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas nº 2755/2007 y 7291/2008; Ponente. Sr. Javier Delgado Barrio; FJ. 10º; BOE núm. 192, Suplemento, 9-8-2010.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

machista hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades.”⁵¹⁸ Esta es también la postura que mantenemos en este trabajo al entender que es la que mejor se adapta a las previsiones del ordenamiento jurídico en materia de violencia de género y, concretamente, al espíritu de la Ley 1/2004.

A pesar de todo lo expuesto, todavía hoy podemos encontrarnos con posturas jurisprudenciales diversas, por lo que el problema generado se mantiene vigente, con las consecuencias que ello comporta y a las que ya hemos hecho referencia al inicio del apartado.

⁵¹⁸ ATS de 3-7-2013; Recurso 20663/2012; Ponente. Sr. Antonio del Moral García; Roj: ATS 7790/2013; ECLI: ES: TS: 2013: 7790 A; FJ. 4º y 5º. Este Auto que descarta la necesidad de la concurrencia de un elemento subjetivo para la culminación del delito, aunque basándose en la Ley 1/2004 refiere que para la culminación del tipo se precisa la existencia de una situación objetiva de dominación del hombre sobre la mujer. En el mencionado Auto se señala que “(...) Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia “objetivable”, dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo”. En él se basa en la actualidad la AP Barcelona en relación a esta cuestión tal y como se pone de manifiesto en la SAP B 213/2015, de 25-3-2015, Recurso 24/15; Ponente: Sra. María del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAPB 3183/2015; FJ. 3º.

CAPÍTULO TERCERO. LA MEDIACIÓN PENAL Y EL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP

Son diversos los ámbitos jurídicos en los que puede materializarse un conflicto familiar (civil, penal, laboral...). De todos ellos, como hemos visto en los capítulos anteriores, nos hemos centrado en el estudio del delito de maltrato ocasional circunscrito en el ámbito penal.

Acudir a los Tribunales de justicia para la resolución de los conflictos familiares es la vía que se sigue habitualmente, pero no es la única. La mediación implica seguir un camino distinto que propugna contribuir a la solución del conflicto familiar y a la prevención de los conflictos futuros, fomentando la intervención de los propios sujetos a quienes afecta. En la mediación, es la propia interacción de las partes la que hace surgir la mejor alternativa posible para todas ellas. Por tanto, en la mediación, y a diferencia de lo que ocurre cuando se acude a la vía judicial, la resolución del conflicto creado no se atribuye a un tercero ni se impone por éste a las partes implicadas.

Hacer uso de la mediación con carácter previo a los tribunales de justicia en los casos de conflictos en el ámbito de la familia no es obligatorio en el ordenamiento jurídico español. No obstante, sí que ha acogido la figura de la mediación familiar dentro del Derecho de familia. Así, podemos afirmar que los primeros avances en materia de mediación familiar se han producido en ámbitos distintos al penal y concretamente en el ámbito civil, donde ha obtenido importantes resultados en orden a resolver las disputas familiares en los casos de ruptura de la pareja, con la finalidad de proteger el mayor interés y bienestar de los hijos; minimizar las consecuencias perjudiciales de la ruptura; apoyar la continuación de las relaciones entre los miembros de las familias; así como para reducir los costes económicos y sociales de la separación y el divorcio para los implicados y el Estado⁵¹⁹.

⁵¹⁹ LUQUIN BERGARECHE, R.: "Acerca de la necesidad de una Ley Estatal de Mediación Familiar en España." Publicación: Sentencias de TSLJ y AP y otros Tribunales núm. 3/2006. Aranzadi, Pamplona 2006, pág. 3 y 4. VILLAGRASSA ALCAIDE, C Y VALL RIUS, A.M.: "La Mediación Familiar: Una nueva vía para gestionar los conflictos familiares" *La Ley*, núm. 5049, 9 de mayo de 2000. La primera referencia legislativa a la Mediación Familiar en España se encuentra en el Código de Familia de Catalunya aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio. Posteriormente, Catalunya fue la primera Comunidad Autónoma que aprobó una ley general sobre mediación familiar, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Catalunya

Paralelamente a ello, se ha producido una expansión de la mediación a otros campos de Derecho Privado⁵²⁰ y también al Derecho Público y concretamente al Derecho Penal de menores⁵²¹, para posteriormente introducirse tímidamente en el Derecho Penal de adultos con la reforma del CP, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En este capítulo planteamos un debate sobre si la mediación puede ser un recurso eficaz para afrontar ciertos supuestos de violencia de género y, concretamente, determinados casos de maltrato ocasional. Y ello es así, porque, por

(BOE, núm. 91, 16-4-2001). A nivel estatal, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC. en materia de separación y divorcio, incluye la mención expresa a la mediación como método de resolución de conflictos familiares y el art. 770.7 LEC. señala que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo dispuesto en el art. 19.4 de esta ley, para someterse a mediación.” Por tanto, la mediación en el ámbito de la familia y los conflictos familiares de carácter civil ha sido considerada adecuada como forma de resolución de las controversias creadas en esta materia.

⁵²⁰ La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Catalunya, ha sido derogada y sustituida por la Ley 5/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado (BOE, núm. 198, 17-8-2009), la cual pasa a regular la mediación no sólo en el ámbito familiar sino en general para todo el Derecho Privado. Las líneas generales de la Ley 15/2009, 22 de julio, catalana de Mediación son estudiadas en profundidad por CUCARELLA GALIANA, L. A.: “Violencia de Género y desviación judicial a Mediación en la Ley 15/2009, 22 de julio, catalana de Mediación”, en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004*. CASTILLEJO MANZANARES, R; SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.) Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2014; págs. 477 a 494. En el ámbito estatal, la disposición Final 3ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC. y la LEC. en materia de separación y divorcio ya anunció una futura ley de mediación al señalar que “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basado en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”. Estos son, pues, los principios básicos del instituto de la mediación que quedan reflejados en la ley general de mediación y que viene constituida, en el ámbito estatal, por la Ley 5/2012, 6 de julio, de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles.

⁵²¹ La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores está inspirada en la intervención de naturaleza educativa y en la valoración del interés superior del menor infractor por encima del interés puramente sancionador. Esta Ley incorpora los principios de la Justicia reparadora como una de las mejores fórmulas para alcanzar la reeducación del menor y busca potenciar el acuerdo con la víctima y el compromiso de reparar el daño causado directa o indirectamente a través de tres fórmulas: la conciliación entendida como satisfacción psicológica a cargo del menor infractor (arrepentimiento por el daño causado y petición de disculpas), la reparación directa con la víctima del daño que le ha ocasionado y la reparación indirecta con la comunidad, bien a través de trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la víctima o la comunidad. Ver Exposición de Motivos LO 5/2000, 12 enero, párrafo 7 y 13; y GIMENEZ-SALINAS COLOMER, E.: “Características Principales de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 60, 4º Trimestre, 2000, 3ªép; CGPJ, págs. 142-144; así como, VAZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores. Especial consideración a la reparación entre el menor infractor y la víctima”, en *Anuario de Justicia de Menores*, Nº II, 2002; Astigi; pág. 167; TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La articulación de la Justicia Restaurativa con el Sistema de Justicia Penal”, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*; Comares, 2012, págs.75 y ss.; TORRES ROSELL, N.: “Una lectura en clave reparadora de las sanciones penales: las sanciones de cumplimiento en la comunidad”, en *La Justicia Restaurativa...*, ob. cit., págs. 154 y ss.

una parte, en los capítulos anteriores, tras el análisis del tipo penal del artículo 153.1 CP, no hemos observado obstáculo alguno derivado de la naturaleza del tipo penal, de las causas del delito y de sus efectos; y, por otra parte, en el capítulo segundo, hemos visto que pueden ser numerosas las sentencias absolutorias que pueden acabar dictándose, por falta de pruebas. Las sentencias absolutorias y también las condenas penales, en la mayoría de los casos, no atienden a la necesidad real y personal de las mujeres de dar solución al conflicto familiar preexistente y mucho menos cuando las víctimas se acogen a su derecho a no declarar o bien faltan testigos directos de los hechos, amén de otras circunstancias relativas a la prueba que ya hemos analizado en el capítulo anterior.

Para afrontar este capítulo haremos un análisis de la mediación penal en España, para después centrarnos en el estudio de la aplicación de esta institución en el ámbito de la violencia de género, todo ello desde un punto de vista teórico. Con posterioridad, nos centraremos en los aspectos prácticos de la mediación penal tanto en general, como aplicada a las relaciones familiares, y, concretamente, a la violencia de género y al maltrato ocasional. Y finalizaremos el capítulo abordando el tema de las perspectivas que existen actualmente para la implantación de la mediación penal en violencia de género en España.

1. La mediación penal en España

No podemos entender cómo se configura la mediación penal en el ordenamiento jurídico español sin situar, con anterioridad, la mediación penal en el ámbito de la justicia restaurativa. A ello dedicaremos un apartado específico de nuestro trabajo para después ver cómo ha influido, en la normativa española, la regulación internacional sobre la mediación penal, tanto de la Unión Europea como del Derecho Comparado.

Así mismo, será necesario estudiar los principales obstáculos normativos y jurídicos a la mediación penal en España para después abordar la normativa jurídica que, a pesar de los mismos, ampara a la mediación penal en el ordenamiento jurídico español.

1.1 Mediación y justicia restaurativa

La mediación es un mecanismo de resolución de conflictos dentro del género justicia restaurativa que participa del concepto, principios y marco teórico, en los que se inspira. La justicia restaurativa expresa un conjunto de prácticas llevadas a cabo inicialmente en los países anglosajones por expertos en el ámbito de la justicia penal y que responden a una serie de principios basados en la idea de la restauración del daño causado a la víctima del delito, que se configura en eje central del proceso. En el proceso restaurador intervienen activamente, al menos, la víctima y el ofensor, pero también pueden intervenir, además de éstos, otras personas afectadas por el delito e incluso representantes de la propia comunidad afectada por el mismo. El proceso restaurativo se desarrolla con la ayuda de un tercero encargado de facilitar el diálogo entre las partes, verdaderas protagonistas del proceso, y la finalidad del mismo es que éstas expresen y comuniquen sus sensaciones, emociones, necesidades generadas por el delito y cómo afrontar las consecuencias dañosas del mismo. Con ello se intenta conseguir una reparación entendida como una respuesta no punitiva al conflicto creado.⁵²²

La justicia restaurativa se ha calificado por un sector de la doctrina como un nuevo paradigma de justicia frente al de la justicia retributiva, que pretende superar el modelo vigente y configurarse como una alternativa al mismo. Entre las principales diferencias entre ambos modelos se señala: la implicación directa y voluntaria de los protagonistas del hecho delictivo en la fijación del porqué de la acción delictiva, sus efectos y sus consecuencias; la búsqueda del consenso para solucionar el conflicto interpersonal creado entre la víctima y el agresor y la posibilidad de arrepentimiento y de disculpa de éste, el cual debe asumir su responsabilidad, no como un castigo sino como una reparación del daño que ha ocasionado a otra persona.⁵²³ Pero a nuestro entender, la diferencia fundamental se halla en que, en el marco de la justicia restaurativa el delito se confi-

⁵²² TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Procesos restaurativos más allá de la Mediación: perspectivas de futuro", en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI*; Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013; pág. 317.

⁵²³ TAMARIT SUMALLA, J. M.: "La Justicia Restaurativa: Concepto, Principios, Investigación y Marco teórico, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones...*, ob. cit., pág. 7. El autor indica un esquema con los criterios diferenciadores entre el nuevo paradigma y el de la justicia restaurativa a la que considera como un "tercer modelo" frente al modelo retributivo y al rehabilitador.

gura, no como un daño a un bien jurídico o como una infracción de la ley penal, sino como una ruptura de las relaciones humanas, como un conflicto entre la víctima y el delincuente y como un daño que una persona ocasiona a otra.⁵²⁴

Frente a esta concepción, se alza una postura distinta, mayoritaria en la actualidad, que considera que la justicia restaurativa debe integrarse en la justicia penal como un proceso complementario a ésta, postura con la que mostramos nuestro acuerdo en tanto que entendemos que la finalidad esencial de la justicia restaurativa no debe ser la sustitución del proceso penal sino evitar que éste sea un obstáculo, más que un medio, para la resolución del conflicto, configurándose como una vía para evitar la victimización secundaria. Este constituye nuestro punto de partida en la defensa de la mediación en el ámbito de la violencia de género. Entendemos que la justicia restaurativa debe funcionar como un complemento para todas las fases del procedimiento penal y en una mayor diversidad de delitos, en orden a mejorar la eficacia de la respuesta de nuestro sistema penal al conflicto creado⁵²⁵.

La mediación es una de las prácticas en las que puede materializarse la justicia restaurativa. Se configura como un proceso basado en el concepto de restauración de las relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente, que han quedado afectadas por el delito. Está basado en el diálogo voluntario entre ellos y en el restablecimiento de la “paz social”, con el punto de partida de su igualdad de armas en el proceso. Este diálogo confluye en la confrontación de sus puntos de vista facilitado mediante la intervención de un tercero, el mediador, que se rige por los principios de imparcialidad y neutralidad. A través de este proceso se puede llegar (o no) a un acuerdo reparador en el que se recogen compromisos a cargo del infractor que, en todo caso, deben ser razonables, proporcionales y respetuosos con la dignidad humana⁵²⁶. Estos compromisos implican una satisfacción psicológica para la víctima, a través del arrepentimiento y la petición de perdón del agresor. No obstante, en ningún caso

⁵²⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: “El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente”, en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004...*, ob. cit., pág. 154.

⁵²⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La articulación de la Justicia Restaurativa con el Sistema de Justicia Penal”, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo...*, ob. cit.; págs. 61 y 62; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Fundamento y consecuencias de excluir de la Justicia Restaurativa ciertas infracciones penales”, en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI...*, ob. cit., págs. 110 y 111.

⁵²⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La Justicia Restaurativa: Concepto...”, ob. cit., pág. 16.

debe implicar necesariamente la idea de reconciliación en los supuestos de violencia de género entre la pareja o expareja⁵²⁷. Además, estos compromisos deben comportar una satisfacción “material” del daño ocasionado, que puede adoptar formas diversas, como pueden ser los trabajos en beneficio de la comunidad, en beneficio de la propia víctima o deberes para el propio infractor (p.ej. someterse a un programa de deshabituación de sustancias adictivas)

La mediación (*Victim-Offender Mediation*) es la práctica restaurativa más conocida en nuestro entorno más próximo, aunque no la única. Existen otras experiencias, como las denominadas conferencias de grupo familiar (*Family Group Conferencing*) y los círculos sentenciadores (*Restorative Justice Circles* o *Sentencing Circles* y *Repair Harm Circles*). También podemos incluir dentro del ámbito de la justicia restaurativa los llamados paneles restaurativos (*Victim Impact Panels*). La conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria es un proceso que consiste en facilitar que las personas hablen sobre el daño producido y cómo se puede reparar. Además del agresor y la víctima, participan personas del entorno familiar, escolar y social. En este sistema de reparación, el asunto no ingresa en el sistema de justicia y los tribunales no participan. Este modelo tiene su origen en Nueva Zelanda y es utilizado en EE.UU. sobre todo en relación a asuntos en los que están relacionados menores en acogida y también en asuntos penales menos graves. Los círculos sentenciadores, a diferencia de los anteriores, implican la participación del órgano judicial y los participantes pueden ser los mismos que en el caso anterior, incluyéndose, por tanto, a personas del ámbito social de la víctima y del agresor. Este modelo se utiliza en EE.UU. en asuntos penales realizados por menores y por adultos y para todo tipo de delitos. Finalmente, el sistema de paneles restaurativos es el sistema considerado menos restaurativo de todos, al no tener participación en ellos y en general la propia víctima del delito. Una vez que el agresor asume su responsabilidad en el proceso penal, el juez le ofrece la posibilidad de acudir a estos grupos donde una participación de ciudadanos discute primero con el agresor y, posteriormente con la víctima, la reparación.⁵²⁸

⁵²⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M.: *ídem*, pág. 20.

⁵²⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Procesos restaurativos más allá de la Mediación: perspectivas de futuro...”, ob. cit., págs. 317 a 328. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Justicia Restaurativa en los supuestos de Violencia Doméstica (y de Género)”, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones...*, ob. cit., págs. 89 a 130. TORRES ROSELL, N.: *La pena de trabajos en*

La mediación y la justicia restaurativa son corrientes de limitada eficacia en los países del Sur de Europa, entre ellos el nuestro, donde se aprecia una mayor resistencia a la entrada de programas de mediación o de justicia restaurativa; no obstante, en los países del Norte de Europa podemos encontrar experiencias pioneras como, por ejemplo, en Noruega, en Finlandia o en el Reino Unido, desarrolladas a partir de la década de 1970. En países centroeuropeos como Bélgica, Alemania y Austria la mediación penal entre víctima y agresor se inicia entre los años 80 y 90 del siglo XX y continúa en la actualidad con buenos resultados.⁵²⁹

1.2 Normativa internacional sobre mediación penal

1.2.1 Consejo de Europa

La víctima en el proceso penal ha sido objeto de interés a nivel internacional desde hace muchos años. Así, en el seno del Consejo de Europa, se han dictado numerosas recomendaciones y resoluciones que hacen referencia a la misma y a la necesidad de arbitrar mecanismos de defensa de su posición en el marco del proceso penal. Algunas de ellas instan a los Estados a introducir medidas específicas de reparación e incluso a desarrollar sistemas de mediación penal⁵³⁰.

beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación. Tirant lo Blanch, Monografías, 448, Valencia, 2006, págs.101 a 107.

⁵²⁹ El nacimiento de la justicia restaurativa se atribuye a movimientos sociales y jurídicos en países del Norte de Europa y, sobre todo, en Canadá y Estados Unidos. SOTELO MUÑOZ, H.: "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España", en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI...*, ob. cit., pág.77, 96 y 97. Señala la autora que probablemente el Reino Unido es el país que mejor ha entendido y desarrollado la justicia restaurativa en Europa. Ver DE VICENTE CASILLAS, C. "La Mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la Mujer. Una propuesta de regulación", en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI...*, ob. cit., págs. 207 a 216, donde se realiza un estudio muy interesante sobre la mediación penal en Austria y en Finlandia.

⁵³⁰ En este sentido, podemos citar las siguientes: Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito; Recomendación (83) nº 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Está orientada a facilitar la indemnización y la reparación de la víctima como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad para el penado; Recomendación (85) nº 2, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal, en la que se da un amplio margen a la reparación y a las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación; Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal

Pero son fundamentalmente dos las Recomendaciones dictadas en el seno del Consejo de Europa que destacan por su importancia en esta materia: la Recomendación (99) nº 19, de 1999 del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, y la Recomendación R (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio de 2006, sobre Asistencia a las víctimas de delito. En ambas se recogen principios comunes como son: a) La mediación en materia penal debe ser posible en todas las fases del procedimiento penal; b) La legislación debería facilitar la mediación en materia penal, estableciendo las líneas directrices y definiendo los recursos a la mediación en materia penal; c) El proceso de mediación debería contemplar como garantías fundamentales el derecho a la asistencia judicial y a un servicio de traducción/interpretación; d) Antes de aceptar la mediación, las partes deberían ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las consecuencias posibles de su decisión. Ambas Recomendaciones se centran en la idea de que ni la víctima ni el delincuente deberían ser incitados por medios inducidos a la aceptación de la mediación; e) El punto de partida de la mediación debería ser, en principio, el reconocimiento por las dos partes de los hechos principales del asunto, y f) La participación en la mediación no debe ser utilizada como una prueba de admisión de culpabilidad en los procesos ulteriores que se susciten. Igualmente, debe garantizarse el principio de *non bis ídem*.

Como principales diferencias señalamos que: a) En la Recomendación (99) nº 19, de 1999 del Comité del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, se recoge el concepto de mediación; define las líneas directrices de la formación, el papel y las funciones de los mediadores; pretende impulsar la mediación penal entre los Estados miembros del Consejo de Europa, tomando en consideración los principios que enuncia; y

y del proceso penal. Parte de la consideración de que, en las decisiones judiciales, hay que tener en cuenta la reparación del daño sufrido a la víctima y todo el esfuerzo realizado en este sentido por el infractor; Recomendación (87) nº 21 de 1987, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, la cual alude expresamente a la mediación; Recomendación (87) nº 18, de 1987, sobre la simplificación de la justicia penal. Recomienda potenciar la aplicación de los principios de intervención mínima; y recoge la relevancia del principio de oportunidad; además recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el infractor y la víctima evitando la acción penal si aquél cumple las condiciones acordadas. Sobre esta cuestión, ver SOTELO MUÑOZ, H.: "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España"... , ob. cit., págs. 88 y 89; y, DE VICENTE CASILLAS C.: "La Mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la Mujer...", ob. cit., págs. 206 y 207.

recoge expresamente que la mediación es confidencial. b) Por su parte la Recomendación R (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio de 2006, sobre Asistencia a las víctimas de delito parte del principio de que, teniendo en cuenta los beneficios de la mediación, los organismos correspondientes deben considerar si es apropiado ofrecer la posibilidad de la mediación entre víctima y ofensor, según los parámetros establecidos por la Recomendación R (99) 19. En todo caso, esta nueva Recomendación subraya la necesidad de tener en cuenta el interés de las víctimas, tanto en el momento de decidir si la mediación es adecuada para el caso concreto como a lo largo de todo el proceso de mediación. Y en ella se define el papel de los Estados miembros en la instauración de la mediación penal y en el establecimiento de mecanismos de evaluación de ésta a lo largo de todo el proceso penal.

1.2.2 Organización de Naciones Unidas

También en el ámbito internacional, la ONU ha puesto de manifiesto su preocupación por las víctimas de los delitos y por la justicia restaurativa. En este sentido destacan por su importancia: la Declaración de la ONU de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder y, en particular, la Resolución 2002/12, de 24 de julio, del plenario 37 del Consejo Económico y social de la ONU “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restauradora en materia penal”.

La relevancia de esta Resolución radica en que se centra en todas las modalidades de justicia restaurativa y no solo en la mediación. Así define como proceso restaurador a todo aquel proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Incluye como tales procesos restauradores la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas. Además, prevé que estos procesos puedan utilizarse en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, y que las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un

caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo dicho proceso. Esta Resolución configura el proceso restaurativo como sistema al que hay que acudir con anterioridad al proceso penal. De manera que tan solo cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En estos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad. La Resolución destaca así mismo porque, además de regular la utilización de los programas de justicia restaurativa, también establece una serie de condiciones acerca del funcionamiento de tales programas, entre los que se encuentran la necesidad de salvaguardar la equidad para con el delincuente y la víctima.⁵³¹

1.2.3 Unión Europea

Desde la UE se ha intentado dar un impulso jurídico y práctico a la justicia restaurativa y, en el seno de ésta, a la mediación. Así, desde el año 2001, la normativa más relevante que hacía referencia a la mediación venía constituida por la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal⁵³². Esta Decisión

⁵³¹ La Resolución se puede consultar en www.un.org/ecosoc/en/documents/resolution.2002-12.pdf. Última consulta, 2-2-2018. No es esta la única resolución de Naciones Unidas en relación a la justicia restaurativa, ya que con anterioridad se dictaron las siguientes que pueden consultarse en la misma página Web: Resolución 1999/26, de 28 de julio, del Consejo Económico y Social, sobre elaboración y aplicación de mediación y justicia retributiva en materia de justicia penal; Resolución 2000/14, de 27 de julio del Consejo Económico Social, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. Así mismo cabe destacar el Informe del Secretario General del Consejo Económico y social de Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre reforma del sistema de justicia penal; logro de eficacia y equidad: Justicia Restaurativa.

⁵³² Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 082 de 22 de marzo de 2001, pág. 0001-0004, en vigor al día siguiente de su publicación). En el nacimiento de la mencionada Decisión Marco tuvieron una importante influencia las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), de los días 15 y 16 de octubre de 1999, que en su punto 32, establecieron que deberían elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre su acceso a la justicia y su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales. Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere pueden ser consultadas en www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm. Última consulta, 2-2-2018.

Marco fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

a) La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal

La Decisión Marco definía la mediación penal en su artículo 1 como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la cual interviene como mediador una persona competente” La Decisión establecía en su artículo 10 que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. También señalaba que velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. Y señaló que ello debe hacerse, a más tardar, el 22 de marzo de 2006 (artículo 17).

Pero además del impulso a la mediación, el principal objetivo de la Decisión Marco venía configurado por la protección de la víctima de delitos y, para ello, recogía una serie de recomendaciones tales como la creación de programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas. Abordaba, además, la cuestión del apoyo a las víctimas mediante un estudio comparativo de los sistemas de compensación para las víctimas y la necesidad de evaluar la viabilidad de una actuación a escala de la Unión Europea. Consideraba muy conveniente que los Estados miembros aproximasen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encontrasen. Y ello, porque es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria. Por esta ra-

zón, las disposiciones de la misma no se limitaban a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal en sentido estricto. Englobaban, así mismo, algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito.

Los Estados miembros debían transmitir a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, antes del 22 de marzo de 2006, el texto de las disposiciones que incorporasen a su respectivo ordenamiento jurídico (artículo 18). No obstante, esta obligación no fue cumplida por el Estado español.⁵³³ España se remitió al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y consideró que ambos textos legislativos cumplían con las previsiones de la Decisión Marco. En general, según el Informe de la Comisión Europea de 20 de abril de 2009, el objetivo previsto de la armonización legislativa en los Estados miembros en relación con la creación de un estatuto de la víctima en el proceso penal no se había conseguido debido a la existencia de unas disposiciones nacionales muy diversas que no se homogeneizaron con la transposición de la Decisión Marco.⁵³⁴

Y en este sentido podemos decir, en cuanto a la distinta regulación legal de la mediación penal en Europa que, mientras Alemania, Finlandia, Noruega, Luxemburgo y Polonia reconocen la mediación penal en sus regulaciones con carácter general, el grupo más numeroso de Estados (Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y la mayor parte de países del Este) la admite expresamente pero limitada a ciertos delitos. Y en los Países Bajos, Dinamarca, Rumania, Bulgaria y Reino Unido no se prevé legalmente.⁵³⁵ España es uno de los pocos países de Europa en los que la mediación penal de adultos no está regulada, aunque si se la menciona en el CP, como veremos más adelante, y ello a pesar del impulso que han supuesto para la mediación penal las aportaciones internacionales al respecto. A diferencia de España, Portugal sí

⁵³³ Según el Tratado de la UE, las Decisiones Marco son obligatorias para los Estados miembros, aunque no tenga efecto directo en sus ordenamientos jurídicos, a diferencia de las Directivas Europeas que sí lo tienen.

⁵³⁴ BLAZQUEZ PEINADO, D.: "La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, sept.-dic. 2013, pág. 909 a 912. Ver nota 37.

⁵³⁵ Asociación Portuguesa de apoyo a la Víctima APAV/*Victim Support Europe, Victims in Europe*, 2009, pág. 23. Realizan una evaluación institucional del cumplimiento de la Decisión Marco 2001. Ver TAMARIT SUMALLA, J. M.: "La Justicia Restaurativa: Concepto, Principios...", ob. cit., págs. 27 y 28.

se hizo eco de la Decisión Marco de 2001 e introdujo la mediación penal en su ordenamiento jurídico, con la Ley nº 21/2007, de 12 de junio.⁵³⁶

A causa de esta diversidad legislativa, el Consejo de la UE, en su Resolución de 10 de junio de 2011⁵³⁷ elaboró un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. En él se proponían unos objetivos generales que debían guiar la actuación de la UE en materia de protección a las víctimas de delitos. Entre estos objetivos se hallan establecer procedimientos y estructuras adecuados para que se respete la dignidad, la integridad personal y psicológica y la intimidad de la víctima en un proceso penal; concebir procedimientos y estructuras adecuados encaminados a prevenir la victimización secundaria y repetida; y fomentar el recurso a la justicia reparadora y modalidades alternativas de solución de conflictos. Como medida propuesta específicamente por el Consejo de la UE para conseguir estos objetivos se hallaban, entre otras, la elaboración de una Directiva que sustituyera la propia Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

b) La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo⁵³⁸

La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.⁵³⁹

⁵³⁶ Esta ley creó en Portugal el régimen de la mediación penal integrándolo en el ámbito del proceso penal. Ahora bien, quedan excluidos de la mediación penal los delitos públicos cuya pena exceda de los 5 años de privación de libertad y/o que se trate de delitos contra la libertad o autodeterminación sexual, extorsión, corrupción o tráfico de influencias; si el ofendido tiene menos de 16 años y si es aplicable el proceso sumario o sumarísimo. Para un estudio de la mediación penal en Portugal ver MARQUES CEBOLA, M.: "Los sistemas de Mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de Mediación en España", en *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal: Estudios y Análisis*; MARTÍN DIZ, F. (Coord.); Andavira; Santiago de Compostela, 2011, págs. 351 a 385.

⁵³⁷ Diario Oficial de la Unión Europea C 187/1, de 28-6-2011.

⁵³⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L315/57, de 14-11-2012.

⁵³⁹ Así, el artículo 12 de la Directiva de 2012 establece bajo la rúbrica "Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora" que: "1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes: a) que se recurra a los

Sobre la mencionada regulación observamos que, mientras que la Decisión Marco de 2001 se refería expresamente a la mediación, la Directiva de 2012 alude de forma más extensa a la justicia restaurativa en general, como marco más amplio que aquélla, que admitirá otras formas y mecanismos distintos a la mediación, así mismo inspirados en los principios de la justicia restaurativa.⁵⁴⁰ En este sentido, alude e incluye como servicios de justicia reparadora, junto a la mediación, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia.⁵⁴¹ Y en todo caso, advierte sobre los riesgos existentes en los supuestos en los que haya un desequilibrio de poder, una debilidad de la víctima o una historia de violencia física, psíquica o sexual, así como que los riesgos deben ser evaluados caso por caso, en función de la clase de delito y las circunstancias de la víctima y del infractor.⁵⁴² En nuestra opinión, ello no debe entenderse como una prohibición a la mediación penal en el ámbito de la violencia de género, pero sí que cabe extremar las cautelas para evitar determinados riesgos para la víctima, siendo imprescindible examinar caso por caso, previa derivación a la mediación.

A la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre nos referiremos de nuevo al analizar las nuevas perspectivas para la implantación de la mediación penal en violencia de género en España.

servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso; d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior; 2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”.

⁵⁴⁰ SOTELO MUÑOZ, H.: “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”..., ob. cit., pág. 92.

⁵⁴¹ MARTÍN RIOS, P.: “La exclusión de la Mediación como manifestación de las *no-drop policies* en Violencia de Género: Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE”, en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*; MARTÍN OSTOS, J. (Coord.); Atelier, 2013 págs.364, nota 5.

⁵⁴² Preámbulo de la Directiva Europea 2012/29/UE (párrafo 46).

1.3 Principales obstáculos normativos y jurídicos a la mediación penal en España

Desde hace algunas décadas, en países como Francia, Bélgica y Alemania, entre otros, la mediación se ha revelado como un medio idóneo para la solución de los conflictos, incluso en ocasiones logrando mejores resultados que con la aplicación de mecanismos legales más formales. Sin embargo, ello no ha sucedido en España, por la existencia de distintos obstáculos que pasamos a analizar.

1.3.1 Falta de regulación expresa de la mediación penal

La ausencia de una regulación completa y exhaustiva de la mediación penal pone de manifiesto que su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico puede considerarse más como una tímida declaración de principios que como una admisión de esta institución.

Resulta del todo criticable la falta de previsión legislativa sobre la mediación penal como instrumento al servicio de la reparación y de la paz social así como el haber obviado las obligaciones de transposición que se derivaban de la Decisión Marco 15 de marzo de 2001 de la UE, sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal. La única repercusión que en nuestro país ha tenido esta Decisión Marco es la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/2000 de 9 de julio de 2004 en la que se refiere que "(...) se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma"⁵⁴³.

La falta de una regulación completa de la mediación penal genera espacios de incerteza y, por tanto, graves dificultades operativas cuya superación se hace depender del mayor o menor esfuerzo imaginativo de los jueces y de las

⁵⁴³ Conclusiones de las Jornadas del orden jurisdiccional penal.: *Racionalización de la instrucción, criterios a tener en cuenta en la fase de enjuiciamiento y Mediación Penal*. CGPJ, Cazorla 6 a 8 de noviembre de 2006; fecha de publicación, 8-11-2006; disponible en <http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>. Última consulta, 12-12-2017.

partes del proceso. La mediación no puede quedar arrinconada como un instrumento cuya operatividad dependa, exclusivamente, de la mayor sensibilización victimológica de los jueces⁵⁴⁴.

Se hace difícil entender cómo no se ha abordado la elaboración de una ley de mediación penal o bien una reforma de la LECr. que regulara el proceso de mediación. Sí han existido dos intentos legislativos de introducir la mediación penal en la LECr. El primero tiene lugar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011; y el segundo en el Borrador del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, a los que nos referiremos con posterioridad⁵⁴⁵. Además, debe indicarse que las reformas de la LECr., llevadas a cabo por LO 13/2015 y L41/2015, las dos de 5 de octubre, no han reflejado las referencias a la mediación penal que en estos antecedentes se preveían⁵⁴⁶.

1.3.2 El peligro de privatización de la justicia penal

Como ya hemos dicho, la mediación trata de centrar la atención en la víctima del delito, en sus necesidades y la incorporación de la reparación en el sistema penal. Así, los programas de mediación habilitan a la víctima y al infractor a dar una respuesta al crimen, con participación de ambos en un proceso donde se consiga la responsabilidad del infractor y la reparación a la víctima. Con ello se pretende lograr un equilibrio entre los intereses de la víctima y la comunidad, y la necesidad de reinsertar al delincuente en la sociedad.

No obstante, como consecuencia del papel protagonista de la víctima dentro del proceso penal y del reconocimiento de su centralidad en el proceso, existe la opinión de que la expansión de la mediación puede llevar a una privatización en la solución de conflictos, lo que se considera del todo contraproducente. En este sentido, se afirma, por ejemplo, que la protección a la víctima no

⁵⁴⁴ Conclusiones sobre el Seminario de Mediación Penal. CGPJ, (Madrid, uno a tres de junio de 2005). CGPJ; fecha de publicación, 27-7-2005; disponible en <http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>. Última consulta, 12-12-2017.

⁵⁴⁵ En el epígrafe 4.3 de este capítulo.

⁵⁴⁶ LO 13/2015, de 5-10-2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE núm. 239, de 6-10-2015) y L41/2015, de 5-10-2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239, de 6-10-2015).

puede equivaler a privatización del proceso sancionatorio, en el sentido de trasladarle un papel decisivo o determinante en la ejecución de la sanción penal impuesta, después de un juicio público y justo donde haya podido ser oída y haya tenido oportunidad de defensa de sus derechos⁵⁴⁷.

Se parte, pues, de la base de la exclusividad del poder punitivo estatal, la cual debe estar asegurada con todas las garantías constitucionales. Y ello aunque sea el Estado quien fomente la mediación y dote al sistema de justicia penal de los medios necesarios para que aplique esta institución. La integración de la reparación en el modelo penal tradicional parte de la premisa de que la respuesta al delito debe provenir esencialmente del ámbito jurídico-penal pues se considera que es este modelo tradicional, monopolizado por el Estado, el que hoy por hoy ofrece más garantías al imputado.⁵⁴⁸

Ello no es impedimento, no obstante, para defender una reorientación del sistema penal que promueva una mayor participación de las partes en el proceso asignando un rol más activo a la víctima concreta del delito, siempre y cuando esto no suponga un recorte de las garantías de las que hoy se dispone.

1.3.3 La quiebra de las garantías del proceso penal para el infractor

El protagonismo de la víctima no debe implicar una reducción del estatuto garantizador al que tiene derecho el investigado⁵⁴⁹. Con la mediación los principales derechos procesales que podrían quedar en entredicho o vulnerados serían: el principio a la presunción de inocencia; la igualdad de partes y el derecho de defensa; el principio de igualdad; el principio de legalidad procesal y el principio de exclusividad de los órganos judiciales en el ejercicio de la jurisdicción. Vamos a hacer mención a todos ellos.

⁵⁴⁷ Conclusiones sobre el Seminario de Mediación Penal (Madrid, uno a tres de junio de 2005) CGPJ, fecha de publicación 27-7-2007, disponible en <http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>. Última consulta, 12-12-2017. QUINTERO OLIVARES, G.: "Protección a las víctimas y función de la Justicia Penal", en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 884/2014, BIP 2014/1185, disponible en www.westlawinsignis.es, pág. 3.

⁵⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: *Ídem*, pág. 3. El autor manifiesta que la víctima no tiene un poder de disposición sobre la justicia penal, excepción hecha de los delitos estrictamente privados.

⁵⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, pág. 149 y 150.

a) El principio a la presunción de inocencia

El investigado, al aceptar someterse al proceso de mediación y prestar la reparación, está *de facto* reconociendo su participación en los hechos, su responsabilidad penal, sin que, en principio, dicha culpabilidad haya quedado demostrada a través del procedimiento legalmente previsto. En este sentido, señala Sáez Valcárcel, que parece prudente plantear la mediación en aquellos supuestos en los que el investigado ha admitido los hechos, incluso en aquellos casos en los que no ha contestado ni negado de manera seria los cargos, es decir, supuestos de investigados no convencidos de su inocencia⁵⁵⁰. Según este autor, de otra manera se podría vulnerar su derecho a ser tratado como inocente y a no colaborar a su condena (derecho a no declararse culpable y derecho al silencio), pues podría condicionar o prejuzgar, incluso de manera inconsciente, la futura decisión del caso.

b) La igualdad de partes y el derecho de defensa

Una de las principales objeciones que plantea la mediación penal es, hasta qué punto puede utilizarse, dentro del proceso penal, como prueba de cargo, todo el material y las expresiones vertidas, verbal o documentalmente, durante la mediación, en aquellos supuestos en los que ésta no llega a buen fin. Y ello porque, en la medida que el investigado, al aceptar someterse al proceso de mediación y prestar la reparación está, *de facto*, reconociendo su participación en los hechos, su responsabilidad penal, sin que, en principio, dicha culpabilidad haya quedado demostrada a través del procedimiento legalmente previsto. A los efectos de evitar que quede vulnerado el principio de presunción de inocencia, se considera que el juez no debe tener conocimiento del contenido del proceso, salvo lo pactado en el documento final y lo que las partes deseen expresar en el acto de la vista oral. Y concretamente, la utilización como material probatorio, fundamentalmente en sentido incriminatorio, de las manifestaciones vertidas en el procedimiento de mediación o en el acta por la que se ponga fin, requerirá el consentimiento de ambas partes, no sólo de una de ellas

⁵⁵⁰ SÁEZ VALCÁRCEL, R: "La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización". *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2062, págs. 1.757 a 1.770.

“ya que de lo contrario podría conducir a que la parte acusadora prestase su consentimiento unilateralmente para que se utilizase lo manifestado en la mediación como prueba de cargo”⁵⁵¹.

Así, para salvaguardar las garantías del proceso y, en concreto, la igualdad de partes y las derivadas del derecho de defensa, todo el contenido de las entrevistas y del diálogo debe ser confidencial, sin que puedan aprovecharse para la prueba las afirmaciones y posiciones del investigado y del perjudicado.

c) El principio de igualdad

Podría pensarse que el sistema de mediación privilegia y beneficia a los responsables que dispongan de mejores medios económicos para abonar las reparaciones acordadas.⁵⁵² Los partidarios de la justicia restaurativa y de la mediación alegan que no se trata de que estemos siempre ante una compensación de carácter económico, sino que la reparación puede ser de otro tipo atendiendo a la capacidad y a las circunstancias de la víctima y del agresor. Ello es considerado por alguna opinión como un hándicap pues, tal y como señala Quintero Olivares, dependerá de la víctima el que se considere reparada adecuadamente, lo que puede generar diferencia de solución al conflicto no en función del delito, sino de quien sea la propia víctima⁵⁵³.

d) El principio de legalidad procesal (de oficialidad de la acción)

El Principio de legalidad procesal (de oficialidad de la acción) y de sometimiento de todas las causas penalmente relevantes (salvo las expresamente determinadas y perseguibles a instancia de parte) a su persecución por parte de jueces y tribunales y por el Ministerio Fiscal podría verse afectado con el instituto de la mediación. En este sentido, la mediación comportaría una selec-

⁵⁵¹ Conclusiones del curso “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales”, en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*; en *Estudios de Derecho Judicial*, 136-2007, CGPJ, pág. 259.

⁵⁵² QUINTERO OLIVARES G.: “El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente”, en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la Ley Orgánica 1/2004*; CASTILLEJO MANZANARES, R. SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.); Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela; págs. 159 y 160.

⁵⁵³ QUINTERO OLIVARES G.: “El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente”, en *Justicia...*, ob. cit., pág. 160.

ción de casos perseguibles de oficio, conculcando de esta forma el principio de legalidad penal.

La implantación y desarrollo de la mediación penal plantea más dificultades en los sistemas penales regidos por el principio acusatorio y el principio de legalidad frente a aquellos sistemas que, además, contemplan el principio de oportunidad. La Ley 1/2015, de modificación del CP de 1995 ha introducido por primera vez en la LECr. el principio de oportunidad en relación a determinados delitos leves, como después veremos. Se trata de una introducción muy tímida y en relación a delitos leves muy concretos, que en ningún caso ofrece soluciones a la instauración de la mediación. En este sentido, entre las posibles soluciones a este inconveniente, Del Río Fernández⁵⁵⁴ ya proponía en su momento un modelo en el que “se dé una mayor incidencia al principio de intervención mínima, con despenalización de las pequeñas infracciones y se dé cabida al principio de oportunidad de la acusación pública, es decir, se otorgue al Ministerio Fiscal y/o al juez la facultad de no ejercitar la acción penal o continuar el procedimiento, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, siempre que concurren determinados requisitos o presupuestos legalmente establecidos”. En este sentido, la Recomendación nº 18 (87) del Consejo de Europa, sobre simplificación de la justicia aconseja, en aras a las facultades que le corresponden al Ministerio Fiscal, que se puedan transigir las infracciones penales, especialmente cuando se trate de infracciones menores, así como la introducción del principio de oportunidad, fundamentado en la igualdad de todos ante la ley y en la individualización de la justicia penal.

Sin embargo, no faltan autores que entienden que cabría ver si en un proceso penal actual como el nuestro podría acoger manifestaciones de justicia restaurativa sin desnaturalizarse. Así, Quintero Olivares defiende que, en primer lugar, debería realizarse una selección de un número de delitos limitados a infracciones de poca gravedad o de naturaleza jurídica privada (delitos menos graves, delitos privados y semiprivados).⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.: “El reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad”. *La Ley*, núm. 6520, 6 de julio de 2006.

⁵⁵⁵ QUINTERO OLIVARES G.: “El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente”, en *Justicia...*, ob. cit., pág. 163 y 164.

e) Principio de exclusividad de los órganos judiciales en el ejercicio de la jurisdicción

Aun admitiendo la mediación como un sistema complementario y no alternativo de la vía judicial penal, no faltan quienes consideran que este principio podría verse afectado en tanto que el juez se limitaría a aprobar el acuerdo de reparación adoptado por las partes en la mediación, sin entrar en el fondo del asunto.

No obstante, somos de la opinión que el uso de la mediación por jueces y tribunales se encuentra amparado por lo dispuesto en los artículos 117.3 y 117.4 CE. Y a mayor abundamiento, a través del uso de la mediación dentro del proceso penal, adquieren plenitud los derechos reconocidos en los artículos 24 y 25 de nuestra norma constitucional.

1.3.4 Otras dificultades

Otro de los obstáculos normativos y jurídicos a la mediación penal en el ordenamiento jurídico español, además de los anteriores, viene constituido por determinadas categorías de delitos en los que cabe plantearse si en relación a los mismos cabe o no la mediación. Nos estamos refiriendo a los delitos de peligro abstracto también denominados delitos sin víctima; los delitos en los que encontramos tanto a la víctima como al perjudicado, siendo ambos personas distintas, planteándose en este caso si cabrá admitir la mediación penal sin la voluntad de ambos⁵⁵⁶; los delitos en los que no resulta fácil determinar quiénes son los perjudicados; y los delitos cometidos por las personas jurídicas⁵⁵⁷.

Finalmente, cabe añadir que las dificultades que plantea el instituto de la prescripción, en tanto se alega que, hoy por hoy, la prescripción no se interrumpe por ninguna actividad mediadora, de modo que el desvío hacia la mediación podría desembocar en la extinción de la responsabilidad criminal. Por

⁵⁵⁶ QUINTERO OLIVARES G.: "El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente", en *Justicia...*, ob. cit., pág. 165.

⁵⁵⁷ Manzanares Samariego hace un estudio de los delitos que, a su juicio, plantean problemas en relación a la mediación: delitos cometidos por las personas jurídicas, los delitos de peligro abstracto o sin víctima (MANZANARES SAMARIEGO, J. L.: "La Mediación en España", en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004...*, ob. cit., pág. 210).

ello convendría aclarar legalmente si la mediación penal interrumpe o no los plazos prescriptivos.⁵⁵⁸

1.4 Regulación jurídica actual que daría cobertura legal a iniciativas de mediación penal en España

Vistos los principales obstáculos normativos y jurídicos a la mediación penal en España y siendo evidente la falta de regulación expresa y completa de la mediación penal, vamos a revisar algunos ámbitos de la legislación penal actual que permitirían dar cobertura legal a un proceso de mediación penal en el ordenamiento jurídico español. En la legislación española podemos encontrar de forma dispersa preceptos que permiten dotar de contenido práctico a iniciativas de mediación en materia penal, aunque todavía con poca incidencia práctica mientras no se regule convenientemente esta materia y mientras no se amplíe el ámbito de aplicación del principio de oportunidad.

1.4.1 El principio de oportunidad

La Ley 1/2015, de modificación del CP de 1995 ha introducido por primera vez en la LECr. el principio de oportunidad en relación a determinados delitos leves. Se recoge en el artículo 963.1.1º LECr. a través del sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias siendo preciso que lo solicite el Ministerio Fiscal y a la vista de determinadas circunstancias que concurren de forma cumulativa y no alternativa en el hecho denunciado, tales como: que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor, y que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. Se recoge expresamente que en los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. Esta previsión del principio de oportunidad ha sido desarrollada por la Circular de la Fiscalía General del

⁵⁵⁸ MANZANARES SAMARIEGO, J. L.: “La Mediación en España”..., ob. cit., pág. 211.

Estado 1/2015 en relación a su ejercicio en determinados delitos leves públicos⁵⁵⁹.

1.4.2 La atenuación de la pena

La atenuación de la pena en la sentencia resultante a consecuencia del acuerdo reparador es una posibilidad admisible al amparo del artículo 21.5 del CP⁵⁶⁰, que regula la atenuante de reparación del daño ocasionado. La aplicación de esta atenuante permitiría la rebaja de la pena aplicable al agresor siempre que reparase el daño o procediera a disminuir sus efectos. La otra posibilidad de atenuación de la pena en casos de mediación penal es mediante la aplicación, si procede, de la atenuante regulada en el artículo 21.4 CP⁵⁶¹, es decir, con la confesión del culpable a las autoridades de la infracción, antes del inicio del procedimiento. Nos centraremos en este apartado en la primera de las atenuantes indicadas.

En las experiencias prácticas en mediación penal llevadas a cabo en algunos juzgados se ha utilizado frecuentemente la atenuante de reparación del daño como cualificada, y por aplicación del artículo 66.2 CP se ha procedido a la rebaja de la pena en uno o dos grados. Ello ha sido así en los casos en los que la reparación material se ha acompañado de prestaciones personales o de otro tipo de satisfacción a la víctima de contenido psicológico, apreciable en la recuperación de su tranquilidad o en el logro de la pacificación del conflicto e indicadora de un especial esfuerzo por parte del autor del delito⁵⁶².

Debemos tener en cuenta que los acuerdos de mediación que pueden aceptar las partes, víctima y agresor, pueden establecerse según sus intereses y necesidades y pueden afectar tanto al ámbito económico (restitución en dinero) como material (restitución con el objeto); pueden consistir en una actividad

⁵⁵⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

⁵⁶⁰ El Artículo 21.5 CP regula la atenuante de reparación del daño consistente en “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”.

⁵⁶¹ El artículo 21.4 CP regula la atenuante de confesión del culpable consistente en la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él a confesar la infracción a las autoridades.

⁵⁶² SÁEZ VALCÁRCEL, R: ob. cit., pág. 1757 a 1770; sobre su experiencia en mediación penal llevada a cabo en el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid.

(hacer un trabajo o un hacer manual, tangible y concreto en beneficio de la víctima o de la comunidad); pueden afectar al ámbito moral (pedir disculpas, solicitar el perdón de la víctima, manifestar el agresor su arrepentimiento, la petición y la aceptación de excusas), o al ámbito relacional (acuerdos sobre el futuro comportamiento relacional del agresor como la incorporación o la continuación de tratamientos de deshabituación a drogas y alcohol, de programas de formación profesional o de cualquier otro tipo de educación, compromisos de cambio de actitud, las promesas de evitar situaciones de riesgo o actitudes arriesgadas o de aproximarse a la víctima)⁵⁶³.

Las cuestiones que plantea la aplicación de esta atenuante en los supuestos de mediación son diversas. Entre ellas destacamos las que consideramos más relevantes.

En primer lugar, se plantea la cuestión de si cabe admitir la atenuación cuando no se ha conseguido reparar el daño ni tampoco se han disminuido sus efectos, sino que tan sólo se ha intentado hacerlo. En definitiva, la cuestión estriba en si hay que valorar la intención del autor a la hora de reparar el daño causado o se trata de una actuación puramente objetiva que no permite analizar elementos intencionales y, qué ocurre si, pese a los intentos del agresor por lograr la reparación del daño, no acaba consiguiéndolo⁵⁶⁴. En este sentido existe la opinión de que lo relevante no será la efectiva satisfacción material, la indemnización a la víctima, sino la seriedad del esfuerzo realizado por el autor, y el grado de ese esfuerzo no siempre vendrá determinado por pautas económicas. Así, podrá estimarse la atenuante siempre que se aprecie que se ha intentado al máximo la reparación del daño causado, por lo que pese al carácter objetivo de la atenuante se podrán tener en cuenta elementos de carácter subjetivo basados en “la voluntad e intención del acusado de alcanzar la reparación del daño causado o a disminuir los efectos del delito”⁵⁶⁵.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de que la aplicación de la atenuante de reparación del daño en la mediación privilegia y beneficia a los res-

⁵⁶³ Protocolo de actuación del Programa de Mediación y Reparación Penal en la Jurisdicción Ordinaria, elaborado en el marco del *Programa de Mediación i Reparació Penal de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona, 2007, pág. 15. SÁEZ VALCÁRCEL, R: ob. cit., págs. 1757 a 1770.

⁵⁶⁴ SERVET, V: “Aplicación práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito”. *La Ley*, núm. 6361, 17 de noviembre de 2005, págs. 2 y 8.

⁵⁶⁵ ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art. 21.5 del Código Penal. Reparación y desistimiento como actos de revocación”. *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, tercer trimestre 2001. CGPJ. MAGRO SERVET, V.: ob. cit., pág. 8.

ponsables que dispongan de mejores medios económicos para abonar las reparaciones acordadas. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto y la STS 1474/1999, de 18-10-1999 ya apuntaba como elemento subjetivo en relación a la atenuante la necesidad de atender a la capacidad reparadora del agresor, es decir, la reparación en la medida de la propia capacidad⁵⁶⁶. Con ello eliminamos una de las objeciones que se hace a la institución de la mediación.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que no es necesario para la aplicación de la atenuante que la reparación sea exclusivamente una actuación indemnizatoria de carácter económico ya que ésta pudiera tener entrada en los supuestos en que se produce la restitución de los bienes o cuando el culpable tratase de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición del perdón o cualquier otro género de satisfacción, que sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía (STS 1002/2004, de 16-9-2004⁵⁶⁷).

En tercer lugar, se plantea la cuestión de si puede considerarse dicha atenuante como muy cualificada, ya que ello tiene importantes consecuencias penológicas (art. 66. 1. 1 y 2 CP). Destaca la opinión que la aplicación de la circunstancia como muy cualificada requiere la verificación de un especial esfuerzo del acusado para mitigar o compensar las consecuencias del delito⁵⁶⁸. A favor de esta postura nos encontramos con que la STS 1002/2004, de 16-9-2004, ya mencionada, argumenta que no es asumible que a quien con sacrificio y renuncia repara siquiera parcialmente el daño causado por el delito cometido le sea apreciada la atenuante simple y a quien la reparación total no le ocasiona esfuerzo por su propia solvencia patrimonial le sea aplicable la atenuante como muy cualificada. (FJ.2º)

Debemos tener en cuenta que esta atenuante es compatible con la nº 4 del art. 21 CP, es decir, con la confesión del culpable a las autoridades de la in-

⁵⁶⁶ STS 1474/1999, de 18-10-1999; nº Rec. 2627/1998; Ponente: D. Luís Román Puerta Luís; ROJ: STS 6466/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 6466; FJ.3º. Esta sentencia señala que para que la conducta del infractor pueda ser relevante a los efectos del artículo 21.5 CP hay que ponderar convenientemente el resultado producido y la importancia de la correspondiente reparación, puesta en relación con la capacidad reparadora del sujeto, el cual habrá de haber realizado cuanto le fuera posible para restaurar el orden perturbado por el delito.

⁵⁶⁷ STS 1002/2004, de 16-9-2004; nº Rec. 736/2003; Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo; ROJ: STS 5720/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 5720; FJ.2º.

⁵⁶⁸ MAGRO SERVET, V.: ob. cit., pág. 6.

fracción, antes del inicio del procedimiento. De esta manera si concurren las dos será de aplicación la regla 2ª del art. 66 CP.

1.4.3 Los trabajos en beneficio de la comunidad

Los trabajos en beneficio de la comunidad vienen regulados en el artículo 49 del CP. Una de las posibilidades del acuerdo de mediación es dotar de contenido la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁵⁶⁹. Así, se ha afirmado que el compromiso del penado de participar en tareas o programas que puedan revertir en un cambio de su comportamiento delictivo puede contenerse en un acuerdo reparador propio de un proceso de justicia restaurativa⁵⁷⁰. Los trabajos en beneficio de la comunidad obligan al penado, siempre con su consentimiento, a prestar su colaboración no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o de asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares⁵⁷¹. En la medida que los trabajos se configuran como una forma de reparación del penado de los resultados de delitos similares al cometido por éste, vienen a implicar una especie de “reparación simbólica” a la víctima directa del delito cometido⁵⁷². Ello es así cuando la víctima renuncia a una compensación material o directa o bien cuando el delito no ha llegado a producir daños materiales y todo ello sin perjuicio de una posible reparación consistente en la disculpa o arrepentimiento del autor. En estos casos es cuando los trabajos en beneficio de la comunidad pueden operar aceptándose como “reparación simbólica”⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Protocolo de actuación del Programa de Mediación y Reparación Penal en la Jurisdicción Ordinaria, elaborado en el marco del *Programa de Mediación i Reparación Penal de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona, 2007, pág. 19.

⁵⁷⁰ TORRES ROSELL, N.: “Una lectura en clave reparadora de las sanciones penales: las sanciones de cumplimiento en la comunidad”, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones...*, ob. cit., pág. 165.

⁵⁷¹ Artículo 49.1 CP. Redactado conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁷² TORRES ROSELL, N.: *ídem*, pág. 163.

⁵⁷³ TORRES ROSELL, N.: *ibídem*, pág. 175.

1.4.4 La ejecución de la sentencia

La mediación puede materializarse y el acuerdo reparador surtir efectos en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad y puede ser valorada cuando el agresor no se halle cumpliendo condena, en orden a la concesión de determinados beneficios que sustituyen el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia. En el estudio de los mismos debemos distinguir entre la regulación aplicable con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que lo modifica en esta materia y la regulación resultante de dicha modificación. Y ello, en tanto que en la actualidad todavía hay causas a las que se aplica el CP vigente en la fecha de los hechos, anteriores a la reforma.

a) La concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad con anterioridad a la reforma

El CP anterior a la reforma operada por LO 1/2015 admitía varios casos de suspensión de la pena privativa de libertad que podían aplicarse en los supuestos de mediación: la ordinaria; la suspensión extraordinaria por adicción y la suspensión de la pena durante la tramitación del indulto.

De acuerdo con la normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2015 (artículos 80 y 81 CP), la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al penado permite que una vez dictada la sentencia condenatoria el juez, atendiendo a la peligrosidad criminal del sujeto y a la existencia de otros procedimientos penales contra éste, deje en suspenso la ejecución sin ordenar el ingreso en prisión siempre que se cumplan determinados requisitos: que el condenado haya delinquido por primera vez, sin que se tengan en cuenta los antecedentes penales por delitos imprudentes, ni por faltas penales, ni los antecedentes cancelables conforme al art. 136 CP; que la pena o penas impuestas o la suma de las mismas no superen los dos años, no incluyéndose en este cómputo la privación de libertad derivada del impago de la multa penal; que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, excepto que el juez o tribunal, después de oír a las partes y al Ministerio Fiscal, declare la insolvencia total o parcial del condenado; y que se tenga en consideración la peligrosidad

criminal del condenado. La duración de la suspensión puede ser de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves, teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la condena, previa audiencia de las partes. En este ámbito, la conciliación entre víctima y agresor puede ser tomada en consideración a los efectos del cumplimiento del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil y puede también ser un elemento para valorar la disminución o eliminación de la peligrosidad criminal como fundamento de la concesión de la suspensión. También podría considerarse la mediación extrajudicial como una medida a imponer por el Tribunal, previa conformidad con la víctima, a la que quedaría condicionada la suspensión.

La suspensión de la pena privativa de libertad a aquellas personas que han cometido el delito a causa de su adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, se regula en el art. 87 CP. En estos casos, la mediación entre la víctima y la persona infractora puede servir al juez como valoración positiva a los efectos de determinar la voluntad de la persona acusada de reparar el daño y de abandonar la adicción a sustancias tóxicas, siempre que guarden relación con el delito cometido.

En los supuestos de tramitación del indulto (art. 4.4 CP) puede solicitarse el beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta hasta que se decida si se concede o no el indulto. En estos casos, la mediación puede servir de valoración positiva para la solicitud y eventual concesión del indulto; circunstancia que servirá al juez para acordar la suspensión de la pena así como para informar positivamente a la concesión del mismo. Esta regulación no ha sido modificada por la reforma.

b) La sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas con anterioridad a la reforma

En esta figura, para la concesión de la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena de multa o por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, es uno de los requisitos principales el esfuerzo en la reparación (art. 88 CP). Se podrán sustituir las penas de prisión que no excedan de un año. Ex-

cepcionalmente, podrá alcanzar a las penas que no excedan de dos años de privación de libertad, en delincuentes no habituales, si las circunstancias del hecho y del culpable implicaran que su cumplimiento podría frustrar la finalidad de prevención y reinserción social, exigiéndose los mismos requisitos que en las penas inferiores al año. En estos casos se busca una solución para aquellos casos en los que el ingreso en prisión pueda producir un grave perjuicio como la pérdida del lugar de trabajo, la supresión de ingresos para la familia, la separación del entorno familiar, y en definitiva, producir un daño más grave que el beneficio social que suponga el ingreso en prisión por razones de justicia. En todo caso para la sustitución, el reo no puede ser habitual y se concederá atendiendo a las circunstancias personales del mismo, su conducta, la naturaleza del hecho y, en especial, al esfuerzo en la reparación del daño ocasionado.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tal y como señala su Exposición de motivos, afronta la reforma de la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, instaurando un nuevo sistema caracterizado por un único régimen de suspensión, que ofrece diversas alternativas. En esta nueva regulación se introduce por primera vez en el Código penal español la institución de la mediación penal en los artículos 80.3 CP y 84 CP.

c) La suspensión de la pena privativa de libertad conforme a la nueva regulación

La regulación anterior a la LO 1/2015 diferenciaba claramente en fase de ejecución de sentencia entre la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad. Esta distinción se ha difuminado en la nueva regulación, como veremos, en la que la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al penado por otras penas viene a configurarse como un supuesto de suspensión de la pena. Este único régimen de suspensión facilita una tramitación más rápida de la ejecución de la pena en su fase inicial, por cuanto los jueces y tribunales resolverán de una sola vez sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no, evitando que dicten -como ocurría en la regulación anterior- hasta tres deci-

siones sucesivas, que eran objeto de reiterados recursos y que alargaban el proceso de ejecución.

En todos los supuestos de suspensión regulados en el artículo 80 CP es requisito indispensable que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, lo que se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacerlas de acuerdo a su capacidad económica y sea razonable esperar que dicho compromiso será cumplido en un plazo prudencial que el juzgado o tribunal determine (artículo 80.2.3º CP). Además de regularse los plazos de la suspensión y el cómputo de los mismos, se establecen las posibles condiciones para el otorgamiento de este beneficio, distinguiéndose entre dichas condiciones el cumplimiento de prohibiciones y deberes (artículo 83 CP) y el cumplimiento de alguna o algunas de las prestaciones previstas en el artículo 84 CP, entre las que destaca por su novedad el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (artículo 84.1 CP)

Esta es otra de las diferencias fundamentales entre la nueva y la anterior regulación en relación a este beneficio y radica en que por primera vez en el CP se configura la mediación como condición, alternativa a la reparación efectiva del daño o a la indemnización del perjuicio causado por parte del condenado, conforme a sus posibilidades físicas y económicas. Esta medida podrá ser modificada por el juez o tribunal o, incluso sustituida por otra menos gravosa, en el caso de que se haya producido una modificación de las circunstancias que aconsejaron la adopción de esta condición (artículo 85 CP).

Así mismo, se prevé que el incumplimiento grave y reiterado del acuerdo alcanzado en mediación dé lugar a la revocación del beneficio. Si el incumplimiento no es grave o reiterado, el régimen de cumplimiento del acuerdo mediador podrá ser modificado o incluso podrán imponerse nuevas prohibiciones, deberes o medidas, o bien prorrogar el plazo de la suspensión (art. 86 CP).

Como alternativas posibles dentro del régimen único de suspensión de la condena la nueva regulación mantiene los supuestos de suspensión a los delincuentes que cometen el hecho delictivo a causa de su grave adicción a drogas o a sustancias tóxicas. En este caso se concede libertad a los jueces y tribunales para poder resolver acerca de cuáles deben ser las comprobaciones que deben llevarse a cabo para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales que se exigen. Además, en el caso de que el condenado se encuentre en

tratamiento de deshabituación en el momento de la concesión de la suspensión, se condiciona la misma a que no abandone dicho tratamiento hasta su finalización (art. 80.5 CP).

d) La sustitución de la pena privativa de libertad conforme a la nueva regulación

La nueva regulación mantiene la sustitución de la pena de prisión por la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. La sustitución pasa a ser regulada en el artículo 80.3 CP como una modalidad de suspensión, que no opera automáticamente, y en la que, en caso de adopción, el juez o tribunal debe acordar siempre una de las dos medidas de los números 2º o 3º del artículo 84CP, esto es: el pago de una multa cuya extensión determinará el juez o tribunal atendiendo a las circunstancias del caso; o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulta adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho o del autor.

Respecto de esta regulación realizamos las siguientes precisiones:

En primer lugar, el CP ofrece a jueces y tribunales la facultad de moderar tanto el importe de la multa a imponer como el número de trabajos en beneficio de la comunidad a realizar, dentro de ciertos límites. Serán pues las circunstancias concretas del hecho o del autor las que determinarán la imposición de la pena; circunstancias que están previstas en el CP como una forma de individualización de la pena a imponer. Por tanto, se da vía de entrada a que el acuerdo de mediación pueda tener cabida en la determinación de la pena, aunque no se exprese abiertamente.

En segundo lugar, se relacionan los trabajos en beneficio de la comunidad como una forma de obtener la reparación simbólica a la comunidad. En este sentido, entendemos que el legislador emplea el término entendiendo por tal la realización de “labores de reparación de los daños causados o de apoyo o de asistencia a las víctimas de delitos de similar naturaleza al delito cometido”, esto es en el sentido de reparación material en forma de servicio a la comunidad. Ello nos hace pensar en los casos en los que la víctima renuncia a una compensación material directa por sentirse reparada a través de una petición

de disculpas o bien en aquellos casos en los que no se ha producido un daño material a la víctima⁵⁷⁴.

En tercer lugar, en el caso de supuestos de violencia de género y/o de violencia doméstica, en el artículo 84.2 CP la sustitución de la pena de prisión por multa sólo se admite cuando consta acreditado que, en caso de relación conyugal, de convivencia o de filiación, o de existencia de una descendencia común, no existen relaciones económicas derivadas de dicha relación familiar entre las partes. Y todo ello, con el objeto de que no queden desvirtuadas las expectativas económicas de las víctimas de estos delitos por la imposición de una multa económica que afecte a las posibilidades económicas del condenado. Por tanto, cuando ello sea así sólo cabrá la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, ello plantea otras cuestiones que ya han sido puestas de manifiesto por la doctrina y concretamente hasta qué punto esta modalidad de cumplimiento puede ser de difícil implantación en los casos de violencia doméstica o de género⁵⁷⁵.

En estos casos, la conversión de la pena de prisión por la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad se debe condicionar siempre a la reparación efectiva del daño o a la indemnización del perjuicio causado, conforme a sus posibilidades físicas y económicas. Por tanto, el importe de la reparación o de la indemnización a la víctima del delito podrá ser moderada por el juez o tribunal. También es posible que, alternativamente a lo anterior, pueda condicionarse la conversión al cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en los que sea posible (art. 80.3, 2º párrafo CP), lo que excluye los supuestos de violencia de género aunque no los casos de violencia doméstica.

⁵⁷⁴ TORRES ROSELL, N.: “Una lectura en clave reparadora de las sanciones penales: las sanciones de cumplimiento...”, ob. cit. pág. 175.

⁵⁷⁵ TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales en la lucha contra la Violencia de Género”, en *Violencia de Género y Sistema de Justicia Penal*. VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.); Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

1.4.5 Mediación en el ámbito penitenciario

La mediación también puede efectuarse y producir sus efectos una vez el condenado esté cumpliendo la condena impuesta, en fase penitenciaria.⁵⁷⁶

No existe ninguna norma que haga referencia a la mediación en el CP en materia penitenciaria pero en tanto que el CP tiene en cuenta la reparación del daño a la víctima, el acuerdo reparador puede surtir sus efectos en orden a la concesión de determinados beneficios penitenciarios. Así, cuando la persona condenada estuviere cumpliendo condena en un centro penitenciario, la mediación puede ser tomada en consideración en orden a: a) obtener la clasificación en régimen abierto en la clasificación inicial, siendo preciso que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en aras a la restitución de lo sustraído, la reparación del daño y la indemnización de los daños materiales y morales; b) obtener permisos penitenciarios, por considerarse que se ha producido una evolución en el tratamiento penitenciario; c) obtener la libertad condicional, ya que la mediación con la víctima puede ser considerada incluida dentro del concepto jurídico “buena conducta”; y d) obtener la libertad condicional anticipada del art. 91. 2 CP siempre que se participe de forma efectiva en programas de reparación del daño a las víctimas⁵⁷⁷.

2. Mediación penal y violencia de género

La Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre, se refiere de forma expresa a la mediación penal, aunque en un sentido negativo, al prohibirla en las infracciones que contempla. Criticamos este posicionamiento de nuestro legislador, discutible al ser en este tipo de conflictos, como ha demostrado la experiencia en otros países de nuestro en-

⁵⁷⁶ Conclusiones del curso “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales”, en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*; en *Estudios de Derecho Judicial*, 136-2007, CGPJ, pág. 268.

⁵⁷⁷ Conclusiones del curso “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales, en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*; en *Estudios de Derecho Judicial*, 136-2007, CGPJ, pág. 269.

torno, donde la mediación puede tener un satisfactorio efecto reparador si se aplican las técnicas mediadoras adecuadas y con las cautelas precisas como consecuencia de la particular situación de la víctima. Entendemos que las opciones de exclusión o prohibiciones generales carecen del necesario fundamento que las justifique, incluso al amparo de la normativa europea en la materia, como veremos en este apartado. Por ello, nos centraremos en este apartado en la normativa internacional sobre la violencia de género, haciendo una especial mención en la regulación austriaca y finlandesa. También haremos referencia a los obstáculos a la mediación y a los principales argumentos de defensa de la mediación penal en violencia de género.

2.1 Normativa internacional sobre justicia restaurativa en el contexto de la violencia de género

2.1.1 Consejo de Europa

En el seno del Consejo de Europa destaca, por su importancia en esta materia, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011. El Convenio, en su artículo 48, señala que los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, para todos los supuestos de violencia doméstica y de género. Así mismo, se insta a éstos para velar por que la persecución de esta clase de delitos no dependa totalmente de la denuncia de la víctima, favoreciéndose que el proceso continúe aun cuando ésta se retracte o retire su denuncia.⁵⁷⁸

Entendemos que esta norma, en realidad, no prohíbe la mediación en los casos de violencia de género; lo que se prohíbe es que ésta sea obligatoria para las mujeres. Y todo ello con el objeto de evitar que la mediación o cualquier otra fórmula de Justicia Restaurativa, alternativa al sistema de justicia penal, sea adoptada sin el consentimiento o la voluntariedad de las partes. Es

⁵⁷⁸ MARTÍN RÍOS, P.: "La exclusión de la Mediación como manifestación de las *no-drop policies* en Violencia de Género: Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE", en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*. (Martín Ostos, J. Coord.) Atelier, 2013, págs.363 a 371. Puede consultarse el Convenio en BOE núm. 137, de 6-6-2014.

por ello que consideramos que desde el Consejo de Europa se admite que pueda aplicarse la justicia restaurativa en el ámbito de la violencia contra la mujer.

2.1.2 Organización de Naciones Unidas

La violencia de género, es considerada un ámbito de acción prioritaria en el marco de la ONU, así como en el de otras organizaciones internacionales. Entre las principales resoluciones de la ONU adaptadas al respecto, destacamos las siguientes:

a) La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, acordada por Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104 de 20 de diciembre de 1993.⁵⁷⁹

Esta Declaración reconoce la violencia contra la mujer como una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de ésta y a la discriminación en su contra por parte del hombre, lo que ha impedido su adelanto pleno. Así mismo ha configurado este tipo de violencia como uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre. Reconoce que la violencia contra la mujer en la familia y en la sociedad se ha generalizado y trasciende las diferencias de ingresos, clases sociales y culturas, siendo necesario que se contrarreste con medidas urgentes y eficaces para eliminar su incidencia. Por tal motivo, señala que los Estados deben establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infringidos a las mujeres que sean objeto de violencia, así como facilitarles acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido. Además, los Estados deben informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de estos mecanismos. Señala, así mismo, la obligación de los Estados de adoptar medidas de índole jurídica,

⁵⁷⁹ Disponible en www.un.org/es/globalissues/women/violencia.shtml. Última consulta, 2-2-2018.

política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer.

b) El Informe “Estrategias para luchar contra la violencia doméstica”, elaborado por Naciones Unidas en Nueva York el 1997.⁵⁸⁰

El apartado D.9 del Capítulo III del Informe incluye, dentro del apartado referido a la “Mejora del sistema de justicia penal”, la referencia a la mediación. En este sentido, afirma que los mecanismos alternativos pueden ofrecer soluciones flexibles para las cuestiones que requieren resolución. Ahora bien, en los casos de violencia doméstica existe un desequilibrio de poder entre la víctima y el acusado, lo que hace que la mediación sea problemática. Después de señalar las razones por las que los críticos de la mediación se oponen a ella, afirma este informe que los partidarios de la mediación en los casos de la violencia doméstica la defienden como una posible solución a una amplia gama de problemas y centran su finalidad en poner fin a la violencia. El Informe admite que la mediación puede ser adecuada en los casos en los que las lesiones de la víctima sean poco importantes; cuando el acusado no repite su conducta violenta (puede muy bien suceder que se haya tratado de un incidente único); y cuando la violencia representa únicamente uno de los problemas que se plantean en una relación. Añade que si las víctimas pueden llevar personas de apoyo a las reuniones de mediación, esta posibilidad puede fomentar la relativa igualdad de la pareja. Y que cuanto más útil es la mediación es en las situaciones en las que ya no hay violencia y el acusado admite su responsabilidad por la conducta violenta anterior; en estos casos la mediación puede ayudar a que los participantes se reconcilien. Pero en todo caso, el consentimiento de la víctima es esencial y la dificultad estriba en saber si se trata de un consentimiento sincero.

⁵⁸⁰ Disponible en www.nodo50.org/mujeresred/v_doc_oficiales.htm. Última consulta, 2-2-2018.

En definitiva, partiendo de esta Declaración y de este Informe indicados no consideramos que la ONU prohíba la mediación en violencia de género, aunque sí la limita a supuestos de menor entidad.⁵⁸¹

2.1.3 Unión Europea

Como hemos visto anteriormente al estudiar la normativa de la UE sobre la mediación penal, las normas fundamentales que debemos destacar son dos: la Decisión Marco 2001/220/JAI y la Directiva 2012/29/UE. Como ya pusimos de manifiesto, desde marzo de 2006 –momento en que expiró el plazo contenido en la Decisión Marco de 2001- España incumplió el mandato de promoción de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico. Y, en concreto, tras la LO 1/2004, prohibió de forma expresa la mediación penal en violencia de género en el artículo 87 ter, apartado 5, de la LOPJ.

Ello planteó la duda jurisdiccional de si, esta disposición nacional, que excluye la mediación en los delitos cometidos en este ámbito, contravenía o no el artículo 10 de la Decisión Marco. La petición de decisión prejudicial se realizó desde la Audiencia Provincial de Tarragona y fue planteada al TJUE. Concretamente, se interesó saber si el artículo 10 de la Decisión Marco 2001/220 debía interpretarse en el sentido de que obligaba a los Estados miembros a prever la posibilidad de mediación también en el caso de los delitos cometidos en el ámbito familiar.

En el Auto de 15 de septiembre de 2009 de la AP Tarragona⁵⁸² enviado al TJUE planteando la cuestión, los magistrados consideraron que la víctima, de 45 años, había demostrado “plena autonomía personal, independencia económica, con competencia cultural y social, y sin atisbo alguno de presión psicológica o rasgos de sumisión hacia su pareja”. Los hechos concretos tuvieron lugar en 2007 y el agresor fue condenado a 16 meses de cárcel por lesiones y amenazas y se le prohibió que se aproximara a la víctima en un plazo de un año y nueve meses. Días después de la sentencia, por petición expresa de la

⁵⁸¹ ESQUINAS VALVERDE, P: *Mediación entre víctima y agresor en Violencia de Género*. Tirant lo Blanch; Monografías 566, Valencia 2008; pág. 17.

⁵⁸² Auto AP de Tarragona, de 15-9-2009. Disponible en www.juecesdemocracia.es/asociados/comisiones/penal/doc/479_09%20CUESTION%20PREJUDICIAL%20TRIBUNAL%20JUSTICIA.pdf. Última consulta, 7- 2-2018.

víctima, ambos reanudaron la convivencia, hasta que en febrero de 2008, él fue condenado por quebrantamiento de condena. La víctima, Licenciada en Antropología, con un máster universitario en mediación y dedicada a la atención a la infancia, explicó a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, especializada en este tipo de violencia, que quería volver a vivir con su pareja, no entendiendo que el Estado “se meta” en su vida y se consideraba una “víctima” de la normativa penal. La AP se preguntó si esta protección legal entraba en conflicto con el derecho a la vida privada y familiar, que protege la Carta Europea de Derechos Humanos, así como vulnerar la Decisión Marco de 2001 que regula el Estatuto de la víctima en el proceso penal, que señala que debe tenerse en cuenta la opinión de la víctima y su autonomía personal⁵⁸³

El TJUE, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, resolvió acerca de esta cuestión en el sentido de considerar que el artículo 10 de la Decisión Marco concede a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a efectos de determinar los delitos que pueden dar lugar a mediación y que dicho precepto no obliga a los Estados miembros a permitir la mediación en los delitos cometidos en el ámbito familiar.⁵⁸⁴

Por otra parte, la Directiva 2012/29/UE, que sustituye a la anterior Decisión Marco, va más allá que ésta y de la mediación ya que menciona expresamente y define la justicia reparadora como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial. En este sentido, Tamarit Sumalla señala que la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del *confereencing* puede aportar importantes rendimientos en los supuestos de violencia de género, en que la intervención de miembros del grupo familiar puede resultar útil en la gestión del conflicto planteado. Y manifiesta que la Ley 1/2004 sólo prohíbe la mediación,

⁵⁸³ FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMÓN, A. M^a. : *El impacto de la Mediación en los casos de Violencia de Género. Un enfoque actual práctico*. Lex Nova, 2011; pág. 155.

⁵⁸⁴ Sala Cuarta del TJUE. Ponente: Sr. L. Bay Larsen. (párrafos 71 a 76) Puede consultarse la mencionada sentencia en <http://www.curia.europa.eu/juris/document/document>. Última consulta, 11-12-2017. Esta sentencia resolvió dos asuntos acumulados: C-483/09 y C-1/10 (Gueye y Salmerón Sánchez). Los dos asuntos acumulados tenían por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 35 UE por la Audiencia Provincial de Tarragona, mediante respectivos Autos de 15-9-2009, modificado por Auto de aclaración de 8-10-2009, y de 18-12-2009. El caso planteado en este trabajo es el primero de ellos. (Magatte Gueye, asunto C-483/09).

pero no prohíbe el *conferencing*, por lo que “la introducción de procesos de justicia restaurativa inspiradas en el *conferencing* puede hacerse sin necesidad de esperar una reforma legal, incluso en los casos de violencia de género”⁵⁸⁵. No es esta nuestra opinión, como veremos en el capítulo siguiente.

2.1.4 Algunos ejemplos europeos

Son varias las legislaciones europeas en las que, en los casos de violencia de género y doméstica, la primera intervención es la del juez civil, salvo que los hechos estén descritos como delito en sus respectivas legislaciones penales. En estas legislaciones se parte de la base que hay determinados supuestos en los que la crisis familiar con reacciones violentas leves pueden solucionarse sin acudir a la vía penal. Este es el caso de la legislación austriaca, alemana e italiana, que siguiendo los precedentes de algunos países del *Common Law* – Inglaterra y EE.UU.-, han optado por atribuir al juez civil la competencia objetiva para adoptar medidas civiles para poner remedio a las situaciones de violencia en el seno de la familia. Entre estas medidas se halla la expulsión del domicilio y prohibición de entrada en el mismo y la orden de evitar el encuentro con la mujer⁵⁸⁶. Con esta experiencia se ha comprobado en Austria que el sistema ha funcionado adecuadamente y ha reducido la violencia en un 40% de los casos y que en el 60% restante se ha concluido con medidas de represión penal⁵⁸⁷.

En la mayoría de los países europeos se excluyen este tipo de delitos del ámbito de la mediación, entre ellos España con una prohibición expresa y también en el Reino Unido en el que quedan excluidos en la práctica. Vamos a analizar dos regulaciones europeas que sí admiten la mediación en los delitos de violencia de género aunque con condiciones: la legislación austriaca y la finlandesa.

⁵⁸⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Procesos restaurativos más allá de la Mediación: perspectivas de futuro”..., ob. cit., págs. 324 y 325.

⁵⁸⁶ FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMÓN, A. M^a. : ob. cit., pág. 41 a 43. GOSSEL A.: “El alejamiento del domicilio familiar del agresor en el Derecho alemán. La Violencia Doméstica y los actuales intentos legislativos para su contención”. Biblioteca Jurídica Virtual. *Revista de Derecho Privado*, nueva serie, nueva época, año I, n^o 2, mayo-agosto 2002.

⁵⁸⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Mediación en Violencia de Género, una solución o un problema”, en *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio multidisciplinar*; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., SANZ HERMIDA, A. M^a, ORTIZ PRADILLO, J.C. (Coords.); Colex, 2010; págs. 202-203.

a) El caso austriaco

En el sistema austriaco⁵⁸⁸, la mediación se aplica en el ámbito de la violencia de género; pero para que pueda aplicarse es necesario que la pena por el delito sea inferior a 5 años de prisión y están excluidas las causas con resultado de muerte; además no debe apreciarse un alto grado de culpabilidad en el ofensor; debe tenerse en cuenta el principio de prevención general e individual, esto es, que la pena no sea necesaria para prevenir futuros comportamientos delictivos; y debe haber una adecuada clarificación de los hechos y sus circunstancias. Como requisitos legales de la mediación en general, el ofensor debe aceptar la responsabilidad de los hechos; mostrar disposición para confrontarse con éstos; hacer un esfuerzo para compensar a la víctima en cualquier forma que sea apropiada; comprometerse a abstenerse de todo comportamiento delictivo en el futuro; y la víctima debe mostrar su consentimiento a la mediación. Si se dan estas circunstancias y el acuerdo de mediación es positivo, el Ministerio Fiscal puede acordar el archivo del procedimiento. Una de las formas en que el Ministerio Fiscal puede actuar en este sistema es mediante la desviación de casos del sistema de justicia tradicional, evitando la celebración del juicio, enviando el caso a mediación. Pero también puede aplicarse la mediación por el tribunal una vez que la acusación haya sido presentada. En el sistema austriaco, se parte de la concepción de que las necesidades emocionales y materiales de las víctimas son satisfechas de forma más efectiva a través de la mediación, por lo que ésta debe ser la primera opción en los casos en los que exista una víctima personalmente identificada. La evaluación de la mediación penal en los casos de violencia de género en este país ha sido muy positiva. Así, según las investigaciones desarrolladas por Christa Pelikan, en Austria, la mediación en este ámbito ha contribuido a la separación de la pareja en casi la mitad de los casos; en el 83% de ellos las mujeres que respondieron a la investigación no experimentaron ulterior violencia y en el 40% de los casos en los que la mujer

⁵⁸⁸ Seguimos en esta materia a DE VICENTE CASILLAS, C.: "La Mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la Mujer. Una propuesta de regulación."... ob. cit., págs. 207 a 211; y a SOTELO MUÑOZ, H.: "Aportaciones internacionales...", ob. cit., pág. 97: En Austria el inicio de proyectos piloto data de 1980 con jóvenes y se amplía en 1990 con adultos, regulándose formalmente en 1999 para delitos con menos de 5 años de prisión.

continuaba con el ofensor o mantenía contacto con él y no había experimentado más violencia, consideraba que la mediación había producido un cambio en el agresor⁵⁸⁹.

b) El caso finlandés

En Finlandia⁵⁹⁰, la elección de los diferentes tipos de delito susceptibles de someterse a mediación se realiza atendiendo a la naturaleza, el método del crimen y la relación habida entre las partes. Se excluyen los supuestos en los que la víctima es menor de edad o tiene especiales necesidades de protección como es el caso de la violencia sexual contra menores. En este país, se admite la mediación en los supuestos de violencia de género, pero se excluye en los casos en los que hay reincidencia por parte del agresor; si las partes han acudido al servicio de mediación con anterioridad y si aparece que el ofensor considera la violencia como un modo de relacionarse con su pareja. La iniciativa en la remisión de casos a mediación en general puede ser tomada por el denunciado, la víctima, la policía o el Ministerio Fiscal; pero en los supuestos de violencia de género la iniciativa tan sólo puede ser de la policía o del Ministerio Fiscal. Como objetivos de la mediación se hallan la aceptación activa de la responsabilidad por parte del agresor; desarrollar el sentido de la responsabilidad; romper con la escalada criminal desde el momento inicial, y compensar a la víctima del crimen. Por tanto, en este país, en principio, se admite la posibilidad de mediar en relación a cualquier tipo de delito.

Los acuerdos alcanzados en mediación de violencia dentro de la pareja han sido investigados en Finlandia por Sija Jarvinen y Erika Uotila dentro de un estudio comparativo más amplio sobre la mediación y violencia en los países Escandinavos. Los tipos de delitos remitidos a mediación en Finlandia fueron en un 90% lesiones, y de las parejas que manifestaron tener relación al tiempo

⁵⁸⁹ PELIKAN, C.; BACHINGER, L.M.: "Victims and restorative Justice. An empirical study of the needs, experience and position of victims within restorative justice practices." Country report, Juli 2012; PELIKAN, C.: On the efficacy of victim-offender mediation in cases of partnership-violence in Austria. Men don't get better but women get stronger: is it still true? Outcomes of an empirical study. July 2012; DE VICENTE CASILLAS, C.: ob. cit., pág. 215. La investigación realizada por Christa Pelikan ha sido analizada en las págs.217 a 220.

⁵⁹⁰ Seguimos en esta materia a DE VICENTE CASILLAS. "La Mediación Penal en España...", ob. cit., págs. 211 a 214. Desde el año 1966 ha sido posible acceder a la mediación penal en determinadas condiciones y desde el año 1997 ha sido regulada en su Código Penal. En 2006 entra en vigor la Ley 1015/2005, de 9 de diciembre de 2005, de mediación en casos civiles y penales, que extiende la mediación penal en todo el territorio nacional de Finlandia.

de ocurrir el incidente, un 69% manifestaron seguir juntas tras el mismo. En un 80% de los casos se incluyó una petición de perdón a la víctima y en un 63% de los casos se manifestó la existencia de arrepentimiento por los hechos. Entre los aspectos positivos de la mediación, los investigadores destacaron que la mediación es un buen método para que las partes puedan dialogar, expresar sus sentimientos y comprometerse a desarrollar un comportamiento no violento y a cambiar su estilo de vida.⁵⁹¹

2.2 Principales obstáculos jurídicos a la mediación penal en violencia de género y principales argumentos doctrinales en contra

2.2.1 Principales obstáculos a la mediación penal en violencia de género

Fundamentalmente son dos los obstáculos legales a la instauración de la mediación penal en violencia de género en España: la prohibición de mediar que efectúa la LO 1/2004 y la imposición obligatoria de la prohibición de aproximación del agresor respecto de la víctima sin tener en cuenta la voluntad de ésta. En este apartado vamos a realizar una primera aproximación a estas dos cuestiones y será en el próximo capítulo donde realizaremos un análisis en profundidad y nuestras aportaciones al respecto. Sírvase decir que esta primera aproximación lo es como introducción al apartado 2.2.2 y posterior 2.3 de este capítulo tercero, esto es, a los principales argumentos en contra y a favor de la mediación en violencia de género.

a) La prohibición expresa de mediar en violencia de género

La Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre, se refiere de forma expresa a la mediación penal, aunque en un sentido negativo, al prohibirla en las infracciones que contempla. En general diremos que, dadas las experiencias del todo positivas en mediación que suponen, en nuestro país, la mediación familiar y las experiencias de Justicia restaurativa en el ámbito penal de menores, consideramos un error que la L.O.

⁵⁹¹ JARVINEN, S; UOTILA, E.: "No further claims", en *Analysis of the agreements reached in intimate relationship violence mediation meetings in Finland*. La investigación realizada por Sija Jarvinen y Erika Uotila ha sido analizada por DE VICENTE CASILLAS, C.: ob. cit., págs. 220 a 223.

1/2004 excluya, en todo caso, la mediación en asuntos de violencia de género. Pero además, es criticable este posicionamiento de nuestro legislador al ser en este tipo de conflictos, como ha demostrado la experiencia en otros países de nuestro entorno, donde la mediación puede tener un satisfactorio efecto reparador si se aplican las técnicas mediadoras adecuadas y con las cautelas precisas como consecuencia de la particular situación de la víctima. Entendemos que las opciones de exclusión o prohibiciones generales carecen del necesario fundamento que las justifique, incluso al amparo de la normativa europea en la materia, y vamos a justificarlo a lo largo del siguiente apartado al estudiar los argumentos favorables a la mediación penal en esta materia.

Respecto a la citada prohibición existen posturas contrapuestas en torno a su alcance. La primera cuestión que se plantea es si la prohibición de mediar afecta únicamente al ámbito civil, al penal, o a ambos. Ello nos lleva necesariamente al estudio sistemático del artículo 44.5 de la LO 1/2004 que dispone: "(...) En todos estos casos está vedada la mediación". En concreto, existen dos posturas: la de aquellos que defienden que la Ley 1/2004 ampara que el concepto del que debe partirse (a efectos de la prohibición de la mediación), es el de la violencia definida en el artículo 1 de la misma, es decir, la violencia que se ejerce sobre las mujeres por los hombres, por el solo hecho de serlo, cuando entre ambos existe o ha existido una relación sentimental. Por tanto, la mediación quedaría tan solo prohibida *strictu sensu* en el ámbito penal, aplicándose, no obstante, la mencionada prohibición también al ámbito civil. Y ello porque el artículo 44 de la LO 1/2004, al adicionar el artículo 87 ter LOPJ, lo hace distribuyendo de forma sistemática la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, tanto en el orden penal (art. 44.1), como en el orden civil (art. 44.2 y 44.3). Y, la de aquellos que, siguiendo la misma argumentación, entienden que la prohibición de la mediación afecta tan solo al ámbito civil, pero no al penal. Y ello lo argumentan al entender que son únicamente los casos civiles los que se ven afectados por la prohibición (art. 44.5) por estar ubicados sistemáticamente de forma inmediatamente anterior a ésta (art. 44.2 y 44.3).⁵⁹²

⁵⁹² Defensores de la prohibición en ambos ámbitos los encontramos en, CHOLVI ROIG, F.: "La prohibición de la Mediación en materia de Violencia de Género", en Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. FIGUERUELO BURRIEZA, A. (Dir.); DEL POZO PEREZ, M. (Dir.); LEON ALONSO, M. (Dir.); GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (Coord.) Comares, 2013; págs. 337 y 338. Por su parte, entienden que la prohibición afecta sólo al ámbito de

La segunda cuestión que se plantea es determinar a qué fase del procedimiento penal afectaría la prohibición. En este sentido nos encontramos con aquellas posturas que entienden que el marco legal en el que nos movemos es el artículo 87 ter. 5 LOPJ. Ello implica que la LO 1/2004 excluye la mediación expresamente en los procesos seguidos ante los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Y serán todos los asuntos penales de violencia de género que tengan conocimiento dichos Juzgados los afectados por tal prohibición⁵⁹³. Según algunas interpretaciones ello comporta que, aunque subsista la prohibición, sí sería posible la mediación después de la fase de instrucción, ya que la norma se ubica dentro de la competencia de estos Juzgados, los cuales se ocupan de la instrucción. Cabría, pues, mediación durante la fase intermedia, en la fase de juicio oral y durante la fase penitenciaria⁵⁹⁴. Ocurre, no obstante que los JVM se ocupan de la instrucción, pero también dictan sentencias de conformidad con la acusación en relación con los delitos de violencia de género que se tramitan por el procedimiento de diligencias urgentes de juicio rápido, que son la mayor parte de delitos de maltrato ocasional, amenazas y coacciones leves. Es decir, los JVM no se limitan a instruir. De ahí que, en la práctica, consideramos que la mediación en relación a los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP está vedada más allá de la instrucción. Sobre ello incidiremos más adelante.

b) La imposición obligatoria de la prohibición de aproximación como pena en los delitos de violencia de género

Este régimen de imposición preceptiva regulado en el art. 57.2 CP ha dado lugar a abundantes críticas por parte de la doctrina, sobre todo en relación a los supuestos de reconciliación víctima-agresor y reanudación de la convivencia,

lo civil, RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "Mediación penal y Violencia de Género", *La Ley*, nº 7557, 28 de enero de 2011, pág. 5-8. La prohibición del recurso a la mediación en violencia de género es estudiada por VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Política criminal española en materia de Violencia de Género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 117 a 125.

⁵⁹³ MARTÍN RÍOS, P.: "La exclusión de la Mediación como manifestación de las *no-drop policies* en Violencia de Género. Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE". *Diario La Ley*, nº 8016, 2013; pág. 364.

⁵⁹⁴ GUARDIOLA LAGO, M. J.: "La víctima de Violencia de Género en el sistema de justicia y la prohibición de la Mediación Penal", en *Revista General de Derecho Penal* 12 (2009) págs.31 y 32. Para la autora la prohibición de la mediación se encuentra limitada en un doble sentido: en función del sujeto pasivo y de la fase del procedimiento penal en la que se pretenda realizar. (pág. 30); VARELA GÓMEZ, B. J.: "Mediación Penal y Violencia de Género", en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género...*, ob. cit., pág. 399.

que tiene como consecuencia la comisión de numerosos delitos de quebrantamiento de condena y quebrantamiento de medida cautelar. El propio sistema penal en esta materia resulta inapropiado para resolver determinados conflictos en los que la víctima no desea una pena de alejamiento respecto de su agresor, dejando al margen de toda consideración su voluntad. En definitiva, se trata de una excesiva judicialización del problema que no ha colaborado en nada a su disminución, sino a aumentar los casos de quebrantamiento tanto de la medida cautelar como de la pena de alejamiento y, en definitiva, a criminalizar esta cuestión. Por una parte, la mediación se ve dificultada porque la prohibición de aproximación es un obstáculo para que el mediador pueda convocar a las partes a una reunión para alcanzar un acuerdo mediador y, por la otra, la reconciliación víctima-agresor hace que la medida cautelar y la pena preceptiva de alejamiento que lleva aparejada el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP son un obstáculo para que las partes quieran mediar.

2.2.2 Argumentos en contra de la mediación penal en violencia de género

Vamos a analizar y a contra argumentar sobre las principales posturas que encontramos en la doctrina contrarias a la mediación penal en violencia de género. Entre ellas, destaca como argumento fundamental, la situación de desigualdad entre las partes sometidas a mediación en los supuestos de maltrato. Y directamente relacionado con éste, la falta de voluntad real de la víctima, ya que se considera que su consentimiento estaría viciado, lo que comportaría la inexistencia de uno de los requisitos definidores de la mediación tal cual es la voluntariedad de ambas partes en acogerse a un proceso mediador. Este argumento está relacionado con la situación de falta de equilibrio entre las partes y con la consideración de que la mediación podría favorecer la fase “luna de miel”⁵⁹⁵ del ciclo de la violencia contra la mujer.

⁵⁹⁵ Leonore Walker estudió el efecto que sobre la mujer ocasiona el maltrato denominándolo “síndrome de mujer maltratada”. La psicóloga norteamericana definió la mujer maltratada como aquella que permanece en una relación en la cual su pareja la agrede de forma cíclica y repetitiva y que se desarrolla a través de varias fases siendo la fase de “luna de miel” una de ellas. Este ciclo repetitivo tiene lugar a través de una primera etapa de acumulación de tensión entre las partes, con pequeños incidentes que van en aumento en la que el agresor intenta controlar, sobretodo psicológicamente, a la mujer y ésta tiende a minimizar, disculpar y justificar su comportamiento. Seguidamente, deviene la fase de explosión de la tensión acumulada, que es la fase de maltrato propiamente dicho, que se caracteriza porque el maltratador hace uso de la

a) La desigualdad entre las partes sometidas a mediación

Se afirma que la intención de la LO 1/2004 de violencia de género es generar un primer avance en la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y así el artículo 1 de la Ley utiliza los conceptos de “discriminación, desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres al definir la violencia de género y el objeto de la Ley en la lucha contra éstos⁵⁹⁶.

La cuestión que se plantea es hasta qué punto esta situación de desigualdad puede trasladarse en la mediación a la relación entre las partes, víctima y agresor, de manera que el maltratador imponga su voluntad en el acuerdo reparador a costa de la voluntad real de la mujer. La quiebra del principio de igualdad es uno de los inconvenientes de la mediación penal en violencia de género, lo que supone que la relación de poder origen del comportamiento delictivo se reproduzca durante los encuentros entre la víctima y el maltratador. Así, se ha señalado que cabría la posibilidad de que, en la práctica, la mujer se sometiera a un proceso de mediación y aceptase un acuerdo de mediación por imperativo de su pareja o por el miedo que le ocasionase contradecir su voluntad⁵⁹⁷.

Para evitar esta situación, Esquinas Valverde señala como grupos inidóneos para someterse a un proceso de mediación, el de los maltratadores que no hayan asumido su culpabilidad o que presentaran un síndrome de adicción a sustancias tóxicas, así como el de las mujeres con un largo historial de maltrato a sus espaldas, y el de aquellas que durante el procedimiento penal hubieran mostrado una actitud ambivalente con respecto a sus agresores, o una

violencia física y psíquica, con pérdida del control por su parte. La tercera y última etapa es la denominada “fase de luna de miel” y se recibe este nombre porque el maltratador trata de buscar la aquiescencia de la mujer iniciando conductas compensatorias que confunden a la víctima, mostrando su supuesto arrepentimiento, rogando su perdón; conductas que logran su objetivo de manera que el maltratador logra una calma relativa hasta que vuelve a iniciarse de nuevo el ciclo con la acumulación de nuevas tensiones en la pareja. Y así sucesivamente. WALKER, L. *The Battered Woman*, 1979.

⁵⁹⁶ DEL POZO PEREZ, M.: “¿Es adecuada la prohibición de Mediación del artículo 44.5 de La Ley Orgánica 1/2004?”, en *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal. Estudio y Análisis*. MARTÍN DIZ, F. (Coord.); Andavira; Santiago de Compostela, 2011, pág. 299.

⁵⁹⁷ PELAYO LAVÍN, M.: *La Mediación: una vía de gestión de conflictos familiares* (Tesina inédita); Universidad de Salamanca, 2009; citada por DEL POZO PEREZ, M.: “¿Es adecuada la prohibición de Mediación del artículo 44.5 de La Ley Orgánica 1/2004?..., ob. cit., págs. 315 y nota 12, pág. 291.

intensa relación de dependencia emocional hacia ellos⁵⁹⁸. En idéntico sentido, Castillejo Manzanares considera que no cabrá la mediación en los supuestos en los que, por los graves hechos de violencia la mujer se encuentre en una situación que le impida reaccionar para solucionar el conflicto y reducir su situación de vulnerabilidad, situación a la que se denomina de indefensión “aprendida”⁵⁹⁹.

Nosotros entendemos que, tanto el juez o el fiscal al seleccionar los casos susceptibles de mediación, como el mediador durante el proceso, deberán tener en consideración ciertos indicios indicadores de que la voluntad de la víctima es real, tales como: a quien ha correspondido la iniciativa de someter el conflicto a mediación; cómo se argumenta esta iniciativa; la actitud de la víctima al respecto; los informes psicológicos que presente la víctima; las manifestaciones de ésta y de su agresor acerca de sus expectativas con el proceso mediador; el tipo de delito; su gravedad o su escasa entidad; su carácter ocasional o su habitualidad, entre otros aspectos. Durante el desarrollo del proceso es el mediador quien debe garantizar el equilibrio necesario entre ambas partes así como que el acuerdo alcanzado sea fruto del consenso y de la voluntad libre de éstas⁶⁰⁰. En este sentido, no faltan autores que defienden que la posibilidad de mediar debe venir determinada no sólo por la voluntad de la víctima sino por el informe elaborado de un psicólogo⁶⁰¹.

Somos de la opinión que presuponer a priori y en cualquier caso que una mujer que sufre o ha sufrido violencia de género no se halla en condiciones de igualdad respecto del agresor y que, por ello, la medida de protección adoptada sea no permitir que las mujeres puedan acudir a un proceso mediador con el agresor, dice bien poco del legislador y de su consideración acerca de la libertad de las mujeres y de sus posibilidades de superación. Y máxime cuando,

⁵⁹⁸ ESQUINAS VALVERDE, P: ob. cit., pág. 88.

⁵⁹⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Mediación con víctimas especialmente vulnerables”, en *Iuris*, 1º junio, 2014, pág. 43.

⁶⁰⁰ MARTÍN DIZ, F.: “Violencia de Género: Víctima vulnerable y Mediación Penal”, en *¿Podemos erradicar la Violencia de Género? Análisis, Debate y Propuestas*. GALLARDO RODRÍGUEZ, A. M^a; DEL POZO PEREZ, M. (Coords); Comares, 2015, págs. 163 y 164. El autor, a pesar de defender la profesionalidad de los mediadores en orden a reequilibrar la situación de igualdad entre víctima y agresor, pone en duda y considera casi imposible que la víctima pueda recuperar la estabilidad emocional suficiente como para poder afrontar un proceso de mediación. En este sentido considera acertada la prohibición de mediar que efectúa la LO 1/2004.

⁶⁰¹ CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Mediación en Violencia de Género. Una solución o un problema”..., ob. cit., pág. 203.

tanto el empoderamiento de la víctima de violencia de género como la responsabilidad del ofensor, son efectos de la mediación que han sido probados con resultados positivos por varias investigaciones empíricas en diversos países como Austria, Finlandia, Canadá, en Carolina del Norte y en Phoenix (EE.UU.), o en Sudáfrica (Johannesburgo)⁶⁰².

En orden a justificar nuestra postura, partimos de la idea, en primer lugar, de que no todas las situaciones de violencia de género tienen un desarrollo similar: existen tantas situaciones como mujeres víctimas. No sólo la Ley no puede obviar la libertad de decisión de la mujer y su voluntad de someterse a un proceso mediador, sino que, además, situaciones en las que los episodios de agresividad fueran puntuales, ocasionales o de mínima entidad, como son los contemplados en el artículo 153.1 CP, serían idóneos para dar una solución legal y personal al conflicto subyacente a través de la mediación. En los casos de maltrato ocasional cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado que el proceso penal tal y como está configurado y la mediación sería un mecanismo apto para ello⁶⁰³.

En segundo lugar, la mujer puede querer romper con esa desigualdad enfrentándose a su maltratador como un paso más de empoderamiento frente a éste, a través de su participación en un proceso mediador, en el que le exigirá respeto, equilibrio de posiciones e igualdad como punto de partida. De ahí que insistamos en la importancia de que la mujer víctima de violencia de género reciba el apoyo psicológico necesario para poder gestionar la situación de maltrato. La decisión voluntaria de la mujer en este sentido puede constituir para ella un acto de afirmación, de autonomía, de libertad y de igualdad frente al maltratador y en un acto auto reparador en su dignidad.

⁶⁰² De Vicente Casillas realiza un examen de un estudio llevado a cabo por Christa Pelikan, investigadora del Instituto de sociología Jurídica y Criminología de Viena, que ha estudiado la mediación y violencia contra las mujeres durante 20 años en Austria. Puede verse el mismo así como un análisis del resultado que en esta materia se ha producido en el caso de Finlandia, en DE VICENTE CASILLAS, C.: "La Mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la Mujer. Una propuesta de regulación", en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI*; Publicaciones Universidad de Deusto, 2013, págs. 214-224.

⁶⁰³ De la misma opinión, CASTILLEJO MANZANARES, R.: "Mediación en Violencia de Género. Una solución o un problema", en *Mediación: Un método de ? Conflictos. Estudio Interdisciplinar...*, ob. cit., pág. 202.

b) El favorecimiento de la mediación del ciclo de la violencia de género con su contribución a potenciar la luna de miel

Considerar *a priori* que la mediación propicia el ciclo de maltrato, al favorecer la “fase de luna de miel”, es negar la posibilidad real de arrepentimiento del agresor y afirmar su incapacidad de afrontar esta situación y aceptar su responsabilidad en los hechos. Por ello nos mostramos en desacuerdo con esta posición.

c) La contribución de la mediación a la retirada de denuncias

En la práctica diaria existe un gran número de retirada de denuncias por parte de las mujeres víctimas de maltrato. En el mismo sentido, existen retiradas de acusación en el acto del juicio así como muchísimos supuestos en los que la mujer se acoge a su derecho a no declarar, tanto en fase de investigación de los hechos como en el acto de la vista oral. Los motivos pueden ser muy variados y pueden ir desde la desconfianza en el sistema para la resolución del problema real que afecta a la víctima, a la cual el sistema penal considera un mero testigo, hasta considerar que el sistema está excesivamente criminalizado y, que, en ningún caso, la imposición de una pena va a resolver la necesidad de la víctima de reparación del daño ocasionado.

Contrariamente a la opinión de algunos autores⁶⁰⁴, la mediación puede contribuir y canalizar muchas de estas denuncias respecto de las cuales el proceso penal tradicional no sabe dar una respuesta, por su inadecuación para la resolución del conflicto subyacente.

c) La desprotección de la víctima

Somos de la opinión que durante el proceso mediador deben operar los cauces legales habituales para la protección de la víctima como son las órdenes de protección a los efectos de garantizar en todo momento su seguridad respecto del agresor.

No obstante, necesariamente debemos hacer referencia a aquellos supuestos en los que, dictada una medida cautelar de alejamiento o, incluso con una

⁶⁰⁴ DEL POZO PEREZ, M.: ¿Es adecuada la prohibición de Mediación del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?, en *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal: Estudios y Análisis*; Andavira; Santiago de Compostela, págs. 315 a 320.

pena de este tipo impuesta en sentencia, víctima y agresor reanudan la convivencia y dejan “inoperativo” el alejamiento obligatorio. En este sentido es práctica habitual en los juzgados de violencia de género que autor y víctima acudan al mismo, cogidos de la mano a pesar de la orden de alejamiento.

En este sentido, coincidimos con Pérez Ginés en que urge el desarrollo de nuevos instrumentos que permitan encontrar una salida a los conflictos que se generan en las relaciones interpersonales, ya que la sola judicialización de las medidas de protección a casos de violencia de género no es suficiente para combatirla. Así, esta nueva situación que se plantea una vez se ha interpuesto la denuncia, una vez dictada la orden de alejamiento o una vez formulada la acusación, que implica un intento de reconciliación de las partes, podría canalizarse también a través de la mediación.⁶⁰⁵

2.3 Principales argumentos a favor de la mediación en violencia de género

En general, el uso de la mediación permitiría, en los supuestos de violencia de género, dar una mejor protección a los derechos e intereses legítimos de las víctimas, de forma que prohibir indiscriminadamente, en todos los casos, la mediación no hace sino perjudicarlas y desprotegerlas, privándoles de la tutela judicial efectiva que les reconoce el artículo 24 CE.

Puede observarse que puede alcanzarse, en determinadas ocasiones, a la más plena reparación del daño causado a la víctima (no sólo el daño económico, sino también el daño moral), siendo la forma más adecuada de rehabilitación del delincuente. El uso de la mediación en el seno del proceso penal permite que las víctimas sean y se sientan verdaderamente escuchadas y que no sean tratadas como personas extrañas al procedimiento. A los efectos de su empleo dentro del sistema judicial, la mediación permite optimizar recursos humanos (se produciría una diversificación en la resolución de los conflictos, de tal manera que muchos asuntos se resolverían por mediación y no por la vía judicial adversarial) y recursos económicos (es evidente que disminuye el coste

⁶⁰⁵ PÉREZ GINÉS, C. A.: “La Mediación Penal en el ámbito de la Violencia de Género “o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento”, en *La Ley*, núm. 7397, 7 de mayo 2010.

económico del proceso cuando se alcanza la solución definitiva a través de la mediación)⁶⁰⁶. Por todo ello, vamos a analizar las ventajas que la mediación penal comportaría si estuviera admitida en el ámbito de la violencia de género:

2.3.1 El protagonismo de la víctima de violencia de género en el proceso mediador

Para la víctima de violencia de género, la mediación implica ser escuchada, encontrar una solución y acorde a su necesidad ante la situación generada por el delito. La víctima se siente protagonista en la resolución del conflicto, y recaba información acerca de los hechos ocurridos, de los motivos del comportamiento delictivo y sus consecuencias. El uso de la mediación, en el seno del proceso penal, permite que las víctimas sean y se sientan verdaderamente escuchadas y que no sean tratadas como personas extrañas al procedimiento; supone para ellas beneficios, tanto psicológicos, como materiales o económicos; les da la oportunidad de diálogo y comunicación con el agresor; la posibilidad de descubrir su identidad y la motivación que éste tuvo al cometer el delito; pueden recibir una disculpa y experimentar la apropiación del conflicto; les da la oportunidad de contar su historia y prevenir posibles delitos posteriores, al ayudar al delincuente a apreciar el daño que ha producido; consiguen la recuperación o reparación por las pérdidas provocadas con el ilícito y, en algunos casos, la compensación económica de acuerdo a las posibilidades del autor. Debemos tener en cuenta que, el interés de la víctima a la reparación no siempre puede asociarse o vincularse, de forma exclusiva, al castigo del culpable e incluso a la restitución económica de sus perjuicios. La reparación por el dolor moral sufrido a consecuencia de la conducta ilícita, en ocasiones, solo puede verse mitigado o superado, si la víctima puede llegar a conocer las razones del infractor, aunque no sean justificativas de su acción, o recibe de éste una disculpa.

⁶⁰⁶ Conclusiones del Seminario “*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*”; CGPJ, Madrid, 12, 13 y 14 de septiembre de 2007. CGPJ; fecha de publicación, 14-9-2007, disponible en <https://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>. Última consulta, 12-12-2017.

En opinión de Esquinas Valverde, se trataría de acercar las posiciones personales de las partes, que éstas puedan expresar libremente sus sentimientos y sus motivaciones, que el agresor llegue a contemplar a la víctima como “una persona real”, viéndose obligado a abandonar la visión estereotipada de ella que “hasta ese momento haya estado alimentando en sus propias fantasías y para su propio beneficio”; ya que “de lo contrario, el agresor seguirá viendo a la mujer únicamente como alguien vinculado a sí mismo, como un objeto, más que como un sujeto activo, que, a la sazón, lo habría provocado al ejercicio de la violencia”. De la misma manera, a través de la mediación, se intentará conseguir que el agresor tome conciencia de “sus posibilidades de elección” de que podía haber elegido una conducta distinta a la violencia y de que la Justicia se halla legitimada para sancionarle, aumentándose así las posibilidades de corregir su actitud.⁶⁰⁷

2.3.2 Una reparación más eficaz del daño causado a la víctima

Con la mediación penal se da una mejor respuesta reparadora del daño causado a la víctima de violencia de género (no sólo el daño económico, sino también el daño moral), ofreciendo al infractor la posibilidad de repararlo, lo que constituye la forma más adecuada de rehabilitación del delincuente. En muchas ocasiones las víctimas buscan de manera prioritaria la reparación, el resarcimiento del daño, antes que el castigo y la sanción.

No sólo se consigue, a través de la mediación, la reparación o el resarcimiento del daño sino también la recuperación del sentimiento de seguridad en la víctima, así como la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de su reiterada llamada como testigo al proceso.⁶⁰⁸

2.3.3 Una posibilidad real de disminución de la reincidencia

La mediación penal es una vía para disminuir la reincidencia (prevención especial positiva). A través de la mediación se intenta conseguir fomentar en el

⁶⁰⁷ ESQUINAS VALVERDE, P.: ob. cit., págs. 26 y 27.

⁶⁰⁸ SÁEZ VALCÁRCEL, R.: ob. cit., págs. 1757 a 1770.

agresor el remordimiento y la vergüenza por sus actos, al tiempo que su reintegración social. Según Esquinas Valverde, "(...) lo característico del enfoque restaurador reside en que, bajo este planteamiento, la disculpa tiene que realizarse directamente frente a la víctima, debiendo apoyarse, además, en acciones de reparación y ser presenciada por otras personas participantes en los encuentros que sean importantes o significativas para el agresor; (...) con ocasión de los encuentros, el ofensor escucha el relato de su agredida, otras personas otorgan reconocimiento o validez a esta exposición y, a su vez, el agresor, llega a escuchar tal validación por parte de terceros".⁶⁰⁹

La mediación, pues, propicia la responsabilidad del autor por el hecho y su consecuencia. La mediación penal apoya la prevención, con un efecto pedagógico en el ofensor, favoreciendo la resocialización: 1) relaciona al ofensor con las consecuencias de su acción, 2) lo hace partícipe de la reparación, y 3) permite la toma de conciencia de que el daño producido no es abstracto, sino a una persona determinada.

2.3.4 Una descompresión del sistema judicial actual

En la labor judicial, se hace posible una importante descompresión, que optimiza en tiempo y forma el sistema, tanto para los Tribunales como para el Ministerio Público, permitiendo concretar sus esfuerzos en la investigación y persecución de los delitos más graves. Además, el procedimiento es más rápido y menos costoso para el Estado. Y esta nueva forma de enfrentar los conflictos contribuye a que la ciudadanía tenga una mejor percepción del sistema de justicia.

La mediación permite optimizar recursos humanos ya que se produciría una diversificación en la resolución de los conflictos, de tal manera que muchos asuntos se resolverían por mediación y no por la vía judicial adversarial. También optimizaría recursos económicos ya que es evidente que disminuye el coste económico del proceso cuando se alcanza la solución definitiva a través de la mediación⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ ESQUINAS VALVERDE, P.: ob. cit., págs. 49 y 53.

⁶¹⁰ Conclusiones del Seminario: "*Justicia Reparadora: Mediación Penal y su introducción en el ordenamiento penal español*". CGPJ Madrid, 12, 13 y 14 de septiembre de 2007. (fecha de

2.3.5 Una solución real al conflicto subyacente

La mediación comporta finalizar, en algunos casos, situaciones de conflicto a las que el sistema tradicional no puede dar una solución satisfactoria y adecuada, y que lleva muchos años cerrar, ya que desemboca en una solución concreta. Tal y como señalan Vall Rius y Guillamat Rubio⁶¹¹ una gran parte de las denuncias de violencia de género que llegan a los Juzgados especializados en esta materia, son archivadas. Este archivo supone el cierre del expediente judicial, pero no el fin del conflicto, que incluso puede verse agravado por la interposición de la denuncia. Facilitar la mediación en estos supuestos, orientada desde la propia sede judicial, supone una respuesta útil, ya que la mujer se siente atendida en su petición de auxilio judicial y se contribuye a la paz familiar mediante la búsqueda de una solución efectiva, satisfactoria y preventiva⁶¹². La conflictividad familiar de fondo, que ha motivado la interposición de la denuncia subsiste y hay estudios basados en la experiencia piloto iniciada en abril de 2008 en la Ciudad Judicial de Barcelona y de Hospitalet de Llobregat de que, en los casos derivados a mediación familiar, tras el archivo de la causa por el Juzgado de violencia sobre la mujer, ésta es muy positiva. Con base a su experiencia en las mediaciones realizadas, deducen Valls Rius y Guillamat Rubio, que si la mediación se utilizara de forma previa a la denuncia formal, posiblemente se acentuarían los efectos preventivos del conflicto que se intuye. Ponen de manifiesto las autoras que, a los Juzgados de Violencia sobre la mujer, llegan una gran diversidad de situaciones y muchas de ellas responden a un sen-

publicación 14-9-2007), disponible en <https://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>. Última consulta, 12-12-2017.

⁶¹¹ VALL RIUS, A.; GUILLAMAT RUBIO, A.: "Mediación y Violencia de Género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal", en *Revista de Mediación*. Año 4, nº 7; Mayo 2011, págs. 20 a 25.

⁶¹² VALL RIUS, A.; GUILLAMAT RUBIO, A.: ob. cit., págs. 20 a 25.

tido diferente de la finalidad real de estos Juzgados, que es la lucha contra el maltrato a la mujer⁶¹³.

La misma problemática se plantea con relación a los supuestos en los que habiéndose formulado acusación, en el juicio oral, recae una sentencia absoluta. La conflictividad familiar de fondo, que ha motivado la interposición de la denuncia subsiste. No habrá delito de maltrato, porque así lo indica una sentencia, pero es posible que la mujer se sienta víctima de maltrato, con lo que ello comporta en orden a la victimización secundaria. Al desarrollarse la mediación en un entorno humano flexible y comunicativo, fuera de la rigidez del proceso judicial, resultará menos intimidante y más receptiva a las necesidades individuales de las víctimas, con el consiguiente beneficio para ellas. En ello incidiremos en el capítulo siguiente.

3. La práctica de la mediación penal en España

3.1 Proyectos piloto de mediación penal en España

En España se han puesto en funcionamiento varios proyectos piloto sobre la mediación penal, pero ninguno de ellos se ha dedicado específica y exclusivamente a la Violencia de Género.

Destacamos, en primer lugar, la iniciativa del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya que desarrolla un programa de mediación penal en adultos desde 1998. Especial importancia reviste el Protocolo de actuación del *Programa de Mediació i Reparació Penal en la Jurisdicció ordinària*, elaborado en el marco del *Programa de Mediació i Reparació Penal de la Generalitat de Catalunya* (Barcelona, 2007), del cual se han derivado estudios muy importantes en la materia, aunque este proyecto excluye la posibilidad de la mediación

⁶¹³ VALL RIUS, A.; GUILLAMAT RUBIO, A.: *ídem*, págs. 20 a 25. Las autoras ponen de manifiesto que se está trabajando, con un grupo de expertos, en una investigación que lleva por título “*La utilidad de la Mediación Familiar en casos archivados de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: mejor respuesta judicial cribando entre delito y conflicto. Análisis de la experiencia*”. Esta investigación fue aprobada en octubre de 2010 por el Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya y su finalización está prevista para noviembre de 2018.

en los casos de Violencia de Género.⁶¹⁴ Y desde entonces se han activado varios proyectos piloto, entre ellos el del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Hospitalet de Llobregat, puesto en marcha a finales de 2009, y que está dando resultados muy positivos en los procedimientos penales que terminan por sobreseimiento y no resulta acreditada la perpetración de delito alguno, al cual ya hemos hecho referencia⁶¹⁵. Otra experiencia es la iniciada en el año 2000 por la Oficina de atención a la víctima del delito de La Rioja. La fase de ejecución del proyecto fue desarrollada a lo largo del año 2001, dentro de la Oficina de Atención a la Víctima de la Rioja, en Logroño, en el Palacio de Justicia⁶¹⁶.

Una experiencia pionera fue la de Valencia entre los años 1985 y 1996⁶¹⁷. En 1994 y fruto de la colaboración entre la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito de la Generalitat Valenciana y el Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia se llevó a cabo una experiencia muy positiva en mediación penal de la que haremos referencia más adelante⁶¹⁸. Posteriormente, se ha iniciado un nuevo programa gestionado por FAVIDE, entidad que gestiona los servicios de atención a las víctimas en la Comunidad Valenciana.

Debemos mencionar también el Procedimiento de mediación penal en la Comunidad del País Vasco a través del Servicio de Mediación Penal, iniciado en el 2007. En este ámbito se centra el Programa de Mediación Penal reparadora llevado a cabo en los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Baracaldo (Julio a Diciembre de 2007)⁶¹⁹. Varona Martínez fue designada como la encar-

⁶¹⁴ Un estudio sobre la evaluación de este Programa en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2005 lo encontramos en TAMARIT SUMALLA, J. M.: "La Justicia Restaurativa: Concepto...", ob. cit., págs. 56 a 58.

⁶¹⁵ VALL RIUS, A.; GUILLAMAT RUBIO, A.: "Mediación y Violencia de Género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal"..., ob. cit., págs. 20 a 25.

⁶¹⁶ GORDILLO SANTANA, L.F.: "El programa piloto de Mediación Penal de la Comunidad Autónoma de La Rioja", en *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia. Análisis y evaluación de la experiencia piloto de la comunidad de La Rioja*; trabajo de investigación del Instituto de Estudios Riojanos de la Consejería de Educación del Gobierno de La Rioja. Algunas de sus conclusiones pueden examinarse en FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMON, A. M^a. : *El impacto de la Mediación en los casos de Violencia de Género. Un enfoque actual práctico*; Lex Nova, 2011, pág. 120.

⁶¹⁷ DE JORGE MESAS, L. F.; VIDOSA F. G.: "Mediación. Primera experiencia de adultos en España", en *Cuadernos de Política Criminal*; 1998(66), págs. 727-742.

⁶¹⁸ DE JORGE MESAS, L. F.: "La Mediación en el Proceso Penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 498, 2001.

⁶¹⁹ Se eligió el partido judicial de Baracaldo como el más adecuado para una experiencia piloto frente a la realidad más compleja de la capital de Vizcaya. Ver un examen del sistema de mediación penal en la comunidad del País Vasco en FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMON, A. M^a. : *El impacto de la Mediación en los casos de Violencia de Género. Un enfoque actual*

gada de realizar el informe “Evaluación externa del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo durante sus primeros 6 meses de funcionamiento”⁶²⁰. La mediación realizada no establecía limitaciones sobre la idoneidad del tipo de infracciones penales en las que poder mediar. En este programa se plantearon cuestiones de interpretación legal respecto de la posibilidad de mediación en casos de violencia de género y se siguió un criterio de precaución, en relación a los delitos de violencia de género y contra la libertad sexual, debido a la tensión emocional entre las partes y el desequilibrio de poder. De manera que se encargó al equipo mediador que evaluara especialmente la viabilidad de la mediación en atención a la situación psicológica de la víctima y a la relación con la persona infractora. En la evaluación externa mencionada se apunta que “se ha tenido en cuenta unos criterios muy rígidos para la admisibilidad (...): la poca entidad de la violencia; que no se den episodios de violencia en la actualidad (violencia pasada); no demasiado desequilibrio de poder entre las partes (entendiendo el mismo como la realización de conductas que ejercen un poder que imposibilita a la otra persona satisfacer sus necesidades básicas); ausencia de patología mental o de consumos en ambas personas y suficiente capacidad de autodeterminación de la víctima”⁶²¹. En los casos de violencia de género en la aplicación de la mediación ha planteado problemas la obligatoriedad de la prohibición de aproximación y el deseo de pactar pautas de convivencia. En algunos procesos, la mediación ha dado lugar a la aceptación de un programa preventivo de maltrato.⁶²²

Finalmente, nos queda por mencionar la experiencia piloto, desarrollada entre 2005 y 2008 y realizada mediante un acuerdo entre el CGPJ y determinados juzgados, concretamente, el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, el

práctico..., ob. cit., págs.120 a135. Posteriormente el sistema de mediación penal se extendió a Vitoria, Bilbao y San Sebastián.

⁶²⁰ Sus consideraciones en el Informe pueden consultarse en www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/documentos. Última consulta, 3-1-2018.

⁶²¹ VARONA MARTÍNEZ G.: “Evaluación externa de Mediación penal reparadora en los Juzgados de Instrucción y de los Penal de Barakaldo (julio-diciembre 2007)”, disponible en www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/documentos. Última consulta, 3-1-2018. Posteriormente llevó a cabo una evaluación de los 4 servicios de mediación existentes en el País Vasco, en el periodo comprendido entre 1 de octubre de 2008 y 30 de septiembre de 2009, en VARONA MARTÍNEZ, G.: “Justicia Restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009). Instituto Vasco de Criminología; Donostia, 2009, disponible en www.ehu.es/es/web/ivac/justicia-restaurativa. Última consulta, 3-1-2018. Un resumen exhaustivo de los resultados de esta evaluación lo encontramos en TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La Justicia Restaurativa: Concepto,...”, ob. cit., pág. 58.

⁶²² FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMON, A. M^a. : ob. cit., pág. 134.

Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, el Juzgado de ejecuciones nº 4 de Madrid, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona, el Juzgado de Instrucción nº 13 de Sevilla, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Calatayud, el Juzgado de Instrucción nº 4 de Zaragoza, el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Jaén, el Juzgado de lo Penal nº 2 de San Sebastián, y los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Vitoria y Barakaldo.⁶²³

Para Tamarit Sumalla, el alcance de todos estos programas, no obstante, es muy limitado debido, tanto a la inexistencia de un reconocimiento y regulación legal de la mediación, como al tipo de casos derivados⁶²⁴. No faltan autores que consideran que las experiencias que se han hecho en España y continúan haciéndose son, no solamente extralegales, sino incluso ilegales, en tanto en cuanto nuestro ordenamiento jurídico penal no admite la apertura de paréntesis procesales ni archivos cuando los hechos constituyen delito y los presuntos responsables son conocidos⁶²⁵.

3.2. ¿Cómo puede incidir la mediación penal en la resolución de los conflictos familiares?

En el presente epígrafe nos proponemos analizar varios supuestos prácticos en los que la mediación penal ha sido útil para resolver el conflicto familiar subyacente, con la finalidad de poner de manifiesto cómo, con anterioridad a la prohibición de mediar efectuada por la LO 1/2004, la mediación penal sí había sido aplicada con éxito en supuestos de violencia de género. A continuación, estudiaremos qué ha supuesto la prohibición de mediar en esta materia en ca-

⁶²³ TAMARIT SUMALLA, J. M.: "La Justicia Restaurativa: Concepto...", ob. cit., págs.58 y 59. El autor efectúa un resumen de la valoración del informe final sobre una muestra de 310 casos analizados. El proyecto piloto desarrollado con el Juzgado Penal nº 20 de Madrid es analizado en FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMON, A.M.: ob. cit., págs. 135 a136. Ver la ponencia de SÁEZ VALCÁRCEL, R.: "La Mediación reparadora en el proceso penal: reflexión a partir de una experiencia, 2007; disponible en www.poderjudicial.es/CGPJ/es/Temas/Mediación/Publicaciones. Última consulta 3-1-2018. Así mismo, las experiencias en mediación penal en los Juzgados mencionados ha dado lugar a un trabajo de investigación llevado a cabo por RÍOS MARTÍN, J.C; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L.; GALLEGO DÍAS, M.; CABRERA, P.; JIMENEZ ARBELO, M.: "Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)", disponible en www.poderjudicial.es/CGPJ/es/Temas/Mediación/Publicaciones. Última consulta, 3-1-2018.

⁶²⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M.: "La Justicia Restaurativa: Concepto,..." , ob. cit., págs.59

⁶²⁵ MANZANARES SAMARIEGO, J. L.: "La Mediación en España", en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género...*, ob. cit., pág. 207.

sos concretos, analizando para ello algunas sentencias judiciales. Finalmente, podremos algún ejemplo de cómo, en violencia de género, la mediación penal se aplica en el ámbito penitenciario con éxito, después de haber recaído condena.

3.2.1 La mediación penal en el ámbito de las relaciones familiares

En la práctica judicial diaria se ha demostrado la eficacia de la mediación en el ámbito de las relaciones familiares, siendo de destacar los supuestos de maltrato filiofamiliar. En este contexto se plantean casos de hijos con problemas de drogodependencia o alcoholismo que coaccionan a sus padres para obtener medios económicos para sufragar su adicción; también nos encontramos con hijos que adolecen de una enfermedad mental y, en situaciones de crisis en su enfermedad, maltratan a sus padres; así como también, con hijos jóvenes que se enfrentan a sus padres negando la autoridad de éstos en el ámbito familiar. Últimamente la crisis económica, unida a las situaciones de separación o divorcio, ha hecho que muchos hijos, ya de cierta edad, vuelvan a convivir con sus mayores, acrecentándose los problemas de convivencia, lo que en ocasiones ha propiciado situaciones extremas de violencia y de maltrato hacia ellos.

Frente a esta problemática social, los padres agredidos, incapaces de dar respuesta a estas situaciones de violencia por ellos mismos, acuden al proceso penal a través de la interposición de la correspondiente denuncia. En la práctica, estos padres no desean una condena para el hijo sino una intervención terapéutica adecuada que lo cure o corrija y evite la reiteración de su conducta violenta. La frustración de los padres ante el tratamiento meramente judicial del problema les lleva a retirar la denuncia y a no denunciar las nuevas agresiones de las que son objeto, así como a acogerse a su derecho a no declarar, incumpliendo en muchas ocasiones las órdenes de alejamiento impuestas. La respuesta del proceso penal no es suficientemente adecuada y no da las soluciones al problema que se está planteando. Los padres agredidos se ven desbordados, no quieren que se imponga una pena a sus hijos y que estos sean condenados penalmente, ni desean, en la mayoría de los casos, una orden de protección. Desean que los hijos reconozcan los hechos, que tomen su mediación,

que se sometan a un programa de deshabitación o que abandonen el domicilio y que hagan su vida independiente. El sistema penal, tal y como hoy en día está regulado, no ofrece estas soluciones.

Entendemos que, en estos casos, la mediación penal puede suponer una solución adecuada a los problemas de fondo que se dan. De hecho, hemos identificado dos sentencias donde se recoge una solución basada en la mediación:

- 1ª) El Juzgado Penal nº 3 de Jaén, en el que se lleva a cabo, en colaboración con la Fiscalía de la Audiencia Provincial, una experiencia en mediación penal, dictó la Sentencia 214/07, de 21-5-2007⁶²⁶, tras entrar en el juzgado una denuncia de la madre y de la hermana del denunciado, con las que convivía, por un delito de maltrato habitual y cuatro faltas de amenazas y tras que este asunto se derivara para que se llevase a cabo un proceso de mediación.

Después de las entrevistas desarrolladas entre la mediadora y el investigado, y las perjudicadas, se logró que ambas partes tuvieran un encuentro y llegaran a un acuerdo en el que el investigado reconoció los hechos, mostró su arrepentimiento, pidió perdón a su madre y hermana y se comprometió a continuar el tratamiento de desintoxicación del alcohol que seguía, lo que se propuso por ambas partes como fórmula de reparación. Por su parte, la madre y la hermana del investigado aceptaron las disculpas y, conscientes de que dichos episodios de violencia habían tenido lugar por el problema del alcoholismo crónico del investigado, condicionaron su reparación el investigado continuara su rehabilitación de su adicción al alcohol y no la abandonara hasta su recuperación total. Concluido el proceso de mediación, con acuerdo de reparación, se convocó a las partes a juicio donde el Ministerio Fiscal, modificando su escrito de calificación provisional, calificó los hechos como constitutivos de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del CP y cuatro faltas de amenazas, con la eximente incompleta de alcoholismo del artículo 21.1 en relación con los artículos 20.1 y 68 CP, solicitando, además de una pena y una prohibición de aproximación y comunicación, una medida de seguridad consistente en sometimiento a tratamiento de rehabilitación del alcoholismo durante un plazo máximo de

⁶²⁶ Sentencia 214/07, de 21-5-2007 del Juzgado penal nº 3 de Jaen; PA 74/07, disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Normativa-y-jurisprudencia/Sentencias/Materia-penal/Modelo-de-sentencia-de-mediacion-en-violencia-domestica. Última consulta, 10-1-2018.

tres años. El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos del escrito de conclusiones del Fiscal, con la calificación jurídica y la pena y medida solicitada; y asumieron, como reparación del daño, la continuación del tratamiento de rehabilitación del alcoholismo iniciado. Además, oídas las víctimas, tanto el Ministerio Fiscal como el Letrado de la defensa, estimaron procedente la suspensión de la pena por plazo de dos años condicionada a la continuación del tratamiento rehabilitador comprometido. En dicho acto se anticipó el fallo de la sentencia de conformidad, manifestando las partes su intención de no recurrir.

- 2ª) Otro ejemplo de mediación penal, lo encontramos con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24-2-2010⁶²⁷. En una riña entre padre e hijo se aplicó como atenuante muy cualificada la reparación del daño ya que existió petición de perdón y sumisión de ambas partes acusadas a mediación con la finalidad de solucionar definitivamente sus diferencias. El proceso mediador se inició una vez remitidos los autos a la Audiencia señalándose día para la celebración del juicio oral y, en ese momento las letradas de las defensas de ambos acusados pidieron que, con suspensión del acto de juicio señalado, se iniciara un proceso de mediación penal, no oponiéndose a ello el Ministerio Fiscal, y la Audiencia accedió a la petición formulada. Posteriormente, desde el Servicio de Mediación Penal se remitió al tribunal el acta de reparación, cuyo contenido se puso en conocimiento del Ministerio Fiscal que interesó la reanudación del curso de la causa. La sentencia que analizamos señala que no fue posible la conformidad, a pesar de los esfuerzos en intentar reconducir, en la medida de lo posible, el deterioro de la situación y de la relación entre el padre y el hijo ya que "(...) ha resultado problemático al Ministerio Público proponer una menor pena que la planteada, y a las defensas imposible conformar con penas privativas de libertad que conlleven el ingreso efectivo de sus respectivos representados en prisión". No obstante, las defensas pusieron de manifiesto en el acto del juicio oral varias circunstancias que consideraban de aplicación. Por una parte, la circunstancia de arrebató en el hijo, que también era tóxico, por lo que se pidió la valoración de todo ello a la hora de determinar la respuesta punitiva y, por otra parte, consideraron que había reparación del

⁶²⁷ SAP Vizcaya 27/2010, 24-2-2010; nº Recurso 75/2009; Ponente: Sra. Miren Nekane San Miguel Bergareche; ROJ SAP BI 314/2010; ECLI: ES: APBI: 2010: 314; FJ.3º.

daño invocando el contenido de la STS 50/2008, de 29-1-2008⁶²⁸ en el sentido de que reparación del daño no es siempre igual a reparación económica y estimando que había de dotarse del efecto de muy cualificada a esta atenuante.

El tribunal sentenciador apreció estas dos circunstancias y consideró que la atenuante de reparación del daño debía entenderse como muy cualificada, al considerar que constaba, por un lado, la asunción de padre e hijo de sus respectivas responsabilidades en el hecho y, por el otro, la petición de perdón expresa del hijo; el sometimiento a tratamiento rehabilitador por el hijo, y el compromiso de hacerlo por el padre. El tribunal respondió, además, a la indicación del médico forense de que la única manera de restablecer el “orden social” quebrantado era poner fin a la convivencia entre padre e hijo, lo que se produjo desde el momento en que se dictó la orden de alejamiento para ambos, no quebrantada en ningún momento.

3.2.2 La mediación penal en violencia de género

Necesariamente hemos de hacer mención a los supuestos que se plantearon antes de la LO 1/2004, de aquellos otros que tuvieron lugar tras la prohibición de mediación.

a) Antes de la LO 1/2004

En el ámbito específico de la violencia de género, antes de la prohibición de mediar instituida por la LO1/2004, se estaban llevando a cabo programas piloto de mediación en Juzgados y Tribunales con experiencias muy positivas en este ámbito. Podemos citar una primera experiencia de mediación iniciada en 1994, fruto de la colaboración entre la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito de la Generalitat Valenciana y el Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia. El resultado de dicha colaboración ha sido analizado por De Jorge Mesas⁶²⁹ en el sentido de resaltar los resultados positivos de la mediación penal en el maltrato de

⁶²⁸ STS 50/2008, 29-1-2008; Recurso 1615/2007; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca; ROJ STS 1003/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 1003; FJ. 3º. En esta sentencia, la atenuante de reparación del daño se aprecia como muy cualificada ya que tiene en cuenta el importante esfuerzo reparador del acusado, que no solo indemnizó sino que se disculpó a satisfacción de la víctima.

⁶²⁹ De Jorge Mesas, L. F.: “La Mediación en el Proceso Penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 498, 2001.

género. De entre las mediaciones efectuadas entre 1998 y 1999 reproducimos uno de los resultados obtenidos por su relevancia y significación: “(...) Se había llegado a un punto de enfrentamiento sumamente violento y peligroso, como consecuencia de una separación matrimonial conflictiva. Las amenazas, el acoso continuo y los altercados violentos con daños en las cosas, llevaron a la imposición de medidas de alejamiento para la protección de la mujer y, posteriormente, el quebranto de dichas medidas llevó a ordenar el ingreso en prisión del marido. Sin embargo, se detectó que la esposa-víctima, con motivos para sentirse atemorizada, impedía que el marido viera al hijo común de ambos, ante la amenaza –muy verosímil por determinadas circunstancias que concurrían– de secuestro del niño en un país extranjero, por parte del padre. Esta situación afectaba emocionalmente, de manera muy intensa al padre, por lo que se intentó romper el círculo vicioso a través de la mediación. Se llevaron a cabo una serie de sesiones con un mediador psicólogo, que se prolongaron por espacio de cuatro meses. Para permitir su asistencia, se dio permiso al marido, en prisión preventiva por esta causa, para acudir al gabinete del mediador, regresando nuevamente a prisión al término de cada sesión. Se le permitió que pudiera encontrarse con su hijo en una sala acondicionada a tal efecto en esas mismas dependencias, lo cual permitió, a la madre, tener la seguridad de que su hijo no corría ningún riesgo y, al padre, recuperar el contacto con el niño, iniciándose el restablecimiento de la normalidad emocional. La buena marcha del proceso se estimuló con la puesta en libertad en el momento adecuado y, progresivamente, se fue consiguiendo restablecer la confianza entre los cónyuges separados, permitiéndose al padre contactos cada vez menos vigilados con el hijo. Finalmente, disipadas las dudas de la madre, se encontró la ayuda de un familiar que supervisara los encuentros, de fin de semana ya, entre padre e hijo. Tras más de siete meses, la mediación concluyó con la normalización completa de las relaciones entre ambos, encauzándose su separación adecuadamente y reanudándose incluso el pago de pensiones por parte del marido, el cual, además, reparó con su trabajo personal los daños que causó al inicio del conflicto, en la vivienda de los padres de la mujer.”

En todos los casos sometidos a mediación en violencia de género se obtuvo la reparación moral y/o material de la víctima con el reconocimiento del mal causado por parte del investigado, con el compromiso por parte de éste de

cambiar de actitud en lo sucesivo. Ello fue considerado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, en su caso, como una atenuante de reparación, que en algunos casos como muy cualificada o unida a otras, como la toxicomanía, permitió mantener la pena dentro de los límites que favorecían acogerse a la suspensión condicional de la pena, con el compromiso, pactado o informal, de apoyar la petición de suspensión condicional. En los supuestos sometidos a mediación se obtuvo del órgano sentenciador dicho beneficio, ya que las acusaciones involucradas, incluido el MF, mantuvieron una petición de pena dentro de dichos límites. Además, en ningún caso los acuerdos fueron quebrantados y se obtuvo la pacificación de las relaciones entre autor y víctima⁶³⁰.

b) Después de la LO 1/2004

A raíz de la prohibición de mediar casos de violencia de género contenida en el art. 44.5 de la LO 1/2001, el recurso a la mediación se ha visto restringido. En la práctica judicial diaria en relación con el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y en los delitos de violencia de género, en general, la prohibición de mediar surte todos sus efectos. Sin embargo existen algunas experiencias interesantes y podemos mencionar sucintamente y a modo de ejemplo dos supuestos en los que la conducta de las partes implicadas dio lugar a que se pudieran aplicar ciertas técnicas propias de la mediación con resultados más que satisfactorios, lo que nos lleva a concluir que, a pesar de la prohibición, el diálogo extraprocesal entre todas las partes implicadas es esencial para la resolución de los conflictos subyacentes y que el mismo puede tener ciertos efectos en el proceso penal.

El primer supuesto que mencionamos es un caso que tuvo lugar en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Terrassa en el año 2009, de nueva creación durante la fase de instrucción del mismo⁶³¹.

En el mencionado Juzgado se abrieron diligencias previas por un presunto maltrato del marido hacia su esposa, con la que llevaba casado más de 40 años, siendo ambos ancianos y a raíz de la denuncia de ella ante los Mossos

⁶³⁰ De Jorge Mesas, L. F.: "La Mediación en el Proceso Penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 498, 2001.

⁶³¹ El supuesto que se plantea es de experiencia propia como Fiscal adscrita al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Terrassa, exclusivo en la competencia de violencia de género, durante el año 2009.

de Esquadra. En la mencionada denuncia, la Sra. puso de manifiesto que había sido agredida por su marido con un bastón y que, en el curso de su discusión, había sido lesionada al caérsele encima uno de los armarios de la habitación. Una vez el asunto llegó al Juzgado, se intentó de forma reiterada y por diferentes conductos, la citación de ambos, siendo que los dos convivían en el mismo domicilio, con resultado infructuoso en todos ellos. Ante lo que el Juzgado intu-yó un supuesto grave de violencia de género y ante el desentendimiento de los hijos de la pareja de ancianos, se decidió, de manera excepcional, que la comi-tiva judicial, formada por la Juez de Instrucción de violencia, la Secretaria Judi-cial, la Fiscal y el Médico Forense, se personaran en el domicilio de las partes con el fin de esclarecer los hechos. Una vez allí y tras varios intentos se pudo tener acceso y tras el examen del domicilio y de ambos ancianos, se concluyó que: la esposa tenía problemas de dependencia del alcohol; el marido era físicamente dependiente de la esposa, tanto para su alimentación, como para la administración de la medicación; que, había riesgo de maltrato mutuo entre ambos. Una vez constatado todo ello, se activaron los protocolos de protección necesarios y desde el mismo lugar se logró contactar con los hijos del matri-monio y, mediante un proceso de diálogo entre todas las partes, se consiguió la implicación directa en el problema de todas ellas y en el proceso judicial.

El segundo supuesto que destacamos, es el contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22-5-2006⁶³². En ella, se reconoce expresamente que, del contenido de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la vícti-ma en el proceso penal, sí resulta la obligación de los Estados de velar por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación que entre ellas se hubiera llevado a cabo.

Señala la sentencia que, tal y como viene configurado el ordenamiento jurí-dico español, que prohíbe la mediación en violencia de género, en el caso con-creto, no ha existido mediación en sentido estricto ni resultaría viable el trun-camiento procesal con evitación de sentencia por esta causa o la determina-

⁶³² SAP Segovia 25/2006, 22-5-2006; nº Rec. 27/2006; Ponente: Sr. Andrés Palomo del Arco; ROJ: SAP SG 267/2006; ECLI: ES: APSG: 2006: 267; FJ. 2º y 4º.

ción de la pena a imponer atendiendo exclusivamente a este acuerdo de mediación extraprocesal que ha habido entre las partes.

No obstante, sí que entiende que debe tenerse en cuenta el testimonio de la víctima en el acto del juicio oral, corroborada por la declaración del acusado de que el incidente del que derivó la agresión, derivaba a su vez de problemas del acusado con la bebida, pero que, tras esa concreta agresión, se puso en tratamiento para evitar tales episodios y desde entonces su convivencia es pacífica; hasta el extremo de que el acusado afirma que ahora está muy bien con su esposa y ésta afirma a su vez que el episodio de la agresión fue un hecho aislado y que “(...) el esposo cumple con todas las obligaciones como esposo y padre colaborando en todas las necesidades de la casa, incluso con las tareas domésticas” (FJ 2º).

En este caso, el tribunal sentenciador consideró que el ordenamiento jurídico español sí permite tomar en consideración tales conductas, en concreto, de infracción de violencia familiar, a través de la atenuante del artículo 21.5 CP; esto es, “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”. Además aprecia esta atenuante como muy cualificada en atención al esfuerzo llevado a cabo para remediar la situación derivada de la agresión y el logro obtenido en aras de llevar a cabo una vida familiar exenta de tensión violenta, con el consiguiente respeto a la dignidad personal de todos sus integrantes (FJ 4º).

En el ámbito judicial la mediación en el ámbito de la violencia de género tiene tanto detractores como defensores. Un ejemplo de la defensa que hace de la mediación en el ámbito de los delitos de violencia de género lo tenemos en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Sabadell de 11-5-2004⁶³³, dictada meses antes de que entrara en vigor la prohibición de mediar por LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En orden a la consideración de que determinados delitos de maltrato, deberían reconducirse por la vía de la mediación, en este caso familiar, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Sabadell de 11-5-2004 señala claramente

⁶³³ Sentencia 157/04 del Juzgado Penal nº 3 de Sabadell de 11-5-2004; PA 151/2004; Magistrado: Sr. José Mª Torras Coll; FJ 1º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

que el Derecho penal es la última ratio, con arreglo al principio de intervención mínima que lo preside e informa, y se cuestiona seriamente la orden de protección porque puede llegar a criminalizar, en determinados supuestos, las crisis matrimoniales y porque podría darse el caso de que el proceso penal se instrumentalice desviadamente, torticeramente, para obtener determinadas posiciones procesales ventajistas, en lugar de acudir a la vía civil. La mencionada sentencia señala que, el fenómeno de la violencia doméstica, merece una pronta y eficaz respuesta multidisciplinar, siendo menester abordarlo con medidas preventivas, asistenciales y de intervención social a favor de la víctima y que una de ellas es la mediación familiar, encaminada a la solución extrajudicial del conflicto intersubjetivo, con la intervención de un experto. Añade que el supuesto maltratador necesita ser tratado para dejar de serlo, debe averiguarse qué le pasa, ir al origen, a la causa del conflicto y buscar la solución más adecuada que satisfaga primordialmente el interés prevalente de los hijos, digno de especial protección y tutela jurisdiccional. Partiendo en el caso concreto de que existe una deteriorada situación de convivencia conyugal, añade que no toda disensión o desavenencia conyugal nimia o banal, ni aun de cierta gravedad debe tener necesariamente cabida en los predichos tipos penales, ni cabe acudir socorridamente y de forma un tanto mecanicista o mimética a la prueba de cargo basada única y exclusivamente en el testimonio de la víctima cuando se aprecian móviles espurios o la consecución de posiciones procesales ventajosas instrumentalizando el proceso penal en cuanto al delito de maltrato en el ámbito familiar tipificado en el artículo 153.1 y 2 del vigente CP. La sentencia estimó que, en el presente caso, no concurrían los elementos definitorios de dicha infracción penal, por cuanto no se había probado de forma indubitada y concluyente un comportamiento del acusado merecedor del reproche penal y absuelve al acusado de los delitos por los que se le venía imputando; deja a salvo a los cónyuges en discordia el derecho que les asiste a reconducir sus pretensiones por la vía civil, con plenitud de garantías y con el valioso informe pericial del equipo psicosocial, a través del correspondiente procedimiento de separación conyugal, sin descartar el que se sometan a un mediador familiar y recaben, si fuere menester, la ayuda y el apoyo psicológico, tanto para ellos como, especialmente, para sus hijos, si lo precisaren.

Podemos concluir este apartado afirmando que la realidad de la práctica diaria nos demuestra que la aplicabilidad y el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las personas y de las circunstancias concretas de cada caso que del tipo e incluso de la gravedad del delito en abstracto. Por ello, en aquellos casos en que la reparación sea factible, excluir *a priori* la posibilidad de la mediación prescindiendo de la voluntad de las personas y de los elementos concretos del caso puede suponer negar una oportunidad para gestionar de forma satisfactoria y positiva las consecuencias de un delito⁶³⁴.

3.2.3 La mediación y la violencia de género en el ámbito penitenciario

La mediación en supuestos de violencia de género también ha tenido su eficacia en el ámbito penitenciario. Así destaca el Auto de 16-5-2008 de la Audiencia Provincial de Madrid⁶³⁵, el cual reconoció el derecho de un interno, que cumplía condena por la comisión de los delitos de lesiones y violencia física cometidos en el marco de la violencia de género, a disfrutar de un permiso de seis días de duración para preparar su vida en libertad. Y ello, porque se daba en el caso concreto las siguientes circunstancias favorables: contar con el apoyo familiar; mantener una buena conducta carcelaria con participación en las actividades de tratamiento y, en especial, participar en sesiones de Alcohólicos Anónimos para tratar de superar el problema de consumo excesivo de bebidas alcohólicas que padecía, así como participar en el programa de violencia de género. En las actuaciones se disponía de un informe en el que se hacía constar que su actitud en relación con su mujer, víctima de los delitos por los que cumplía condena, había evolucionado en la “valoración de la inadecuación de su conducta hacia ella” y que contaba con apoyos sociales. Así en el propio Auto se señala que la mediación legal y los condicionantes del entorno social

⁶³⁴ VALL RIUS, A.: “El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa: Estudio comparado con la Legislación española”, *Revista de Mediación Penal*, AÑO XXVI, Número 6528, martes, 18 de julio de 2006. Representante española en el programa COST sobre Justicia Restaurativa “RESTORATIVE JUSTICE DEVELOPMENT IN EUROPE”, el programa de la Unión Europea-COST”, y Directora del Centre de Mediació del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

⁶³⁵ Auto AP Madrid 1824/2008, 16-5-2008; nº Rec. 878/2008; Ponente: Sra. M^a Paz Redondo Gil; ROJ. A AP M 6428/2008; ECLI: ES: APM: 2008: 6428^a; FJ 1º.

fueron fundamentales para establecer la continuidad de las relaciones con su hija y con su mujer.

4. Nuevas perspectivas para la mediación penal en violencia de género en España

Sobre el Estado recae el deber de responder penalmente ante los delitos y a este deber se une también el deber de dar protección y ayuda a los perjudicados por los mismos.⁶³⁶ La concepción de víctima que se acoge en el artículo 1 de la LO 1/2004 y en el artículo 87 ter LOPJ en relación a las víctimas de violencia de género produce, no obstante, un desequilibrio importante entre esa necesidad de protección a la víctima y el interés personal de ésta en solucionar el conflicto creado por el delito de otra forma distinta, aunque sin dejar de ser complementaria a la intervención del Estado. En el otro extremo, estarían aquellas concepciones que defienden que la voluntad de la víctima debe primar en todo caso y que el sistema de justicia debería plegarse a lo que diga la víctima en todo momento.

Desde diferentes ámbitos ha venido a reclamarse, no sólo la necesidad de eliminar la prohibición de mediación en violencia de género como una de las formas de permitir la flexibilidad necesaria para que el derecho penal y procesal penal se adapte a cada caso en concreto de violencia sobre la mujer⁶³⁷, sino también la necesidad de introducir y regular de una vez por todas un verdadero Estatuto de la víctima dentro del proceso penal, que clarifique cuáles son sus derechos y obligaciones y su posición dentro del proceso; así como la necesidad de regular el proceso de mediación, regulación de la que carece la LECr. actual.

⁶³⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: “La víctima y el Derecho Penal”, en *Estudios de Victimología*. Actas del I Congreso español de Victimología. TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.); Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 23.

⁶³⁷ En este sentido, ver GUARDIOLA LAGO, M. J.: “La víctima de Violencia de Género en el sistema de justicia y la prohibición de la Mediación Penal”, en *Revista General de Derecho Penal* 12 (2009), pág. 13. La mencionada autora considera que el sistema de justicia penal trata a todas las víctimas de violencia de género como un bloque monolítico y pretende protegerlas de manera paternalista, aun por encima de su voluntad; GARCÍA ALBERO, R.: “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*; en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, III, 2004, pág. 488-489. El mencionado autor considera que se ha creado una imagen normativa de la mujer como ser necesitado de protección y que ello generará tensiones cuando la víctima real no se corresponda con el estereotipo adoptado por el modelo de tutela.

Haciéndonos eco de todo ello, en el presente apartado analizaremos, por una parte, el modelo de protección a las víctimas del delito en general y, en especial, a las víctimas de violencia de género, que acoge la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. También estudiaremos si este modelo de protección consigue o no satisfacer las expectativas creadas a raíz de la regulación de la justicia restaurativa que realiza la Directiva 2012/29/UE y si ambas regulaciones en esta materia han tenido reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Finalmente haremos referencia a los dos intentos legislativos anteriores a la regulación actual, que pretendían modificar la Ley procesal penal introduciendo una regulación de la mediación penal como sistema complementario al proceso penal.

4.1 La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y la mediación penal

Desde hace un tiempo, se exige la reconsideración y el establecimiento del llamado Estatuto jurídico de la Víctima. En el sistema jurídico penal moderno es el Estado quien ha asumido el monopolio de la violencia, siendo el único legitimado para legislar y administrar justicia en materia penal. Se ha venido criticando que, en este sistema, el Estado y el delincuente sean los únicos protagonistas del delito, quedando la víctima como un mero sujeto pasivo de él. Desde esta perspectiva, la consecuencia jurídica del delito, la pena, tiene asignadas distintas finalidades preventivas o disuasorias, que tienen como destinatario al propio delincuente, relegando la idea de la reparación real y efectiva del daño causado a la víctima a un papel meramente secundario que se refleja, incluso, en lo terminológico, puesto que, normalmente, no se habla en nuestros textos legales de víctima, sino del ofendido, el agraviado, etc. El proceso penal ha sido concebido como un instrumento destinado a la imposición de una pena a un inculpado al que se reconocen y garantizan sus derechos fundamentales, buscando, además, facilitar su reinserción social, quedando la víctima reducida, en la mayor parte de los casos, a un mero instrumento de investigación, el testifical, y sin tener en cuenta las necesidades que, en no pocos casos, presenta la víctima de un delito, tanto de asistencia, como incluso de resocialización (pién-

sese en las víctimas de violencia de género)⁶³⁸. Desde esta perspectiva, es fácil entender el fenómeno denominado victimización secundaria que comprende todos los daños y perjuicios materiales y morales que sufre la víctima por parte del propio sistema durante la sustanciación del proceso penal, derivados de la falta de una adecuada asistencia e información por parte del sistema y que se añaden a la experiencia negativa de haber sufrido un delito (victimización primaria).

Consideramos que tener en cuenta a la víctima no tiene por qué suponer el contraponer los derechos del delincuente con los de ésta; ni de un regreso a una cierta concepción privada del Derecho penal, en el que el ejercicio del *ius puniendi* quedara en mayor o menor medida en manos de la víctima. Lo que se trata es de encontrar una mayor armonía de los diferentes intereses en conflicto, construyendo una justicia penal que no esté orientada, únicamente, a la tutela de los intereses de la sociedad, en general, y de las garantías del acusado, en particular, sino que también busque la reparación del daño material y moral inferido a la víctima como consecuencia del delito, otorgándole un papel protagonista también en el proceso. Si bien es cierto que a la víctima no le corresponde el *ius puniendi* del Estado, éste tampoco puede obviar sus necesidades.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁶³⁹ viene a colmar algunas de estas expectativas. Tal y como se manifiesta en la Exposición de Motivos, a partir de la misma se agrupa en un solo texto normativo todo el catálogo de derechos de la víctima. Hasta entonces gran parte de estos derechos eran procesales o se centraban en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con lo que establecían 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; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del terrorismo.

⁶³⁸ VAZQUEZ SOTELO, J. L.: “La reforma del Proceso Penal”, en *Comentarios sobre la reforma procesal*; Fórum, Oviedo, 1992, pág. 288. DEL POZO PEREZ, M.: “El Derecho Procesal español ante la Violencia de Género. Especial referencia a las últimas reformas”; RECJ.05.02/08, disponible en [www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/articuloBrasil\(1\).pdf](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/articuloBrasil(1).pdf). Última consulta, 10.12.2017.

⁶³⁹ BOE núm. 101, 28-4-2015; entrada en vigor a los 6 meses de su publicación.

La Ley 4/2015 responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de diciembre de 2012,⁶⁴⁰ por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Y añade, además, al catálogo general de derechos de las víctimas otras normas de aplicación particular para algunas categorías de éstas.⁶⁴¹

En esta Ley, la protección y apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. El reconocimiento, protección y apoyo a la misma no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral. Así, se establece un concepto de víctima amplio, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disfruta o no de residencia legal, siempre que se trate de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España. Y se reconocen derechos, así mismo, a las denominadas víctimas indirectas del delito, esto es, a los familiares de la víctima. Haciendo un resumen, podemos decir que, el catálogo de derechos extraprocesales reconocidos, son comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte de un proceso penal o hayan decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso, con anterioridad a la iniciación del proceso penal⁶⁴².

⁶⁴⁰ Diario Oficial de la Unión Europea L 315/57, de 14 de noviembre de 2012; entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

⁶⁴¹ Además, se ha procedido también en el Estatuto a la trasposición de otras dos Directivas: la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

⁶⁴² Vienen reconocidos en el Título I (artículos 4 a 10) y son: el derecho a entender y a ser entendida; el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes; los derechos de la víctima como denunciante a obtener copia de la denuncia y a la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita de la misma; derecho a recibir información sobre la causa penal; derecho a un período reflexivo en garantía de sus derechos; derecho a la traducción e interpretación y derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo. En el Título II (artículos 11 a 18) se sistematizan los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso, que son objeto del Título III (artículos 19 a 26). En relación a la protección de las víctimas se recoge este derecho con carácter general así como el derecho a que se evite el con-

Con relación a los derechos procesales de las víctimas se les reconoce el derecho a una participación activa en el proceso penal, a ejercer la acción penal y la civil y a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estimen relevante para el esclarecimiento de los hechos; también el derecho a la comunicación y a la revisión del sobreseimiento de la investigación a su instancia y a su participación en la ejecución de la pena, uno de los aspectos que ha sido más controvertido⁶⁴³. Así mismo se les reconoce el derecho al reembolso de gastos, la posibilidad de solicitar el derecho a la justicia gratuita y el derecho a obtener la devolución inmediata de los efectos de su propiedad, con salvedades.

Finalmente, y como derecho procesal de las víctimas, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. Así, se reconoce a las víctimas la posibilidad de acudir a servicios de justicia reparadora, en los términos que reglamentariamente se determinen. Ello implicará necesariamente que el legislador se pronuncie acerca del modelo de justicia restaurativa que pretende establecer en el ordenamiento jurídico español: si un tipo de solución extrajudicial, como el que parece acoger la Directiva 2012/29/UE⁶⁴⁴,

tacto entre víctima e infractor; el derecho a la protección de la víctima durante la investigación penal, el derecho a la protección de la intimidad; la necesidad de que las víctimas sean evaluadas individualmente a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, las medidas de protección a adoptar durante la fase de investigación, y en la fase de enjuiciamiento; y medidas específicas de protección cuando se trata de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El Título IV (artículos 27 a 35) recoge disposiciones comunes relativas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y su funcionamiento, la necesidad de formación en los principios de protección de éstas; la posibilidad de elaborar en esta materia Protocolos de actuación; la cooperación con profesionales especializados en el trato, atención y protección a las víctimas, la promoción de la cooperación internacional con otros estados en esta materia y el fomento de campañas de sensibilización social a favor de las víctimas. Finalmente se contiene la obligación de reembolso de todas las subvenciones o ayudas recibidas en concepto de víctima si ésta fuera condenada por denuncia falsa o simulación de delito.

⁶⁴³ QUINTERO OLIVARES G.: "Protección a las víctimas y función de la Justicia Penal", en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 884/2014, BIB 2014/1185, págs. 2 y 3 disponible en www.westlawinsignis.es. El autor señala que el anteproyecto de Estatuto no se limita a recoger las indicaciones de las diferentes Directivas, sino que, además, quiere atender a las pretensiones de la sociedad española. Y así, y no tratándose de obligaciones derivadas de la UE, destaca y critica la introducción del derecho de las víctimas a recurrir el auto de clasificación en tercer grado del penado, hayan o no sido parte en el proceso penal, así como otros derechos en el ámbito penitenciario como el de recurrir la concesión de libertad condicional al penado y exigir al tribunal que imponga al liberado las medidas de control que estime necesarias para garantizar su seguridad.

⁶⁴⁴ GUTIERREZ ROMERO, F. M.: "Las buenas prácticas para las víctimas de Violencia de Género: especial referencia a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012", en *La Ley Unión Europea*, 30 de enero, 2014; *Diario la Ley*, nº 8226, 10 enero 2014, Ref. D-11, pág. 7.

o si necesariamente la justicia restaurativa tiene que ser una vía complementaria al proceso penal.

Señala la Exposición de Motivos del Estatuto, que se están superando las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y ello porque se admite cualquier tipo de práctica de justicia restaurativa y no solo la mediación. Por otra parte, el Estatuto está subrayando la desigualdad moral que existe entre la víctima y su agresor. De ahí, que la justicia restaurativa a la que hace referencia el Estatuto y su actuación como servicio a las víctimas, se conciba y esté orientada a la reparación material y moral de la víctima y al previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. Y en todo caso, se excluye la posible actuación de estos servicios de justicia restaurativa cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio y cuando esté prohibida por la Ley para el delito de que se trate.⁶⁴⁵

4.2 Análisis crítico de la Ley 4/2015 y de la LO 1/2004 a la luz de la Directiva 2012/29/UE

Del examen realizado tanto del Estatuto de la víctima de 2015 como de la Directiva Europea de 2012 y de la LO 1/2004, podemos realizar las siguientes consideraciones:

Primera. El Estatuto no regula el procedimiento a seguir en los casos de justicia restaurativa a diferencia de la Directiva de 2012.

⁶⁴⁵ Concretamente, el artículo 15 de la Ley señala que: 1.-Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) La víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) El infractor haya prestado su consentimiento; d) El procedimiento de mediación no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) No esté prohibida por la ley para el delito cometido. 2.- Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. 3.- La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

Constatamos como el contenido del artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE (dentro del capítulo dedicado a la participación de la víctima en el proceso penal) relativo al procedimiento a seguir en los procesos de justicia restaurativa no se recoge en el Estatuto. Concretamente, la Directiva prevé que los Estados Miembros adopten medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias y éstas deberán aplicarse cuando se lleven a cabo servicios de justicia reparadora. Estas medidas tienen por finalidad garantizar que aquéllas víctimas que opten por participar en programas de justicia reparadora tengan acceso a servicios seguros y competentes. Para ello, según la Directiva, es necesario que se cumplan como mínimo, una serie de requisitos. Entre estos requisitos, que no están recogidos por el Estatuto, se recomienda que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima; además, se señala que el acuerdo voluntario alcanzado por las partes podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; y se señala en la Directiva que los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

Segunda. El Estatuto no modifica directamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir el procedimiento a seguir en los supuestos de justicia restaurativa, sino que se remite a un futuro reglamento para regular los términos de acceso de las víctimas a la justicia restaurativa.

La Disposición Final Primera del Estatuto, modifica la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal en numerosos artículos, con el objeto de realizar la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo, siendo que estos ajustes en la norma procesal penal resultan necesarios para complementar la regulación sustantiva de derechos que se recogen. No obstante, hemos de mencionar necesariamente el hecho que, el artículo 15 del Estatuto en lo que se refiere a la justicia restaurativa y a la mediación, no ha tenido reflejo en la LECr. Así, podemos concluir que en la LECr no se regula el derecho de la víctima a someterse a procedimientos de justicia restaurativa y a mediación ni se establece ningún procedimiento para amparar e incardinar estos procedimientos y el acuerdo reparador en el ámbito del proceso penal actual, siendo ello imprescindible para establecer los efectos

y las consecuencias que la aplicación de la justicia restaurativa debe tener en el proceso penal, tanto en relación a la víctima como en relación al agresor.

Tercera. El Estatuto no se pronuncia directamente sobre la admisión de los servicios de justicia restauradora en el ámbito de la violencia de género a diferencia de la Directiva.

La Directiva, a diferencia de la normativa española, no excluye la justicia reparadora del ámbito de la violencia contra las mujeres, sino que señala que a la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia restaurativa, en esta materia, se deben tomar en consideración factores tales como: la naturaleza y la gravedad del delito; el grado de daño causado; los desequilibrios de poder; y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima. Y todo ello porque estas circunstancias “podrían” limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio.

Entendemos que la normativa comunitaria ha introducido una novedad importante y modificativa respecto de la Decisión Marco 2001 y en este caso, no nos encontramos ante una mera recomendación que deja libertad a los Estados Miembros y a su discrecionalidad. La Directiva de 2012 prevé y regula la justicia reparadora y limita los márgenes nacionales de exclusiones y prohibiciones *a priori* atendiendo solo al tipo de infracción, que hayan previsto o prevean como tal los Estados Miembros. Y lo hace, porqué la norma comunitaria parte de la necesidad de identificar las causas objetivas que sustenten la decisión excluyente de la mediación en el caso concreto. De esta manera, solo razones objetivas de exclusión pueden justificar, la negación a la mediación en los supuestos de violencia de género como son los riesgos de desprotección, de revictimización, de reproducción de situaciones de dominación en particular⁶⁴⁶. Así, en cada caso concreto debe constatar que la víctima tiene las condiciones de madurez y de capacidad comunicativa para asumir el proceso de mediación restaurativa. Y todo ello, previa evaluación individualizada de la víctima y previa facilitación de la información adecuada que le permita a ésta un libre e informado consentimiento. De este modo, la norma comunitaria está

⁶⁴⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Fundamento y consecuencias de excluir...”, ob. cit., págs. 120 y 121. Señala el autor que la normativa contemplada en la Directiva 2012 sobre justicia restaurativa entronca con los “Principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y del abuso de poder” aprobados en la Resolución 2002/12, de 24 de julio de la ONU y con la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; pág.121, nota 17.

obligando al legislador español, cuanto menos, a dar una explicación razonada de la prohibición de mediar en esta materia.

Cuarta. El Estatuto, al limitar la justicia reparadora a los supuestos en que no esté prohibida por ley, no ha tenido en cuenta en toda su extensión el riesgo de victimización secundaria de las víctimas de violencia de género que acuden al proceso penal.

El Estatuto, a diferencia de la Directiva, que sí admite la justicia reparadora para las víctimas de violencia de género, ha tenido únicamente en cuenta la orientación de los procedimientos de justicia reparadora en España “con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito”; pero ninguna más. No ha tenido en cuenta que estos procedimientos sí pueden redundar en satisfacer las necesidades reales de las víctimas y disminuir, en ciertos supuestos, el riesgo de victimización secundaria al que se ven sometidas cuando acuden al proceso penal.

Y ello es así, a pesar de la evidencia de que toda la Directiva 2012/29/UE gira en torno a la protección de la víctima del proceso penal respecto de la victimización secundaria, tanto cuando se actúe en el contexto de procesos penales, como respecto de cualquier servicio que entre en contacto con las víctimas, como los servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora.⁶⁴⁷

5ª El Estatuto no modifica la prohibición de mediar en los casos de violencia de género ni directa ni indirectamente.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2004 no hace ninguna declaración respecto de cuáles son las razones objetivas que justifican una prohibición general a la mediación en violencia de género. Parece haber una presunción implícita de que en todos los casos la situación de desigualdad entre la víctima y el agresor se perpetua en el tiempo e impide a la mujer decidir libremente y por sí misma. Y a la vez, se está prohibiendo y limitando la autonomía de la mujer

⁶⁴⁷ En relación a las víctimas de violencia de género, se les reconoce el elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia. La Directiva 2012/29/UE señala que éstas deben recibir apoyo especializado y protección jurídica. En relación a los servicios de justicia reparadora, entre los que incluye la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, la Directiva establece que pueden ser de gran ayuda a la víctima pero que también requieren de garantías para evitar la victimización secundaria y reiterada. Señala también que estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional.

para poder decidir en el caso concreto si quiere o no un procedimiento restaurador, bajo un trasfondo ideológico feminista, liberal y radical⁶⁴⁸.

Hernández García⁶⁴⁹ es de la opinión, que compartimos, que la hiper-criminalización, las previsiones sobre las consecuencias penológicas y la prohibición de mediar, explican el por qué las mujeres utilizan mecanismos como el de acogerse a su derecho a no declarar o retirar la acusación particular. Por otra parte, se está limitando el acceso a mediación y en los casos en los que la sentencia es absolutoria cabe plantear, cuanto menos, si con el proceso penal se ha incrementado la situación de victimización secundaria para muchas mujeres que, de otra forma, al menos podrían haber tenido la posibilidad de obtener una satisfacción al daño moral causado por el delito.

Llegados a este punto, podemos decir que las conclusiones principales a las que llegamos en relación a la justicia restaurativa regulada por el Estatuto, son dos. Concluimos, en primer lugar, que, si bien podemos considerar que ha sido un paso adelante tanto el Estatuto de la Víctima como la “promesa implícita” en él contenida de que un reglamento desarrollará los términos de acceso a la justicia restaurativa⁶⁵⁰, parece que nos encontramos en realidad con una mera declaración de principios sin efectividad realizada para dar cumplimiento formal, que no real en este aspecto, a las previsiones de la Directiva 2012/29/UE. En relación a los casos de maltrato a la mujer, implícitamente se dice que, mientras la prohibición legal de mediación esté en vigor, no caben procedimientos de mediación en este ámbito. Lo que, en cierto modo, está abriendo las puertas a que otros procedimientos de justicia restaurativos, distintos a la mediación, en el ámbito de la violencia de género – según el sentido literal del texto de la ley no hay ninguno prohibido- sí puedan llevarse a cabo⁶⁵¹. Cabe poner de relieve que algunos autores defienden que la prohibición alcan-

⁶⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Justicia Restaurativa en los supuestos de Violencia de Género”, en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*; Comares, 2012; págs. 90 y ss. TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La Justicia Restaurativa: Concepto, Principios...”, ob. cit., pág. 54. El autor explica la prohibición por la influencia de la versión dominante del feminismo que, en una lucha por lograr una repulsa social frente a esta clase de violencia y, sin bases empíricas a sus postulados, optó por desconfiar de respuestas percibidas como blandas frente a los agresores.

⁶⁴⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Fundamento y consecuencias...”, ob. cit., pág. 125.

⁶⁵⁰ Así se desprende del artículo 15 del estatuto y de la Disposición final cuarta del mismo, la cual habilita al Gobierno para que apruebe las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo de lo dispuesto en la Ley.

⁶⁵¹ Un análisis de estos sistemas los encontramos en TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Procesos restaurativos más allá de la Mediación: perspectivas de futuro”..., ob. cit., págs. 317 a 328.

za únicamente a la mediación y que, por tanto, no afecta a otros procesos de restaurativos distintos a la mediación penal, que es la práctica más conocida en la Europa continental. Sin embargo, en los países anglosajones se han desarrollado otras formas de justicia restaurativa y así podemos mencionar el *confereencing* o los círculos de pacificación, que incluyen a la comunidad como tercer actor en la gestión del conflicto.

En suma, analizando la normativa interna, la misma no cumple con los parámetros fijados por la norma europea en relación a las víctimas de violencia de género, las cuales tienen vedado en España su acceso a la mediación. Y ello, porque si bien la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sigue un modelo de justicia penal reparadora y realiza una protección amplia y extensa de las víctimas, tanto en la fase estrictamente procesal como en las actuaciones pre y post procesales, de manera que la víctima del delito pasa a compartir una posición central en el proceso penal, ello no ha comportado un cambio sustancial en la legislación interna de España en el ámbito de la violencia de género⁶⁵².

La segunda conclusión que alcanzamos gira en torno al cumplimiento efectivo del derecho de todas las víctimas del proceso penal español al acceso a los procedimientos de justicia restaurativa y, por ende, a la mediación también en violencia de género en estas condiciones. El incumplimiento de la Directiva en esta materia podría ser analizado por el TJUE porque, tal y como señala Blázquez Peinado⁶⁵³, la Directiva 2012/29/UE es un instrumento jurídico que *a priori* se revela más eficaz que la Decisión marco de 2001, en la medida en que se va a poder ejercer sobre ella un mayor control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y del TJUE. En este sentido, todas las cuestiones prejudiciales que surjan sobre la validez o la interpretación de sus disposiciones en el ejercicio de la función jurisdiccional podrán plantearse, en tanto que los jueces y tribunales están obligados a realizar una interpretación de la normativa nacional de manera conforme a la Directiva.

⁶⁵² GUTIERREZ ROMERO, F. M.: ob. cit., pág. 1.

⁶⁵³ BLÁZQUEZ PEINADO, M. D.: "La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, sept.-dic. 2013, págs. 928 a 932. Un análisis de la normativa interna en España anterior al Estatuto, para determinar si la misma cumplía o no los parámetros fijados por la Directiva 2012/29/UE, en orden a la protección y apoyo de las víctimas de violencia de género, lo encontramos en GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: ob. cit. págs. 3 a 5.

Por otra parte, la Comisión puede controlar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva mediante la presentación de un informe al Parlamento Europeo y al Consejo⁶⁵⁴. Además, la Comisión va a tener ahora la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento de la Directiva 2012/29/UE, en virtud del cual el TJUE podrá pronunciarse sobre las posibles infracciones cometidas por los Estados miembros en relación con la Directiva, pudiéndose llegar incluso a la imposición de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva⁶⁵⁵.

4.3 Intentos legislativos de introducir la mediación penal en el ordenamiento jurídico español

El Estatuto no ha ido más allá en esta materia y no ha respondido a las expectativas creadas por cuanto no ha implicado, ni directa ni indirectamente, ni la modificación de la LECr. ni la modificación de la LOPJ dando entrada a la mediación en violencia de género. Y ello a pesar de la oportunidad brindada en las recientes reformas de la LECr. llevadas a cabo por la LO 13/2015, y la LO 41/2015, ambas de 5 de octubre.

En la precisión de un futuro reglamento que desarrolle el Estatuto en el que se establezcan los términos de acceso a la justicia restaurativa, debemos mencionar que han sido dos los intentos de introducir la mediación penal como un sistema complementario del proceso penal. En ambos se observan diferencias que vamos a analizar y puede que estos intentos de regulación en la LECr. sirvan de base en un futuro al legislador para elaborar el mencionado Reglamento.

⁶⁵⁴ Concretamente, el artículo 29 de la Directiva señala que “a más tardar el 16 de noviembre de 2017, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que se evaluará en qué medida los Estados miembros han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, incluida una descripción de las medidas adoptadas de los artículos 8, 9 y 23, acompañando, si es necesario, de propuestas legislativas”. No se tienen constancia de que la Comisión Europea haya realizado dicha evaluación. Consulta realizada en <http://ec.europa.eu>. Última consulta, 6-2-2018.

⁶⁵⁵ BLÁZQUEZ PEINADO, M^a. D.: “La Directiva 2012/29/UE: Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea...”, ob. cit., pág. 929 y 930.

4.3.1 El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011⁶⁵⁶

Desconocemos por qué razón el BCPP no siguió con la línea iniciada por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que después de señalar los principios inspiradores del proceso de mediación, regulaba el procedimiento a seguir en estos casos, así como las consecuencias del mismo. La mediación penal en el Anteproyecto de LECr de 2011 venía regulada en el capítulo III del Libro I como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad. El Fiscal era quien, al apreciar la concurrencia de un supuesto que por sus características específicas permitía acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida, podía condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas. Se pretendía así la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en función de la disminución o ausencia del interés del Estado en el castigo. De este modo, en aquellos casos en los que la mediación no lograra un acuerdo entre las partes, debía continuarse con el proceso penal. En cambio, el acuerdo de mediación podía conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo de la causa, condicionado al cumplimiento de lo que se había pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada.⁶⁵⁷

Otra diferencia a destacar entre ambos textos es que en el artículo 160 del Anteproyecto de 2011 y respecto de la mediación en el juicio oral, si se alcanzaba el acuerdo, se preveía que las conclusiones definitivas y la sentencia “incluían” la atenuante de reparación. Mientras que en el BCPP 2013 se señalaba que ni el Ministerio Fiscal ni los Tribunales ofrecerían ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que pudieran derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanzaba.

En definitiva y atendiendo a lo anterior debemos reconocer que, las posibilidades que nosotros dábamos a la mediación penal tras conocer el contenido de la regulación de la mediación dada por el BCPP de 2013 y las diferencias con el Anteproyecto son poco halagüeñas. Antes de 2015 entendíamos que la regulación de la mediación podía ampliarse durante el trámite parlamentario,

⁶⁵⁶ Disponible en www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf. Última consulta, 2-2-2018.

⁶⁵⁷ Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECr. de 2011, pág. 29.

pero no contábamos con que se abandonaría el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal que anunciaba el Borrador. También preveíamos la posibilidad de una Ley estatal de mediación en el ámbito penal que desarrollara estos preceptos contenidos en el nuevo Código Procesal. Con todo, temíamos también que todo el contenido de la regulación implicase una mera declaración de intenciones para dar cabida únicamente a la previsión de la Directiva Europea 29/UE/2012 sobre el Estatuto jurídico de la víctima del delito que obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación en el proceso penal con un plazo hasta noviembre de 2015, como parece que así ha sido, con el Estatuto de la víctima del delito de 27 de abril de 2015.

4.3.2 El Borrador del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013⁶⁵⁸

La introducción de la mediación penal como un sistema complementario del proceso penal fue contemplada en el Borrador del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013. En su Exposición de motivos se ponía de manifiesto la necesidad de introducir la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico como exigencia, no solo impuesta por obligaciones internacionales y concretamente por la Directiva 2012/29/UE sino también por las satisfactorias experiencias prácticas llevadas a cabo al respecto.

En el BCPP se hace una regulación muy parca y escueta de la mediación penal; nada se dice en su articulado, y de forma expresa, cuáles son los efectos de la mediación; estos efectos vienen predeterminados legalmente, pero no se anudan necesariamente a ella, sino que entroncan fundamentalmente con la regulación que hace el Borrador del principio de oportunidad y pueden ser dispares e ir desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de la condena, hasta la apreciación de alguna atenuante o incluso carecer de repercusión sustantiva alguna.

El BCPP ha sido abandonado y las referencias a la mediación penal no han tenido reflejo en las recientes modificaciones de la LECr. Como hemos dicho, la regulación que efectuaba el BCPP era muy escueta y se limitaba a establecer

⁶⁵⁸ Disponible en www.juecesdemocracia.es/.../CODIGO_PROCESAL_PENAL%5B1%5D. Última consulta, 2-2-2018.

el concepto de mediación y los principios inspiradores. Así, el artículo 143 del BCPP señalaba que “Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima, libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”.

Se preveía en él una mediación institucionalizada o profesional en el artículo 144 al establecer que “ 1.- A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los artículos 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11,12,13,14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

Además del requisito de la voluntariedad, de la gratuidad y de la confidencialidad de la mediación, se señalaba un procedimiento escueto de partiendo de la base de la coexistencia de la mediación con el proceso penal, que puede continuar si el Fiscal lo considera oportuno.

Establecía el artículo 144 que “2. La voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas. 3. La institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal. 4. El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento. 5. La mediación penal será siempre gratuita.”

En cuanto a los efectos del acuerdo de mediación alcanzado, en relación al proceso penal ya iniciado señalaban los artículos 145 y 146 que cuando el Ministerio Fiscal tuviere conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podía suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto, si lo considera oportuno. No obstante, en ningún momento, como ya hemos apuntado, se hacía mención de cuáles eran los efectos procesales o materiales derivados de la mediación.

Una de las principales críticas que efectuamos a esta regulación es que de ella parece desprenderse sólo puede accederse a la mediación penal a instan-

cia del agresor. Actualmente, en el Programa de Mediación Penal de adultos que se lleva a cabo por la Generalitat de Catalunya se ha constatado que la mediación antes de la sentencia representa un 98% de los casos y que a iniciativa del propio Juzgado pasa a ser un 80% de ellos, mientras que la iniciativa del agresor queda limitada a un 13% de supuestos⁶⁵⁹. Por el contrario, el artículo 158 del Anteproyecto de 2011 señalaba que la iniciativa para mediar podía venir del Ministerio Fiscal de oficio o a instancia de parte y siempre atendiendo a las circunstancias del hecho.

En definitiva, podemos afirmar que el actual sistema jurídico español adolece de importantes deficiencias en los supuestos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP, y, en general, en los supuestos de violencia de género, derivados de la falta de respuesta a los postulados de la justicia restaurativa a nivel internacional y europeo.

Así mismo, hemos visto que las normas jurídicas internas que podrían dar cobertura legal a iniciativas de mediación penal en España como son las que regulan jurídicamente el principio de oportunidad, la atenuación de la pena, los trabajos en beneficio de la comunidad o la suspensión de la pena, entre otras, son normas jurídicas que están muy dispersas y son insuficientes. Por otra parte, entendemos que la norma prohibitiva de la mediación contenida en el art. 44.5 de la LO 1/2004 condiciona todo el sistema jurídico.

En el capítulo cuarto vamos a analizar porqué es esencial la mediación en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP. Si bien entendemos que la potencialidad de la mediación y de toda la justicia restaurativa en relación al art. 153.1 CP y, en general, de la violencia de género, va a depender de la derogación de esta norma prohibitiva.

⁶⁵⁹ Así se puso de manifiesto en el IV Congreso Español de Victimología organizado por la Universitat Oberta de Catalunya, la Sociedad Científica Española de Victimología y la Sociedad Catalana de Victimología (Barcelona, 18-10-2013).

CAPÍTULO CUARTO. PROPUESTA DE UN MODELO DE MEDIACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP

1. Cuestiones controvertidas

La tesis parte de la hipótesis de que el maltrato ocasional, previsto y penado en el artículo 153.1 CP, debería poder ser objeto de mediación penal, a pesar de la actual prohibición legal, prevista en el art. 44.5 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Hasta ahora hemos dividido la tesis doctoral en tres capítulos diferenciados. En el primero hemos tratado el análisis jurídico penal del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. Y uno de los argumentos que hemos defendido a favor de la mediación es que se constata en la práctica judicial diaria la existencia de supuestos de maltrato ocasional menos grave y de carácter esporádico, que por imperativo legal, deben resolverse en el ámbito estricto del Derecho Penal cuando, por su falta de gravedad y entidad, podrían merecer un menor reproche o cuanto menos una forma diferente de resolución.

En el segundo capítulo hemos realizado un análisis de la prueba de este delito en las diferentes fases procesales y de los principales obstáculos materiales y procesales que encontramos en la práctica diaria del acto de la celebración del juicio oral. Dichos obstáculos dificultan la prueba de la existencia de maltrato ocasional sobre la mujer, lo que da lugar, en muchas ocasiones, a sentencias de carácter absolutorio. El capítulo mantiene como hipótesis de partida que la mediación penal podría resolver el problema de fondo que subyace en muchas de estas sentencias absolutorias y minorar e incluso evitar la victimización secundaria que pueden sufrir las víctimas en estos casos. Así, hemos analizado la prueba del maltrato desde la perspectiva de la falta de prueba y de los requisitos necesarios para que se entienda acreditado el tipo del artículo 153.1 CP. Y todo ello, bajo la premisa de que una deficiente o ausente carga probatoria acabará con una sentencia absolutoria, con la consiguiente victimización secundaria.

Finalmente, hemos dedicado el tercer capítulo a la mediación penal en el ámbito del maltrato ocasional y hemos planteado la necesidad de un debate sobre si la mediación puede ser un recurso eficaz para afrontar los supuestos de violencia de género y, concretamente, los casos de maltrato ocasional.

En ese cuarto capítulo, vamos a someter a discusión los tres capítulos anteriores en los aspectos que hemos considerado más relevantes, su razón de ser, y a realizar nuestras propuestas respecto de las cuestiones planteadas. Y todo ello partiendo de la base de que el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP cumple con una función de especial relevancia jurídica en tanto que la mayoría de delitos de violencia de género se dilucidan por esta vía, por lo que representa el delito recogido en el mayor número de sentencias condenatorias y absolutorias en esta materia⁶⁶⁰. De ahí que algunas de nuestras conclusiones y propuestas respecto del delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP las hayamos ampliado al resto de delitos de violencia de género.

Los tres primeros puntos a tratar en este capítulo los hemos agrupado bajo la rúbrica “cuestiones controvertidas”. Todos ellos tienen en común la relación que se establece entre la LO 1/2004 y el art. 153.1 CP, esto es, en la definición de violencia de género que efectúa el art. 1.1 de la LO 1/2004⁶⁶¹ y en cómo ésta entendemos que influye en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y, concretamente, en la denominación del delito, en el elemento subjetivo del tipo, en el bien jurídico protegido por el delito de maltrato ocasional y en su ubicación sistemática. Si bien se trata de puntos que ya han sido vistos sucintamente en el capítulo primero, el tratamiento de los mismos es diferenciado en cuanto a este nexo en común entre todos ellos y en cuanto a la problemática que genera cada uno de ellos en su propio contexto.

⁶⁶⁰ Según los datos obtenidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ sobre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el primer trimestre del año 2016, en relación a los tipos de delitos instruidos, el delito de maltrato del artículo 153.1 CP representa el 57,7% de los delitos instruidos; el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP representa el 10,3%, y el delito de lesiones del artículo 147 y 148.4 CP, un 3,3%. El delito de quebrantamiento de pena y de medida cautelar del artículo 468.2 CP representa un 13,9% de los delitos instruidos; los delitos contra la libertad representan un 8% y el delito de homicidio representa el 0,1%. Datos disponibles en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/. Última consulta, 10-12-2017.

⁶⁶¹ Art. 1 LO 1/2004: “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.”

El siguiente punto a tratar en el presente capítulo refiere los argumentos que a nuestro entender deberían dar un impulso a la justicia restaurativa y a la mediación en violencia de género. Desde un punto de vista procesal, el proceso abreviado de diligencias previas y el proceso de diligencias urgentes de juicio rápido son inviables en muchos supuestos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP. A mayor abundamiento, son numerosas las sentencias absolutorias que por cuestiones formales, que no de fondo, se dictan en los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP, con la consiguiente victimización secundaria.

En todos estos casos, la mediación sería una solución eficaz para evitar la victimización secundaria y para resolver el problema de fondo creado. Supondría así mismo otorgar libertad a la mujer para poder decidir en el caso concreto si quiere mediar, si quiere ir más allá de una prohibición genérica que le cierra toda posibilidad de autonomía. De ahí que defendamos la introducción de la mediación penal en relación con delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y, además, la implementación de la mediación, en general, en relación con todos los delitos de violencia de género regulados por la LO 1/2004. Y todo ello porque entendemos extrapolables los principales argumentos esgrimidos respecto del art. 153.1 CP al resto de delitos de violencia de género regulados en la LO 1/2004.

No obstante, nos encontramos con dos obstáculos insalvables que vamos a analizar en el apartado tercero de este capítulo como son la imposición obligatoria de una pena de prohibición de aproximación a la víctima en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y en los delitos de violencia de género a raíz del art. 57.2 CP, y la prohibición de mediar en violencia de género que efectúa el art. 44. 5 de la LO 1/2004. También respecto a estos aspectos realizaremos nuestras propuestas que pasan por la derogación de la prohibición de la mediación que efectúa el art. 44.5 de la LO 1/2004 y por la atribución de la facultad potestativa a los jueces y tribunales de la imposición de la pena de prohibición de aproximación a la víctima de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y, en general a las víctimas de violencia de género.

Finalmente, efectuaremos una propuesta de modelo de mediación penal en relación con los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP extrapolable al

resto de delitos de violencia de género regulados en la LO 1/2004 en todo aquello que no le sea exclusivamente aplicable.

1.1 La cuestión de la denominación del delito del artículo 153.1 CP

En primer lugar, y en relación a la denominación “Delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP”, consideramos que es preferible ésta a la denominación “Delito de lesiones del artículo 153.1 CP”. En nuestra opinión, es preferible la primera de las indicadas, esto es, delito de maltrato del artículo 153.1 CP, tanto por cuestiones de orden histórico y por sus antecedentes legislativos, como por la razón de ser del precepto, que castiga algunas conductas que no generan un resultado material lesivo. Y también por su finalidad de protección a la mujer frente a las conductas de sometimiento y dominación que van más allá de un mero ataque a la integridad física y psíquica. A raíz de la LO 1/2004 no puede obviarse la vinculación existente entre el delito del art. 153.1 CP con la violencia que se ejerce contra las mujeres y que las somete a una situación de dominación que va más allá de un mero ataque a la integridad física o psíquica hacia cualquier otra víctima que no sea la mujer o exmujer unida por relación matrimonial o relación análoga a la conyugal.

La cuestión no es baladí ya que la utilización de una u otra denominación puede incidir en la percepción que tengamos acerca del maltrato y puede determinar una cierta relajación en dicha percepción, lo que no es nada deseable. De ahí que nuestra primera propuesta sea la necesidad de consolidar la denominación “delito de maltrato ocasional” para hacer referencia al delito del artículo 153.1 CP.

En un intento de ir más allá, entendemos que la ubicación sistemática del precepto ha influido de tal manera en la doctrina y en la jurisprudencia hasta el punto de llegar a una cierta desnaturalización del tipo penal, lo que hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo, más allá de la cuestión de la denominación aquí tratada. Ello ha comportado que en algunos autores haya predominado la idea de lesión sobre la de malos tratos⁶⁶². También se ha comprobado algo parecido en relación al bien jurídico protegido al afirmarse que es

⁶⁶² Ver nota 2 del capítulo 1. Apartado primero, capítulo primero.

el mismo que el del delito de lesiones, esto es, la integridad físico-psíquica⁶⁶³. Sin embargo, nosotros hemos afirmado que el bien jurídico protegido es más amplio y abarca la protección de conductas sin resultado material. Se trata de la incolumidad personal.

Además, hemos defendido en este trabajo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, lo que conlleva a armonizar el artículo 153.1 CP necesariamente con el art. 1.1 LO 1/2004 y el concepto de violencia de género en los términos en los que se ha manifestado el TC y el TS. De ahí que el elemento finalístico nos lleve a afirmar que el maltrato ocasional es algo más que unas meras lesiones: es una conducta que se enmarca en un contexto con un componente machista que habrá que buscar en el entorno objetivo de los hechos.

Ello nos lleva a plantearnos dos cuestiones más. La primera, la problemática que genera la interpretación de este elemento finalístico en el maltrato ocasional, en un doble sentido: si el delito del art. 153.1 CP es un delito pluriofensivo y si este elemento finalístico constituye o no un elemento del tipo penal. La segunda, la necesidad de cambiar la ubicación sistemática del maltrato ocasional para incorporarlo entre los delitos contra la integridad moral. A éstas cuestiones haremos referencia a continuación.

1.2 El ánimo de dominación del hombre sobre la mujer en el maltrato ocasional

El ánimo de sometimiento y de dominación del hombre sobre la mujer no es un elemento del tipo del artículo 153.1 CP. Como hemos podido analizar en este trabajo⁶⁶⁴ ésta es la postura actual de la jurisprudencia, con la consecuencia que dicho ánimo no debe ser probado por las acusaciones. No obstante, y de conformidad con el ordenamiento jurídico y con una interpretación teleológica de la LO 1/2004 y la interpretación del artículo 153.1 CP realizada por el TC es preciso inferir en el entorno objetivo del hecho delictivo un componente machista, un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en una concepción de predominio del hombre sobre la mujer. La existencia de este componente machista en el hecho delictivo concreto se configura como una

⁶⁶³ Ver nota 101. Apartado segundo del capítulo 1.

⁶⁶⁴ Apartado segundo del capítulo 1 y apartado sexto del capítulo 2.

presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario por parte de la defensa del acusado, que podrá demostrar que la agresión tiene otras raíces distintas y que, por tanto, está excluida de la aplicación del artículo 153.1 CP.

Esta postura, que hemos acogido como nuestra, no está exenta de una crítica fundamental, y es que invierte la carga de la prueba al establecer una presunción de la existencia de este sustrato machista en todo delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. En primer lugar, la inversión de la carga de la prueba en este ámbito del proceso penal compromete el principio de que son las acusaciones las que deben probar el delito y, por tanto, compromete el principio esencial de la presunción de inocencia. En segundo lugar, probar que hubo también violencia por parte de la mujer y que en realidad nos encontramos ante un supuesto de agresión recíproca hombre-mujer solo abarcará un porcentaje muy pequeño de supuestos. En todos los demás –que son mayoría– habrá que probar que la relación entre la víctima y el agresor no está empañada de ese sustrato machista, lo que se convierte en una especie de *probatio diabólica* para el acusado de un hecho negativo. Y todo ello cuando el TC se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto advirtiéndolo que son las partes acusadoras las que deben probar y acreditar en el juicio oral sus hechos constitutivos y que sin la prueba de los mismos no cabe imponer sentencia condenatoria alguna. Y es una vez que han sido probados los hechos de la acusación, cuando la defensa, para obtener una sentencia absolutoria, debe probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes⁶⁶⁵.

1.3 Los delitos contra la integridad moral

Hemos defendido en nuestro trabajo que el delito del art. 153.1 CP es pluriofensivo: además de la incolumidad corporal o personal se protege la integridad moral. Concretamente entendemos que no podemos condicionar la aplicación del tipo penal del artículo 153.1 CP a la averiguación y a la prueba de cuál ha sido la causa, el origen o la intencionalidad última del comportamiento del agresor⁶⁶⁶. El bien jurídico se infiere de la letra de la ley, pero también de su

⁶⁶⁵ STC 303/1993, de 25-10-1993; Recurso 1669/1989; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 3º; BOE núm. 286, Suplemento, de 30-11-1993.

⁶⁶⁶ SOLÉ RAMÓN, A. M^a. : “¿Es la posición de dominio...?”, ob. cit., pág. 6.

espíritu, y la influencia del artículo 1 de la LO 1/2004 es clara y precisa. Concluimos que el bien jurídico protegido, además de la incolumidad corporal en función de las diferentes modalidades de conducta del artículo 153.1 CP entendidas como parte de la incolumidad personal, es la integridad moral. Y ello porque esta clase de violencia “encierra un menosprecio de la mujer (...) que es tratada de forma degradante (...) por el hecho de ser mujer, o, más exactamente, su mujer (...) lo que más duele en estas circunstancias no es la coacción, el golpe o la amenaza, sino la humillación”⁶⁶⁷. De ahí que planteemos la necesidad de un cambio de ubicación sistemática del maltrato ocasional de los delitos contra la integridad moral.

Entendemos, no obstante, que antes de realizar un cambio de ubicación sistemática, cabe analizar otros aspectos similares, además del bien jurídico protegido “integridad moral”, como son las similitudes y diferencias acerca del concepto de violencia psíquica de los delitos contra la integridad moral.

Para ello, en primer lugar deberemos hacer una distinción genérica en el término “violencia psíquica” entre el medio empleado y el resultado producido. Uno de los principales problemas con los que nos hemos encontrado a lo largo de esta investigación gira en torno al término violencia psíquica y si concretamente con él estamos haciendo referencia a los medios de naturaleza psíquica empleados para ejercer el maltrato psíquico o al resultado que pueden causar y que puede tener una incidencia en la salud psíquico-física del sujeto.⁶⁶⁸

La distinción la consideramos esencial fundamentalmente debido a que la violencia psíquica, entendida tanto como medio empleado como por resultado producido, ocasiona en la práctica diaria mucha confusión por su mayor invisibilidad y por la dificultad añadida de conseguir su prueba en el juicio oral. Prueba que en muchas ocasiones, en la práctica diaria, resulta determinante para poder acreditar la existencia de un maltrato ocasional.

Si incidimos en los medios, el maltrato psíquico vendrá configurado por “aquellos comportamientos que, a través de su incidencia sobre el equilibrio

⁶⁶⁷ RAMON RIBAS, E.: “Los delitos...”, ob. cit., págs. 453 y 454.

⁶⁶⁸ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J.: *Consideraciones sobre el delito de lesiones de carácter psíquico (art. 147.1 CP)*: ob. cit., pág. 4. Este autor señala en relación a dichos resultados que el término “lesión de carácter psíquico” debe entenderse todo menoscabo de la salud mental producido por cualquier medio, incluidos aquellos que no suponen una actuación material sobre el cuerpo del sujeto. Puede tratarse de acciones aisladas o de conductas que se prolongan en el tiempo menoscabando la salud del afectado.

psíquico-físico del sujeto, terminan afectando a su integridad o salud física o mental, entre los que cabe citar el suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o pérdida de autoestima, percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, acumulación o de privación de estímulos creadores de confusión mental.”⁶⁶⁹

Visto el resultado, el maltrato psíquico comprende todas aquellas conductas que conllevan “su proyección sobre el estado emocional, la perturbación del necesario equilibrio emocional que precisa la persona para su bienestar. De esta forma, serán formas de violentar este ámbito, las conductas susceptibles de provocar un malestar a cualquier persona de sensibilidad media, es decir, aquellas que por su intensidad sean objetivamente idóneas de perturbar aquel equilibrio, aquella paz, generando sufrimiento, preocupación y desasosiego”⁶⁷⁰.

Por tanto, entendemos que una primera distinción es la que habrá que hacer entre los medios empleados y el resultado. Una cosa es la violencia psíquica ejercida a través de insultos, amenazas, intimidaciones, abandonos, silencios, etc., y otra distinta el resultado de ese ejercicio de violencia que puede conllevar o bien un ataque a la salud físico-psíquica de la persona ⁶⁷¹ o bien un atentado a la integridad moral de la misma (relacionado con la necesidad humana de no sentirse humillado, vejado, de vivir sin angustia, miedo o desasosiego).⁶⁷²

En segundo lugar y directamente relacionado con el punto anterior, está la cuestión de si la “violencia psíquica” a la que se refiere el maltrato habitual del

⁶⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos de lesiones*; Tirant lo Blanch; Valencia, 1997, pág. 44.

⁶⁷⁰ SAP Burgos 293/2007, de 11-12-2007; Recurso 253/2007; Ponente: Sr, Roger Redondo Argüelles; Roj: SAP BU 1004/2007; ECLI: ES: AP BU: 2007: 1004; FJ. 3º.

⁶⁷¹ O un ataque a la salud física o al equilibrio físico-psíquico de la víctima.

⁶⁷² CASTELLÓ NICÁS, N.: “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de Violencia Doméstica del art. 173.2.” *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal; Dykinson*; Madrid, 2005, pág. 224. De la misma autora, “Concepto general de Violencia de Género: Un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*; Dykinson; Madrid, 2009, pág. 74 y 75. Así –según la autora– nos podríamos encontrar ante un delito contra la integridad moral de la persona cuando se atente contra ésta con comportamientos irrespetuosos contra el ser humano, los cuales pueden determinar a su vez un daño a la salud psíquica. En estos casos estaríamos pues ante un concurso de delitos: delito de maltrato psíquico (conducta constitutiva de maltrato psíquico) – del artículo 153.1 o 173.2 CP- en concurso con un delito de lesiones psíquicas (resultado) – del artículo 147.1 y 148.4 CP- o con un delito contra la integridad moral (resultado) – del artículo 173.1 CP-.

art. 173.2 CP es la misma y del mismo contenido que la que requiere el maltrato ocasional del art. 153 CP.

La conclusión a la que hemos llegado es que habrá que distinguir entre medios empleados y resultados partiendo de la base que la redacción de ambos tipos penales es distinta y parte de conceptos distintos. Así, mientras el artículo 153.1 CP configura el maltrato ocasional tipificando todas aquellas conductas que causaren “un menoscabo psíquico o una lesión psíquica”; el artículo 173.2 CP configura el maltrato habitual y castiga a todo aquel que “ejerza violencia física o psíquica de forma habitual”. La redacción del primero se centra en los resultados mientras que la redacción del segundo se centra en las conductas. De ahí que la jurisprudencia afirme que el maltrato habitual sea un delito de mera actividad con independencia de los resultados de las violencias ejercidas.

Si nos centramos en las conductas, la jurisprudencia⁶⁷³ se ha pronunciado al respecto señalando que en el tipo delictivo del maltrato ocasional del artículo art. 153 CP, se describen comportamientos de más amplio espectro que la genuina violencia que se ejerce para el maltrato habitual y que prevé el artículo 173.2 CP. Lo que evidencia el alcance más restringido que se ha querido dar por el legislador al comportamiento tipificado en este último precepto. Esto se explica si se advierte que en el maltrato habitual no se exige – a diferencia del maltrato ocasional del artículo 153.1 CP.- otro resultado que la situación de sometimiento bajo parámetro de indignidad, pues el bien jurídico protegido es aquí, precisamente, la integridad moral, y resultaba preciso acotar la intervención penal de tal suerte que no abarcara la punición de conductas que, aun afectando a esa integridad, en una amplia interpretación de tal bien jurídico, no se compadecerían con el carácter mínimo que aquella intervención penal debe tener en un Derecho Penal democrático.

Si atendemos al resultado producido el artículo 173.2 CP señala expresamente que “(...) si además del atentado a la integridad moral, se produjere le-

⁶⁷³ STS 33/2010, de 3-2-2010; Recurso 10408/2009; Ponente: Sr. Luciano Varela Castro; Roj: STS 335/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 335; FJ. 1º.

sión o daño (...) a la salud (...) se castigarán los hechos separadamente”. Por lo que nos encontramos ante un concurso real de delitos.⁶⁷⁴

En tercer lugar, nos hemos planteado la distinción entre el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP y el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP y el delito de vejaciones leves del artículo 173.4 CP. El delito del artículo 173.1 CP y el delito leve del artículo 173.4 CP son tipos delictivos que dan una respuesta a conductas inhumanas o degradantes, no sólo por parte del funcionario público o el que tiene autoridad (torturas) sino también por parte del particular cuando usa su situación de prepotencia o superioridad para degradar la moral de una persona, humillándola, deshonrándola, despreciándola o envileciéndola⁶⁷⁵. El delito del art. 173.1 CP representa el tipo básico de las conductas incluidas en el Título VII como delitos contra la integridad moral de las personas⁶⁷⁶ y se configura como un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior esa nota de gravedad constituye el límite respecto del delito leve de vejaciones injustas del artículo 173.4 CP⁶⁷⁷.

En el ámbito familiar deberá tenerse en cuenta que como quiera que el art. 173.1 CP no contempla como elemento del tipo, a diferencia del art. 153 CP y del 173.2 CP, la existencia de relación de parentesco entre ofendido y ofensor, cuando se produzca un trato degradante en el ámbito familiar habrá que apreciarse la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP en calidad de agravante.

Una vez nos encontremos en el ámbito familiar cabrá incardinar la conducta consistente en emplear medios de naturaleza psíquica bien en el artículo 153.1 CP que regula el maltrato ocasional, bien en el delito leve del artículo 173.4 CP

⁶⁷⁴ HUERTA TOCILDO, S.: “Los límites del Derecho Penal en la prevención de la Violencia Doméstica”, en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, en TOLEDO Y UBIE-TO, O. DE; CORTES BECHIARELLI, E; GURDIEL SIERRA, M. (Coords). Tirant lo Blanch; Valencia, 2004, pág. 532. En la doctrina, no obstante, nos encontramos ante posturas diversas y así Huerta Tocildo al tratar dicho tema entiende que en estos casos ambos delitos comparten la misma naturaleza y se distinguen únicamente por la nota de la habitualidad. Y su relación sería la propia de un concurso de normas en el que el delito más complejo absorbe al delito más simple de acuerdo con la regla nº 3 del art. 8 CP.

⁶⁷⁵ STS 889/05, de 30-6-2005; Recurso 2244/2002; Ponente: Sr. Gregorio García Ancos; Roj: STS 4394/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 4394; FJ. 3º.

⁶⁷⁶ STS 1061/09, de 26-10-2009; Recurso 10339/2009; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 6816/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 6816; FJ. 9º.

⁶⁷⁷ STS 213/05, de 22-2-2005, Recurso 216/2004; Ponente. Sr. Joaquín Giménez García; Roj: STS 1086/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 1086; FJ. 5º.

que tipifica las vejaciones leves, bien en el artículo 173.2 CP (maltrato habitual), bien en el artículo 173.1 con la agravante de parentesco del artículo 23 CP (delito contra la integridad moral) Para ello deberá tenerse en cuenta no solo la gravedad de la conducta sino que deberá considerarse si nos encontramos ante un hecho aislado o ante una conducta habitual. La diferencia se encuentra en la estructura que presentan los tipos penales mencionados⁶⁷⁸.

El problema que se plantea es determinar el precepto aplicable en aquellos supuestos en los que la conducta del art. 153 CP llega a lesionar realmente la integridad moral de la víctima. La distinción la efectuamos partiendo de cuál sea el bien jurídico protegido en ambos delitos. Si se parte de la consideración que se trata de dar cobertura a bienes jurídicos distintos en uno y otro precepto, entendemos que en aquellos casos en los que alguno de los actos que suponen la realización del tipo de malos tratos psíquicos ocasionales por sí mismo tenga entidad suficiente para lesionar la integridad moral del art. 173.1 CP o del artículo 173.4 CP, esto es, que sea constitutivo de un trato degradante o vejatorio, deberá plantearse un concurso de delitos, castigando la conducta por ambos tipos penales.⁶⁷⁹

La jurisprudencia ha admitido expresamente el concurso real de delitos entre ambas modalidades delictivas con ocasión del maltrato habitual (tratos degradantes y violencia de género). Y así, podemos citar la STS 824/03, 5-6-2003⁶⁸⁰ cuando con ocasión de mantener encerrada a su compañera, atada de pies y manos, le causó varias lesiones al golpearla con cinturones, al quemarla con cigarrillos y al ocasionarle una caquexia por privación de alimentos.

Así mismo, la SAP de Barcelona 26/2009, de 14-1-2009⁶⁸¹, que señala expresamente que "(...) pudiera pensarse que tales actos descritos en el relato fáctico de la presente resolución podrían no ser constitutivos del delito del art. 173.1 CP al quedar los mismos absorbidos en el delito de violencia habitual del art. 173.2 del citado cuerpo legal. Sin embargo, tal tesis no puede prosperar ya

⁶⁷⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR: "La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de Violencia Doméstica" en *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*. MORILLAS CUEVA, L (Coord.); Edersa; Madrid, 2002, pág. 185.

⁶⁷⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR: "La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de Violencia Doméstica"..., ob. cit., pág. 185.

⁶⁸⁰ STS 824/03, de 5-6-2003; Recurso 2262/2001; Ponente. Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 3870/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 3870; FJ. 3º.

⁶⁸¹ SAP Barcelona 26/2009, de 14-1-2009, Recurso 47/2007; Ponente: Sr. Francisco Orti Ponente; Roj: S AP B 1/2009; ECLI: ES: AP B: 2009: 1; FJ. 2º.1.

que independientemente de los actos de violencia que integran el tipo penal del art. 173.2 CP con el dolor, no sólo físico sino moral sobre la perjudicada, tales actos descritos llevan consigo la nota de “envilecimiento y humillación” que corresponde al tipo del art. 173.1 CP⁶⁸² La sentencia mencionada declara que “(...) de todas estas acciones era perfectamente conocedora la acusada (...) y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento vejatorio del procesado sobre su hija menor de edad” y la condena no como autora en comisión por omisión sino como cómplice.⁶⁸³

De todo lo expuesto, concluimos que el tipo del artículo 153 CP se asemeja mucho más, tanto por el bien jurídico protegido como por las conductas tipificadas que pueden formar parte del delito de maltrato habitual y formar un concurso de delitos, con el delito de maltrato habitual, que es un delito contra la integridad moral que al delito de lesiones. De ahí que entendamos que es en el título dedicado a los delitos contra la integridad moral donde debe ir regulado y no en el título dedicado a los delitos de lesiones.

2. Argumentos para introducir la mediación penal en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP

El gran reto con el que nos encontramos en la práctica judicial diaria de la violencia de género y del maltrato ocasional es la presencia de casos en los que se esconde y minimiza la violencia y casos en los que todo se magnifica.

⁶⁸² La STS 819/2002, de 8-5-2002; Recurso 2544/2000; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 3247/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 3247; FJ. 3º y la STS 1122/1998, de 29-9-1998; Recurso 1625/1997; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 5480/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 5480; FJ. 2º, señalan como conductas que pueden ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad moral las conductas susceptibles de producir en las víctimas “sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral”. La STS 2101/2001, de 14-11-2001; Recurso 176/2001; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 8868/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 8868; FJ. 13º, señala que “(...) el art. 173.1 CP quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización en la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias (...) debe ser grave, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica. La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada (...) si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción en la que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico”.

⁶⁸³ El argumento utilizado es que uno de los requisitos de la aplicación del art. 11 CP es que se haya producido un resultado de lesión o de riesgo propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley, lo que no ocurre en el art. 173.1 CP dado que no es un delito de resultado sino de simple actividad.

En esta amplia horquilla hay mucho margen por hacer y el ordenamiento jurídico español no ofrece todas las soluciones posibles a todos estos supuestos en concreto. Siendo esto así, aportamos en este apartado argumentos para introducir la mediación penal en el maltrato ocasional como una posible solución a algunas de estas realidades. En concreto nos estamos refiriendo a: la necesidad de distinguir en el art. 153.1 CP entre lesiones psíquicas y menoscabo psíquico para dar cabida a otros resultados distintos que tienen cabida en el maltrato ocasional y que ahora se contemplan como vejaciones injustas o se absuelven sin más por entender que no tienen entrada en el tipo penal; la necesidad de introducir una tercera alternativa ante la inviabilidad del procedimiento de juicio rápido y de procedimiento abreviado en algunos supuestos de maltrato ocasional; la necesidad de reducir la victimización secundaria ante las innumerables sentencias absolutorias basadas en cuestiones formales en materia de maltrato ocasional, y la necesidad de otorgar libertad a la mujer para decidir si quiere o no acudir a un proceso de mediación.

2.1 La distinción entre las lesiones psíquicas y el menoscabo psíquico contemplados en el delito de maltrato ocasional

Uno de los supuestos del art. 153.1 CP en los que cabría acudir a la mediación penal sería ante un menoscabo psíquico, por cuanto se trata de un supuesto más leve en cuanto a resultado que el de lesión psíquica del artículo 153.1 CP, que ni siquiera requeriría de tratamiento psicológico.

Así, una de las cuestiones que hemos planteado es que el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP admite tres tipos de conducta típica: en primer lugar, el maltrato físico y/o psíquico que cause una lesión que no precise de tratamiento médico ni quirúrgico, aunque sí se admite el tratamiento psicológico no prescrito por un médico. El delito de maltrato ocasional en esta modalidad de conducta se diferencia del delito de lesiones del artículo 147 y 148.4 CP en que en el delito de lesiones el resultado es una lesión física o psíquica para cuya sanidad se precisa además de una primera asistencia facultativa de tratamiento médico o quirúrgico. Para ambas conductas delictivas el bien jurídico protegido es la salud física y mental. En segundo lugar, el art. 153.1 CP comprende el maltrato de obra sin lesión alguna como resultado. En este caso

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

el bien jurídico protegido es el bienestar corporal. Y finalmente, como tercera conducta el art. 153.1 CP contempla el maltrato físico o/y psíquico que ocasione un menoscabo psíquico sin lesión ni necesidad de tratamiento alguno. El bien jurídico protegido será en este último supuesto el bienestar psíquico o bienestar general psíquico- mental y social, necesario para un pleno desarrollo personal.

Entendemos que la causación de un menoscabo psíquico que prevé el artículo 153.1 CP implica un resultado distinto y autónomo al de una lesión psíquica necesitada de al menos una primera asistencia facultativa y/o tratamiento psicológico no prescrito por un médico, que también prevé este precepto. Pero también entendemos que deben quedar fuera de la expresión “menoscabo psíquico” aquellas conductas que no presentan ni el más remoto peligro a la salud psíquica de la víctima. De manera que deben quedar dentro de la expresión menoscabo psíquico los supuestos en los que como consecuencia del maltrato se produzca una perturbación leve de la normalidad psíquica de manera que queda afectado el ámbito psicológico de la víctima y el bien jurídico bienestar psíquico o bienestar general psíquico-mental necesario para un pleno desarrollo personal. Y ello, porque hay conductas que ocasionan menoscabos que no requieren de tratamiento psicológico pero que alteran de forma notable el bienestar general psíquico-mental y social de las víctimas de maltrato, que no pueden quedar impunes, y que lo estarían, de no existir la expresión “menoscabo psíquico” porque no implican lesión alguna en sentido material. Pensemos que no toda conducta de maltrato tiene porqué generar como resultado estrés postraumático, ni todo estrés postraumático tiene porqué requerir ni tratamiento psicológico ni una primera asistencia facultativa.

Pero existen supuestos en los que la víctima ha visto alterada su normalidad psíquica por lo que no podemos afirmar que no se ha producido ningún resultado. Somos muy conscientes de que la diferencia es muy sutil y que es labor del médico forense distinguir los supuestos en los que hay lesión material, de los supuestos en los que ésta es inexistente; cuando ha habido tratamiento psicológico, de los casos en los que el malestar psíquico no ha requerido de tratamiento; si este malestar psíquico ha alterado de forma sustancial la calidad de vida de la mujer víctima del maltrato; si no ha representado peligro alguno para su bienestar psíquico ni para su salud; y, finalmente, cuando ha habido

una primera asistencia médica de la víctima y cuando no. Y ejemplo de ello lo es la STS 1396/2009, de 17-12-2009⁶⁸⁴, que si bien no establece distinción alguna entre menoscabo psíquico y lesión psíquica a efectos del artículo 153.1 CP sí que reconoce la existencia de “otros resultados” que pueden alterar el estado de ánimo de la víctima, que en el caso concreto sería “(...) un estado de ansiedad moderadamente alto, generando interferencias notables en la vida diaria”. La mencionada sentencia absuelve por un delito del artículo 153.1 CP y condena por una falta de vejaciones injustas. Pero esta condena se da porque el ahora delito leve de injuria o vejación injusta del artículo 173.4 CP seguirá desempeñando una especie de cajón de sastre de aquellos casos que los tribunales no consideren subsumible el supuesto en el tipo de lesiones psíquicas del artículo 153.1 CP. Esto es así porque la jurisprudencia todavía no se ha planteado la distinción entre lesión psíquica y menoscabo psíquico en el artículo 153.1 CP creando doctrina cuando hay un menoscabo psíquico consistente en un “(...) estado de ansiedad moderadamente alto, generando interferencias notables en la vida diaria”, cuando “(...) la informada es una mujer mental y psicológicamente normal, sin alteraciones psíquicas que la afecten. No tiene puntuaciones que indiquen patologías de personalidad ni desajustes adaptativos” (FJ.1º).

Es decir, nos encontramos en la práctica diaria con supuestos de malos tratos por menoscabos psíquicos a los que se les da una doble solución: una sentencia absolutoria por no encajar en el tipo penal o una sentencia condenatoria por delito leve de vejaciones injustas. De ahí que entendamos imprescindible plantear la distinción con las lesiones psíquicas del art. 153.1 CP y con las lesiones psíquicas del art. 147.1 CP. Y ello porque los menoscabos psíquicos son resultantes del maltrato psíquico resultante de la violencia de género que proscribe la LO 1/2004. Y porque las mujeres afectadas por un “estado de ansiedad moderadamente alto”, aunque psicológicamente no requieran de tratamiento alguno porque estén sanas, desean que se las escuche, que se las atienda, en definitiva, desean una atención personalizada. Nos atreveríamos a decir que muchas de ellas sí desean una condena penal, pero otras muchas no quieren que la maquinaria judicial acabe con una sentencia penal con condena

⁶⁸⁴ STS 1396/2009, de 17-12-2009; Recurso 776/2009; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 8471/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 8471; FJ. 1º y 2º.

para su pareja o expareja. Pero en todo caso, entendemos que a lo que sí pueden aspirar es a que se les reconozca su condición de víctimas de un delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP y no de un delito leve de vejaciones injustas. De ahí que entendamos que, en primer lugar quepa establecer la distinción entre ambos delitos y una vez reconocida, pensamos que en estos supuestos, una tercera vía posible para la resolución del conflicto sería la mediación.

2.2 La inviabilidad del procedimiento de juicio rápido y de procedimiento abreviado en algunos supuestos de maltrato ocasional

A lo largo de este trabajo hemos establecido la distinción entre los delitos de maltrato ocasional, maltrato habitual, delito de lesiones, delito leve de vejaciones injustas y delito contra la integridad moral. Y hemos puesto de manifiesto en diversas ocasiones la inadecuada tramitación procesal del maltrato ocasional del artículo 153. 1 CP y la problemática tramitación de los juicios rápidos en los supuestos de delito de maltrato del artículo 153.1 CP. Incidiendo en ello diremos, en primer lugar, que en la práctica diaria es imprescindible distinguir si estamos ante individuales acciones de agresión surgidas aisladamente o bien si estamos ante agresiones que exteriorizan un estado permanente de violencia habitual, lo que no siempre es posible dada la rapidez y la inmediatez que exige la tramitación procesal de las diligencias urgentes de juicio rápido en la guardia de los Juzgados de Instrucción. Y ello porqué en la mayoría de los supuestos las únicas diligencias de investigación consisten en recabar el testimonio de la víctima, no hay testigos directos a excepción de la víctima y toda la carga probatoria gira alrededor de dicho testimonio. Y como mucho habrá un informe del médico forense acerca de las presuntas lesiones casi siempre físicas, muy raramente psíquicas, y sin referencia alguna al daño moral causado a la víctima.

En segundo lugar, la rapidez y la pretendida sencillez de tramitación de los juicios rápidos puede ser un arma de doble filo ya que, por una parte conlleva un cierto mecanicismo a la hora de investigar el delito y por la otra, a que se tramiten como supuestos de maltrato ocasional verdaderas situaciones de maltrato habitual. De ahí que entendamos que la tramitación por diligencias urgen-

tes no sea la adecuada para tramitar el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. Por otra parte, las diligencias urgentes son un obstáculo a la introducción de la mediación penal en éste ámbito ya que en el curso de una guardia es difícil, sino imposible que pueda iniciarse y acabar una mediación en curso con la debida eficacia. De este modo se explica que propongamos eliminar del ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido la tramitación de los delitos de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP en aras a la protección de la víctima⁶⁸⁵.

Sin embargo, la tramitación de todos los procedimientos de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP por el procedimiento de diligencias previas de procedimiento abreviado tampoco es adecuada ya que existen supuestos muy sencillos, que podrían resolverse fácilmente a través de un proceso de mediación penal.

El delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP no es un delito cuya complejidad impida la aplicación de la mediación; tampoco lo impiden sus efectos sobre la víctima, que son más leves que los que produce el delito de lesiones del artículo 147 y 149.4 CP y los que se derivan del delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP. Por todo ello, proponemos introducir la mediación penal en el ámbito del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. Y defendemos la mediación penal en los supuestos agravados del número 3 del artículo 153 CP, es decir en los casos en los que se emplean armas, se quebranta una orden de alejamiento o una pena de alejamiento y cuando los hechos tienen lugar en el domicilio de la víctima o en presencia de menores⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Precisamente, una de la conclusiones a las que se llegó en el Curso de formación del CGPJ “La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género”..., ob. cit., es la de considerar que los juicios rápidos no resultan idóneos para el enjuiciamiento de la violencia – física o psíquica- habitual y que el procedimiento de diligencias previas es el que resulta más idóneo para introducir en las actuaciones las diligencias de investigación y los informes oportunos. No faltan autores que defienden esta postura y que consideran que el marco procedimental de los juicios rápidos es inadecuado para una óptima investigación de los hechos delictivos ya que en muchas ocasiones solo permite constatar probatoriamente “una punta del iceberg” pero no lo que subyace debajo de ella. También disponible en *La valoración del daño en las víctimas de Violencia de Género*; MARÍN GÓMEZ, P.; LORENTE ACOSTA, M. (Dir.); *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ; Madrid, 2008; Ver MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de Violencia de Género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la Violencia de Género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Y, DE HOYOS SÁNCHEZ, M. (Dir.); *Lex Nova*; Valladolid, 2009, págs. 456 y 457.

⁶⁸⁶ El número 3 del artículo 153 prevé un tipo cualificado en cuatro supuestos: Presencia de menores, utilización de armas, domicilio común o de la víctima y quebrantamiento de medida de protección. Tanto la utilización de armas –que no la de otros instrumentos peligrosos- como la comisión del maltrato ocasional en el domicilio común o de la víctima tienen como fundamen-

Esto se explica porque no siempre hay una relación directa entre la gravedad de la tipificación formal y la conflictividad real existente o la voluntad de participación en un programa de reparación ni con la posibilidad de que finalmente se repare⁶⁸⁷.

Así mismo defendemos la implementación de la mediación a todos los supuestos de violencia de género ya que consideramos aplicables a éstos los principales argumentos alegados en relación con el art. 153.1 CP.

Defendemos también la viabilidad de la aplicación del subtipo atenuado del artículo 153.4 CP en la mediación de los delitos de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP y proponemos que en un futuro proceso de mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico pueda darse aplicación al subtipo atenuado que prevé el artículo 153.4 CP, que supone una rebaja en un grado de la pena prevista inicialmente en el artículo 153.1 CP, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. La aplicación del subtipo atenuado ha sido escasamente utilizada en la práctica diaria de los tribunales y apenas existe jurisprudencia sobre esta posibilidad. No obstante, hemos llegado a la conclusión de que su aplicación supone una aminoración de la pena aplicable al caso concreto y, por tanto, una disminución del efecto agravatorio del artículo 153.1CP, así como una posibilidad más de las previstas en el ordenamiento jurídico español para la operatividad de la mediación en ciertos supuestos de maltrato ocasional, de similar naturaleza a la aplicación de las atenuantes genéricas de confesión y de reparación del daño de los artículos 21.4 y 21.5 CP.

to el efecto intimidatorio de una conducta y el mayor impacto psíquico de la agresión producida en el entorno más inmediato de la víctima. Ver TAMARIT SUMALLA, J. M.: "Comentarios al artículo 153 del Código Penal", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); Aranzadi; Pamplona, 2011, pág. 127.

⁶⁸⁷ FREIRE PÉREZ, R. M.: "Reparación y Conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas y de los imputados", en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la Mediación; Estudios de Derecho Judicial*, 111; CGPJ; 2006, pág. 104.

2.3 La victimización secundaria en los supuestos de sentencias que absuelven al agresor del delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y la mediación

Hasta ahora, hemos defendido la introducción de la mediación penal en relación al delito de maltrato ocasional con el argumento de que no hay obstáculo alguno derivado de la configuración del tipo penal del artículo 153.1 CP para ello. En este apartado vamos a defender la mediación penal como una fórmula, más que necesaria para evitar los efectos que la victimización secundaria puede ocasionar en la víctima que acude al proceso penal como testigo en el proceso penal.

Con carácter previo, formularemos nuestra hipótesis que entendemos ha sido justificada a lo largo de esta tesis. Consideramos que los efectos de la victimización secundaria pueden ser ocasionados cuando se dicta una sentencia absolutoria basada fundamentalmente en cuestiones formales, que no de fondo, que no dependen ni directa ni indirectamente de la víctima sino del proceso penal tal y como está configurado y tal como se desarrolla en la práctica diaria de los juzgados y tribunales, lo que sin duda alguna le ocasiona indefensión.

Entendemos que la protección integral que pretende la LO 1/2004 y que ha motivado la regulación contenida en el artículo 153.1 CP no puede ser eficaz cuando por razones que no son las de un análisis del fondo del asunto, sino formales, decae la prueba del maltrato y se dicta una sentencia absolutoria por falta de actividad probatoria suficiente que desvirtúe el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Las probabilidades de una sentencia absolutoria aumentan cuando las partes no instan la práctica de todas las pruebas posibles o cuando las instadas carecen de influencia decisiva en la resolución del pleito; y cuando el tribunal rechaza su práctica motivadamente.

También cuando el atestado policial⁶⁸⁸ está incompleto y no recoge sus contenidos mínimos o bien dejan de hacer mención de aquellas circunstancias

⁶⁸⁸ Según se desprende de los datos obtenidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para el primer trimestre de 2016, los atestados policiales representan el 82,85% del total de denuncias presentadas y tramitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que incluyen las denuncias presentadas por la víctima, las presentadas por los familiares de la víctima y aquellas que se tramitan por intervención directa de la policía en los

que corroboran la posible declaración de la víctima como el estado psicológico, las lesiones que son apreciables, la parte del cuerpo en la que se encuentran estas lesiones, el estado de la vivienda o del lugar de la comisión del delito, la manifestación y filiación de los testigos de los hechos, las manifestaciones espontáneas del detenido o la identificación de los agentes que acudieron al lugar de los hechos y que practicaron la actuación policial.

Una sentencia absolutoria también puede fundamentarse en la falta de corroboración de las lesiones que presenta la víctima, bien porque no existe ningún parte médico que las acredite⁶⁸⁹ o bien porque, existiendo éste, no se dispone de la historia clínica de la víctima o del informe psiquiátrico de urgencias. En los casos de maltrato ocasional la rapidez con la que se tramita el juicio rápido hace inviable acudir a la historia clínica de la víctima ya que casi siempre ésta acude a diferentes centros médicos y es atendida por personal sanitario diverso, sin que haya en dichos centros una historia clínica donde referir los distintos episodios.

Por otra parte, el médico forense puede no disponer de todos los informes médicos necesarios para efectuar su pericia. En muchas ocasiones ello es debido a que la víctima desconoce que debe llevarlos consigo en la visita al forense porque nadie le ha informado de ello. Es de especial relevancia el informe psiquiátrico de urgencias de la mujer víctima de maltrato que en muy pocas ocasiones es remitido al juzgado. Este informe es determinante para que el forense pueda efectuar un análisis detallado del estado en el que se encontraba la víctima pocos momentos después de la agresión. Sobre todo es importante para determinar si como consecuencia del maltrato se le han ocasionado lesiones psíquicas, su existencia y su entidad así como la relación de causalidad entre el maltrato y las mismas. Todo ello es determinante para la fijación tanto de una indemnización económica por la existencia de estas lesiones co-

hechos. De ahí su importancia en la investigación del maltrato. Datos disponibles en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/. Última consulta, 10-12-2017.

⁶⁸⁹ Según se desprende de los datos obtenidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para el primer trimestre de 2016, los partes de lesiones recibidos directamente desde el centro médico por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer representan un 9,83% del total de denuncias presentadas. Datos disponibles en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/. Última consulta, 10-12-2017.

mo para determinar cómo ha quedado afectada la calidad de vida de la víctima y el daño moral producido y su justa compensación.

Entendemos que una revisión del *“Protocol per a l’abordatge de la violència masclista en l’àmbit de la salut a Catalunya. Document Marc”* en el que se haga hincapié en esta problemática sería muy útil en los casos de maltrato ocasional. En primer lugar, es necesaria la derivación de todas las mujeres maltratadas a una visita psiquiátrica en urgencias o en el centro sanitario al que acuda la víctima, y, en segundo lugar, es imprescindible la remisión del informe psiquiátrico correspondiente a esa visita al juzgado junto con el parte médico de lesiones físicas. Y ello porque, en la mayoría de los casos el estado psíquico de la víctima instantes después de la agresión va a permitir contextualizar la situación de violencia de género.

También es posible que no se cite a declarar al juicio oral al facultativo que atendió a la víctima en urgencias, el cual pudiera declarar sobre posibles indicadores de maltrato como la utilización repetitiva de los servicios de urgencias, las hospitalizaciones frecuentes sin diagnóstico que lo justifiquen o la actitud, tanto de la víctima como de la pareja, en la consulta. Y en el caso de que se les cite al acto de juicio oral existen importantes limitaciones a la hora de valorar su pericia. En primer lugar, debido fundamentalmente al tiempo transcurrido es probable que no recuerden los hechos concretos de su pericia y, por ello, se limiten a ratificar su informe y a contestar a aquellas preguntas relacionadas con lo recogido en el mismo. En segundo lugar, presentan serias dificultades a la hora de recordar los demás detalles relacionados con su actuación, no como peritos, sino como testigos directos o como testigos de referencia, y ello debido, no solo al tiempo transcurrido desde la visita efectuada en urgencias hasta el momento de declarar en el acto de juicio oral, sino también a la excesiva acumulación de trabajo.

Por otra parte, en los casos de maltrato ocasional es difícil encontrar una valoración forense integral y, en ocasiones, hay contradicciones entre las conclusiones del médico forense en su informe y la declaración de la víctima; en otras, acreditada la existencia de las lesiones no queda probado el maltrato por no poder acreditarse ni su origen ni su forma de producción. Y debido a la rapidez del procedimiento de diligencias urgentes llevadas a cabo en el juzgado de guardia la exploración realizada a la víctima suele ser de carácter físico, que no

psicológica completa, lo que es un obstáculo para probar la existencia de lesiones psíquicas o de menoscabo psíquico.

La falta de intervención del asistente social en el proceso penal, incluso en los supuestos en los que servicios sociales son concedores de la situación de la víctima, y de una pericia al respecto sobre la valoración del clima violento y permanencia de la víctima en el ambiente de violencia puede coadyuvar a que se dicte una sentencia absolutoria. En los supuestos de maltrato ocasional es difícil encontrarnos con estas pericias o con la declaración del asistente social como testigo directo o de referencia.

Observamos también que gran parte de las sentencias absolutorias que se dictan en España están directamente o indirectamente relacionadas con la falta de elementos objetivos que corroboren la declaración de la víctima, a la existencia de móviles espurios o a la falta de persistencia en su incriminación. Son muchos los casos en los que la víctima renuncia a continuar con la tramitación del procedimiento: o bien no denuncia, o bien retira su denuncia o no la corrobora⁶⁹⁰. La dificultad probatoria principal se produce cuando la víctima o el testigo directo del maltrato se acoge a su derecho a no declarar, por sus relaciones familiares con el agresor. También cuando por imposibilidad de prestar declaración en el juicio oral sea imposible la lectura de sus declaraciones anteriores por falta de concurrencia de los requisitos legales: esto es, cuando la declaración testifical se ha realizado sin asistencia del letrado de la defensa que garantice el derecho de contradicción; y cuando las partes procesales no han instado la lectura de la declaración en el momento procesal oportuno.

Por otra parte, la admisión de la testifical de referencia y la valoración de sus declaraciones en la práctica es excepcional y son numerosas las sentencias en las que la víctima se acoge a su derecho a no declarar y, a pesar de la existencia de testigos de referencia, tienen carácter absolutorio. Para finalizar

⁶⁹⁰ Según se desprende de los datos obtenidos por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para el primer trimestre de 2016, los supuestos en los que durante la fase de instrucción la víctima se acoge a su derecho a no declarar como testigo –en relación a todos los delitos de violencia de género– representan un 13 % de los delitos instruidos, cifra superior en un 16% respecto los supuestos constatados en el primer trimestre del año 2015. Durante el juicio oral, de un total de 6.964 sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, son 1.202 casos en los que la víctima se ha acogido a su derecho a no declarar y 3.232 (53,6%) las sentencias absolutorias dictadas. Datos disponibles en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/. Última consulta, 10-12-2017.

este capítulo diremos que no siempre es posible, como ya hemos visto, obtener una prueba directa de existencia de maltrato y de su autoría.

La intervención del acusado en el proceso penal mediante manifestaciones espontáneas a la policía, o la confesión del maltrato no siempre comporta una sentencia condenatoria. Por una parte, se cuestiona procesalmente que su silencio en el juicio pueda dar lugar a la lectura de sus declaraciones anteriores en el juzgado reconociendo los hechos. Por la otra, puede faltar en el caso concreto material probatorio suficiente que corrobore lo manifestado espontáneamente o bien puede suceder que estas manifestaciones espontáneas no sean introducidas por las partes procesales en el acto de juicio oral ni sean sometidas a debate contradictorio.

Paralelamente, la prueba del maltrato ocasional a través de las nuevas tecnologías se está extendiendo en la práctica diaria de los juzgados y tribunales. En la actualidad no existe una regulación específica en la LECr. que regule el acceso y el análisis de la información contenida en los dispositivos electrónicos, y se plantean dudas en la práctica acerca de cuándo pueden ser empleados, cómo deben aportarse al juicio y cuál es su valor probatorio. Este desconocimiento, que se suple con las aportaciones doctrinales, la jurisprudencia y la regulación contenida en la LEC, de aplicación supletoria, provoca en muchas ocasiones que el material probatorio de esta naturaleza sea aportado al juicio en un momento procesal inoportuno, o bien de forma incorrecta y sea rechazada la práctica de la prueba.

Todo lo aquí expuesto conlleva a que se dicte una sentencia absolutoria en el caso de que el maltrato ocasional haya llegado a juicio⁶⁹¹. Una sentencia absolutoria de estas características anteriormente mencionadas puede ocasionar efectos en la víctima propios de la victimización secundaria, esto es, derivados de la relación de la víctima con el proceso penal, en este caso, derivados desde el inicio del proceso penal, con la denuncia, hasta la celebración del juicio oral y posterior absolución, con la sentencia. Mayoritariamente, en estos casos de sentencia absolutoria, la mujer que interpuso la denuncia, sigue pensando

⁶⁹¹ De los datos obtenidos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para el primer trimestre de 2016, en los Juzgados de lo Penal del total de delitos de violencia de género que llegan a enjuiciarse, se han dictado un total de 6.964 sentencias, siendo 3.232 de carácter absolutorio, lo que representa un 46,41% del total, esto es, casi la mitad de su totalidad. Datos disponibles en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/. Última consulta, 10-12-2017.

que era necesario interponerla. De ahí, los sentimientos de frustración y la consideración de que acudir a la justicia penal no haya servido de nada. Y ello porque el problema de fondo, en estos casos, sigue ahí, sin resolverse.

Así, se afirma que la víctima es una especie de perdedor por partida doble, en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado, que la excluye de la gestión dialogada de su propio conflicto⁶⁹². De hecho, el papel de la víctima en el proceso penal se reduce al de mero testigo⁶⁹³. Pero es que además, una vez finalizado el proceso penal el conflicto subyacente permanece en el tiempo. O bien las partes están obligadas a convivir de forma cercana o bien entre ellas existe dependencia económica o intereses comunes como la existencia de hijos en común. En estos casos, el sistema penal no cumple su función de solucionar el conflicto.

El proceso penal pretende la búsqueda de la verdad formal, a través de las pruebas, más que de lo realmente ocurrido, que es precisamente lo que le interesa a la víctima ya que ello es lo que le ayuda a cambiar su percepción emocional y personal del maltrato. Entendemos que una sentencia, y en mayor medida, si es absolutoria puede contribuir a incentivar su sufrimiento, su miedo y sus expectativas.

No hemos encontrado estadística ni estudio alguno que examine el impacto que sobre una víctima de maltrato genera una absolución. Por lo que incidimos en la necesidad del estudio de esta cuestión así como en el estudio del grado de satisfacción de las víctimas y de los infractores, y de los operadores jurídicos en los supuestos de una futura mediación en el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP.

No obstante todo ello, se ha demostrado a través de una experiencia en Barcelona, que aplicar la mediación en casos de violencia de género que se han archivado o sobreesido durante la instrucción de la causa ha dado resultados muy positivos en orden a la resolución del conflicto de fondo entre las partes. Esta experiencia se inicia en abril de 2008, a raíz de la puesta en funcio-

⁶⁹² RIOS MARTÍN, J.C.: "La Mediación Penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal", en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la Mediación; Estudios de Derecho Judicial*, 111; CGPJ; 2006, pág. 144.

⁶⁹³ Entre las Conclusiones en torno a la mediación penal elaboradas por ZAPATERO GÓMEZ, J.; SÁEZ VALCÁRCEL, R.; ORTUÑO MUÑOZ, J. P. en *Alternativas a la judicialización de los conflictos. La Mediación...*, ob. cit., pág. 641, se halla la consideración de que en el tratamiento de la víctima uno de los objetivos es la resolución de problemas asociados a la victimización se cundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo.

namiento del Servicio de Mediación Familiar del Centro de Mediación del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña en la Ciudad Judicial de Barcelona y de Hospitalet de Llobregat. Sobre una muestra de 70 derivaciones recibidas de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, en supuestos archivados (abril 2008-diciembre 2010), se han iniciado 60 procesos de mediación y el 85% han finalizado con acuerdos, con una media entre tres y cuatro sesiones de mediación de una duración aproximada de 90 minutos cada una. Todas las situaciones gestionadas parten de una relación de tipo familiar entre las partes, que es previa a la denuncia judicial.⁶⁹⁴

Con los resultados positivos de esta experiencia, anteriormente mencionados, se entrevistó a la satisfacción de las partes en estos casos de archivo y sobreseimiento durante la instrucción y que la mediación posibilita una rebaja de la conflictividad familiar e influye en el bienestar de la descendencia en común.

No es éste el único estudio que se ha llevado a cabo en Cataluña acerca de la mediación y sus resultados satisfactorios. Así podemos citar el estudio sobre la Evaluación del Programa de Mediación Penal de Adultos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, de 2013. En este caso, las víctimas objeto de estudio manifiestan en general una evaluación positiva del proceso de mediación. Uno de los aspectos más innovadores que aporta la investigación es la evaluación del impacto del proceso de mediación en el bienestar emocional de las víctimas, mostrando éstas una reducción significativa de su malestar producido por el delito. En definitiva, el estudio realizado concluye con la afirmación de que el programa de mediación penal de adultos analizado responde a los objetivos propios de la justicia restaurativa ya que ofrece una respuesta satisfactoria a las necesidades de las víctimas, por lo que resulta una herramienta válida en relación a las infracciones penales.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ VALL RIUS, A.; GUILLAMAT RUBIO, A.: "Mediación y Violencia de Género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal", en *Revista de Mediación*. año 4; Nº 7; Mayo 2011, págs. 23 y 24.

⁶⁹⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M.: Evaluación del Programa de Mediación Penal de Adultos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, 2013; Centre d'Estudis Jurídics i Formació Jurídica Especialitzada. Disponible en www.justicia.gencat.cat/ca/ambits/formacio_recerca_documentacio/recerca/catalog_d_investigacions/per_ordre_cronologic/2014/avaluacio-del-programa-de-mediacio-penal-adults.pdf. Última consulta, 10-12-2017.

Retomando la cuestión, existen supuestos en los que el archivo y el sobreseimiento del maltrato ocasional se producen durante la fase de instrucción⁶⁹⁶. Estos casos no quedan afectados por la prohibición de mediar que efectúa la LO 1/2004 puesto que no estaríamos formalmente ante un supuesto de violencia de género. Paralelamente, entendemos que tampoco quedan afectados por la prohibición los casos de violencia de género sobre los cuales ha recaído una sentencia absolutoria. De ahí que, al menos teóricamente, quepa que las partes puedan acudir a mediación una vez terminado el proceso penal con una sentencia absolutoria ante el Juzgado de lo Penal y someter el conflicto subyacente, para su solución a través de un mediador, y llegar a acuerdos que, de forma similar y paralela a lo que sucede en el proyecto piloto, deducimos que también darán resultados positivos de cara a la resolución de dicho conflicto.

A toda esta argumentación damos un paso más allá y vistos estos resultados positivos en la resolución del conflicto subyacente proponemos la instauración de la mediación penal en el ámbito del maltrato ocasional del artículo 153.1 CP como un sistema complementario al proceso penal al que se pueda acudir ya desde un inicio del procedimiento, siempre que las partes muestren su voluntad de llegar a un acuerdo. La mediación permitiría que las partes pudieran resolver el conflicto creado entre ellas dentro del proceso penal y, en relación a éste, podría determinarse el archivo o sobreseimiento del caso, o la condena penal con una aplicación de atenuantes genéricas al delito del artículo 153.1 CP, e incluso la aplicación del subtipo atenuado del artículo 153.4 CP, o bien la aplicación del beneficio de la suspensión de la condena.

La ventaja es evidente si tenemos en cuenta que la mediación sería, en muchos casos, una forma de evitar que se acabara el proceso penal con una sentencia absolutoria sin resolución del problema de fondo. Con ello evitamos que el proceso penal sea un obstáculo para la resolución del conflicto e introducimos una vía para eludir la victimización secundaria, en tanto que el proceso mediador comporta una satisfacción psicológica para la víctima, a través del

⁶⁹⁶ Según los datos disponibles del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para el primer trimestre de 2016, en los JVM durante la instrucción de la causa se dictaron un 3,6% de sobreseimientos libres, un 41,3% de sobreseimientos provisionales frente a un 11,5% de sentencias condenatorias y un 3,6% de sentencias absolutorias. Datos disponibles en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/. Última consulta, 10-12-2017.

arrepentimiento y la petición de perdón del agresor. Y todo ello sin perjuicio de la satisfacción material del daño ocasionado, que puede adoptar formas diversas, como los trabajos en beneficio de la comunidad, en beneficio de la propia víctima o deberes para el propio infractor.

Por tanto, en los casos de sentencias absolutorias no habrá delito de maltrato. Pero es posible que la mujer se sienta víctima del mismo y es posible que el conflicto subyazca, con lo que ello comporta a los efectos de la victimización secundaria y máxime cuando estamos ante sentencias absolutorias por cuestiones de forma, que no de fondo. La conflictividad familiar de fondo, que ha motivado la interposición de la denuncia subsiste. De ahí que en estos casos nosotros defendamos la mediación. Y ello porque al desarrollarse ésta en un entorno humano y flexible, al margen de la rigidez del proceso judicial, resultará menos intimidante, más comunicativa y más receptiva a las necesidades individuales de las víctimas, con el consiguiente beneficio para éstas.

La mediación tiene un aval a nivel internacional ya que la víctima en el proceso penal ha sido objeto de interés internacional desde hace muchos años. Las resoluciones dictadas en el seno del Consejo de Europa, en la Organización de Naciones Unidas y de la Unión Europea admiten la mediación penal en particular y la Justicia restaurativa, en general, como una fórmula dentro del marco de la protección a la víctima de delito, encaminada a prevenir la victimización secundaria.

Después de este análisis, estamos en disposición de proponer el estudio y la investigación de la relación entre la victimización secundaria con la absolución del infractor del delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP en el proceso penal; así como la necesidad de estudiar el grado de satisfacción de las víctimas, de los infractores, y de los operadores jurídicos en los supuestos de mediación penal en el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP, una vez implementada.

2.4 La controvertida libertad de la mujer para decidir acudir a un proceso de mediación

Se hace necesario fomentar la participación de la víctima en la resolución del conflicto y hemos constatado que la mediación contribuye tanto a la solución del conflicto familiar como a la prevención de conflictos futuros. Con ello mejoramos la eficacia de la respuesta de nuestro sistema penal al conflicto creado. Y lo que es fundamental, con la mediación se logra el empoderamiento de la víctima en su libertad de decisión y en sus posibilidades de superación de la situación creada. Esto se produce porque no todas las situaciones de violencia de género tienen el mismo desarrollo: existen tantas situaciones como mujeres víctimas. No sólo la Ley no puede obviar la libertad de decisión de la mujer y su voluntad de someterse a un proceso mediador, sino que, además, situaciones en las que los episodios de agresividad fueran puntuales, ocasionales o de mínima entidad, como son los contemplados en el artículo 153.1 CP, serían idóneos para dar una solución legal y personal al conflicto subyacente a través de la mediación. En los casos de maltrato ocasional cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado que el proceso penal tal y como está configurado, y la mediación sería un mecanismo apto para ello.

La voluntad de la mujer para mediar debe ser real y efectiva. Tanto el juez o el fiscal al seleccionar los casos susceptibles de mediación, como el mediador durante el proceso, deberán tener en consideración ciertos indicios indicadores de que la voluntad de la víctima es real, tales como: a quién ha correspondido la iniciativa de someter el conflicto a mediación; cómo se argumenta esta iniciativa; la actitud de la víctima al respecto; los informes psicológicos que presente la víctima; las manifestaciones de ésta y de su agresor acerca de sus expectativas con el proceso mediador; el tipo de delito; su gravedad o su escasa entidad; su carácter ocasional o su habitualidad, entre otros aspectos. Durante el desarrollo del proceso es el mediador quien debe garantizar el equilibrio necesario entre ambas partes así como que el acuerdo alcanzado sea fruto del consenso y de la voluntad libre de éstas.

Presuponer a priori y en cualquier caso que una mujer que sufre o ha sufrido violencia de género no se halla en condiciones de igualdad respecto del agresor y que, por ello, la medida de protección adoptada sea no permitir que

las mujeres puedan acudir a un proceso mediador con el agresor, dice bien poco del legislador y de su consideración acerca de la libertad de las mujeres y de sus posibilidades de superación. Y ello, porque existen tantas situaciones distintas como mujeres víctimas y porque algunas mujeres pueden querer romper con esa desigualdad enfrentándose a su maltratador como un paso más de empoderamiento frente a éste, a través de su participación en un proceso mediador, en el que le exigirá respeto, equilibrio de posiciones e igualdad como punto de partida. La decisión voluntaria de la mujer en este sentido puede constituir para ella un acto de afirmación, de autonomía, de libertad y de igualdad frente al maltratador y en un acto auto reparador en su dignidad.

Por otra parte, la mediación penal en el ámbito del maltrato ocasional puede contribuir y canalizar aquellas denuncias respecto de las cuales el proceso penal tradicional no sabe dar respuesta. Convendría conocer los motivos por los que las víctimas retiran su denuncia y las expectativas que tienen respecto del sistema penal. En este sentido podemos destacar un estudio⁶⁹⁷ interesante para avanzar en el conocimiento de estas cuestiones, que fue llevado a cabo en el Juzgado de Guardia de Violencia sobre la Mujer de la Ciudad de la Justicia de Barcelona, durante la instrucción de la causa y que tuvo como objeto el estudio de las causas del desistimiento en el proceso penal en este momento procesal, de las mujeres víctimas de violencia de género. El objetivo de este trabajo era conocer la interacción del sistema penal en la decisión de las mujeres víctimas de violencia de género en el desistimiento del proceso penal durante la fase de instrucción ya que se había venido observando un número importante de sobreseimientos y de sentencias absolutorias que parecían ser el resultado de la falta de colaboración de las víctimas de violencia de género. La investigación fue realizada en 68 mujeres que acudieron a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la Ciudad de la Justicia de Barcelona, entre los meses de abril a junio de 2011 y que representaban el 39,56% del total de mujeres que acudieron durante los 30 días que se visitó el juzgado. Se llegó a la con-

⁶⁹⁷ RENEAU PANSZI, T.: "La bretxa entre el marc jurídic i la resposta punitiva: Estudi de les causes del desistiment en el procés penal de les dones víctimes de Violència de Gènere. Novembre 2011; Documents de treball. Investigació (Ajuts a la investigació 2010); Centre d'Estudis Jurídics i Formació Jurídica Especialitzada, 2011. Disponible en www.justicia.gencat.cat/ca/ambits/formacio_recerca_documentacio/recerca/catalogue_d_investigacions/per_ordre_cronologic/2014/avaluacio-del-programa-de-mediacio-penal-adults.pdf. Última consulta, 10-12-2017.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

clusión de que se producía un desacuerdo en las expectativas de la mayoría de mujeres encuestadas, las cuales no buscaban el castigo del agresor, que era lo que ofrecía el sistema penal. La mayoría de las mujeres encuestadas tan solo deseaban que el agresor las dejara en paz (43,5%) y también olvidarlo todo y no volver a ver a su pareja (14,5%). Un 9% deseaba que el agresor fuera a prisión; otro 9% que aprendiera de la experiencia y que cambiase; un 7,2 % de mujeres deseaba una orden de alejamiento y un 7% quería volver a casa para hablar con él; un 3,6% que pagara los daños y quedar como amigos; un 1,8% deseaba que se fuera de casa y que pasase una pensión a los niños; un 1,8% que internasen al agresor en un psiquiátrico y un 1,8% querían retirar la denuncia a cambio de que se tramitase el expediente migratorio.

La conclusión del estudio fue que las mujeres deseaban otro tipo de respuesta para sentirse reparadas en un conflicto que para ellas continuaba latente y sin solución definitiva.

La mediación en el ámbito del maltrato ocasional del artículo 153.1 CP no solo responde mejor a las expectativas de las víctimas sino que favorece la mejor reparación de daño causado. Debemos tener en cuenta que en la práctica diaria es difícil sino imposible encontrarnos con un pronunciamiento que acuerde una reparación a la víctima del daño moral ocasionado por el delito de maltrato ocasional. Y que los pronunciamientos de reparación a la víctima en las sentencias condenatorias giran en torno a una reparación puramente económica y solo para el caso de que se hayan producido lesiones físicas o psíquicas o daños materiales como consecuencia del maltrato. La mediación también constituye una fórmula para la rehabilitación del delincuente ya que relaciona el ofensor con las consecuencias de su acción, lo hace partícipe de la reparación y permite que tome conciencia de que ha producido un daño a una persona en concreto y determinada.

La mediación, además, permite optimizar tanto recursos humanos como económicos ya que muchos asuntos se resolverían por mediación y no por la vía judicial adversarial y disminuiría el coste económico del proceso penal. En este sentido hemos de tener en cuenta que la mediación no es una fórmula milagrosa para desatascar los juzgados y evitar los juicios pero sí que es un

instrumento que ayuda a paliar algunas de las deficiencias del sistema penal en un determinado número de supuestos⁶⁹⁸.

Así, entendemos que la mediación debe ser introducida en el ámbito del maltrato ocasional como un sistema complementario al proceso penal, al que se pudiera acudir desde el mismo inicio de éste. Por tanto defendemos la mediación intrajudicial como un sistema complementario y no alternativo al proceso penal porque entendemos que no puede limitarse en modo alguno el derecho del Estado a la persecución de los delitos y a la imposición de las penas ni el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva. Cosa distinta es que esta tutela se consiga con el proceso de mediación incardinado dentro del proceso penal.

3. Obstáculos a la mediación penal

Vamos a analizar en este apartado dos de las cuestiones más controvertidas y que se configuran como los obstáculos más importantes a la mediación penal. Por una parte, la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, que hace que muchas mujeres al no desearla se acojan a su derecho a no declarar frente al agresor, conllevando ello a que se dicten numerosas sentencias absolutorias e incluso a obstaculizar la mediación, si es de obligada imposición. Por la otra parte, la prohibición de mediar en violencia de género.

3.1 La imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación a la víctima

Uno de los principales obstáculos a la mediación penal en el delito de maltrato ocasional es la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, ya que impide la posibilidad de plantear la mediación como fórmula de resolución del conflicto. Ello ocurriría en aquellos casos - muchos- en los que la mujer no desea una orden de alejamiento para su pareja

⁶⁹⁸ PASCUAL RODRÍGUEZ, E.: "La Mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales", en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: La Mediación; Estudios de Derecho Judicial*, 111; CGPJ; 2006, pág. 115.

por diversos motivos. En estos supuestos, al ser la prohibición de aproximación de obligatoria imposición como pena cuando hay un delito de maltrato ocasional –como ocurre actualmente– rechazaría la mediación.

Veremos en este apartado cuál es el tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial en esta materia así como nuestra postura al respecto.

3.1.1 El ordenamiento jurídico español

Conforme la actual redacción del artículo 57.2 CP, es obligatorio acordar siempre en sentencia como pena accesoria la prohibición de aproximación del artículo 48.2 CP respecto de los delitos relacionados con la violencia de género y de violencia doméstica. El único supuesto en el que se prevé como facultad del Juez acordarlo o no, es respecto de los delitos leves en el ámbito familiar⁶⁹⁹. Este régimen de imposición preceptiva ha generado numerosas críticas por parte de la doctrina y los operadores jurídicos sobre todo en relación a los supuestos de reconciliación víctima-agresor y reanudación de la convivencia, que dan lugar a numerosos delitos de quebrantamiento de condena y quebrantamiento de medida cautelar.⁷⁰⁰

Tampoco en relación a éstos, el ordenamiento jurídico español reconoce - de momento- a la víctima de los delitos de violencia de género o doméstica, la facultad de disponer válidamente del bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar que en este caso no es un bien jurídico individual. La cuestión estriba en el valor que hay que darle al consentimiento de la víctima en los casos de reanudación de la convivencia y si ello afecta en algo al delito de quebrantamiento de condena. El precepto guarda silencio al respecto y ha sido la fundamentalmente la jurisprudencia la encargada de dar soluciones.

⁶⁹⁹ El artículo 57.3 señala que “también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves”.

⁷⁰⁰ El artículo 468 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza que hayan sido impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP.

3.1.2 La Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008⁷⁰¹ recoge expresamente que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 CP, lo cual será aplicable tanto si hay condena como si hay medida cautelar adoptada judicialmente. Este criterio viene a corroborar la postura mantenida por la Fiscalía General del Estado en el sentido de que la medida cautelar es indisponible por la víctima, la cual si pretende dejar sin efecto su protección deberá en todo caso realizar alguna actividad ante el Juzgado manifestando su voluntad de que la protección quede sin efecto y explicando los motivos para que el juez y el fiscal puedan valorar la oportunidad de que se mantenga o se deje sin efecto la medida cautelar. El problema puede plantearse cuando se constata que aún existe un riesgo objetivo para la víctima y que su voluntad de retirar la medida no está mediatizada ni condicionada.

La STS 39/2009 de 29-1-2009⁷⁰² viene a confirmar el Acuerdo del Pleno de 25 de noviembre de 2008 en el sentido de considerar que en el delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena es irrelevante el consentimiento de la víctima, todo ello con base a la “idea clave de la irrelevancia en el Derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé”.⁷⁰³

⁷⁰¹ Disponible en

www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos_-de-Sala. Última consulta, 15-1-2018.

⁷⁰² STS 39/2009, de 29-1-2009; Rec.: 1592/2007; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; ROJ: STS 421/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 421; FJ. 6º.

⁷⁰³ No obstante esta postura jurisprudencial nos encontramos con resoluciones tanto de las Audiencias Provinciales como de los Juzgados de lo Penal que van desde la irrelevancia del consentimiento de la mujer hasta la consideración de que la conducta de quien quebranta está afectada por un error de prohibición hasta la atipicidad de la conducta por error de tipo al entender que el consentimiento de la mujer afecta al dolo del quien quebranta. En este sentido el Tribunal Supremo se ha pronunciado en STS 519/04, de 28-4-2004; Recurso 923/2003, Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: STS 2817/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 2817, FJ. 2º y ha señalado que “(...) no cabe admitir error de prohibición que se base en que no hubo oposición de la mujer a que se aproximase a ella contra lo ordenado por el Juez. No puede ser admitido tal error ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir una orden expresa del juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada.” Y en STS 61/10, de 28-1-2010; Recurso 10697/2009; Ponente. Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 636/2010, ECLI: ES: TS: 2010: 636; FJ. 13º: “(...) Aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la

Esta resolución plantea el siguiente conflicto: considerar que si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida, cabría considerarla coautora por cooperación necesaria al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del artículo 468 Código Penal.

Ante esta cuestión, en el primer Seminario de Fiscales Delegados de Violencia de Género celebrado en Madrid en noviembre de 2005 se acordó en una de sus conclusiones que: “Cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el Fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del artículo 468 del CP ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a y b del artículo 28.2 del CP”.⁷⁰⁴

3.1.3 La doctrina

El consentimiento de la víctima y su función dentro del delito no tiene una consideración ni un tratamiento unitario en la doctrina española. Así, mientras unos autores lo configuran como una causa de atipicidad de la conducta, otros entienden que estamos ante una causa de justificación que excluye la antijuricidad.⁷⁰⁵ El Código Penal no contiene una regulación general del consentimiento ni como causa de atipicidad ni como causa de justificación para todos los delitos. En la Parte Especial del Código, no obstante, si se recogen algunos preceptos en relación a delitos concretos en los que el consentimiento es relevante en orden a atenuar o a eximir la responsabilidad penal del autor. No ocurre ello con el delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar de alejamiento. En todo caso, tanto el efecto excluyente (de la tipicidad y, por tanto, del delito) como el efecto justificante de la conducta, que sí es delictiva, está

experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores acerca de su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que las haya dictado.”

⁷⁰⁴ Seminario de Fiscales Delegados de Violencia de Género; Madrid, noviembre de 2005. Conclusiones; ob. cit.

⁷⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*; Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 501.

directamente relacionado con la mayor o menor disponibilidad del bien jurídico protegido por el precepto penal por parte de la víctima.⁷⁰⁶

Con relación a la relevancia o irrelevancia del consentimiento de la mujer en el incumplimiento de la pena o medida cautelar de alejamiento caben, tres posturas distintas:

La primera considera que el consentimiento de la mujer es irrelevante ya que nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia y, por tanto, ante la protección de un bien jurídico cuya titularidad pertenece al Estado y no a la persona protegida.

En este sentido, destaca la posición de Cerezo⁷⁰⁷ que afirma, con carácter general, que el consentimiento sólo puede eximir de responsabilidad penal en los delitos en los que el portador del bien jurídico protegido es un individuo, pero no en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, es decir, cuyo portador sea la sociedad o el Estado⁷⁰⁸; Mir Puig⁷⁰⁹, por su parte, señala que la conformidad del afectado eximirá de responsabilidad penal en los siguientes supuestos: cuando ello se desprenda del tipo legal del delito correspondiente, cuando algún precepto le conceda expresamente eficacia justificante y también cuando el consentimiento pueda verse como “el libre desarrollo de la personalidad” tutelado en el artículo 10.1 CE. Señala el autor que ello no sucede en los delitos contra la colectividad puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recaiga sobre una persona concreta.

Un segundo grupo de opinión entiende que el consentimiento de la mujer sí debe ser relevante en algunos supuestos de quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento.

Destaca en esta postura García Albero⁷¹⁰, quien hace una especial referencia al quebrantamiento de la pena y de la medida cautelar impuestas en procesos por delitos en los que la persona sea alguna de las personas del artículo

⁷⁰⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: *Ídem*, pág. 502.

⁷⁰⁷ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Técnos; Madrid, 2004, pág. 326.

⁷⁰⁸ En idéntico sentido, GIL GIL, A.; LACRUZ LOPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., págs. 491 a 497.

⁷⁰⁹ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor; Barcelona, 2004, pág. 508.

⁷¹⁰ GARCÍA ALBERO, R.: “Del quebrantamiento de condena del artículo 468 Cp.” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.); Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 1890 a 1892.

173.2 CP cuando esta conducta delictiva es incitada o provocada por la propia víctima o requiere su concurso. En los supuestos de penas impuestas en sentencia firme la regla general es que no se exime de responsabilidad penal al penado siempre y cuando concurren los requisitos típicos. No obstante tal consecuencia podrá venir atemperada al considerarse atípicos determinados incumplimientos fugaces o puntuales en los que la conducta de la víctima ha sido decisiva, pero sin que conste la voluntad de incumplir definitivamente la orden. En los casos de imposición de la medida de alejamiento como cautelar también se niega con carácter general relevancia al consentimiento de la víctima ya que si fuera así resultaría que la condición de autor de este delito dependería en exclusiva de la voluntad de la persona protegida. No obstante, se señala, que en algunos supuestos sí podría argumentarse la atipicidad atendiendo a los intereses de la víctima en juego y a su derecho a la vida familiar.⁷¹¹

Por último se plantea una postura intermedia, en atención a la cual, hay que dar un tratamiento diferenciado a los supuestos de incumplimiento de medida cautelar en los que el consentimiento debería ser relevante y al supuesto de quebrantamiento de pena de alejamiento en el que es irrelevante.

Algún sector de la doctrina ha criticado el tratamiento no diferenciado en cuanto a las penas aplicables entre el quebrantamiento de la condena a una prohibición de aproximación y/o de comunicación por parte del agresor y el quebrantamiento de una medida cautelar de la misma naturaleza, con el argumento de que tienen una naturaleza jurídica distinta: el quebrantamiento de medida cautelar merecería una pena menos grave que el quebrantamiento de una condena⁷¹². Cabe señalar, por su significación, el voto particular formulado en la STS 39/2009, de 29-1-2009⁷¹³, ya mencionada. Los magistrados parten de la distinción entre el quebrantamiento de condena y el de medida cautelar de protección señalando que se trata de problemas diferentes. Parten de la irrelevancia del consentimiento en las penas privativas de derechos previstas en el artículo 48 CP, en el sentido de entender que el cumplimiento de las pe-

⁷¹¹ GARCÍA ALBERO, R.: ob. cit., págs. 1890 a 1892.

⁷¹² JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: "Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido", en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. (Coord.) Dykinson, Madrid, 2009, pág. 413.

⁷¹³ Voto particular D. Enrique Bacigalupo Zapater y D. José Manuel Maza Martín en la STS 39/2009, de 29-1-2009; Rec.: 1592/2007; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; ROJ: STS 421/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 421; FJ. 6º.

nas no puede quedar al arbitrio de la voluntad de un sujeto privado, en la medida en la que no se trata de un interés individual, poniendo en duda el carácter general de la solución adoptada por la sentencia de la irrelevancia absoluta del consentimiento de la víctima, siendo preciso distinguir entre el quebrantamiento de condena y el de una medida cautelar de protección, sin que quepa plantear el problema y su solución de forma unitaria. Se parte de la consideración de que una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, puesto que ello sería incompatible con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE, así como haría coherente el cambio de jurisprudencia en esta materia.

Según este voto particular, sí debe darse relevancia al consentimiento de la mujer como causa excluyente de responsabilidad penal del quebrantador en el delito de quebrantamiento de medida cautelar pero no en el delito de quebrantamiento de pena ya que nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia y, por tanto, ante la protección de un bien jurídico cuya titularidad pertenece al Estado y no a la persona protegida.

3.1.4 Postura personal

Es necesario dar su justo valor al consentimiento de la víctima en relación a los delitos de violencia de género y, en especial, en el delito de maltrato ocasional del artículo 153. 1 CP, tanto en la voluntad de mediar como en la voluntad de no imposición del alejamiento respecto del agresor, ya sea como medida cautelar o como pena; así como en el cese del mismo por reanudación de la convivencia y reconciliación. El cambio cultural viene incidiendo en incorporar a la víctima dentro del proceso, no como agente vindicativo ni como mero elemento probatorio del proceso penal sino como sujeto de reparación del daño. Resulta extraño que la víctima no sea oída en el instituto de la conformidad cuando sí lo es en relación a trámites de menor entidad, lo que pone de manifiesto, tal y como señala Del Río Fernández⁷¹⁴, que la víctima en nuestro orde-

⁷¹⁴ DEL RÍO FERNANDEZ, L.: “El reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad”; *La Ley*, núm. 6520, 6 de julio de 2006, D-165.

namiento jurídico no es tenida en cuenta en toda su extensión como auténtico sujeto del proceso penal.

Entendemos que sólo en supuestos de alto riesgo para la vida o integridad física de la víctima el Estado podría intervenir, aún en contra de la voluntad de ésta, imponiendo una orden de protección durante el procedimiento penal o una pena de prohibición de aproximación o de comunicación en sentencia. Para ello es preciso que los operadores jurídicos dispongan de los instrumentos necesarios para determinar el riesgo de la víctima de violencia de género: las unidades forenses integrales de violencia de género y doméstica y la valoración policial del riesgo. Una vez estén integradas estas unidades en cada uno de los juzgados de violencia sobre la mujer sí se estará en condiciones de modificar el tan discutido artículo 57.2 CP, que tanta controversia ha generado y permitir tener en cuenta la voluntad de la víctima en no querer una orden de protección o en no desear que se imponga una pena de prohibición de aproximación o de comunicación en sentencia.

La segunda consideración que efectuamos es respecto a la necesidad de dar relevancia al consentimiento de la mujer, pero para ello, hay que tener siempre en cuenta las condiciones en las que éste se otorga, ya que si en el proceso se hubiera comprobado la existencia de circunstancias que hayan reducido la capacidad de la víctima para consentir -consentimiento viciado, lo que no deja de ser posible en los supuestos de malos tratos habituales- deberían aplicarse las reglas que lo invaliden.

Entendemos que el punto de partida debe ser la consideración de que una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial o de pareja no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección ni por penas de alejamiento que estima innecesarias, puesto que ello sería incompatible con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

Consideramos necesario, en definitiva, valorar la posible modificación del tan discutido artículo 57.2 CP sustituyendo el efecto automático de su imposición por la ponderación en cada caso concreto de las circunstancias que concurren para imponerla o no, valorando, entre otros factores, la gravedad del hecho, la valoración de la situación objetiva de riesgo de la víctima, tratando de

asegurar la prevención de estos hechos a través de los recursos e instrumentos de los que, sin duda, dispone nuestro ordenamiento jurídico.

Entendemos que la modificación de este precepto supondría un primer paso en el camino del legislador para que la mujer, víctima de maltrato ocasional, pudiera decidir libremente si quiere acudir a mediación o no. Actualmente el art. 57.2 CP es uno de los obstáculos que impedirían la mediación. Por una parte la existencia de una medida cautelar o de una pena de alejamiento impide que las partes puedan reunirse y tener contacto entre sí de forma directa con el mediador. Por la otra, en el caso de descendencia en común dificulta las relaciones familiares y, finalmente impide la reconciliación en caso de que las partes pretendan la reanudación de la convivencia. Por ello proponemos la modificación del art. 57.2 CP, del art. 153. 1 CP y de todos los delitos de violencia de género en el sentido de establecer como potestativa la imposición por parte de jueces y tribunales de la pena de prohibición de aproximación que llevan aparejada estos delitos, en función de las circunstancias concurrentes.

3.2 La problemática que genera la prohibición de mediar en materia de violencia de género

La Ley Integral 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prohíbe de forma expresa la mediación penal en este ámbito. Así, entendemos que actualmente la mediación penal en violencia de género está prohibida y que esta prohibición afecta a todos los ámbitos tanto el civil, como el penal y, dentro de éste a todas las fases del procedimiento hasta que recae sentencia firme absolutoria o condenatoria. Una vez se ha dictado sentencia firme, sea del tenor que sea, ya es posible mediar. Tal y como está configurado el ordenamiento jurídico español, en nuestra opinión esta prohibición abarca a todo mecanismo de justicia restaurativa y no exclusivamente a la mediación.

Entendemos que esta postura no es unánime e intentaremos argumentar el porqué de ella. En primer lugar, a diferencia de lo que señalan otros autores⁷¹⁵,

⁷¹⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Procesos restaurativos más allá de la Mediación: perspectivas de futuro", en ob. cit. págs. 324 y 325. El autor defiende que la Ley 1/2004 solo prohíbe la mediación, pero no prohíbe el *conferencing* por lo que la introducción de procesos de justicia res-

consideramos que la prohibición de mediar en violencia de género también afecta a otros mecanismos de justicia restaurativa como el *conferencing*, por lo que la introducción de mecanismos de justicia restaurativa distintos a la mediación no puede hacerse actualmente sin necesidad de esperar a una reforma legal en esta materia. Entendemos que ello deriva del sistema de interpretación de las normas establecido con carácter general en el artículo 3 del CC⁷¹⁶ y de la interpretación teleológica que atiende a la finalidad de la norma. Así, la finalidad última de la prohibición de mediación que efectúan los artículos 44.5 de la LO 1/2004 y 87 ter de la LOPJ es la no admisión de un sistema de resolución de conflictos distinto al del proceso penal. Este es el sentido que otorgamos a esta norma. En cierto modo, al prohibir la mediación penal está utilizando una de las formas de resolución de conflictos propio de la justicia restaurativa distinta al proceso penal para referirse a todas ellas. Y entendemos que no lo hace deliberadamente sino que confunde una parte con el todo, precisamente porque la mediación es la forma de resolución de conflictos más representativa dentro de la justicia restaurativa y más conocida en el ordenamiento jurídico español y en la práctica judicial española. Por lo tanto, consideramos que no hay que hacer una interpretación meramente gramatical de estos artículos en el sentido de atender únicamente al significado de los términos empleados en el lenguaje sino que habrá que atender al criterio sistemático y al criterio histórico. El primero toma en consideración la existencia y la situación de todas aquellas normas penales que en el ordenamiento jurídico penal reconocen la mediación penal y no otros sistemas de justicia restaurativa; el segundo atiende a los antecedentes históricos y legislativos a los que hemos mencionado como son el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el BCPP de 2013.

Estos dos antecedentes histórico-legislativos se refieren a la mediación como sistema de justicia restaurativa a introducir en España y no a otro distinto. A mayor abundamiento, el art. 3 CC señala que en la interpretación de las normas jurídicas hay que tener en cuenta la realidad social del tiempo en que las

taurativa inspiradas en el *conferencing* puede hacerse sin necesidad de esperar una reforma legal, incluso en los casos de violencia de género.

⁷¹⁶ Art. 3 CC: "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas."

normas han de ser aplicadas y en la práctica judicial la mediación penal es el sistema de resolución de conflictos más conocido y aplicado.

En definitiva, consideramos que la voluntad del legislador es la prohibición de la mediación y de cualquier sistema de justicia restaurativo en violencia de género tanto en el proceso civil como en el proceso penal y ello porque la prohibición de los artículos 44.5 LO 1/2004 y 87 ter LOPJ deben interpretarse atendiendo fundamentalmente al espíritu y a la finalidad de la propia norma prohibitiva y así lo dispone el artículo 3 del Código Civil⁷¹⁷. De la misma manera y siguiendo el mismo argumento entiendo que el artículo 87 ter prohíbe la mediación tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal.

En segundo lugar, entendemos que la prohibición de mediar afecta a todas las fases del procedimiento penal desde su inicio hasta que recaiga auto de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o condenatoria. Así se afirma que la ley integral no prohíbe la mediación en los casos de delitos de violencia de género después de la instrucción. Se argumenta para ello que la ubicación del artículo 87 ter de la LOPJ está referida al ámbito competencial de los JVM y que por lo tanto está aludiendo únicamente a la instrucción de determinados delitos y el conocimiento y fallo de los delitos leves- anteriores faltas- que son de su competencia⁷¹⁸. No obstante, con este argumento se obvia la competencia de los JVM para dictar sentencias de conformidad en relación con todos los delitos de violencia de género que se tramitan por el procedimiento de diligencias urgentes de juicio rápido, que son la mayor parte de delitos de maltrato ocasional, amenazas y coacciones leves. Es decir, los JVM tienen competencias hasta el mismo momento de dictar sentencia de conformidad y no solamente durante la fase de instrucción, también, pues durante la fase de juicio oral. Todos los supuestos en los que se llegara a una conformidad ante los JVM tendrían cerrada la vía de la mediación, según este criterio. Los supuestos de juicios rápidos de violencia de género sin conformidad pasarían a ser enjui-

⁷¹⁷ Art. 3 CC: “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

⁷¹⁸ GUARDIOLA LAGO, M. J.: “La víctima de Violencia de Género en el sistema de justicia y la prohibición de la Mediación Penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, 12 (2009), págs. 31 y 32.

ciados ante el Juzgado Penal con competencias exclusivas en violencia de género ante el cual sí se podría mediar, lo que supondría un agravio comparativo.

Consideramos que la prohibición de mediar afecta también a la fase de enjuiciamiento y, por extensión, atendiendo al criterio material de que estamos ante supuestos de violencia de género regulados en la LO 1/2004 y al criterio interpretativo anteriormente analizado de atender al espíritu de la ley, la prohibición de mediar afecta también a la fase de enjuiciamiento hasta que ha recaído sentencia firme, sin que afecte a la fase de ejecución, una vez el penado está cumpliendo condena.

Por otra parte, en la práctica judicial diaria, la mediación en relación a los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP por aplicación de la norma prohibitiva del art. 44. 5 LO 1/2004 está vedada más allá de la instrucción.

En todo caso, no hay que confundir entre la mediación -que está prohibida- y la conformidad llevada a cabo en el momento de juicio oral o en el momento de celebración del juicio rápido ante el JVM. Ciertamente es que el instituto de la conformidad es utilizado frecuentemente en relación al delito maltrato ocasional. Pero se trata de instituciones radicalmente distintas ya que la víctima tan solo interviene cuando está representada procesalmente mediante la acusación particular y depende de la mayor o menor sensibilidad del Ministerio Fiscal el consultar con ella una conformidad cuando no existe esta representación. Precisamente una de las críticas del sistema de justicia penal es la de obviar al voluntad de la víctima en las conformidades, que se ve abocada a la no celebración del juicio y, por tanto, a que no sea escuchada, y a una sentencia condenatoria por reconocimiento de hechos del acusado, sin su intervención. Ello en muchas ocasiones produce un cierto desconcierto que disminuiría si anteriormente a la conformidad fuese escuchada su opinión al respecto y, con posterioridad al acuerdo entre el Ministerio Fiscal y el acusado, fuese informada convenientemente del mismo.

Una vez centrado el ámbito de la prohibición de mediar entendemos que dicha prohibición puede ser perfectamente eliminada para el delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP. Son cuatro los argumentos al respecto. Los tres primeros ya han sido analizados en los apartados anteriores: la idoneidad del tipo penal para proceder a la mediación; los efectos positivos sobre la víctima en aras a la disminución de la victimización secundaria; el derecho de toda

víctima a decidir sobre la mediación con base al hecho de que no todas las víctimas se enfrentan con el agresor en las mismas condiciones de igualdad, existiendo supuestos en los que la mediación penal permite el empoderamiento de la víctima.

Finalmente, el último argumento se centra en el hecho de que el legislador, al prohibir la mediación penal en este ámbito no ha tenido en cuenta los estudios y las experiencias mediadoras en otros países. Si lo hubiera hecho se hubiera percatado de que no hay obstáculos en el contexto internacional para aplicar la mediación penal en el ámbito de la violencia de género y, concretamente, en el maltrato ocasional. Así se desprende de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo, que se limita a poner de manifiesto los riesgos existentes en los supuestos en los que haya un desequilibrio de poder, una debilidad de la víctima o una historia de violencia física, psíquica o sexual. La Directiva admite que estos riesgos deben ser examinados caso por caso, en función de la clase de delito y las circunstancias de la víctima y del infractor, pero no prohíbe de forma expresa y generalizada la mediación penal en este ámbito.

Por otra parte, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2011 no prohíbe la mediación en los casos de violencia de género, lo que prohíbe es que ésta sea obligatoria para las mujeres, como una fórmula para evitar que la mediación y cualquier forma de Justicia Restaurativa, sea adoptada sin el consentimiento o la voluntad de las partes.

La ONU, por su parte, no prohíbe la mediación en los casos de violencia de género, tan solo la limita a supuestos de menor entidad. El Informe “Estrategias para luchar contra la violencia doméstica”, elaborado por Naciones Unidas en Nueva York el 1997 admite que la mediación puede ser adecuada en los casos en los que las lesiones de la víctima sean poco importantes y cuando el acusado no repite su conducta violenta. Y que cuánto más útil es la mediación es en las situaciones en las que ya no hay violencia y el acusado admite su responsabilidad por la conducta violenta anterior.

Los ordenamientos jurídicos europeos como el de Austria y Finlandia sí admiten la mediación en los delitos de violencia de género aunque con algunas

condiciones. Y la evaluación de su práctica en estos países ha sido muy positiva.

Ninguno de los proyectos piloto en España que se han puesto en marcha sobre mediación penal está dedicado específica y exclusivamente a la Violencia de Género. No obstante, el Programa de mediación penal reparadora llevado a cabo en los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Baracaldo (Julio a diciembre de 2007), a raíz de una interpretación legal respecto de la posibilidad de mediación en casos de violencia de género, aplicó la mediación a supuestos de poca entidad violenta, de violencia pasada y no actual, sin demasiado desequilibrio entre las partes, ausencia de patología mental o de consumos en ambas partes y suficiente capacidad de autodeterminación de la víctima, con resultados positivos.

Algunos de estos proyectos piloto de mediación penal se iniciaron con anterioridad a la prohibición de mediar establecida por la LO 1/2004. Y se aplicaron con resultados muy positivos en el ámbito del maltrato. Tras la LO 1/2004, la aplicación de ciertas técnicas mediadoras con resultados más que satisfactorios depende de la voluntad de los operadores jurídicos y de las partes implicadas, lo que nos lleva a concluir que el dialogo extraprocesal entre todas ellas es esencial para la resolución del conflicto subyacente y que ello puede tener consecuencias y efectos en el proceso penal. Podemos concluir afirmando que la realidad de la práctica diaria nos demuestra que la aplicabilidad y el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las personas y de las circunstancias concretas de cada caso que del tipo e incluso de la gravedad del delito en abstracto. Por ello, en aquellos casos en los que la reparación sea factible, excluir *a priori* la posibilidad de la mediación prescindiendo de la voluntad de las personas y de los elementos concretos del caso puede suponer negar una oportunidad para gestionar de forma satisfactoria y positiva las consecuencias de un delito.

Resulta, al menos sorprendente, que la Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género, prohíba expresamente en el art. 44.5 la mediación penal en las infracciones que contempla porque, por un lado, la experiencia comparada nos sirve para afirmar que es en este tipo de conflictos en los que la mediación puede tener un mayor efecto reparador y, por el otro, no se puede prohibir lo que no está regulado.

Es en el ámbito de los conflictos familiares donde más efectiva puede ser la mediación, siendo ésta un medio idóneo para lograr la comunicación entre la víctima y el agresor así como para que se adopten las decisiones civiles oportunas de separación o divorcio.⁷¹⁹ No existe, aparte de esta referencia en sentido contrario, ninguna otra que aborde la posibilidad de que las instituciones públicas fomenten un acercamiento entre víctima y agresor de malos tratos, bajo la supervisión del Juez o del Ministerio Fiscal.

Sí que consideramos, sin duda alguna, viable la mediación penal en el ámbito de la violencia de género y doméstica frente aquellas conductas menos graves como los supuestos de casos esporádicos de maltrato físico o psíquico, en los supuestos de agresiones mutuas sin lesión o con lesiones no constitutivas de delito, del artículo 153.1 CP.

Ello implicaría sustituir en muchas ocasiones el enjuiciamiento rápido del delito de malos tratos del artículo 153.1 CP por el mecanismo de la mediación donde el acuerdo obtenido en la mediación pondría fin al mismo. Este es otro de los argumentos que defendemos para afirmar la necesidad de que la instrucción del delito de maltrato ocasional se efectúe fuera del ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido.

Entendemos que debe darse su justo valor al consentimiento expresado por la víctima para mediar en los casos de violencia de género, así como respetar su decisión. Los motivos de ésta pueden ser muy variados: desde la desconfianza en el sistema hasta la inseguridad por temor a la conducta del agresor, por temor a un exceso de publicidad acerca de su situación que pueda afectar a su intimidad o a la de sus hijos, o teniendo en cuenta el interés de la familia o de los hijos. También son frecuentes los supuestos en los que, o bien se tenga desconfianza en el sistema de resolver el conflicto o bien, al contrario, se considere que hay una reacción desproporcionada del Derecho penal en relación a conductas no merecedoras de un reproche penal tan severo. Y ello porque la gravedad del hecho conforme al CP no tiene por qué coincidir con la gravedad percibida subjetivamente. Hay que atender a las condiciones subjetivas de las

⁷¹⁹ Conclusiones del curso “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales”, en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial* 136-2007, CGPJ.

personas que median así como a la significación subjetiva del hecho para ellas, al margen de su calificación jurídico-penal⁷²⁰.

Tras el maltrato ocasional se circunscriben realidades y necesidades muy diversas. Si partimos de la consideración de que mediar no implica ceder necesariamente ni tampoco neutralidad en tanto que el agresor debe reconocer los hechos y aceptar las consecuencias de los mismos, no es descabellado hablar de mediación en este ámbito. Ante la cuestión ¿Qué espera una víctima de maltrato ocasional? Caben respuestas como: arrepentimiento, petición de perdón, petición de disculpas, reconocimiento de las consecuencias de la acción sobre la víctima y reparación del daño. El proceso penal, tal y como está configurado, tan sólo ofrece la imposición de una pena y una responsabilidad civil de carácter económico a modo de reparación del daño. El legislador debe preguntarse si ello es suficiente y abogar por un cambio y una adaptación de un modelo de justicia diseñado en el siglo XIX al momento y a las necesidades actuales. La mediación penal es posible en el ámbito de la violencia de género en numerosos supuestos: cuando los hechos enjuiciados son meramente puntuales, debido a tensiones entre las partes que requieren de una reflexión; cuando hay un conflicto matrimonial o de pareja; cuando la víctima no quiere declarar, tenga o no derecho a la dispensa legal; cuando el maltratador reconoce los hechos; o cuando no hay reincidencia; y en todos aquellos casos fuera de los mencionados en que la víctima lo desee y lo prefiera a seguir el procedimiento penal habitual. La mediación penal en esta materia comportaría no sólo un mayor protagonismo de la víctima en el proceso penal sino también una disminución de la victimización secundaria, la introducción de una nueva cultura de resolución de conflictos y una modernización de la justicia.

Por todo ello, consideramos necesaria la derogación de la prohibición de mediar establecida en el art. 44.5 LO 1/2004 en este ámbito en relación a los delitos de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP y también en relación a todos los delitos de violencia de género regulados por la LO 1/2004.

⁷²⁰ Procedimiento de Mediación Penal. Dirección de Ejecución Penal del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, pág. 2.

4. Propuesta de modelo de mediación penal en los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP

4.1 Introducción

A lo largo de la tesis hemos analizado el art. 153.1 CP y a través de él hemos visto, desde un punto de vista penal, procesal y criminológico, la incidencia que ha tenido la LO 1/2004, de 28 diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Entendemos que por imperativo del art. 44. 5 LO 1/2004 estamos ante un delito que no admite mediación ni ninguna otra forma de justicia restaurativa en ningún momento del procedimiento penal ni civil. La mediación es necesaria porque, como hemos visto, permite reducir la victimización secundaria, resolver el problema de fondo y permite otorgar libertad a la mujer para decidir si quiere o no mediar. El proceso abreviado de diligencias previas y el proceso de diligencias urgentes de juicio rápido son inviables en muchos supuestos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP. A mayor abundamiento, son muchas las sentencias absolutorias que por cuestiones formales, que no de fondo, se dictan en los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP, con la consiguiente victimización secundaria. En todos estos casos, la mediación sería una solución eficaz para disminuir o evitar la victimización secundaria y para resolver el problema de fondo creado. Supondría así mismo otorgar libertad a la mujer para poder decidir en el caso concreto si quiere mediar, si quiere ir más allá de una prohibición genérica que le cierra toda posibilidad de decisión. De ahí que defendamos la introducción de la mediación penal en relación con delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y, además, la implementación de la mediación, en general, en relación con todos los delitos de violencia de género regulados por la LO 1/2004. Y todo ello porque entendemos extrapolables los principales argumentos esgrimidos respecto del art. 153.1 CP al resto de delitos de violencia de género regulados por esta Ley.

Defendemos así mismo la necesidad de introducir la mediación penal también en los supuestos agravados del número 3 del artículo 153 CP, es decir en los casos en los que se emplean armas, se quebranta una orden de alejamiento o una pena de alejamiento y cuando los hechos tienen lugar en el domicilio de la víctima o en presencia de menores⁷²¹.

Previamente, es necesaria la derogación de la prohibición contenida en los artículos 44.5 LO 1/2004 y 87 ter LOPJ y la derogación de la obligatoriedad de la pena de prohibición de aproximación para los jueces y tribunales en el delito del art. 153.1 CP y en los delitos de violencia de género y, por tanto, se hace preciso una modificación del art. 57.2 CP. Y ello, porque estos preceptos suponen un obstáculo insalvable a la mediación y a la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico español, sin que las normas jurídicas existentes hoy por hoy sean suficientes para ampararlas.

Desde un punto de vista procesal, la mediación debe ser introducida en el ámbito del maltrato ocasional y, por extensión, en los delitos de violencia de género regulados por la LO 1/2004 como un sistema complementario al proceso penal, al que se pudiera acudir desde el mismo inicio de éste. Por tanto, defendemos la mediación intrajudicial como un sistema complementario y no alternativo al proceso penal, porque no puede limitarse en modo alguno el Derecho del Estado a la persecución de los delitos y a la imposición de las penas ni el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva. Cosa distinta es que esta tutela se consiga con el proceso de mediación incardinado dentro del proceso penal.

Entendemos que la mediación debe iniciarse siempre que las partes muestren su voluntad de llegar a un acuerdo. Por tanto la voluntariedad debe ser uno de sus requisitos indispensables. La mediación permitiría que las partes pudieran resolver el conflicto creado entre ellas dentro del proceso penal y, en relación a éste, podría determinarse el archivo o sobreseimiento del caso, o la condena penal con una aplicación de atenuantes genéricas al delito del artículo

⁷²¹ El número 3 del artículo 153 prevé un tipo cualificado en cuatro supuestos: Presencia de menores, utilización de armas, domicilio común o de la víctima y quebrantamiento de medida de protección. Tanto la utilización de armas –que no la de otros instrumentos peligrosos– como la comisión del maltrato ocasional en el domicilio común o de la víctima tienen como fundamento el efecto intimidatorio de una conducta y el mayor impacto psíquico de la agresión producida en el entorno más inmediato de la víctima. Ver TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Comentarios al artículo 153 del Código Penal”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); Aranzadi; Pamplona, 2011, pág. 127.

153.1 CP, e incluso la aplicación del subtipo atenuado del artículo 153.4 CP, o bien la aplicación del beneficio de la suspensión de la condena.

Respecto a la cuestión de cuál debe ser el modelo de mediación penal en los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y, por extensión a los delitos de violencia de género, en el ordenamiento jurídico español, diremos que no es de fácil respuesta. Por una parte nos encontramos con obstáculos que hacen referencia al procedimiento de mediación penal y a cómo incardinarlo en el ordenamiento jurídico español. Por otra parte, hallamos obstáculos intrínsecamente relacionados con la materia a tratar: la violencia de género. Respecto a los primeros, el principal es la falta de una regulación completa y exhaustiva de la mediación penal de manera que su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español es más una declaración de principios que una admisión de esta institución. La falta de una regulación completa de la mediación penal genera espacios de incerteza, cuya superación se hace depender del mayor o menor esfuerzo imaginativo de los jueces y de las partes del proceso.

No obstante, existe una regulación jurídica en el ordenamiento jurídico español, muy dispersa, que le permitiría dar una cobertura legal a la mediación penal: la introducción por Ley 1/2015, de modificación del Código Penal de 1995, del principio de oportunidad en relación a determinados delitos leves; la posibilidad de atenuar la pena a través de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP y a través de la atenuante de confesión del artículo 21.4 CP; la aplicación del subtipo atenuado del artículo 153.4 CP; la regulación de los trabajos en beneficio de la comunidad en el artículo 49 CP, como una de las posibilidades del acuerdo reparador; la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad del actual artículo 80 CP, tras la reforma operada por Ley 1/2015; la regulación del indulto en el artículo 4.4 CP; y la regulación de determinados beneficios penitenciarios, en los que el Código Penal tiene en cuenta la reparación del daño a la víctima.

También la regulación del Estatuto de la víctima del delito operada por Ley 4/2015, de 27 de abril, que agrupa en un solo texto normativo todo el catálogo de derechos de la víctima de delito, reconoce la justicia restaurativa. No obstante el Estatuto, a pesar de dicho reconocimiento, no regula el procedimiento a seguir en estos casos, a diferencia de la Directiva 2012/29/UE; tampoco modifica la LECr para introducir dicho procedimiento sino que se remite a un futuro

reglamento para regular los términos de acceso de las víctimas a la justicia restaurativa, ni se pronuncia directamente sobre la admisión de los servicios de justicia restaurativa en el ámbito de la violencia de género a diferencia de la Directiva; además, al limitar la justicia reparadora a los supuestos en que no esté prohibida por ley, no ha tenido en cuenta en toda su extensión el riesgo de victimización secundaria de las víctimas de violencia de género; por último, el Estatuto no modifica ni directa ni indirectamente la prohibición de mediar en los casos de violencia de género.

Por todo ello, concluimos que si bien el Estatuto ha significado un paso adelante en la regulación de los derechos de las víctimas, la promesa implícita en él contenida de que un reglamento desarrollará los términos de acceso a la justicia restaurativa parece más una declaración de principios sin efectividad real realizada para dar cumplimiento formal a las previsiones de la Directiva 2012/29/UE. Con relación a los casos de maltrato a la mujer, implícitamente el Estatuto admite que, mientras la prohibición legal de mediación esté en vigor, no caben procedimientos de mediación en este ámbito.

El Estatuto no cumple con los parámetros fijados por la norma europea en relación a las víctimas de violencia de género, las cuales tiene vedado su acceso a la mediación, por lo que la Directiva 2012/29/UE no ha comportado un cambio sustancial en la legislación interna de España en el ámbito de la violencia de género. No obstante, el incumplimiento de la normativa europea podría acceder al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de las cuestiones prejudiciales que surjan en tanto que los jueces y tribunales están obligados a realizar una interpretación de la normativa nacional conforme a la Directiva europea.

Hay que matizar, como hemos tenido oportunidad de hacerlo, que han existido dos intentos legislativos de introducir la mediación penal en el ordenamiento jurídico español: El Borrador del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 y El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Ni en la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre y la LO41/2015, de 5 de octubre se han tenido en cuenta sus aportaciones. No obstante, éstas pueden servir de base para el futuro reglamento que desarrolle el Estatuto para establecer los términos de acceso a la justicia restaurativa.

Frente a la opción de que sea una ley especial la que regule la mediación penal, proponemos incardinar la mediación penal en el proceso actual tal y como está configurado, lo que debiera comportar una modificación de la LECr. Y ello porque entendemos que es preciso y de una vez por todas que la mediación penal sea un procedimiento que se incorpore a nuestro sistema procesal penal de una forma uniforme, clara y precisa como una institución prevista en nuestro ordenamiento jurídico de forma integrada al proceso penal y no como un añadido o un parcheado más a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Paralelamente sería necesario la elaboración y la publicación de una nueva Ley Procesal Penal acorde con las exigencias actuales, que se adapte al siglo XXI.

El modelo propuesto parte de la atribución de la actuación instructora al Ministerio Fiscal, lo que supone una introducción generalizada del principio de oportunidad, y operativa en todas las fases del proceso penal, tanto en la instrucción como en el enjuiciamiento y en la ejecución.

En nuestra defensa de la mediación penal en el ámbito de la violencia de género y en relación al delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP, en particular, nos atrevemos a proponer un modelo que parte de la regulación contenida en la LORPM y en la LECr. actual.

En primer lugar haremos referencia al papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal y el STMP. Después, cuáles deben ser los límites materiales y procesales a la mediación en estos casos, así como los requisitos mínimos para poder mediar y el procedimiento a seguir en cada una de las fases del proceso penal. Y finalmente, nos centraremos en el estudio del acuerdo reparador, su contenido y su cumplimiento, y haremos mención a algunas cuestiones procesales que pueden plantearse.

4.1.1 La intervención del Ministerio Fiscal en la mediación penal

La primera cuestión que se plantea es a quién correspondería derivar los casos a mediación y qué personas podrían instarlo. Tal y como está configurado el ordenamiento jurídico actual caben dos opciones: que corresponda al juez, de oficio, previo acuerdo o a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes, la derivación de los casos al STMP; o bien que sea el Ministerio Fiscal quien inicie el proceso de mediación de oficio o a instancia de parte.

Directamente relacionado con estas dos opciones se halla la cuestión de cuáles deben ser los principios inspiradores del proceso penal, esto es, en qué medida se da entrada al principio de oportunidad en el proceso penal en relación a los delitos de maltrato ocasional y cuál debe ser el papel del Ministerio Público en la instrucción penal de las causas.

Observamos que el Ministerio Fiscal se ha configurado en el proceso penal de menores como una pieza esencial para hacer realidad buena parte de sus más innovadoras previsiones y para la efectiva vigencia de las soluciones y medidas que la LORPM establece⁷²². En el mismo sentido, entendemos que nada obsta a que se pueda utilizar su plurifuncionalidad para hacer realidad la institución de la mediación. Ello supondría atribuir al Ministerio Fiscal la tarea de defensa de los derechos e intereses de las víctimas, la observancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y, en todo caso, con observancia de las garantías que para el agresor prevé el ordenamiento jurídico en el curso del proceso penal.

Una reforma de este tipo debería venir acompañada de la atribución de la actuación instructora al Ministerio Fiscal, lo cual prevé el artículo 23 de la LORPM para el proceso de menores. Atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal en el proceso penal de adultos y, en concreto, las funciones de instrucción en el ámbito de la mediación, supondría atribuirle la función de valoración de la participación del agresor en los hechos, así como proponer las concretas medidas de contenido reparador y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor, previo informe del STMP.

Se hace necesario, pues, una nueva LECr. que aborde estas cuestiones, teniendo en cuenta que supondrá una ruptura con los principios informadores del proceso penal actual y ello a pesar de que ha sido introducido el principio de oportunidad -con relación a ciertos delitos-, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a raíz de la LO 1/2015.

⁷²² Así, el artículo 6 de la LORPM señala: “Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”.

4.1.2 El Servicio Técnico de Mediación Penal

Característica propia de la mediación es la intervención de un tercero ajeno al conflicto que prepara a las partes para el acuerdo, les introduce elementos de reflexión, les fomenta una actitud flexible para modificar actitudes a menudo inamovibles que no favorecen la comprensión de su actuar. Así, el papel de mediador adquiere una importancia decisiva por cuanto va a ser quien trate de establecer un diálogo entre ambas partes, buscando la respuesta positiva más adecuada.

El informe del STMP constituye para el Ministerio Fiscal una fuente de información de uso imprescindible -aunque no vinculante- para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas. Dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo.

Es recomendable que, con el fin de no demorar de modo innecesario su intervención y dotar de una aconsejable inmediatez a su participación en el proceso, sea en el mismo auto de incoación de la mediación donde se ordene al STMP la elaboración del informe en el plazo legal. Las experiencias de mediación realizadas en nuestro país demuestran que un plazo de dos meses desde la derivación por el órgano judicial, con posibilidad de prórroga, es suficiente.

El STMP tiene encomendada una importante labor de mediación entre el presunto infractor y la víctima y si lo estima adecuado debe promover un acuerdo de conciliación o de reparación entre ambos. El ejercicio por el Ministerio Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del STMP, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del STMP.

No es posible, por ejemplo, optar por el desistimiento en la continuación del proceso penal si el STMP no alcanza el éxito en sus esfuerzos de mediación o no propone una actividad socioeducativa sustitutiva del proceso.

El fiscal ciertamente no quedaría vinculado por las propuestas del STMP, pero es indudable que la dimensión no jurídica de los problemas que plantea la mediación va a quedar perfilada por estos profesionales.

4.1.3 Límites materiales y procesales a la mediación en el delito de maltrato ocasional del art. 153

Con relación a los requisitos necesarios para valorar la aplicación de la mediación penal a este delito proponemos, que sea necesario que el hecho cometido pueda subsumirse en el artículo 153.1 CP, siendo éste quien marca sus propios límites en cuanto al hecho: causar a otro, por cualquier medio o procedimiento, un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2 CP; o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión; y en cuanto a los sujetos: cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de efectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Las situaciones óptimas que destacamos para derivar los casos planteados a mediación son: cuando los hechos enjuiciados son meramente puntuales, debido a tensiones entre las partes que requieren de una reflexión; cuando hay un conflicto matrimonial o de pareja; cuando la víctima no quiere declarar, tenga o no derecho a la dispensa legal; o cuando el maltratador reconoce los hechos.

Una de las cuestiones que nos hemos planteado es si cabría la mediación en los supuestos de maltrato ocasional en los que el agresor fuera reincidente (22.8 CP), atendiendo su hoja histórico penal. Es una cuestión que nos suscita muchas dudas. Por una parte negar a priori la posibilidad de mediar en estos casos, con carácter general, cuando anteriormente no se ha intentado nunca una mediación nos parece desacertado. Por la otra permitir la mediación en los supuestos en los que el agresor hubiera ya sido condenado ejecutoriamente en virtud de sentencia firme por un delito de la misma naturaleza parece a priori ser contrario a los intereses de la víctima. De ahí que consideremos que debería ser el caso concreto planteado y las circunstancias concretas las que aconsejasen una opción u otra.

Pero también entendemos que sería aconsejable llevar un control de las mediaciones realizadas y su cumplimiento o incumplimiento a los efectos de valorar si cabe o no una nueva mediación.

4.1.4 Condiciones de la mediación

La decisión de someter la cuestión a mediación no debe ser de carácter obligatorio para las partes, teniendo en cuenta que la prosperabilidad dependerá de la voluntad de éstas y, en especial, de la víctima; así como del reconocimiento de hechos por parte del agresor. Además, el procedimiento debería ser gratuito para evitar obstáculos económicos a la mediación.

4.1.5 Fases del procedimiento penal en las que cabría mediación y procedimiento a seguir

a) En Instrucción

Una vez derivado el asunto a mediación, si las partes alcanzan un acuerdo, éste deberá documentarse y plasmarse en el acuerdo de mediación en el que se refleje la conciliación y reparación acordadas. El STMP deberá elaborar un informe en el que valore las circunstancias de la mediación alcanzada y proponga las medidas de reparación acordadas.

En el caso de que la mediación concluya sin acuerdo el STMP informará de esta circunstancia al juez y al Ministerio Fiscal, debiéndose respetar la confidencialidad de lo tratado. Si no existiera acuerdo entre las partes se continuaría con la instrucción de la causa y se abriría el juicio oral, lo mismo que si fuera preciso discutir alguna cuestión de hecho o de derecho.

En caso de acuerdo, las partes deberían ratificar ante el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal el acuerdo de mediación y acabadas las diligencias de instrucción en algunos supuestos se archivaría la causa pero bajo la condición de cumplir lo pactado⁷²³. Puede así valorarse la posibilidad de dictar un auto de

⁷²³ DELGADO MARTÍN, J.: *La Violencia Doméstica: Tratamiento jurídico: problemas penales procesales*. Cóllex, Madrid, 2001. El autor considera que debe aplicarse el principio de oportunidad en episodios aislados de violencia dentro de la familia, especialmente cuando sean de carácter psíquico y que la ley sólo debería reconocer al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal la posibilidad de ordenar el archivo o sobreseimiento del proceso cuando en la familia con-

archivo motivado, por ejemplo por la vía de la falta de acreditación de los hechos, en casos en que la mediación haya funcionado bien. Con la mediación se podría valorar esa posibilidad, bien por la vía del sobreseimiento libre o provisional, dependiendo de los casos.⁷²⁴ En el caso de que no proceda el archivo o el sobreseimiento, el juez instructor dictará auto de procedimiento abreviado con traslado a las partes para que procedan conforme al artículo 780 LECrim. con la consiguiente apertura del juicio oral ante el Juez de lo Penal, ante el cual se iniciará el trámite de la conformidad.

b) En la fase de juicio oral

El juez competente para el enjuiciamiento también tendría que poder derivar las causas a mediación, dando traslado preceptivo al Ministerio Fiscal y a las partes, procediéndose de igual manera que si la mediación ocurriera durante la investigación del delito. En caso de desacuerdo se convocará a las partes a juicio y, de existir, el Juez citará a las partes, a la víctima y a la persona acusada a una vista que se iniciará con el trámite de la conformidad, en la que se modificará el escrito de calificación del Ministerio Fiscal recogiendo los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, bajo el control de legalidad del Ministerio Fiscal y del juez de lo penal, el cual dictará sentencia de conformidad. De esta forma el juez penal valida el contenido del acuerdo de reparación, efectúa una declaración expresa de culpabilidad del agresor y emite una resolución o sentencia incorporando el contenido de dicho acuerdo, como cualquier sentencia de conformidad y ordenando, en su caso, la suspensión de la ejecución de la pena que le correspondiese bajo la condición de que se cumplieran las cláusulas del acuerdo.⁷²⁵

c) En la fase de ejecución de sentencia

En la fase de ejecución de sentencia, previo el concierto de las partes y con el consentimiento del condenado, cabrían posibilidades mediadoras mediante

currán circunstancias que aconsejen la no continuación del proceso: pacificación de la vida familiar, sometimiento del agresor a tratamiento para superar su adicción al alcohol, las drogas o patologías psiquiátricas.

⁷²⁴ Conclusiones del curso “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales, en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*; en *Estudios de Derecho Judicial*, 136-2007, CGPJ, pág. 267.

⁷²⁵ ESQUINAS VALVERDE, P: ob. cit., pág. 115.

el establecimiento de condiciones suspensivas de la pena privativa de libertad. Ya que en el nuevo régimen de suspensión de la pena prima el interés reparador material de la víctima, como presupuesto de concesión del beneficio, entiendo que no caben obstáculos insalvables para que se estimulasen fórmulas mediadoras con finalidad reparadora moral, mediante el establecimiento de condiciones suspensivas que contemplen la participación voluntaria del condenado en el programa de mediación concreto que se diseñe. La mediación también sería posible, pues, una vez recaída sentencia firme, en fase de ejecución de sentencia. El procedimiento sería el mismo hasta el acuerdo de mediación. Si no hay acuerdo el juez decidirá sobre la suspensión, sustitución o informe de indulto valorando las circunstancias que concurran.

El juez podrá incluir como contenido del acuerdo de reparación alguna regla de conducta del artículo 83 CP, previsto especialmente para los supuestos de suspensión de delitos de violencia de género, así como las medidas que estime oportunas y que sean consideradas como idóneas por el Juez, el Ministerio Fiscal, las partes y el STMP.

d) En fase penitenciaria

También cabría la mediación en el propio régimen penitenciario, sobre todo para la concesión de la libertad condicional o la progresión de grado.

4.1.6 El acuerdo reparador y su cumplimiento

Para llevar a cabo las medidas de reparación acordadas, se requerirá un determinado periodo de tiempo. Consideramos que la ejecución material de la reparación deberá iniciarse con anterioridad al acto del juicio oral y en el caso de reparación pecuniaria ésta deberá satisfacerse de forma previa a la celebración del juicio oral o cuanto menos en parte con un compromiso del agresor de reparar en un plazo de tiempo que se establezca en el acuerdo de mediación. El seguimiento de la reparación correspondería al STMP el cual debiera informar al juzgado o tribunal competente, en la persona del letrado de la Administración de Justicia, y al Ministerio Fiscal, sobre el estado del procedimiento y el cumplimiento y ejecución del acuerdo de reparación.

En cuanto la entidad pública considere que han sido ejecutadas en su totalidad las medidas impuestas, lo deberá poner en conocimiento tanto del Juez competente como del Ministerio Fiscal. El incumplimiento del acuerdo de reparación podrá dar lugar a revocación suspensión de la pena privativa de libertad impuesta.

4.1.7 Las medidas reparatoras acordadas en el acuerdo de mediación

Las medidas que podrían ser acordadas en el acuerdo de reparación subsiguiente al proceso de mediación pueden ser muy variadas y de diversa índole, de manera que su proposición se efectuará en función del caso concreto. Sin embargo y a título indicativo cabe apuntar algunas de las medidas que se contemplan en la LORPM y así destacamos, entre otras, las siguientes:

a) El tratamiento ambulatorio para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan.

b) La asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirían en su domicilio habitual y acudirían a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio, la permanencia de fin de semana.

c) La libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a ella y de su asistencia a un centro de formación o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado del seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el juez. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, con las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrían ser algunas de las siguientes: a) Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. b) Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. c) Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autoriza-

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

ción judicial previa. d) Obligación de residir en un lugar determinado. e) Obligación de comparecer personalmente ante el juzgado o ante el profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. f) Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, considere convenientes para la reinserción social del agresor, siempre que no atenten contra su dignidad como persona y para la seguridad de la víctima. Entre éstas medidas cabría incluir la prevista en el artículo 83 CP para la suspensión de las penas privativas de libertad, esto es, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos familiares u otras personas que determine el juez, o de comunicarse con ellos.

d) La realización de prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, habría de realizar las actividades no retribuidas que se le indicasen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscaría relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el agresor.

e) La realización de tareas socioeducativas. La persona sometida a esta medida habría de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

f) La privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para el uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podría imponerse como accesoria cuando el delito se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente, lo cual no puede descartarse como posibles medios de comisión en los delitos de violencia de género.

g) La inhabilitación absoluta. Esta medida produciría la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtenerlos o cualesquiera otros, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

Para la elección de la medida a aplicar debería tenerse en cuenta la entidad y naturaleza del hecho delictivo cometido, las formas o modos de comisión, el interés de la víctima en ser protegida, la petición del Ministerio Fiscal, así como

el informe del STMP. El Juez debería motivar dicha adopción, expresando las razones por las que se aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de ésta.

Entendemos que de la misma manera que el artículo 8 de la LORPM impone el principio acusatorio en relación a las medidas aplicables, también en el ámbito de la mediación en violencia de género debería establecerse la limitación consistente en no poder imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular.

El papel del Letrado de la Administración de Justicia debe ser extremadamente activo en la ejecución de dichas medidas, de la misma manera que lo es en el proceso de ejecución, en general. Cabría plantear qué ocurriría en el caso de que el agresor no cumpliera con las medidas impuestas o con la obligación de reparación. En estos casos podríamos estar ante un delito de quebrantamiento de condena cuando tanto unas como otras estuviesen recogidas en sentencia, delito que, entendemos que debería impedir que tuviese lugar otra mediación con posterioridad.

4.1.8 Otras cuestiones procesales

Consideramos que el sometimiento de la cuestión a mediación debería interrumpir la prescripción del delito de malos tratos ocasionales, debiéndose aplicar el CP en lo relativo al *dies a quo* para el cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones y a su interrupción (artículo 132.CP). Por su parte, cuando tuviese lugar durante el proceso penal ya iniciado ello debería implicar la suspensión de su desarrollo así como obligaciones del mediador en orden a que informase periódicamente de su evolución, no debiéndose paralizar excesivamente ni la instrucción ni el acto de juicio oral. No obstante existen opiniones contrarias a esta postura que entienden que no cabe considerar la mediación como un supuesto de suspensión de los plazos para la prescripción⁷²⁶.

⁷²⁶ Conclusiones del curso “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales, en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia*; en *Estudios de Derecho Judicial*, 136-2007, CGPJ, págs. 260 y 261.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género parte de un modelo criminal centrado en el recurso al Derecho Penal y al incremento de penas como principal medida para abordar el problema de la violencia de género. Sin embargo, entendemos que ello no ha supuesto una mayor seguridad para las víctimas y que el Estado ha hecho depender de jueces y tribunales la resolución del problema de la violencia de género con lo que se ha producido una judicialización excesiva de un problema social cuando la función de éstos es proteger a la víctima y juzgar una vez el delito ya se ha materializado. Por ello, entendemos que una respuesta eficaz al delito de maltrato ocasional del art. 153. 1 CP y, en general a los delitos de violencia de género debería pasar por un mejor conocimiento sobre las causas de este fenómeno y la creación de mecanismos, no solamente penales, para intervenir sobre aquellas. Entendemos que este es el modelo sobre el que debería abordarse fundamentalmente el problema de la violencia de género.

SEGUNDA

En relación con el concepto legal de violencia de género, la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el concepto “violencia de género”. No obstante, el significado del término “violencia de género” es mucho más amplio que el circunscrito por la LO 1/2004, que lo limita en función del sexo del sujeto activo, que necesariamente debe ser un hombre, y la víctima, que necesariamente debe ser la mujer con quien esté o haya estado unido por relación conyugal o análoga de afectividad aún sin convivencia. El concepto legal, a nuestro entender, no solo debería estar delimitado en función del sexo de los sujetos y de la relación de pareja que hay entre ellos sino también por la perspectiva de género. De este modo, la mujer es sometida a este tipo de violencia por su propia condición de mujer y por el papel que históricamente se

le ha conferido socialmente como esposa o pareja. Y así podemos concluir que la explicación de la violencia de género que define el art. 1 de la LO 1/2004 se halla en el reparto desigual de roles sociales entre los hombres y las mujeres y en pautas culturales muy asentadas que han impuesto la dominación del varón sobre la mujer y la subordinación de ésta hacia aquél.

TERCERA

En lo que atañe a la concreta ubicación sistemática del delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP, observamos que la LO 1/2004 no solo dio una nueva redacción al art. 153 CP sino que la definición de violencia de género que efectúa en su art. 1.1 ha influido en la propia interpretación del art. 153.1 CP. De ahí que, si bien el delito de maltrato ocasional es un delito ubicado en el Título III del CP dedicado a las lesiones, entendemos que esta ubicación sistemática lejos de esclarecer su alcance e interpretación, lo que hace es desnaturalizar el precepto, en tanto que existe afectación a la integridad moral.

Consideramos que la finalidad de protección de la mujer frente a las conductas de sometimiento y dominación van más allá de un mero ataque a la integridad física y psíquica y ello justifica la referencia a este delito como “delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 CP” frente a la denominación “delito de lesiones del art. 153.1 CP” que vemos en algunas sentencias. En realidad el delito de maltrato ocasional es un delito pluriofensivo en el que uno de los bienes jurídicos protegidos por el precepto, es la integridad moral y el otro es la incolumidad corporal o personal. Y es un delito contra la integridad moral porque en el delito de maltrato ocasional, la conducta típica se ejercita encerrando un menosprecio a la mujer por el hecho de serlo. De ahí que defendamos en esta tesis que haya que otorgarle una ubicación sistemática distinta a la actual juntamente con el delito de violencia o maltrato habitual.

CUARTA

En relación con las conductas previstas en el art. 153.1 CP, defendemos que la previsión de las conductas que hace este precepto es confusa por su redacción y por su remisión al tipo penal del art. 147.2 CP, lo que ocasiona la

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

dificultad de establecer la diferencia entre modalidades delictivas leves de los arts. 153.1 CP y 147. 2 CP. En particular, tras la reforma operada por la Ley 1/2015 y la reconversión como delito leve de las faltas de lesiones, las conductas previstas en el art. 153.1 CP son las siguientes: 1ª. Causar una lesión física o psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP; 2ª. Golpear o maltratar de obra sin causar lesión, y 3ª. Causar un menoscabo psíquico.

Proponemos la distinción entre causar una lesión psíquica de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 CP y causar un menoscabo psíquico. En este sentido, entendemos que habrá un menoscabo psíquico, cuando se produzca una alteración en el estado psíquico de la víctima que haya puesto en peligro su bienestar psíquico sin que haya recibido asistencia facultativa ni tratamiento psicológico para su sanación y sin que objetivamente ello fuere necesario. Quedarían fuera de la expresión los efectos de aquellas conductas que no presentan ningún peligro para la salud psíquica de la víctima. Por el contrario, habrá una lesión psíquica de menor gravedad de las previstas en el art. 147.2 CP cuando estemos ante aquellas conductas que causen una alteración en el estado psíquico de la víctima cuando ésta haya recibido para su sanación una primera asistencia facultativa o/y tratamiento psicológico u objetivamente los hubieren requerido.

QUINTA

Desde un punto de vista procesal, el procedimiento de diligencias urgentes propias del juicio rápido no es adecuado para tramitar los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP. La rapidez y la pretendida sencillez de tramitación de los juicios rápidos, por una parte, conllevan un cierto mecanicismo a la hora de investigar el delito y, por la otra, dan lugar a que se tramiten como supuestos de maltrato ocasional verdaderas situaciones de maltrato habitual. Otro obstáculo añadido es que los juicios rápidos son un obstáculo a la introducción de la mediación penal en éste ámbito ya que en el curso de una guardia es difícil, sino imposible, que pueda iniciarse y acabar una mediación en curso con la debida eficacia. Concluimos que debería eliminarse del ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido la tramitación de los delitos de maltrato ocasional del

art. 153.1 CP en aras a la protección de la víctima y en aras a poder introducir la mediación penal en nuestro sistema procesal penal.

También consideramos que la tramitación de todos los procedimientos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP por la vía de diligencias previas del procedimiento abreviado tampoco es adecuada ya que existen supuestos muy sencillos que fácilmente podrían resolverse a través de un proceso de mediación penal.

SEXTA

La mayoría de los delitos de maltrato ocasional del art. 153.1 CP se cometen en la intimidad de la pareja y carecen frecuentemente de testigos y de otras pruebas indiciarias. A ello debe añadirse que el ejercicio del derecho de dispensa a declarar del art. 416 LECr. es determinante en muchas ocasiones de una sentencia absolutoria cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar contra su pareja o expareja. Por otra parte, y desde el punto de vista de los sujetos que pueden hacer uso del derecho de dispensa, consideramos incluidas en el art. 416 LECr. a las personas unidas por relaciones de noviazgo. En este sentido efectuamos una interpretación sistemática de este precepto con el art. 1.1 LO 1/2004 y con aquella jurisprudencia que acoge un criterio extenso y que entiende que para aplicar la dispensa a una relación de noviazgo no es determinante ni la convivencia, ni la existencia de planes de futuro, ni la mayor ni menor duración de la relación sino la existencia de una relación de afectividad o sentimiento que haya sido la causa de la violencia ejercida contra la mujer por negarse ésta a mantener la relación pese a la oposición del agresor siendo esta oposición el origen de las agresiones.

SÉPTIMA

En cuanto a la eficacia probatoria en el delito de maltrato del art. 153.1 CP del silencio del acusado en el acto del juicio oral podemos concluir que el derecho al silencio del acusado reconocido en el art. 24.2 CE es un derecho que en el acto de juicio oral es directamente alegable y aplicable ante el tribunal y no necesita de ningún desarrollo legislativo para ello. Sin embargo, entendemos que

no puede ser objeto de valoración alguna conjuntamente con el resto de pruebas del delito de maltrato. Por ello, estamos en desacuerdo con la interpretación del TS de que el silencio del acusado, cuando existan pruebas de cargo en su contra, deba ser valorado por el tribunal sentenciador al dictar su sentencia. Y ello porque el silencio es expresión del derecho constitucional que tiene toda persona a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables regulado en el art. 24.2 CE que devendría ineficaz si de él obtuviéramos conclusiones.

OCTAVA

Entendemos que es necesaria una revisión del *Protocol per l'abordatge de la violència masclista en l'àmbit de la salut a Catalunya* en dos aspectos que consideramos importantes. El primero, en la necesidad de que se derive a todas las mujeres maltratadas a una visita psiquiátrica porque no siempre en todos los supuestos de maltrato ocasional cuando la víctima acude al centro médico es derivada al psiquiatra de urgencias para que valore su situación. El segundo, en la necesidad de la remisión al juzgado del informe psiquiátrico correspondiente a dicha visita junto con el parte médico de lesiones físicas ya que, en muchas ocasiones, habiéndose producido esa visita psiquiátrica y existiendo dicho informe, no se remite al juzgado para ser tenido en cuenta por el médico forense en sus informes. La importancia de la valoración psiquiátrica en urgencias radica en que, en la mayoría de los casos, va a implicar un examen del estado psíquico de la víctima instantes después de la agresión, lo que va a redundar en la prueba de la existencia del maltrato, de sus efectos y consecuencias para la víctima.

NOVENA

Una de las principales aportaciones de esta tesis es la defensa del recurso a la mediación para el delito de maltrato ocasional del art. 153 CP. Partimos de la consideración que no es un delito cuya complejidad impida la aplicación de la mediación, tampoco lo impiden sus efectos sobre la víctima, que son más leves que los que produce el delito de lesiones del art. 147 y 148.4 CP y los que se derivan del delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP. El maltrato ocasional, previsto y penado en el art. 153.1 CP debería poder ser objeto de mediación

penal, a pesar de la actual prohibición legal, prevista en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Las conclusiones que nos han permitido determinar que es posible y viable un cambio legislativo en el sentido apuntado son las siguientes:

a) En primer lugar, el Derecho Penal se inspira en el principio de intervención mínima y éste limita la intervención penal solo cuando no sean eficaces otros medios menos lesivos no sancionadores.

El maltrato ocasional del art. 153.1 CP es un maltrato leve que puede abordarse a través de un procedimiento mediador complementario al proceso penal de manera que dé lugar a un archivo de las actuaciones en los casos en los que ello sea posible en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal. De ahí que defendamos la mediación penal en este ámbito y no comprendamos la prohibición que realiza la Ley 1/2004 al respecto, limitando así e imponiéndose al derecho de libertad de las mujeres. En la práctica diaria existen supuestos de maltrato ocasional menos graves y de carácter esporádico, que por imperativo legal deben resolverse en el ámbito estricto del Derecho Penal cuando, por su falta de gravedad y entidad, podrían merecer un menor reproche o cuanto menos una forma diferente de resolución. De la misma manera, en muchas de estas situaciones de maltrato ocasional, las mujeres víctimas no quieren denunciar los hechos, no desean continuar con el procedimiento penal ya iniciado, no solicitan una orden de protección o desean dejarla sin efecto y retirar la denuncia. Ello puede obedecer a muchos motivos, entre ellos, el hecho de que no desean enfrentarse a un juicio penal, bien por lo gravoso que resulta para ellas a efectos de victimización secundaria, o bien porque consideran que la respuesta penal no va a lograr solucionar el problema subyacente de fondo; o incluso por considerar que la respuesta estrictamente penal es o va a ser excesiva ante la entidad de los hechos denunciados. En estos casos consideramos que estamos ante una intromisión del Derecho Penal en el ámbito privado de la víctima, a la cual el ordenamiento jurídico no da una respuesta adecuada conforme a sus necesidades y expectativas.

b) En segundo lugar, hay que evitar los efectos de victimización secundaria que genera en la víctima una sentencia absolutoria.

Las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior dan lugar a sentencias absolutorias que generan efectos en la víctima propios de la victimización secundaria, esto es, derivados de la relación de la víctima con el proceso penal y que se concretan en sentimientos de frustración tras constatar que acudir a la justicia penal no ha servido de nada a pesar de que esta era la consigna recibida desde el propio sistema de justicia.

c) Las probabilidades de una sentencia absolutoria aumentan cuando las partes no instan la práctica de todas las pruebas posibles o cuando las instadas no tienen influencia decisiva en la resolución del pleito; y cuando el tribunal rechaza su práctica motivadamente. No siempre es posible obtener una prueba directa de existencia de maltrato y de su autoría. En la práctica judicial diaria no siempre las informaciones aportadas por vecinos o amigos, las manifestaciones de los propios agentes de policía que acudieron al lugar de los hechos, de quienes alertaron a la policía o a los servicios sanitarios, la existencia de partes hospitalarios, del informe del médico forense, de la testifical del médico de urgencias que atendió a la víctima, las manifestaciones iniciales del propio agresor, o los medios técnicos utilizados para gravar conversaciones, configuran una base sólida en la que apoyar una incriminación. No siempre, en el caso concreto, concurren todos y cada uno de los indicios mencionados, no siempre son ricos y completos para permitir acudir a la prueba indiciaria. Son muy escasos los supuestos en los que la fuente originaria de conocimiento de los hechos denunciados proviene de personas distintas de la víctima y en numerosas ocasiones la valoración de dichos indicios por parte del juzgador es considerar que estamos ante una prueba de “segundo grado” o insuficiente.

d) En cuarto lugar, que a través de la mediación puede solucionarse el problema de fondo subyacente entre las partes.

Todas estas circunstancias mencionadas generan un gran número de sentencias absolutorias, generalmente por falta de prueba, pero ello no impide que subsista el problema de fondo entre las partes, con el consiguiente malestar que ello genera; y máxime cuando éstas deben relacionarse en el futuro inmediato, por la existencia de descendencia en común, lo que puede generar nuevos conflictos y una nueva judicialización de los problemas creados. Con ello

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

se perpetúa la conflictividad y se genera una acumulación de asuntos en los juzgados, muy similares entre sí aunque con distintos protagonistas, como son nuevos maltratos, amenazas, coacciones e injurias de carácter leve. A través de la mediación como sistema complementario al proceso penal podría resolverse la situación conflictiva de fondo y reducirse la victimización secundaria en estos casos que ahora son absoluciones. La mediación permitirá que las partes puedan resolver el conflicto creado entre ellas dentro del proceso penal, y en relación a éste, podrá determinarse el archivo o sobreseimiento del caso, o la condena penal con una aplicación de atenuantes genéricas al delito del art. 153.1 CP o la aplicación del subtipo atenuado del art.153.4 CP, o bien la aplicación del beneficio de la suspensión de la condena.

La mediación será, en muchos casos, una forma de evitar que se acabe el proceso penal con una sentencia absolutoria sin resolución del problema de fondo. Con ello evitamos que el proceso penal sea un obstáculo para la resolución del conflicto e introducimos una vía para evitar la victimización secundaria, en tanto que el proceso mediador comporta una satisfacción psicológica para la víctima, a través del arrepentimiento y la petición de perdón del agresor. Y todo ello sin perjuicio de la satisfacción material del daño ocasionado, que puede adoptar formas diversas, como los trabajos en beneficio de la comunidad, en beneficio de la propia víctima o deberes para el propio infractor.

En todo caso, la mediación solo podrá ser viable si se parte de la voluntad de ambas partes, víctima y agresor. Y sería muy importante instaurar un cambio cultural en el que el agresor no valore solamente las posibles ventajas de la mediación en cuanto a una disminución en la severidad de la pena o una posible absolución, sino también en la posibilidad que se le ofrece de resolver un conflicto grave en el que está inmerso y que probablemente no se solucionaría siguiendo un proceso penal.

e) En quinto lugar, con la mediación se logra el empoderamiento de la mujer víctima en su libertad de decisión de mediar y en sus posibilidades de superación de la situación de dominación y de maltrato que se ha creado.

No todas las situaciones de violencia de género tienen un desarrollo similar. Existen tantas situaciones distintas como mujeres víctimas y algunas mujeres

pueden querer romper con esa desigualdad enfrentándose a su maltratador como un paso más de empoderamiento frente a éste, a través de su participación en un proceso mediador, en el que le exigirá respeto, equilibrio de posiciones e igualdad como punto de partida. La decisión voluntaria de la mujer en este sentido puede constituir para ella un acto de afirmación, de autonomía, de libertad y de igualdad frente al maltratador y un acto autoreparador en su dignidad y del daño causado a la víctima.

f) En sexto lugar, a través de la mediación la mujer puede canalizar los malos tratos psíquicos sufridos, algo muy difícil de probar en la práctica diaria por la vía del art. 153.1 CP en el ámbito del proceso penal del juicio rápido.

Sobre todo cuando se trata de menoscabos psíquicos que no han requerido de asistencia sanitaria ni de tratamiento psicológico pero que han alterado su forma de vida de forma notable afectando a su bienestar psíquico.

DÉCIMA

Defendemos la derogación del art. 44.5 LO 1/2004 el cual prohíbe la mediación en relación al delito del art. 153.1 CP y en relación con cualquier delito de violencia de género en cualquier fase del procedimiento penal hasta que recaiga sentencia firme. Así mismo, consideramos que mediante la prohibición de la mediación el legislador ha pretendido vetar todo sistema de justicia restaurativa, esto es, cualquier sistema de resolución de conflictos distinto del proceso penal. De ahí que para instaurar la mediación penal en violencia de género sea necesaria la derogación de la norma prohibitiva. En el mismo sentido defendemos la derogación de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento del agresor a la víctima de maltrato ocasional del art. 153.1 CP para que sean los jueces y tribunales quiénes potestativamente y en función del caso concreto puedan decidir si imponen o no la pena, siendo necesaria la modificación del art. 57.2 CP en relación a todos los delitos de violencia de género.

DÉCIMO PRIMERA

En lo que atañe a la posibilidad de extender la mediación penal al resto de delitos de violencia de género regulados en la LO 1/2004, defendemos en esta tesis que el delito de maltrato ocasional del art. 153. 1 CP cumple con una función de especial relevancia jurídica en tanto que la mayoría de delitos de violencia de género se dilucidan por esta vía, por lo que representa el delito recogido en el mayor número de sentencias condenatorias y absolutorias en esta materia. De ahí que entendamos que la mediación debe ser introducida en el ámbito del maltrato ocasional y, por extensión, a los delitos de violencia de género regulados por la LO 1/2004, como mediación intrajudicial, esto es, como un sistema complementario y no alternativo al proceso penal, al que se pudiera acudir desde el mismo inicio de éste, siendo la voluntad de las partes uno de sus elementos definidores. La mediación penal en violencia de género podría determinar el archivo o sobreseimiento del caso, o en su caso también la condena penal si bien con aplicación de atenuantes genéricas y la posibilidad de acudir a la suspensión de la pena impuesta en sentencia condenatoria.

Y DÉCIMO SEGUNDA

Como propuesta de regulación legal, no somos partidarias de que una ley especial regule la mediación penal fuera del ámbito procesal de la LECr. Desde un punto de vista procesal, consideramos que hay que incardinar la mediación penal en la LECr porque la mediación penal debe ser un procedimiento que se incorpore al sistema procesal penal de una forma uniforme, clara y precisa como una institución integrada al proceso penal y no como un añadido o parcheado más a la LECr. Paralelamente, sería necesario la elaboración y la publicación de una nueva Ley Procesal Penal acorde con las exigencias actuales. El modelo propuesto parte de la atribución de la actuación instructora al Ministerio Fiscal, de la modificación de la regulación actual del principio de oportunidad para su ampliación, de la aplicación de las normas penales actuales que podrían dar cierta cobertura a la mediación y de las que pudieran dictarse en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X: “Nuevas tecnologías y acceso al proceso”; en *La Prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa* -ABEL LLUCH, X; PICÓ I JUNOY, J; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.)-, *La Ley*, 2011.

ABEL LLUCH, X.; PICÓ I JUNOY, J. (Dir.): *El interrogatorio de testigos*. Colección de Formación continua de la Facultad de Derecho ESADE; en serie de Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, núm. 2, J. M. Bosch, Barcelona, 2008.

ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.): *Estudios sobre Prueba penal*. Vol. II. *Declaración de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*; en *La Ley*, 2011.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Análisis del Código Penal en materia de Violencia de Género contra las Mujeres desde una perspectiva transversal”; en *REDUR 7*, diciembre 2009.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “*El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*”. Tirant lo Blanch; Valencia, 1999.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”; en *RDPC*, núm. 15, UNED, Madrid, enero de 2005.

ACALE SÁNCHEZ, M.: “El artículo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género: El concepto de Violencia de Género”; en *Política Criminal y Reformas Penales* -FARALDO CABANA, P. (Dir.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ALASTUEY DOBÓN, M. C.: “Desarrollo parlamentario de la Ley Integral contra la Violencia de Género. Consideraciones críticas”; en *La reforma penal en torno a la Violencia Doméstica y de Género* -BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.)-, Atelier, Barcelona, 2006.

ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art. 21.5 del Código Penal. Reparación y desistimiento como actos de revocación”; en *Revista del Poder Judicial*, núm. 63, CGPJ, Madrid, tercer trimestre de 2001.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Hacia un reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de Género”; en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* -CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.)-, Dykinson, Madrid, 2006.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”; en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* -CARBONELL MATEU, J.C; DEL ROSAL BLASCO, B. (Coords.)-, Dykinson, Madrid, 2005.

ARCE, R., FARIÑA, F.: “Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (SEG)”; en *Papeles del Psicólogo*, núm. 92; 2005.

ASENSI PEREZ, L. F.: “La Prueba pericial psicológica en asuntos de Violencia de Género”; en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 21, enero-junio de 2008.

BARRERA MARTÍN-MERAS, J.; DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, G., JIMÉNEZ CANO, J. P.: “Manifestaciones de la Violencia Doméstica”; en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, 25, CGPJ, Madrid, 2004.

BEDATE GUTIERREZ, A.: “Historia y situación actual del síndrome de agresión a la mujer. Cuadros lesivos”; en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, III, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999.

BEGUÉ LEZAU, J. J.: “Modalidades delictivas de la llamada Violencia Doméstica”; en *Estudios sobre la violencia familiar y las agresiones sexuales*, I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2000.

BEJERANO GUERRA, F.: “El informe pericial”; en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, *Manuales de Formación Continuada* del CGPJ, 46, CGPJ, Madrid 2007.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de Violencia Doméstica”; en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón* -OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E;

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BLAZQUEZ PEINADO, D.: “La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”; en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, septiembre-diciembre de 2013.

BOLDOVA PASAMAR, M.A.; RUEDA MARTÍN, M. A.: “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de Violencia de Género”; en *La Reforma penal en torno a la Violencia Doméstica y de Género*, Atelier, Barcelona, 2006.

BUJOSA VADELL, LM.: “Pruebas de referencia y garantías procesales”; en *La Ley*, núm. 6.821, 15 de noviembre 2007.

CAMARENA GRAU, S.: “¿Son admisibles con carácter general pruebas de tipo pericial sobre la credibilidad?”; en *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada*, núm. 51, CGPJ, Madrid, 2010.

CAMPOS CRISTOBAL, R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos. Valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”; en *Revista Penal*, núm. 6, 2000.

CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch; Valencia, 1996 (vol. 1).

CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; GUARDIOLA GARCÍA, J.: *Derecho Penal. PE*. Tirant lo Blanch; Valencia 1999.

CARRASCO GÓMEZ, J. J.: Psicopatología del maltratador doméstico; en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998-1999.

CARRETERO SÁNCHEZ, E.: “La Violencia de Género: Análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”; en *La Ley*, núm. 6.023, 21 de mayo de 2004.

CASTELLÓ NICÁS, N.: “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

conducta típica del delito de Violencia Doméstica del art. 173.2; en *”Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

CASTELLÓ NICÁS, N.: “Concepto general de Violencia de Género: Un análisis crítico del art. 1.3 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Mediación en Violencia de Género, una solución o un problema”; en CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio multidisciplinar* -GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., SANZ HERMIDA, A. M^a, ORTIZ PRADILLO, J. C. (Coords.)-, Colex, Madrid, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Mediación con víctimas especialmente vulnerables”; en *Iuris*, Universidad de Cuenca, 1 de junio de 2014.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal Español. Parte General*. Tecnos; Madrid, 2004.

CERRATO GURI, E.: “La dificultad probatoria del delito de maltrato sobre la mujer”; en *Peritaje y prueba pericial* -PICÓ I JUNOY, J. (Dir.); DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Coord.)-, J. M. Bosch, Barcelona, 2017.

CHOLVI ROIG, F.: “La prohibición de la Mediación en materia de Violencia de Género”; en *Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos* -FIGUERUELO BURRIEZA, A. (Dir.), DEL POZO PEREZ, M. (Dir.), LEON ALONSO, M. (Dir.), GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (Coord.)-, Editorial Comares, Granada, 2013.

CIRCULAR de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre, sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

CIRCULAR de la Fiscalía General del Estado 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.

CIRCULAR de la Fiscalía General del Estado 6/2011 sobre Criterios para la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en relación a la Violencia sobre la Mujer.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

CIRCULAR de la Fiscalía General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

COBO PLANA, J. A.: “El juez y la valoración de la lesión psíquica”; en *La Violencia de Género: Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, Madrid, 2006.

COBO PLANA, J. A.: “El juez y la prueba forense en la Violencia de Género”; en *La Violencia de Género: Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. Cuadernos de Derecho Judicial, IV, CGPJ, Madrid, 2006.

COCHS TARAFÀ, C.: “Apuntes para una intervención médico forense más eficaz en mujeres maltratadas”; en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, III Ponencia de las Jornadas que para la Carrera Fiscal y Cuerpos de Secretarios Judiciales se han impartido por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer, Madrid 1999.

CONCLUSIONES del “XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer del año 2016”; Madrid, 7 y 8 noviembre de 2016. Disponible en <http://www.fiscal.es/fiscal/.../2016%CONCLUSIONESDEFINITIVAS%20XII...PDF>.

CONCLUSIONES del Seminario de Mediación Penal; CGPJ, Madrid, 1 a 3 de junio de 2005. Fecha de publicación: 27-7-2005. Disponible en <http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>.

CONCLUSIONES del Seminario “Violencia de Género”, de formación de Jueces y Magistrados; Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía y CGPJ, Granada el 20 y 21 de octubre de 2005. Disponible en www.bizkaia.eus/Gizartekintza/Genero_Indarkeria/bt1/irudiak/seminario_granada.pdf.

CONCLUSIONES de las Jornadas del orden jurisdiccional penal “Racionalización de la instrucción, criterios a tener en cuenta en la fase de enjuiciamiento y Mediación Penal”; CGPJ, Cazorla (Jaén), 6 a 8 de noviembre de 2006. Fecha de publicación: 8-11-2006. Disponible en <http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>.

CONCLUSIONES del Seminario “Justicia Reparadora: Mediación penal y su introducción en el ordenamiento penal español”; CGPJ, Madrid, 12, 13 y 14 de septiembre de 2007. Fecha de publicación: 14-9-2007. Disponible en <http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>.

CONCLUSIONES del Seminario “La Mediación Civil y Penal. Dos años de experiencia”; 2ª parte del curso sobre “Alternativas a la judicialización de los conflictos” dirigido a Jueces de Familia y Penales”; en *La Mediación Civil y Penal. Un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, 136, CGPJ, Madrid, 2007.

CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid-Barcelona, 2004.

CORSI, J.; DOHMEN, M; BONIMO, L.: *Violencia masculina en la pareja*. Paidós; Buenos Aires, 1995.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*. Marcial Pons; Madrid, 2000.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “La fase de instrucción”; en *Lecciones de Derecho Procesal Penal* -GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-, Cóllex, Madrid, 2003.

CORTES DOMÍNGUEZ, V.: “La declaración del acusado y la prueba de testigos”; en *Lecciones de Derecho Procesal Penal* -GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-, Cóllex, Madrid, 2003.

CUCARELLA GALIANA, L. A.: “Violencia de Género y desviación judicial a Mediación en la Ley 15/2009, 22 de julio, catalana de Mediación”; en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004* -CASTILLEJO MANZANARES, R.; SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.)-, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

DE JORGE MESAS, L.F.; VIDOSA F.G.: “Mediación. Primera experiencia de adultos en España”; en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 66, Universidad Complutense, Madrid, 1998.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

DE JORGE MESAS, L. F.: “La Mediación en el Proceso Penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)”; en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 498, Pamplona, 2001.

DE JUAN FERNÁNDEZ, M.: “Peritaje psicológico forense: cuando no existen las pruebas físicas”; en *La Ley*, núm. 7.430, 23 de junio 2010.

DE HOYOS SANCHO, M.: “¿Cómo probar los malos tratos familiares?”; en *La Prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo* -ABEL LLUCH, X; PICÓ I JUNOY, J.; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.)-, *La Ley*, 2011.

DE LA CUESTA AGUADO, M.: “El concepto de “Violencia de Género” de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos”; en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, Pamplona, 2012.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C.: “Dosier de los tribunales sobre probática: La siempre difícil determinación de la credibilidad de la víctima de abusos sexuales y la utilidad de la prueba pericial psicológica”; en *Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, número 6, *La Ley*, núm. 7.730, 7 de noviembre de 2011.

DE VICENTE CASILLAS, C.: “La Mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la Mujer. Una propuesta de regulación”; en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar. Aspectos sustantivos”; en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. Violencia familiar en el ámbito familiar*, CGPJ, Madrid, 2000.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “Aspectos penales de la Violencia Doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”; en *Encuentros “Violencia doméstica”*, CGPJ, Madrid, 2004.

DEL POZO PÉREZ, M.: “¿Es adecuada la prohibición de Mediación del artículo 44.5 de La Ley Orgánica 1/2004?”; en *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal. Estudio y Análisis* -MARTÍN DIZ, F. (Coord.)-, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

DEL POZO PÉREZ, M.: “El Derecho Procesal español ante la Violencia de Género. Especial referencia a las últimas reformas”; en *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas* (RECJ), 5 de febrero de 2008. Disponible en [www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/articuloBrasil\(1\).pdf](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2008/articuloBrasil(1).pdf).

DEL POZO PÉREZ, M.: “Algunos celos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *La Ley*, núm. 6.402, 18 enero 2006.

DEL RÍO FERNANDEZ, L.: “El reto de la Mediación Penal: el principio de oportunidad”; en *La Ley*, núm. 6.520, 6 de julio de 2006, D-165.

DELGADO MARTÍN, J.: *La Violencia Doméstica: Tratamiento jurídico: problemas penales procesales*. Cóllex; Madrid, 2001.

DELGADO MARTÍN, J.: “La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el Proceso Penal”; en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal. Estudios de Derecho Judicial*, 121, CGPJ, Madrid, 2007.

DELGADO MARTÍN, J.: “La Prueba electrónica en el Proceso Penal”; en *La Ley*, núm. 8.167, 10 octubre de 2013.

DELGADO MARTÍN, J.: “Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de los delitos”; en *La Ley*, núm. 8.202, 29 de noviembre de 2013.

DELGADO MARTÍN, J.: “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos virtuales tras la reforma por LO 13/2015”; en *La Ley*, núm. 8.693, 2 de febrero de 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Los delitos de lesiones*. Tirant lo Blanch; Valencia, 1997.

DOLÇ LAGO, J. M.: “Violencia Doméstica habitual: Mitos y realidades”; en *La Ley*, núm. 5.047, 5 de mayo de 2000.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y*

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Judicial*, II, CGPJ, Madrid, 2005.

ECHEBURÚA ODRIOSOLA, E.: “¿Por qué y cómo hay que tratar psicológicamente a los hombres violentos contra la pareja?”; en *La Violencia de Género: Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, CGPJ, Madrid, 2006.

ECHEBURÚA ODRIOSOLA, E.: “Lesiones psíquicas y secuelas emocionales en las víctimas de delitos violentos: El proceso de victimización”; en *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 121, CGPJ, Madrid, 2007.

ELBOJ, C.; RUIZ, C.: “Trabajo social y prevención de la Violencia de Género”; en *Trabajo Social Global*, 2010, 1 (2), págs. 220-233. Disponible en <http://tsghipatiaeditorial.com/index.php/tsg1>.

ESCOBAR JIMENEZ, R.: “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el Proceso Penal (art. 416 LECriminal)”; en *La Ley*, núms. 7.301 y 7.302, 11 y 14 de diciembre de 2009.

ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación entre víctima y agresor en Violencia de Género*. Tirant lo Blanch (Monografías núm. 566); Valencia, 2008.

EXPOSICIÓN de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

FÁBREGA RUIZ, C. F.: “La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales”; en *La Ley*, núm. 6.247, 6 de mayo de 2005.

FARALDO CABANA, P.: “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *Revista Penal*, núm. 17, enero de 2006.

FERNANDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ, E. C.: “La psicología criminal en la práctica pericial forense”; en *Psicología Criminal* -SORIA VERDE, M. A.; SÁIZ ROCA, D. (Coords.)-, Pearson, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMÓN, A. M^a.: *El impacto de la Mediación en los casos de Violencia de Género. Un enfoque actual práctico*. Lex Nova; Valladolid, 2011.

FUENTES SORIANO, O.: “Investigación y prueba de los delitos de Violencia contra la Mujer”; en *Investigación y Prueba en el Proceso Penal* -GONZALEZ CUÉLLAR SERRANO, N. (Director)-, Cólex, Madrid, 2006.

FUENTES SORIANO, O.: “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *La Ley*, núm. 6.362, fecha 18 noviembre 2005.

GARCÍA ALBERÓ, R.: “Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones”; en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española; Cuadernos de Derecho Judicial*, III, CGPJ, Madrid, 2004.

GARCÍA BARREIRO, A.: “La valoración del riesgo de las víctimas de Violencia de Género. Análisis de la situación actual. Medidas de protección”; Ponencia presentada al III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, Madrid, 21-23 de octubre de 2009. Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/III-Congreso-sobre-Violencia-domestica-y-de-Genero-Madrid-21-y-23-de-octubre-de-2009

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “Política criminal en el ámbito de la Violencia Intrafamiliar”; en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar* -RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.)-, Dykinson, Madrid, 2010.

GARCÍA MUÑOZ, P. L.: “La actividad policial con incidencia probatoria”; en *Estudios sobre Prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Capítulo IV - RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), ABEL LLUCH, X. (Coord.)-, *La Ley*, 2010.

GARRIDO, V., STANGELAND, REDONDO S.: “La influencia del alcohol y de las drogas”; en *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: “Características Principales de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor”; en *Revista del Poder Judicial*, núm. 60, CGPJ., Madrid, 4º Trimestre de 2000, 3ª época.

GÓMEZ RIVERO, C.: “Algunos aspectos del delito de malos tratos”; en *Revista Penal*, núm. 1, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, M.: “Limites al deber de secreto médico profesional y Derecho Penal”; en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009.

GONZÁLEZ LOZANO, M.P.: “Violencia en las relaciones de noviazgo entre jóvenes y adolescentes en la Comunidad de Madrid”; Universidad Complutense de Madrid, 2009.

GONZÁLEZ PASTOR, C. P.: “Delimitación del concepto ‘persona especialmente vulnerable’ en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *La Ley Penal*, núm. 17, año II, junio de 2005.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Addenda al Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial* -COBO DEL ROSAL, M. (Dir.)-, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Reconsideración crítica del concepto de “habitualidad” en el delito de Violencia Doméstica”; en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica. Boletín de Información del Ministerio de Justicia*; año LIX, en suplemento al núm. 2000, Madrid, 1 de noviembre de 2005.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”; en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*; Dykinson; Madrid, 2005.

GORDILLO SANTANA, L.F.: “El programa piloto de Mediación Penal de la Comunidad Autónoma de La Rioja”; en *La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia. Análisis y evaluación de la experiencia piloto de la comunidad de La Rioja*; trabajo de investigación del Instituto de Estudios Riojanos de la Consejería de Educación del Gobierno de La Rioja.

GOSSEL A.: “El alejamiento del domicilio familiar del agresor en el Derecho alemán. La Violencia Doméstica y los actuales intentos legislativos para su

contención”; en *Biblioteca Jurídica Virtual. Revista de Derecho Privado*, nueva serie, nueva época, año I, núm. 2, mayo-agosto de 2002.

GUARDIOLA LAGO, M. J.: “La víctima de Violencia de Género en el Sistema de Justicia y la prohibición de la Mediación Penal”; en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009.

GUINARTE CABADA, G.: “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de Violencia de Género”; en *La Violencia de Género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: “Las buenas prácticas para las víctimas de Violencia de Género: especial referencia a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012”, *La Ley Unión Europea*, 30 de enero, 2014; en *La Ley*, núm. 8.226, 10 de enero de 2014.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”; en *La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género* -MARÍN LÓPEZ, P.; LORENTE ACOSTA, M., (Dir.)-, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 139, CGPJ, Madrid, 2007.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “¿Cuándo resulta admisible una prueba sobre la capacidad mental de la presunta víctima?”; en *99 Cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada*, núm. 51, CGPJ, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Fundamento y consecuencias de excluir de la Justicia Restaurativa ciertas infracciones penales”; en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir.) y OTROS: *99 cuestiones básicas sobre la Prueba en el Proceso Penal*; en *Manuales de Formación continuada*, núm. 51, CGPJ, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ HIDALGO, P.: “Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), número de 17 de mayo de 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

HUERTA TOCILDO, S.: “Los límites del Derecho Penal en la prevención de la Violencia Doméstica”; en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón* -TOLEDO Y UBIETO, O. DE; CORTES BECHIARELLI, E; GURDIEL SIERRA, M. (Coords.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HURTADO YELO, J.J: “Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima”; en *La Ley*, núm. 7.260, 13 de octubre de 2009.

INFORME al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer; en *Estudios, Informes y Dictámenes, 2004*. Consejo General del Poder Judicial; 2005, pág. 92, conclusiones 13, 14, 18, 19 y 20.

(VII) INFORME *anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer de 2013*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2015.

INSTRUCCIÓN 2/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de Violencia de Género.

JIMÉNEZ CANO, J. P.: “Violencia de Género: Aspectos psicopatológicos y terapéuticos”; en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, núm. 25, CGPJ, Madrid, 2004.

JIMÉNEZ DIAZ, M. J.: “Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido”, en *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar* -JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (Coord.)-, Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ LÓPEZ, J. M.; GIL GIL. A.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson; Madrid, 2011.

LANCHO BLÁZQUEZ, C.: “Diagnóstico y valoración en Violencia de Género”, en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, núm. 25, CGPJ, Madrid, 2004.

LANCHO BLAZQUEZ, C. y OTROS: “Análisis de la Violencia Doméstica en relación a la orden de protección desde la perspectiva multiprofesional e integrada”; en *Los juicios rápidos. Orden de protección: Análisis y Balance. Manuales de Formación Continuada*, núm. 25, CGPJ, Madrid, 2004

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”; en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2ª Época, 2003.

LARRAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y Violencia de Género”. Comentario a la STC 59/2008”; en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009.

LAURENZO COPELLO, P.: “Los nuevos delitos de Violencia Doméstica: otra reforma precipitada”; en *Artículo 14*, Instituto Andaluz de la Mujer, núm. 14, diciembre de 2003.

LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), número de 7 de agosto de 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>.

LÓPEZ TÉBAR, E.: “La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar”; en *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, CGPJ, Madrid, 1er. trimestre de 2007.

LORENTE ACOSTA, L.: “La importancia de la coordinación institucional. Protocolos en la Ley Integral. Las unidades de valoración integral de la Violencia de Género de los Institutos de Medicina Legal”; en *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, CGPJ, Madrid, 2005.

LORENTE ACOSTA, L.: “El concepto “integral” en la Violencia Doméstica”; en *La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 139, CGPJ, Madrid, 2007.

LORENTE ACOSTA, L. y OTROS: “Síndrome de agresión a la mujer, síndrome de maltrato a la mujer”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), 2 de julio de 2000.

LUQUÍN BERGARECHE, R.: “Acerca de la necesidad de una Ley Estatal de Mediación Familiar en España”; en *Sentencias de TSLJ y AP y otros Tribunales*, núm. 3/2006, Aranzadi, Pamplona, 2006.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

MAGRO SERVET, V.: “El Auto del TC 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del art. 153 del CP y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”; en *La Ley*, Núm. 6.088, 17 de septiembre 2004.

MAGRO SERVET, V.: “Aplicación práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito”; en *La Ley*, núm. 6.361, 17 de noviembre de 2005.

MAGRO SERVET, V.: “Los Juzgados de Violencia contra la Mujer: una propuesta de mejora”; en “*Propuestas para una nueva LECrim*”, *Revista del Poder Judicial*, Núm. especial XIX, Madrid, 2006.

MAGRO SERVET, V.: “La Prueba pericial médica en la Violencia de Género”; en *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V.: “¿Prueba pericial judicial versus pericial de parte?”; en *La Ley*, núm. 6.637, 25 enero 2007.

MAGRO SERVET, V.: “La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la Violencia de Género”; en *La Ley Penal*, núm. 104, septiembre-octubre 2013.

MANZANARES SAMARIEGO, J. L.: “La Mediación en España”; en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004* -CASTILLEJO MANZANARES, R.; SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.)-, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número de 8 de febrero de 2006.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “La Violencia contra las Mujeres: una revisión crítica contra la Ley Integral”; en *Actualidad Penal*, núm.18, junio 2006.

MARCOS AYJÓN, M.: “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 CP”; en *La Ley Penal*, núm. año I, febrero de 2004.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

MARÍN LÓPEZ, P. y LORENTE ACOSTA, M. (Dirs.): Conclusiones aprobadas en el Curso de Formación Continua del CGPJ “La valoración del daño en las víctimas de la Violencia de Género”; Madrid, 10-12 de septiembre de 2007.

MARQUÉS CEBOLA, M.: “Los sistemas de Mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de Mediación en España”; en *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal: Estudios y Análisis* - MARTÍN DIZ, F. (Coord.)-, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

MARTÍN DIZ, F.: “Violencia de Género: Víctima vulnerable y Mediación Penal”; en *¿Podemos erradicar la Violencia de Género? Análisis, Debate y Propuestas*. -GALLARDO RODRÍGUEZ, A.; DEL POZO PEREZ, M. (Coords)-, Editorial Comares, Granada, 2015.

MARTÍN RÍOS, P.: “La exclusión de la Mediación como manifestación de las *no-drop polices* en Violencia de Género: Análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE”; en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo* - MARTÍN OSTOS, J. (Coord.)-, Atelier, 2013.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Protocolo sobre la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”; en *Protocolos sobre Violencia de Género. Guía sistemática sobre actuación ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los procedimientos de Violencia de Género* -GÓMEZ VILLORA, J. M. (Coord.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: “Protocolo sobre la intervención del personal sanitario en la detección y prevención de la Violencia de Género”; en *Protocolos sobre Violencia de Género. Guía sistemática sobre actuación ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los procedimientos de Violencia de Género* - GÓMEZ VILLORA, J. M. (Coord.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MEDEIROS, Rose A.; MURRAY A. STRAUS: *Risk factors for Physical Violence between Dating Partners: Implications for Gender-Inclusive Prevention and Treatment of Family Violence*; en J. Hamel y T. Nicholls (Eds.), *Family Approaches in Domestic Violence: A Practitioner's Guide to Gender-Inclusive Research and Treatment*. Springer Law, 2006.

MEMORIA de la Fiscalía General del Estado de 2006.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor; Barcelona, 2004.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de Violencia de Género”; en *Tutela jurisdiccional frente a la Violencia de Género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* -DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.)-, Lex Nova, Valladolid, 2009

MOLINA GIMENO, F. J.: “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *La Ley*, Núm. 6.818, 12 de noviembre de 2007.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: “La Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”; en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial, vol. II, CGPJ, Madrid, 2005.

MONTERO GÓMEZ, A.: Peligrosidad y daño en la Violencia de Género a la que se refiere la Ley Integral. Prevención general”; en *La valoración del daño en las víctimas de Violencia de Género. Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 139, CGPJ, Madrid, 2007.

MORENO CATENA, V.: “La declaración del acusado y la prueba de testigos”, en *Lecciones de Derecho Procesal Penal* -GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-. Cóllex, Madrid, 2003.

MORENO CATENA, V.: “Los medios de investigación”; en *Lecciones de Derecho Procesal Penal* -GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-, Cóllex, Madrid, 2003.

MORENO CATENA, V.: “Prueba pericial y documental”; en *Lecciones de Derecho Procesal Penal* -GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-, Cóllex, Madrid, 2003.

MORENO VERDEJO, J.: “Conclusiones aprobadas en la primera reunión de Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar celebrada en Madrid los días 27 a 29 de marzo de 2000”; en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, volumen 2º; Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo e Inmigración e Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

MORILLAS CUEVA, L.: “Delito de omisión y Violencia Doméstica habitual”; en *Libro en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cívitas, Madrid, 2005.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch; Valencia, 2004.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “La Violencia de Género en el Derecho Penal y su constitucionalidad”; en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar* - RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.)-, Dykinson, Madrid, 2010.

OLAIOZOLA NOGALES, I.: “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”; en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXX, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.

OLMEDO CADERNETE, M: *Comentarios al Código Penal*. Artículo 153 -COBO DEL ROSAL, M. (Dir.)-; Edersa, Madrid, 1999 (Tomo V).

OLMEDO CADERNETE, M: “Tratamiento de las agresiones leves ocasionadas en el contexto de la Violencia Doméstica y de Género”, en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*; Dykinson; Madrid, 2009.

ORTEGA CALDERÓN, JL: “La superación procesal del ejercicio por la víctima de Violencia de Género de la dispensa legal a declarar”; en *La Ley*, núm. 6.820, 14 de noviembre de 2007.

ORTUBAY FUENTES, M.: “Diez años de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Luces y sombras”; 2014. Disponible en <http://www.pensamientocritico.org/mirort0315.pdf>.

PAZ RODRÍGUEZ, J. I.: “La violencia basada en el género, orígenes, mecanismos y consecuencias”; en *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2007

PELAYO LAVÍN, M.: *La Mediación: una vía de gestión de conflictos familiares* (Tesina inédita); Universidad de Salamanca, 2009.

PELIKAN, Ch.; BACHINGER, L. M.: “On the Efficacy of Victim-Offender-Mediation in cases of Partnership-Violence in Austria, or: Men don't get better but Woman get stronger: Is it still true? Outcomes of an empirical study”; en *European Journal on Criminal Policy and Research*, Springer Law, 2010.

PELIKAN, C.; BACHINGER, L.M.: “Victims and restorative Justice. An empirical study of the needs, experience and position of victims with in restorative justice practices”; en *Country Report*, julio de 2012.

PERAMATO MARTÍN, T.: “Análisis de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género: cuestiones penales”; en el II *Congreso sobre Violencia de Género* celebrado en Granada el 23 y 24 de febrero de 2006. Observatorio contra la Violencia Doméstica, CGPJ, Madrid, 23-2-2006. Disponible en www.poderjudicial.es/.../03.2ponencia_peramato_1.0.0.pdf

PÉREZ GINÉS, C. A.: “La Mediación Penal en el ámbito de la Violencia de Género o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento”; en *La Ley*, Núm. 7397, 7 de mayo de 2010.

PICÓ i JUNOY, J. (Dir.); DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Coord.): *Peritaje y Prueba pericial*. J. M. Bosch; Barcelona, 2017.

PINEDO GARCÍA, I.: “La historia clínica como medio probatorio de la vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal y autonomía del paciente”; en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa* -ABEL LLUCH, X; PICÓ I JUNOY, J; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.)-, *La Ley*, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación”; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La víctima y el Derecho Penal”, en *Estudios de Victimología*. Actas del I Congreso español de Victimología. TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.); Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

QUINTERO OLIVARES, G.: “La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la Violencia contra la Mujer”; en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.

QUINTERO OLIVARES, G.: “El concepto legal de Violencia de Género y sus límites”; en *Violencia de Género y Justicia* -CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.); ALONSO SALGADO, C. (Coord.)-, Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G.: “Protección a las víctimas y función de la Justicia Penal”; en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 884, Pamplona, 2014. Disponible en www.westlawinsignis.es.

QUINTERO OLIVARES, G.: “El nuevo paradigma de la Justicia Restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente”; en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004* -CASTILLEJO MANZANARES, R.; SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.)-, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

RAMÍREZ ORTIZ, J. L.: “La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual”; en *Diario La Ley* (en prensa).

RAMÓN RIBAS, E.: “Los delitos de Violencia de Género según la jurisprudencia actual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La problemática sobre el bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su pen (última) reforma”; en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005.

RICHARD GONZÁLEZ, M.: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”; en *Estudios sobre Prueba penal. Vol. II. Declaración de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial* -ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.)-, La Ley, 2011.

RICHARD GONZÁLEZ, M.; ABEL LLUCH, X.: *Estudios sobre Prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites* -RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.); ABEL LLUCH, X. (Coord.)-, en La Ley, 2010.

RÍOS MARTÍN, J.C; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; SEGOVIA BERNABÉ. J. L.; GALLEGUO DÍAS, M.; CABRERA, P.; JIMENEZ ARBELO, M.: “Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”. Disponible en www.poderjudicial.es/CGPJ/es/Temas/Mediación/Publicaciones.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Mediación penal y Violencia de Género”, *La Ley*, nº 7557, 28 de enero de 2011.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios a la Legislación Penal*. Artículo 153 -COBO DEL ROSAL, M (Dir.); BAJO FERNANDEZ, M. (Coord.)-, Edersa, Madrid, 1982 (Tomo I).

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “Tutela penal de las víctimas de Violencia Doméstica”; en *Violencia en la familia. Estudio Multidisciplinar* (Coord.), Dykinson, Madrid, 2010.

ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Thomson-Cívitas, 2006.

SÁEZ VALCÁRCEL, R: “La Mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización”; en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2062, Madrid, 1 de junio de 2008.

SALVADOR MIGUEL, F.: “Actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”; en *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar* -RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.)-, Dykinson, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A.: “La intervención psicosocial con las víctimas de Violencia de Género”; en *Violencia de Género y Sistema de Justicia Penal* -VILLACAMPA ESTIARTE, C (Coord.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANZ DÍAZ, L.: “La Violencia Doméstica en el ordenamiento jurídico penal español. Aspectos sustantivos”; en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. II, CGPJ, Madrid, 2005.

SARRATO MARTÍNEZ, L.: “La historia clínica y su acceso con fines judiciales”; en *La Ley*, núm. 6854, 4 de enero de 2008.

(III) SEMINARIO de Formación de los Jueces de Violencia sobre la Mujer Exclusivos, organizado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, celebrado en Barcelona del 28 al 30 de junio de 2006.

SOLÉ RAMÓN, A. M^a: “La Valoración del riesgo de las víctimas de Violencia de Género”; en *La Ley*, núm. 7.353, 2 de marzo de 2010.

SOLÉ RAMÓN, A. M^a: “¿Es la posición de dominio del varón y la subordinación de la mujer un nuevo elemento del tipo en los delitos de Violencia de Género?”; en *La Ley*, núm. 7.347, 22 de febrero de 2010.

SORIA VERDE, M.A.; SAIZ ROCA, D.: *Psicología criminal*. Pearson Educación; Madrid, 2006.

SOTELO MUÑOZ, H.: “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”; en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: Potencialidades y Retos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, artículo 153 -QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.)-; Aranzadi, Pamplona, 1999.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, artículo 173.2 -QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.)-; Aranzadi, Pamplona, 2005.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, artículo 153 -QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.)-; Aranzadi, Pamplona, 2011.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La articulación de la Justicia Restaurativa con el Sistema de Justicia Penal”; en *La justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2012.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La Justicia Restaurativa: Concepto, Principios, Investigación y Marco teórico”; en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2012.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Procesos restaurativos más allá de la Mediación: perspectivas de futuro”; en *La Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, artículos 153, 173.2 y 147 -QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.)-; Aranzadi, Pamplona, 2016.

TARDÓN OLMOS, M.: “Ámbito penal de la Violencia de Género: Aspectos materiales y procesales. Peculiaridades de la prueba y su valoración. Aspectos sustantivos y procesales civiles y penales: puntos más controvertidos”; en

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

Curso de Formación sobre Violencia de Género, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2012.

TORNERO MORENO, S.; RAMA SAMPERIO, A.: “Peritaje social: medio de prueba en Violencia de Género”; en *La Ley*, núm. 3.071, 4-10 mayo de 2015.

TORRES ROSELL, N.: *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*. Tirant lo Blanch, Monografías núm. 448, Valencia, 2006.

TORRES ROSELL, N.: “Las sanciones penales en la lucha contra la Violencia de Género”; en *Violencia de Género y Sistema de Justicia Penal* - VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

TORRES ROSELL, N.: “Una lectura en clave reparadora de las sanciones penales: las sanciones de cumplimiento en la comunidad”; en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, Editorial Comares, Granada, 2012.

TORRES ROSELL, N.: “Violencia de Género y Derecho Penal: de la LO 1/2004 a la reforma penal de 2015”; en *La protección de la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004* -ROMERO BURILLO, A.M. (Dir. y Coord.)-, Aranzadi, Pamplona, 2016.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J.: *Consideraciones sobre el delito de lesiones de carácter psíquico (art. 147.1 CP)*; en *La Ley Penal*, núm. 11, Wolters Kluwer, Madrid, 2004.

VALCÁRCEL, A.: “La violencia contra las mujeres”; en *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la Violencia de Género* -RUIZ TAGLE, A. M; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.-, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2008.

VALL RIUS, A.: “El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Europa: Estudio comparado con la Legislación española”; en *Revista de Mediación Penal*, núm. 6.528, Instituto Motivacional Estratégico (Imotiva) - Asociación Madrileña de Mediadores, Madrid, 18 de julio de 2006.

VALL RIUS, A.; GUILLAMAT RUBIO, A.: “Mediación y Violencia de Género, una respuesta útil en los casos de archivo de la causa penal”; en *Revista de*

Mediación, nº 7, Instituto Motivacional Estratégico (Imotiva) – Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid – Universidad Carlos III, Madrid, mayo de 2011.

VARELA GÓMEZ, B. J.: “Mediación Penal y Violencia de Género”; en *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: más allá de la LO 1/2004* -CASTILLEJO MANZANARES, R.; SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.)-, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

VARONA MARTÍNEZ G.: “Justicia Restaurativa a través de los servicios de Mediación Penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)”; en Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2009. Disponible en www.ehu.eus/es/web/ivac/justicia-restaurativa.

VARONA MARTÍNEZ G.: “Evaluación externa de Mediación Penal reparadora en los Juzgados de Instrucción y de los Penal de Barakaldo (julio-diciembre 2007)”. Disponible en www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/documentos.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores. Especial consideración a la reparación entre el menor infractor y la víctima”; en *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 2, Editorial Astigi, Sevilla, 2002.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: “La reforma del Proceso Penal”; en *Comentarios sobre la reforma procesal*, Fórum, Oviedo, 1992.

VELASCO NÚÑEZ, E.: Conclusiones del Seminario “La Prueba en el Proceso Penal: especial incidencia a la prueba indiciaria”, Madrid, 7-9 de mayo de 2008. Disponible en [http:// es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf](http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf).

VELASCO NÚÑEZ, E.: “Correo electrónico, SMS y virus troyanos”; en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 29, CGPJ, Madrid, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Violencia de Género: “Una aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo”; en *Violencia de Género y Sistema de Justicia Penal* -VILLACAMPA ESTIARTE, C (Coord.)-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La Justicia Restaurativa en los supuestos de Violencia Doméstica (y de Género)”; en *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), número de 9 de diciembre de 2017. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-12.pdf>.

VILLACAMPA ESTIARTE, C: *Política criminal española en materia de Violencia de Género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

VILLAGRASSA ALCAIDE, C y VALL RIUS, A. M.: “La Mediación Familiar: Una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”; en *La Ley*, núm. 5049, 9 de mayo de 2000.

WALKER, L.: *The Battered Woman*. Harper and Row; Nueva York (EUA), 1979.

WEBGRAFÍA

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala>.

http://www.fiscal.es/fiscal/PA_webApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Resumen_Conclusiones_Seminarios_Fiscales_Delegados_VG_.pdf

<http://www.fiscal.es/fiscal/.../2016%CONCLUSIONES%DEFINITIVAS%20XII...pdf>

<http://www.juntoscontralaviolenciadoméstica.com/legislacion/protocolos>.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/protocolo-de-actuacion-sistema-de-seguimiento-por-medios-telematicos-de-las-medidas-y-penas-de-alejamiento-en-materia-de-violencia-de-genero>.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-protocolos-deactuación/Protocolos>.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/III-Congreso-sobre-Violencia-domestica-y-de-Genero-Madrid-21-y-23-de-octubre-de-2009>.

http://www.poderjudicial.es/.../03.2ponencia_peramato_1.0.0.pdf.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones>
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero.pdf>

[http://www.poderjudicial.es/.../Instruccion%2010-2007%20MInterior%20Valoracion%20riesgo_1.0.0%20\(1\).pdf](http://www.poderjudicial.es/.../Instruccion%2010-2007%20MInterior%20Valoracion%20riesgo_1.0.0%20(1).pdf)

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-doméstica-y-de-genero/Actividad-del-observatorio/Premios-y-congresos>.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-doméstica-y-de-genero/Actividad-del-observatorio/Datos-estadisticos/>

http://www.juecesdemocracia.es/.../CODIGO_PROCESAL_PENAL%5B1%5D.pdf

<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf>

<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/temasinteres/violenciaDomestica70.pdf>

http://www.juecesdemocracia.es/asociados/conclusiones/penal/doc/479_09%20CUESTION%20PREJUDICIAL%20TRIBUNAL%JUSTICIA.pdf.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

<http://www.curia.europa.eu/juris/document/document.pdf>

<http://www.justizia.net/mediacion-intrajudicial/document.pdf>

<http://www.violenciadegenero.mssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/protocolosAmbitoAutonomico/sanitario/docs/protocolo-cataluña.pdf>

http://www.violenciadegenero.mssi.gob.es/.../planActuacion/.../Informe_sobre_primer_ano_ejecucion_Plan_Nacional_Sensibilizacion_Preencion_Violencia_Genero_pdf

http://www-violenciadegenero.mssi.gob.es/.../Informe_10A_ley_2016.pdf

http://www.mssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS_pdf/equidad/ProtComActSan2012

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/satelite/Portal/es/servicios-ciudadano/oficinas-asistencia-victimas>

http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesmonograficos/ESTUDIO_MUJERES.ZIP

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

http://www.justicia.gencat.cat/ca/ambits/formacio_recerca_documentacio/recerca/cataleg_d_investigacions/per_ordre_cronologic/2014/avaluacio-del-programa-de-mediacio-penal-adults.pdf

http://www.icab.cat/files/242-39888-DOCUMENTO/Acuerdos_Magistrados_APB.pdf

<http://es.scribd.com/document/109408890/Conclusiones-Grupo-CGPJ.pdf>

<http://ec.europa.eu>

http://www.icag.cat/sites/default/files/adjunts/2012_Conclusiones_seminario_Fiscales_especialistas.pdf

http://www.bizkaia.eus/Gizartekintza/Genero_Indarkeria/blt1/irudiak/seminario_granada.pdf

<http://www.ehu.eus/es/web/ivac/justicia-restaurativa>

<http://www.femp.es/files/566-375-archivo/web%20protocolo%20definitivo.pdf>

<http://www.un.org/es/globalissues/women/violencia.shtml>

<http://www.un.org/ecosoc/en/documents/resolution.2002-12.pdf>

http://www.nodo50.org/mujeresred/v_doc_oficiales.htm

<http://tsghipatiaeditorial.com/index.php/tsg1.pdf>

<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-fiscalia-alerta-escasa-implantación-protocolo-forense-valoración-urgente-riesgo-violencia-machista>.

<http://www.cicac.org>.

<http://wwwub.es/dpenal/dep0107.html#recursos>

<http://criminet.ugr.es/recpc.pdf>

<http://www.westlawinsignis.es>

<http://rae.es/rae/gestores>

<http://www.acpgerontologia.com/documentacion/confidencialidadintervencionsozial.pdf>

[http://www.san.gra.es/.../Intervencion del TSS atencio primaria](http://www.san.gra.es/.../Intervencion_del_TSS_atencio_primaria) .

<http://www.psicode.com/revisiones/DSMIV.pdf>.

[http://www2.mp.magov.br/ampem/artigos/artigos2008/articuloBrasil\(1\).pdf](http://www2.mp.magov.br/ampem/artigos/artigos2008/articuloBrasil(1).pdf).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE DOCTRINA JUDICIAL

1. SENTENCIAS

1.1 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2005, disponible en www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 1996, disponible en www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c.

1.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 116/2010, de 24-11-2010; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Eugeni Gay Montalvo; BOE núm. 312, 24-12-2010.

STC 68/2010, 18-10-2010, Recurso 379/2007; Ponente: Sra. Elisa Pérez Vera; FJ. 5º; BOE núm. 279, 18-11-2010.

STC 60/2010, de 7-10-2010; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Javier Delgado Barrio; BOE núm. 262, 29-8-2010.

STC 41/2010, de 22-7-2010; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas nº 2755/2007 y 7291/2008; Ponente: Sr. Javier Delgado Barrio; FJ. 10º; BOE núm. 192; Suplemento, 9-8-2010.

STC 70/2009, 23-3-2009; Recurso 2826/2004; Ponente: Sra. María Emilia Casas Baamonde; FJ. 2º a 6º; BOE núm. 102, 27-4-2009.

STC 45/2009, 19-2-2009; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; BOE núm. 63, de 14-3-2009.

STC 95/2008, de 24-7-2008; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Manuel Aragón Reyes; FJ. 2º; BOE núm. 200; Suplemento, 19-8-2008

STC 76/2008, 3-7-2008; Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; Ponente: Sr. Eugeni Gay Montalvo, BOE núm.178; Suplemento, 24-7-2008

STC 59/2008, de 14-5-2008; Cuestión de inconstitucionalidad; Ponente: Sr. Pascual Sala Sánchez; BOE núm. 135; Suplemento, 4-6-2008.

STC 347/2006, de 11-12-2006; Ponente: Sr. Roberto García Calvo y Montiel; FJ.4º; BOE núm. 14, 15-1-2007.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STC 284/2006, de 9-10-2006; Recurso 4946/2003; Ponente: Sr. Ramón Rodríguez Arribas; FJ. 3º y 4º; BOE núm. 274, 16-11-2006.

STC 300/2005, de 21-11-2005; Recurso 5402/2003; Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; FJ. 5º; BOE núm. 304; Suplemento, 21-12-2005.

STC 186/2005 de 4-7-2005; Recurso 1508/2003, Ponente: Sra. Elisa Pérez Vera; FJ. 5º; BOE núm. 186; Suplemento, 5-8-2005.

STC 206/2003, de 1-12-2003; Recurso 404/2001; Ponente: Sr. Javier Delgado Barrio; FJ. 2º; BOE núm. 7; Suplemento, 8-1-2004.

STC 146-2003, de 4-7-2003; Recurso 3078/2001; Ponente: Sr. Roberto García Calvo y Montiel; FJ. 6º y 7º; BOE núm. 193; Suplemento, 13-8-2003.

STC 135/2003, de 30-6-2003; Recurso 5110/2001; Ponente: Sra. María Emilia Casas Baamonde; FJ. 2º; BOE núm. 18; Suplemento, 30-7-2003.

STC 38/2003, de 27-2-2003; Recurso 2037/1999; Ponente: Sr. Jorge Rodríguez Zapata Pérez; FJ. 7º; BOE núm. 63; Suplemento, 14-3-2003.

STC 209/2001, de 22-10-2001; Recurso 3140/1999; Ponente: Sra. María Emilia Casas Baamonde, FJ. 4º; BOE núm. 279, 21-11-2001.

STC 202/2000, de 24-7-2000; Recurso 2409/97; Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; FJ. 3º Y 4º; BOE núm. 203, 24-8-2000.

STC 157/1995, 6-11-1995; Recurso 717/1992; Ponente: Sr. Rafael de Mendizábal Allende; FJ.3º. BOE nº 284; Suplemento, 28-11-1995

STC 51/1995, de 23-2-1995; Recurso 2397/92; Ponente Sr. Pedro Cruz Villalón; FJ.2º; BOE núm. 77; Suplemento, 31-3-1995

STC 35/1995, de 6-2-1995; Recurso 3668/1993; Ponente: Sr. Miguel Rodríguez-Piñeiro Bravo-Ferrer; FJ. 3º; BOE núm. 59; Suplemento, 10-3-1995.

STC 79/1994, de 14-3-1994; Recurso 2053/91; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 3º y 4º; BOE núm. 89, 14-4-1994.

STC 57/1994, 28-2-1994; Recursos acumulados 2302/1990 y 1445/1991; Ponente: Sr. Julio Diego González Campos; FJ. 5º y 6º; BOE núm. 71, 24-3-1994.

STC 303/1993, de 25-10-1993; Recurso 1669/1989; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra. FJ. 4º; BOE nº 286, 30-11-1993.

STC 138/1992, 13-10-1991; Recurso 352/1989; Ponente: Sr. Rafael de Mendizábal Allende; FJ. 3º; BOE nº 276, 17-11-1992; Corrección de errores BOE nº 37; Suplemento, 12-2-1993.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STC 80/1991, de 15-4-1991; Recurso 977/1988, Ponente; Sr. Luís López Guerra; FJ. 4º; BOE núm. 115; Suplemento, 14-5-1991.

STC 173/1990, de 12-11-1990; Recurso 949/1988; Ponente: Sr. José Gabaldón López; FJ.3º; BOE núm. 289, 3-12-1990.

STC 217/1989, de 21-12-1989; Recurso 1036/1987; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 5º; BOE núm. 10; Suplemento, 11-1-1990.

STC 137/1988, de 7-7-1988; Recurso 501/1986; Ponente: Sr. Jesús Leguina Villa; FJ. 4º y 5º; BOE núm. 179; Suplemento, 27-7-1988.

STC 174/1985, de 17-12-1985; Recurso 588/1983; Ponente: Sr. Angel Latorre Segura; FJ. 5º y 6º; BOE, núm. 15; Suplemento, 15-1-1986.

STC 2/1981, de 30-1-1981; Recurso 90/1980, Ponente: Sr. Manuel Diez de Velasco Vallejo; FJ. 4 y 5; BOE núm. 47, 24-2-1981.

STC 79/1994, 14-3-1994, Recurso 2053/1991; Ponente: Sr. Vicente Gimeno Sendra; FJ. 4º; BOE núm. 89; Suplemento, 14-4-1994.

1.3 TRIBUNAL SUPREMO

STS 742/2017, de 16-11-2017; Recurso 10259/2017; Ponente: Sr. Andrés Palomo del Arco; Roj: STS 3989/2017; ECLI: ES: ES: TS: 2017: 3989; FJ. 3º.

STS 555/2017, de 13-7-17; Recurso 10057/2017; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 2897/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 2897; FJ. 1º.

STS 511/2017, de 4-7-2017; Recurso 159/2017; ponente. Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 2730/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 2730.

STS 460/2017, de 21-6-2017; Recurso 10683/2016; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 2534/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 2534; FJ. 6º.

STS 305/2017, DE 27-4-2017; Recurso 2227/2016; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 1888/2017; ECLI: ES: TS: 2017: 1888; FJ. 8º.

STS 350/2016, de 26-5-2016; Recurso 2410/2015; Ponente: Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas; Roj: STS 2304/2016; ECLI: ES: TS: 2016: 2304; FJ. 5º.

STS 364/2016, de 27-4-2016; Recurso 1019/2015; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 1809/2016; ECLI: ES: TS: 2016: 1809; FJ.2º.

STS 328/2016, de 20-4-2016; Recurso 10008/2016; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 1672/2016; ECLI: ES: TS: 2016: 1672; FJ. 3º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 79/16, de 10-2-2016; Recurso 627/2015; Ponente: Sr. Cándido Conde-Poumpido Toiron; Roj: STS 362/2016; ECLI: ES: TS: 2016: 362: FJ. 5º.

STS 786/2015, de 4-12-2015; Recurso 10447/2015; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 5362/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 5362.

STS 568/2015, de 30-9-2015; Recurso 10238/2015; Ponente: Sr. Joaquín Delgado Martín; Roj: STS 4122/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 4122.

STS 449/2015, de 14-7-2015; Recurso 10127/2015; Ponente: Sr. Joaquín Giménez García; Roj: STS 3500/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 3500.

STS 232/2015, de 20-4-2015; Recurso 1634/2014; Ponente: Ana María Ferrer García; Roj: STS 1878/2015; ECLI: ES: TS: 2015: 1878: FJ. 2º.

STS 856/2014, de 26-12-2014; Recurso 10569/2014; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5442/2014; ECLI: ES: TS: 2014: 5442; FJ. 3º y 5º.

STS 870/2014, de 18-12-2014; Recurso 1083/2014; Ponente: Sr. Andres Palomo del Arco; Roj: STS 5481/2014; ECLI: ES: TS: 2014: 5481; FJ. 2º.

STS 342/2013, de 17-4-2013; Recurso 1461/2012; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 2222/2013; ECLI: ES: TS: 2013: 2222; FJ. 8º.

STS 1069/2012, de 2-12-2012; Recurso 10664/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 9016/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 9016; FJ. 1º.

STS 925/2012, de 8-11-2012; Recurso 406/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 7931/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 7931; FJ. 2º.

STS 977/2012, de 30-10-2012; Recurso 303/2012; Ponente: Sr. Antonio del Moral García; Roj: STS 8050/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 8050; FJ. 3º.

STS 990/2012, 18-10-2012; Recurso 2343/2011; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 8258/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 8258, FJ. 1º.

STS 463/2012, de 6-6-2012, Recurso 10102/2011; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 3996/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 3996; FJ. 1º.

STS 427/2012, de 31-05-2012; Recurso 2113/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 3749/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 3749; FJ. 3º.

STS 260/2012, de 4-4-2012; Recurso 1053/2011; Ponente: Sr. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez; Roj: STS 2309/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 2309; FJ. 1º.

STS 136/2012, de 6-3-2012; Recurso 11799/2011; Ponente: Sr. Joaquín Giménez García; Roj: STS 1699/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 1699; FJ. 2.4.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 125/2012, de 29-2-2012; Recurso 1237/2011; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj. STS 1611/2012; ECLI: ES: TS: 2012: 1611; FJ. 4º.

STS 1348/2011, de 14-12-2011; Recurso 855/2011; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 9353/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 9353; FJ. 5º.

STS 1301/2011 de 28/11/2011; Recurso 404/2011; Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: 8243/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 8243; FJ. 1º.

STS 1280/2011, de 22/11/2011; Recurso 213/2011; Ponente: Sr. Carlos Granados Pérez; Roj: 8466/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 8466; FJ. Único.

STS 1055/2011, de 18/10/2011; Recurso 10422/2011; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 7376/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 7376; FJ. 1º.

STS 1017/2011, de 6-10-2011; Recurso 10205/2010; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 6599/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 6599; FJ. 8º.

STS 826/2011, de 20-7-2011; Recurso 149/2011; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 5376/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 5376; FJ. 3º.

STS 765/2011, de 19-07-2011; Recurso 10304/2011; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5144/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 5144; FJ. 4ºy 5º.

STS 238/2011, de 21-3-2011; Recurso 2068/2010; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1991/2011; ECLI: ES: TS: 2011: 1991; FJ. 1º.

STS 1182/2010, de 29-12-2010; Recurso 683/2010; Ponente: Sr. Gumersindo Jorge Barreiro; Roj: STS 7695/2010; FJ. 2.

STS 867/2010, de 21/10/2010; Recurso 2791/2009; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5249/2010; ECLI. ES: TS: 2010; 5249; FJ. 1º.

STS 788/2010 de 22-9-2010; Recurso 612/2010; Ponente. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 4966/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 4966; FJ. 2º y 5º.

STS 265/2010, de 19-2-2010; Recurso 1075/2009; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1473/2010; ECLI: ES: TS: 2010: 1473; FJ. 1º.2.

STS 1396/2009, de 17-12-2009; Recurso 776/2009; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 8471/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 8471; FJ. 1º y 2º.

STS 1177/2009, de 24-11-2009; Recurso 629/2009; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 7482/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 7482; FJ. 3º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 1102/2009, de 5-11-2009; Recurso 10319/2009; Ponente. Sr. Francisco Monterde Ferrer, Roj: STS 7019/2009, ECLI: ES: TS: 2009: 7019; FJ. 2º.

STS 1068/2009 de 4-11-2009; Recurso 566/2009; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 6980/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 6980; FJ.: 2.

STS 1139/09, 30-10-2009; Recurso 265/2009; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 7234/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 7234; FJ. 4º.

STS 821/2009, de 26-6-2009; Recurso 2506/2008, Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 4843/2009; ECLI: ES. TS. 2009: 4843; FJ. 3º.

STS 654/2009, de 8-6-2009; Recurso 11003/2008; Ponente. Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 4793/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 4793; FJ: 2º.

STS 480/2009, de 22-5-2009; Recurso 10084/2008; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 3057/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 3057;

STS 510/2009, de 12-5-2009; Recurso 11582/2008; Ponente: Sr. Manuel Marchena Gómez; Roj: STS 3351/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 3351; FJ. 1, a.III.

STS 292/2009, de 26-3-2009; Recurso 11433/2008; Ponente: Sr. Luciano Varela Castro; Roj: STS 1547/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 1547; FJ. 3º.

STS 309/2009, de 17-3-2009; Recurso 11047/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 2162/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 2162; FJ.1º.

STS 129/2009, de 10-2-2009; Recurso 763/2008; Ponente. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS: 629/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 629; FJ. 5º.

STS 79/2009, de 10-2-2009, Recurso 5/2008; Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 603/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 603.

STS 39/2009, 29-1-2009; Recurso 1592/2007; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García. FJ 6º; Roj: STS 421/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 421.

STS 31/2009, de 27-1-2009; Recurso 832/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 135/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 135; FJ. 4º.

STS 577/2008, de 1-12-2008; Recurso 2423/2007; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6534/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 6534; FJ. 3º.

STS 667/2008, de 5-11-2008; Recurso 11102/2007; Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6095/2008, ECLI: ES. TS: 2008: 6095; FJ. 3º.

STS 433/2008, de 3-7-2008; Recurso nº 11246/2007; Ponente: Sr. Luciano Varela Castro; Roj: STS 3837/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 3837. FJ. 2º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 369/2008, de 18-6-2008, Recurso 11163/2007; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 3178/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 3178; FJ. 1º.

STS 50/2008, de 29-1-2008; Recurso 1615/2007; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar; Roj: STS 1003/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 1003; FJ. 3º.

STS 25/2008, de 29-1-2008; Recurso 497/2007; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 669/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 669; FJ. 5º.

STS 1105/2007, de 21-12-2007; Recurso 10593/2007; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6534/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 6534; FJ. 2º.

STS 1007/2007, de 23-11-2007; Recurso 12/2007; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 8304/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 8304; FJ. 6º.

STS 625/2007, de 12-7-2007; Recurso 10015/2007; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 5286/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 5286; FJ. Único.

STS 385/2007, de 10-5-2007; Recurso 2154/2006; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 2751/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 2751; FJ. 3º.

STS 134/2007, de 22-2-2007; Recurso 10712/2006; Ponente: Sr. Joaquín Jiménez García; Roj: STS 1947/2007; ECLI: ES: TS: 2007: 1947; FJ. 1º.

STS 830/2006, de 21-7-2006; Recurso 10101/2006; Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: STS 5938/2006; ECLI: ES: TS: 2006: 5938; FJ. 2º.

STS 770/06, de 13-7-2006; Recurso 1471/2005; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 6182/2006; ECLI: ES: TS: 2006: 6182; FJ. 21º.

STS 96/2006, de 7-2-2006; Recurso 1729/2004; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 314/2006; ECLI: ES: TS: 2006: 314; FJ. 1º.

STS 1606/05, de 27-12-2005; Recurso 2455/2004; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 7671/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 7671.

STS 1309/05, de 11-11-2005; Recurso 1108/2004; Ponente: Sr. Joaquín Giménez García; Roj: STS 6911/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6911; FJ. 2º.

STS 1266/2005, de 24-10-2005; Recurso 1812/2004; Ponente: Sr. Francisco Monterde Ferrer; Roj: STS 6454/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6454; FJ. 1º.

STS 1159/05, de 10-10-2005; Recurso 2295/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 5993/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 5993; FJ. 4º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 1152/05, de 5-10-2005; Recurso 1058/2004; Ponente. Sr. Carlos Granados Pérez; Roj: STS 5877/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 5877; FJ. 1º.

STS 894/2005 de 7-7-2005; Recurso 587/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 4549/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 4549; FJ. 2º.

STS 577/2005, de 4-5-2005. Recurso 2322/2003; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; Roj: STS 2814/2005; ECLI: ES: 2005: 2814; FJ. 6º.

STS 450/2005, de 11-4-2005; Recurso 248/2004; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 2167/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 2167; FJ. 2º.

STS 261/2005, de 28-2-2005; Recurso 227/2004; Ponente: Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Roj: STS 1222/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 1222.

STS 1162/04, de 15-10-2004; Recurso 1178/2003; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 6540/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 6540; FJ. 8º.

STS 590/2004, de 6-5-2004; Recurso 452/72003; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 3079/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 3079; FJ. 1º.

STS 592/04, 3-5-2004; Recurso 1085/2003; Ponente: Sr. Gregorio García Ancos; Roj: STS 2919/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 2919; FJ. 4º.

STS 417/2004, de 29-3-2004; Recurso 118/2003; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 2142/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 2142; FJ. 2º.

STS 323/04, 10-3-2004; Recurso 837/2003; Ponente: Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 1652/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 1652; FJ. 3º.

STS 321/04, 11-3-2004; Recurso 571/2003; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 1669/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 1669; FJ. 6º.

STS 295/2004, de 10-2-2004; Recurso 2784/2002; Ponente: Sr. José Manuel Maza Martín; Roj: STS 826/2004; ECLI: ES: TS: 2004: 826.

STS 1266/2003, de 2-10-2003; Recurso 1542/2002; Ponente: Sr. Miguel colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 5932/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 5932; FJ. 4º.

STS 932/2003, 27-6-2003; Recurso 923/ 2002, Ponente. Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 4537/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 4537; FJ. 2º.

STS 805/2003, de 18-6-2003; Recurso 967/2002; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 4253/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 4253; FJ. 2 y 3.

STS 660/2003 de 5-5-2003; Recurso 2617/2001; Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Roj: STS 3046/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 3064.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 625/2003 de 28-4-2003; Recurso 3418/2001; Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo; Roj: STS 2886/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 2886.

STS 355/2003, de 11-3-2003; Recurso 2576/2001; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 1664/2003; ECLI: ES: TS: 2003: 1664; FJ: 4º.

STS 2030/2002, de 4-12-2002; Recurso 477/2001; Ponente: Sr. Joaquín Jiménez García; Roj: STS 8118/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 8118; FJ. 3º.

STS 1435/2002, de 10-9-2002; Recurso 273/2001; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: STS 5802/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 5802; FJ. 2º.

STS 1406/2002, de 27-7-2002; Recurso 281/2001; Ponente: Sr. Joaquín Martín Canivell; Roj: STS 5740/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 5740; FJ. 2º.

STS 915/02, de 23-5-2002; Recurso 1228/2000; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 3645/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 3645; FJ. 5º.

STS 662/2002, de 18-4-2002; Recurso 1814/2000; Ponente: Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar; Roj: STS 2744/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 2744; FJ.: 4;

STS 687/2002, de 16-04-2002; Recurso 1459/2000; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruíz; Roj: STS 6911/2005; ECLI: ES: TS: 2005: 6911; FJ. 2º;

STS 556/2002 de 20-3-2002; Recurso 2007/2000; Ponente: Sr. José Aparicio Calvo-Rubio; Roj: STS 2013/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 2013.

STS 20/2002, de 22-1-2002; Recurso 677/2000; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj.: STS 290/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 290; FJ. 11º.

STS 2480/2001 de 21-12-2001; Recurso 281/2000; Ponente: Sr. Carlos Granados Pérez; Roj: STS 10178/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 10178.

STS 1464/2001, de 23-7-2001; Recurso 4424/1999; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 6532/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 6532; FJ. 1º.

STS 1356/2001, de 9-7-2001; Recurso 2124/1999; Ponente: Sr. José Ramón Soriano Soriano; Roj: STS 5951/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 5951; FJ. 2º.

STS 662/2001, de 6-4-2001; Recurso 506/2000; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 2890/2001, ECLI: ES: TS: 2001: 2890; FJ. 3º.5.

STS 548/ 2001, de 3-4-2001; Recurso 1006/1999; Ponente: Sr. Eduardo Moner Muñoz; Roj: STS 2761/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 2761, FJ. 1º.

STS 438/2001, de 14-3-2001; Recurso 365/2000; Ponente: Sr. Enrique Abad Fernández; Roj: STS 2056/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 2056; FJ. 11º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 328/01 de 6-3-2001; Recurso 587/2000; Ponente: Sr. Juan Saavedra Ruiz; Roj: STS 1730/2001; ECLI: ES: TS: 2001: 1730; FJ. 3º.

STS 1571/2000, de 17-10-2000; Recurso 854/1999; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 7460/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 7460; FJ. 9º.

STS 1443/2000, de 20-9-2000; Recurso 1158/1999; Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta; Roj: 6582/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 6582; FJ. 3º.

STS 110/2000, de 12-6-2000, Recurso 2085/1998; Ponente: Sr. José Antonio Marañón Chávarri, Roj: STS 4792/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 4792; FJ. 2º.

STS 874/2000, de 24-5-2000; Recurso 4217/1998; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 4203/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 4203; FJ. 1º Y único.

STS 475/2000, de 23-3-2000; Recurso 3369/1998; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 2369/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 2369; FJ. 1º.

STS 404/2000, de 15-3-2000; Recurso 4386/1998; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 2075/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 2075; FJ. 1º.

STS 229/2000, de 19-2-2000; Recurso 1622/1998; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: STS 1246/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 1246; FJ. 3º.

STS 224/2000, de 17-2-2000; Recurso 223/1995; Ponente: Sr. José Jiménez Villarejo; Roj: STS 1170/2000; ECLI: ES: TS: 2000: 1170; FJ. 3º.

STS 1416/2000, de 31-1-2000, Recurso 2886/1998; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 572/2000, ECLI: ES: TS: 2000: 572; FJ. 3º.

STS 1474/1999, de 18-10-1999; nº Rec. 2627/1998; Ponente: D. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 6466/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 6466; FJ.3º.

STS 1427/1999, de 8-10-1999; Recurso 3188/1998; Ponente: Sr. José Augusto Vega Ruiz; Roj: 6215/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 6215; FJ. 7º.

STS 979/1999, de 18-6-1999; Recurso 1449/1998; Ponente: Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 4332/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 4332; FJ. 1º y único.

STS 254/1999, de 23-2-1999; Recurso 682/1998; Ponente: Sr. Roberto García Calvo Montiel; Roj: STS 1216/1999; ECLI: ES: TS: 1999: 1216; FJ. 7º.

STS 1146/1998, de 10-10-1998; Recurso 3673/1997; Ponente: Sr. José Augusto Vega Ruiz; Roj: STS 5778/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 5778; FJ. 4º.

STS 315/1998, de 27-2-1998; Recurso 886/1997; Ponente: Sr. Eduardo Moner Muñoz, Roj: STS 1318/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 1318; FJ. 2º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

STS 190/1998, de 16-2-1998; Recurso 418/1997; Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 1031/1998; ECLI: ES: TS: 1998: 1031; FJ. 4º y 5º.

STS 510/1997, de 14-4-1997; Recurso 347/1996; Ponente: Sr. Joaquín Delgado García; Roj: STS 2552/1997; ECLI: ES: TS: 1997: 2552.

STS 544/1996, de 19-7-1996; Recurso 2083/1995, Ponente. Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; Roj: STS 4514/1996; ECLI: ES: TS: 1996: 4514; FJ. 3º.

STS de 5-5-1995; Recurso 3306/1994; Ponente: Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 2513/1995; ECLI: ES: TS: 1995: 2513; FJ. 1º.

STS 3060/1994, de 30-10-1994; Ponente. Sr. José Antonio Martín Pallín; Roj: STS 18647/1994; ECLI: ES: TS: 1994: 18647; FJ. 2º.3.

STS 2592/1994, de 26-9-94; Ponente: Sr. Enrique Bacigalupo Zapater; Roj: STS 13621/1994; ECLI: ES: TS: 1994: 13621; FJ. 2º.

STS 1686/1994, de 3-6-1994; Ponente: Sr. Luís Román Puerta Luís; Roj: STS 19148/1994; ECLI: ES: TS: 1994: 19148; FJ. 2º.

STS de 18-5-1992; Ponente: Sr. Alfonso Villagómez Rodil; Roj: STS 3955/1992, ECLI: ES: TS: 1992: 3955; FJ. 4.

1.4 AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Palma de Mallorca 162/2017, de 7-3-2017; Recurso 26/2017; Ponente: Sra. Gemma Robles Morato; Roj: SAP IB 306/2017; ECLI: APIB: 2017: 306; FJ. 2º.

SAP Granada 45/2017, de 31-1-2017; Recurso 319/2016; Ponente: Sr. Juan Carlos Cuenca Sánchez; Roj: SAP GR 16/2017; ECLI: ES: APGR: 2017: 16; FJ. 3º.

SAP Jaén 434/2016, de 23-6-2016; Recurso 193/2016; Ponente: Sra. Ana María Manella González; Roj: SAP J 664/2016; ECLI: ES: APJ: 2016: 664; FJ. 2º.

SAP Madrid 119/2016, de 8-3-2016; Recurso 68/2016; Ponente: Sra. María Tardón Olmos; Roj: SAP M 7114/2016; ECLI: ES: APM: 2016: 7114; FJ. 6º.

SAP Barcelona 83/2016, de 1-2-2016; Recurso 371/2015; Ponente: Sra. M^a Josep Feliu Martínez; Roj: SAP B 1497/2016; ECLI: ES: AP B: 2016: 1497.

SAP Barcelona 97/2016; de 25-1-2016; Recurso 433/2015; Ponente: Sra. María de la Concepción Sotorra Campodarve; Roj: SAP B 1413/2016; ECLI: ES: AP B: 2016: 1413; FJ. 2º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

SAP Madrid 702/2015, de 24.11.2015; Recurso 1899/2015; Ponente: Sr. Joaquin Delgado Martín; Roj: SAP M 16072/2015; ECLI: ES: APM: 2015: 16072; FJ. 1º.

SAP Barcelona 435/2015, de 10-6-2015, Recurso 52/2015; Ponente: Sra. Mª Jesús Manzano Meseguer; Roj: SAPB 6492/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 6492.

SAP Barcelona 380/2015, de 27-5-2015; Recurso 167/2015; Ponente: Sra. María Célia Conde Palomares; Roj: SAP B 6448/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 6448; FJ. 1º.

SAP Barcelona 158/2015, de 20-4-2015; Recurso 65/2015; Ponente: Sr. Joan Francesc Uría Martínez; Roj: SAP B 3309/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 3309; FJ. 2º.

SAP Barcelona 308/15, de 15-4-2015; Recurso 5/2014; Ponente: Sr. José Emilio Pirla Gómez; Roj: SAP B 5174/2015; ECLI: ES: APB: 2014: 5174; FJ. 2º.

SAP Barcelona 213/2015, de 25-3-2015, Recurso 24/15; Ponente: Sra. María Del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAP B 3183/2015; FJ. 3º.

SAP Barcelona 171/2015, de 10-3-2015; Recurso 35/2015; Ponente: Sra. Mª del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAP B 2671/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 2671; FJ. 1º.

SAP Barcelona 206/2015, de 21-2-2015; Recurso 445/2006; Ponente: Sr. Fernando Pérez Maiquez; Roj: SAP B 1034/2007; ECLI: ES: APB: 2007: 1034; FJ. 3º.

SAP Barcelona 64/2015, de 23-1-2015; Recurso 3/2014; Ponente: Sr. Manuel Alvarez Rivero; Roj: SAP B 5095/2015; ECLI: ES: APB: 2015: 5095; FJ. 3º.

SAP Barcelona 1078/2014, de 28-10-2014; Recurso 289/2014; Ponente: Sra. María del Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAP B 12675/2014; ECLI: ES: APB: 2014: 12675; FJ. 2º.

SAP Barcelona 953/2014, de 9-10-2014; Recurso 108/2014; Ponente: Sr. José Emilio Pirla Gómez; Roj: SAP B 11424/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 11424; FJ. 3º.

SAP Tarragona 106/2014, de 20-3-2014; Recurso 18/2014; Ponente: Sr. Jorge Mora Amante; Roj: SAP T 576/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 576; FJ. 1º.

SAP Tarragona 28/2014, de 3-2-2014; Recurso 1113/2013; Ponente: Sr. Javier Hernández García; Roj: SAP T 370/2014; ECLI: ES: APT: 2014: 370; FJ. 1º.

SAP Santander 128/2013, de 27-3-2013; Recurso 167/2013; Ponente: Sra. Paz Aldecoa Álvarez-Santullano; Roj: SAP S 1219/2013; ECLI: ES: AP S: 2013: 1219; FJ: 4º

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

SAP Barcelona 1018/2012 de 11-12-2012; Recurso 473/2010; Ponente: Sra. Elena Iturmendi Ortega; Roj: SAP B 1537/2012; ECLI: ES: APB: 2015: 1537; FJ. 2º.

SAP Tarragona 320/2011 de 30-6-2011, Recurso 540/2011; Ponente: Javier Hernández García; Roj: SAP T 991/2011; ECLI: ES: APT: 2011: 991; FJ. 1º.6.

SAP Madrid 515/2010, de 25-3-2010; Recurso 177/2010; Ponente: Sra. Lourdes Casado López; Roj: SAP M 4683/2010; ECLI: ES: APM: 2010: 4683; FJ. 3º.

SAP Vizcaya 27/2010, 24-2-2010; Recurso 75/2009; Ponente: Sra. Miren Nekane San Miguel Bergareche; Roj: SAP BI 314/2010; ECLI: ES: APBI: 2010: 314; FJ.3º.

SAP Barcelona 1000/2008, de 17-9-2008; Recurso 92/2008; Ponente: Sr. Sergi Cardenal Montaveta; Roj: SAP B 9112/2008; ECLI: ES: TS: 2008: 9112; FJ. 3º.

SAP Tarragona 283/2008, de 18-7-2008; Recurso 18/2007; Ponente: Sr. Benito Pérez Bello; Roj: SAP T 1744/2008; ECLI: ES: APT: 2008: 1744; FJ. 2º.

SAP Burgos 293/2007, de 11-12-2007; Recurso 253/2007; Ponente: Sr. Roger Redondo Argüelles; Roj: SAP BU 1004/2007; ECLI: ES: AP BU: 2007: 1004; FJ. 3º.

SAP Barcelona 855/2007, de 26-9-2007; Recurso 52/2007; Ponente: Sra. M^a Carmen Zabalegui Muñoz; Roj: SAP B 11164/2007; ECLI: ES: APB: 3007: 11164; FJ. 2º.

SAP Bilbao 299/2007, de 26-4-2007; Recurso 195/2007; Ponente: Sr. Ángel Gil Hernández; Roj: S AP BI 951/2007; ECLI: ES: AP BI: 2007: 951; FJ. 4º.

SAP Barcelona 363/2007, de 28-3-2007; Recurso 735/2006; Ponente: Sr. Fernando Pérez Márquez; Roj: SAP B 3667/2007; ECLI: ES: AP B: 2007: 3667; FJ. 3º.

SAP Barcelona 243/2007, de 6-3-2007; Recurso 720/2006; Ponente: Sr. Francisco Orti Ponte; Roj: SAP B 1040/2007; ECLI: ES: AP B: 2007: 1040.

SAP Castellón 380/2006, de 6-10-2006; Recurso 163/2006; Ponente: Sr. José Luís Antón Blanco; Roj: SAP CS 943/2006; ECLI: ES: AP CS: 2006: 943; FJ. 2º y 3º.

SAP Segovia 25/2006, de 22-5-2006; Recurso 27/2006; Ponente: Sr. Andrés Palomo del Arco; Roj: SAP SG 267/2006; ECLI: ES: APSG: 2006: 267; FJ. 2º y 4º.

SAP Cáceres 86/2006, de 9-2-2006; Recurso 213/2006; Ponente: Sr. Valentín Pérez Aparicio; Roj: SAP C 444/2006; ECLI: ES: SAPCC:2006: 444; FJ. 2º.

LA PRUEBA DEL DELITO DE MALTRATO OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL: NUEVAS PERSPECTIVAS

SAP Tarragona 880/2005, de 17-10-2005; Recurso 901/2005; Ponente: Sr. Javier Hernández García; Roj: SAP T 1141/2005; ECLI: ES: AP T: 2005: 1141; FJ. 1º.

SAP Madrid 224/2005, de 12-5-2005; Recurso 187/2005; Ponente: Sra. Susana Polo García; Roj: SAP M 5473/2005; ECLI: ES: AP M: 2005: 5473; FJ. 1º.

SAP Madrid 157/2005, de 8-4-2005; Recurso 432/2004; Ponente. Sr. Francisco Javier Vieira Morante; Roj: SAP M 3895/2005; ECLI: ES: APM: 2005:3895; FJ. 2º.

SAP Valencia 18/2005, de 19-1-2005; Recurso 1298/2004; Ponente: Sra. María Isabel Sifres Solanes; Roj: SAP V 198/2005; ECLI: ES: AP V: 2005: 198; FJ. 1º.

SAP Barcelona de 6-2-2002; Recurso 645/2001; Ponente: Sr. Francisco Orti Ponte; Roj: SAP B 1379/2002; ECLI: ES: APB: 2002: 1379; FJ. 2º.

SAP Las Palmas 11/2002, de 25-1-2002; Recurso 9/2001; Ponente: Sr. Nicolás Martí Sánchez; Roj: STS SAP GC 165/2002; ECLI: ES: TS: 2002: 165; FJ. 5º.

SAP Córdoba 62/2001, de 25-9-2001; Recurso 138/2001; Ponente: Sr. Felipe Luís Moreno Gómez; Roj: SAP CO 1149/2001; ECLI. ES: AP CO: 2001: 1149; FJ. 1º.

SAP Santa Cruz de Tenerife 464/1999, de 23-4-1999; Recurso 76/1999; Ponente: Sr. Rubén Cabrera Garate; Roj: SAP TF 983/1999; ECLI: ES: AP TF: 1999: 983; FJ. 2º.

1.5 JUZGADOS DE LO PENAL

SJP 1 Barcelona, de 1-10-2012; PA 138/2012; Ponente: Sra. María Calvo López.

SJP 1 Alicante 193/2012, de 22-5-2012; PA 236/2012; Ponente: Sr. Joaquín María Coromina Casas.

SJP 3 Madrid 2/2011, de 8-9-2011; PA 1/11; Ponente: Sr. Justo Rodríguez Castro.

SJP 2 Santander 219/2009, de 20-4-2009; Ponente: Sr. José Hoya Coromina; Roj: SJP 3/2009; ECLI: ES: JP: 2009:3

SJP 3 Jaén 214/07, de 21-5-2007; PA 74/07, disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Normativa-y-jurisprudencia/Sentencias/Materia-penal/Modelo-de-sentencia-de-mediacion-en-violencia-domestica.

SJP 3 Sabadell 157/04, de 11-5-2004; PA 151/2004; Ponente: Sr. José M^a Torras Coll. FJ. 1º.

2. AUTOS

2.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto del Pleno del Tribunal Constitucional nº 233/2004, de 7 de junio; Cuestión de Inconstitucionalidad 458/2004; Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas; EDJ 2004/115623,

2.2 TRIBUNAL SUPREMO

Auto TS de 3-7-2013; Recurso 20663/2012; Ponente. Sr. Antonio del Moral García; Roj: ATS 7790/2013; ECLI: ES: TS: 2013: 7790 A; FJ 4º y 5º.

Auto TS 240/2009, de 29-1-2009; Recurso 716/2008; Ponente: Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Roj: ATS 1153/2009; ECLI: ES: TS: 2009: 1153 A; FJ: 1º.

2.3 AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto AP Madrid 1824/2008, de 16-5-2008; Recurso 878/2008; Ponente: Sra. M^a Paz Redondo Gil; Roj: A AP M 6428/2008; ECLI: ES: APM: 2008: 6428 A; FJ. 1º.

Auto AP Tarragona, de 15-9-2009. Disponible en www.iuecesdemocracia.es/asociados/comisiones/penal/doc/479_09%20CUESTION%20PREJUDICIAL%20TRIBUNAL%20JUSTICIA.pdf.