



**CONCLUSIONES DEL XV SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN
VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2019.
CIUDAD REAL (7 Y 8 DE OCTUBRE DE 2019)**

ÍNDICE:

<u>I.- INTRODUCCIÓN</u>	2
<u>II.- “ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS DICTADA EN ÚLTIMO AÑO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO”.-</u>	3
<u>III.- QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O MEDIDA CAUTELAR.-</u>	10
<u>IV.-VALORACIÓN DEL RIESGO.-</u>	14
<u>V.-COORDINACION INSTITUCIONAL.-</u>	16
<u>VI.-ANALISIS NORMATIVA RELATIVA A VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES: MAYORES, EXTRANJERAS, PERSONAS NECESITADAS DE ESTACIAL PROTECCIÓN.-</u>	17
<u>VII.- ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA VICARIAL E INSTRUMENTAL.-</u>	22
<u>VIII.- A VUELTAS CON EL ACOSO Y LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA.-</u>	30
<u>VIII.1.-VIOLENCIA PSICOLÓGICA.-</u>	30
<u>VIII.2.- EL DELITO DE ACOSO.-</u>	35
<u>IX.- EL PAPEL DEL FISCAL AUTONÓMICO y EPÍLOGO DE LAS JORNADAS.-</u>	38
X.- CONCLUSIONES.....	40



CONTENIDO:

I.- INTRODUCCIÓN

Los días 8 y 9 de octubre de 2019, se celebró en Ciudad Real el Décimo Quinto Seminario de Fiscales Delegadas/os de Violencia sobre la Mujer, bajo la dirección de la Excm. Fiscal de Sala Delegada.

Como en anteriores ocasiones, el objeto de este encuentro fue la puesta en común de los principales problemas con los que las/os Fiscales nos enfrentamos en estos últimos doce meses, cuestiones que hayan planteado mayor discrepancia, novedades jurisprudenciales y otros temas de interés.

El formato seguido, como ya va siendo habitual en estas jornadas, fue presentar el tema seleccionado de una forma breve a través de micro ponencias expuestas en una mesa formada por varias personas, que sirva de introducción a un debate sobre el mismo, sistema que consigue unas jornadas más dinámicas y participativas, a la vez que, al ser la mayoría de los ponentes Fiscales Delegados o de Enlace, se permite ampliar el número de participantes abriendo las mismas si no a todos, si a algunos de los/as fiscales de enlace que ejercen en las Fiscalías de área, posibilidad que, además de solicitada insistentemente por ellos, era reclamada por la Fiscalía de Sala como forma de hacer más amplio y efectivo el principio de especialización de los fiscales encargados de la materia de violencia de género. La implicación, participación y compromiso de los Fiscales de enlace enriqueció el contenido y desarrollo de las sesiones.

Las jornadas fueron inauguradas por la Excm. Fiscal General del Estado, el Excmo. Presidente de la Diputación Provincial de Ciudad Real y la Excm. Alcadesa, quien amablemente cedió las instalaciones de la biblioteca cervantina para la realización de las Jornadas. Asistieron al acto inaugural el Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Castilla La Mancha y el Ilmo. Fiscal Jefe de Ciudad Real, así como la Ilma. Presidenta de la AP.

Tras el acto inaugural se pasó al inicio de las jornadas, interviniendo la Fiscal de Sala que fue resumiendo y explicando el programa y la razón del contenido que se iba a abordar en cada mesa, recordando la necesidad del debate crítico de nuestra actuación, ante la realidad del incremento de la violencia sobre la mujer que lejos de cesar va en aumento, porque sólo si se profundiza en el trabajo que se realiza, será posible avanzar en la protección de la víctima a la que, por otra parte, a través de campañas y mensajes institucionales se está promoviendo e impulsando para que formule denuncia.

Habida cuenta que, a lo largo de este año y como consecuencia de la ejecución del Pacto de Estado para la violencia de género aprobado en 2017, hemos participado o intervenido en muchos cursos de formación en materia de violencia



y/o perspectiva de género, en estas jornadas se ha dejado en un segundo plano el aspecto magistral con la pretensión de provocar el debate sobre cuestiones de la práctica forense diaria para mejorar la actuación del MF y para unificar criterios.

Muchos de los temas son recurrentes conscientes de que son y siguen siendo los puntos esenciales sobre los que gravita la respuesta judicial adecuada a la VG, como la valoración del riesgo, base de las medidas de protección de la víctima y sus hijos, los menores y la forma de atenderles y oírles sin revictimizar, la modalidad más terrible de la VG, la violencia vicarial con los tremendos e irreparables daños morales para sus parejas o ex parejas, la normativa internacional que nos obliga y señala los derechos de las víctimas, especialmente de las más vulnerables.

Por otra parte, se debatirá sobre la aún invisible Violencia Psicológica, y si la investigación que se desarrolla es adecuada para conseguir la información suficiente para fundar la acusación y si se recaba el apoyo de las Unidades periciales, solicitando sus informes. La necesaria coordinación y el papel del Fiscal Autonómico, es un tema novedoso que desde la Unidad se desea impulsar para visibilizar la labor de la Fiscalía especializada en esa Comunidad, a través de las delicadas relaciones con los medios de comunicación cuando fuera necesario, ejerciendo la coordinación con los Fiscales Delegados de cada una de las provincias que integran la comunidad, así como un papel de interlocutor ante los organismos y responsables de cada Comunidad Autónoma, dentro siempre del ámbito de delegación de funciones del Fiscal Superior de la respectiva Comunidad.

El estudio de la jurisprudencia dictada a lo largo del presente año por el TS en materia de violencia de género, se considera de gran importancia en la medida que aunque no es fuente del Derecho, el Art. 1.6º CC le otorga un papel de complemento del ordenamiento jurídico esencial, y va estableciendo criterios claros desde la perspectiva de género a diversas cuestiones muy discutidas en los diversos órganos judiciales. Detrás de una buena sentencia hay un buen dictamen o argumentación del MF, podemos y debemos ser promotores e impulsores de los cambios jurisprudenciales pues conocemos esa realidad desde que comienza el procedimiento hasta la conclusión.

El formato de trabajo fue, como en años anteriores, diferentes mesas de trabajo compuestas por varios fiscales que hacen el planteamiento del tema elegido y proporcionaban material y reflexiones prácticas sobre el mismo que para que fueran debatidas entre los asistentes.

II.- “ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS DICTADA EN ÚLTIMO AÑO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO”.-

La primera mesa redonda estuvo dirigida a realizar un análisis de la jurisprudencia dictada a lo largo de este año por el TS., en materia de VG, conscientes de que está dando auténticos pasos de gigante para unificar criterios



en estos tipos delictivos antes vedados a la vía casacional, provocando el análisis de los hechos desde un enfoque de género que permite contextualizar mejor la realidad concreta de violencia a la que se aplica la norma y, en definitiva conseguir una sentencia más justa. Perspectiva que también ha aplicado a la función de valoración del testimonio de la víctima, profundizando en la situación en que se encuentra y desde ese conocimiento valorar su testimonio.

La jurisprudencia desarrolla un papel indiscutible en el desarrollo del ordenamiento jurídico y su adaptación a la realidad del momento en que se aplica. Frente a la generalidad y neutralidad de la norma, la jurisprudencia permite interpretar y aplicar la misma, para conseguir una justicia real, visibilizando aquellas situaciones de discriminación tan normalizadas en la sociedad. El MF como defensor de la legalidad y de la satisfacción del interés social ante los Tribunales, puede y debe ser impulsor y promotor de cambios jurisprudenciales que permitan una justicia más igualitaria pues conocemos esa cruel y discriminatoria realidad que se esconde detrás de cada víctima y el duro camino que deben transitar a lo largo del procedimiento.

En esta línea se desarrolló la primera mesa que estuvo integrada por los/as Fiscales Delegados/as de Ciudad Real, Guadalajara y Albacete.

A).- Se analizó en primer lugar la línea jurisprudencial seguida en materia de **valoración del testimonio de la víctima**, especialmente en el aspecto de credibilidad. El TS añade otros indicadores a los ya establecidos a tener en cuenta, señalando que la persistencia, precisión y objetividad de un testigo ajeno al suceso no tiene nada que ver con el discurso de una víctima, especialmente cuando se refieren a ataques contra su vida, integridad o libertad sexual, llegando a señalar la conveniencia de que la LEcrim, hubiera diferenciado procesalmente entre testigo y víctima. Afirma que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, no debe conllevar que se dude de su veracidad. Es sumamente importante tenerlo en cuenta en orden a valorar la ausencia de incredibilidad subjetiva de declaraciones de víctimas que han sido victimizadas de forma reiterada por sus agresores, como suele ocurrir en muchos supuestos de violencia de género, en los que se alega a menudo por las defensas en el plenario que debe dudarse de su testimonio por existir resentimiento en sus declaraciones y una animadversión que motiva el contenido de estas declaraciones, porque, razona el alto tribunal, de ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en muchos supuestos en los que se han producido hechos graves.

Añade que tampoco las contradicciones o diferencias entre la declaración realizada en fase policial o sumarial afecta a su persistencia, siendo en este aspecto importante distinguir entre contradicciones o meras imprecisiones. Indica que con frecuencia, las primeras declaraciones son pobres en detalles por el miedo atroz que siente la víctima hacia el agresor y por ello no son iguales a las declaraciones que presta más tarde, cuando ya se siente protegida y en el



juicio llega a exponer con rotundidad y concreción la situación que allí vivió en ese periodo de tiempo. La tardanza en denunciar es una reacción habitual en las víctimas de violencia de género, por diversas razones, por lo que ello no puede llevar a cuestionar su credibilidad. Apunta que a veces estas víctimas se sienten estigmatizadas por denunciar y a veces hasta culpables. Todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo, doctrina expuesta entre otras, en las SSTS 119/19 de 6 de marzo, 349/19 de 4 de julio, , STS 254/19 de 9 de mayo, STS 271/19 de 29 de mayo, la STS 291/19 de 22 de mayo. En este sentido, resulta de interés La STS 119/19 de 20 de febrero. Se trata de un supuesto en que se rebajó el tipo del Art. 153 al Art. 147.3 CP, postura que el TS rechaza con rotundidad pues, “ *En el contexto de la relación de pareja no puede producirse una atenuación de la penalidad por el consumo de alcohol, utilizándolo el autor de maltrato físico o psíquico como si se tratara de un subtipo atenuado, o rebajarlo a la consideración de falta. Lo que permite el texto penal es, por un lado, aplicar la atenuante de embriaguez en estos casos, pero no rebajarlo a delito leve. Y, por otro lado, cuando se considere que el hecho de la agresión es “de menor entidad atendidas las circunstancias del caso es aplicar el art. 153.4 CP”*. Esta sentencia, continúa la línea marcada por la STS 677/18 de 20 de diciembre relativa a un supuesto de agresión mutua en la pareja donde igualmente y a respuesta de un recurso del MF, se señaló que no cabe degradar el tipo del Art. 153 al Art. 147.3 porque se neutralizaría la esencia y la sanción que el legislador ha querido establecer para la VG., poniendo fin a la discrepancia entre los órganos judiciales a la hora de abordar estos supuestos de agresiones mutuas en el ámbito de la pareja o ex pareja.

B).- A continuación se pasó a analizar la doctrina sentada por el TS al analizar los elementos del delito de **quebrantamiento de condena** o medida cautelar de alejamiento. Tras recordar que el año anterior se fijó el criterio de que la distancia establecida se determina/mide en línea recta salvo que la resolución judicial, que acuerda la medida o la pena hubiera establecido otro criterio, considerándolo el modo más objetivo y que mejor responde al fin protector de la víctima al que sirve, se recordó que el Alto Tribunal ha señalado que no es lo mismo móvil y dolo que se integra en este tipo delictivo con el mero conocimiento de la prohibición que pesa sobre el autor, siendo el móvil indiferente salvo en casos especiales, reiterando que el consentimiento de la víctima es irrelevante y que lo importante es el incumplimiento de una orden establecida para proteger a la víctima.



En una de ellas, STS 41/2019, de 1 de febrero, en respuesta al recurso planteado por el acusado que absuelto por el JP, es condenado por la AP en base a un recurso formulado por el MF. Argumentaba que no ha sido puesto de manifiesto un intento de aproximación personal por parte del acusado a la perjudicada, no consta el elemento subjetivo, cual es la voluntad de aproximarse y de quebrantar la resolución judicial y el principio de autoridad que ella representa. El TS concluye que *“ En cuanto al elemento subjetivo del tipo aparece nítidamente afirmado en el mismo relato de lo probado: el recurrente sabía de la prohibición y de que ese acercamiento a menos de 1000 metros del domicilio de la denunciante implicaba situarse dentro del espacio que le había sido vetado .Es irrelevante que, además, la persona física de la denunciante se encontrara simultáneamente en el mismo y, menos exigible aún es un supuesto dolo reduplicado de la voluntad de desprestigiar el mandato recibido al respecto.*

La STS 748/2018 de 14 de febrero de 2019, vuelve a plantearse el valor del consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento de condena. Se trataba de un supuesto en que se aplicó el error vencible sobre la ilicitud del hecho condenándole a 45 días de TBC, condena que fue dejada sin efecto por la AP. El TS recuerda que el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad del artículo 468.2 CP. La sentencia recurrida no centró la base del error que apreció en el consentimiento de la mujer orientado a que la medida de alejamiento quedara sin efecto, sino que, además de constatado éste, tomo en consideración que ambos dos, el acusado y ella, acudieron al Juzgado a fin de obtener conocimiento sobre la manera en que conseguir el cese de la medida, y que actuaron en la creencia añadida con arreglo a la información recibida, de que la letrada había solicitado ya dicho cese, por lo que su decisión estuvo vinculada a las concretas circunstancias del caso. Sin embargo concluye, no se trata de un error vencible de prohibición sino de error de tipo, por lo que el efecto en este caso lleva a mantener la absolucón ya que el delito del Art. 468.2 CP no tiene prevista modalidad imprudente.

C).- Otro de los aspectos analizados fueron las diversas sentencias dictadas por el TS a lo largo del año que **incluyen la perspectiva de género** como elemento a la hora de perfilar y aplicar determinadas agravantes como la de alevosía, parentesco, y la de cometer el hecho por razones de género, su fundamento, ámbito de aplicación y posible compatibilidad. Algunas de estas recientes sentencias, como la STS 247/18, han sido dictadas como consecuencia de recursos interpuestos por el MF, cuyos criterios han sido asumidos y han supuesto un importante avance.



La STS 707/18 de 15 de enero de 2019, analiza un recurso formulado contra una SAP que condenó por Asesinato con alevosía, (estaba dormida la víctima) y ensañamiento, (más 50 puñaladas), con agravantes de parentesco y razones de género al no aceptar la ruptura. El TSJ estima parcialmente el recurso considerando que no concurre la agravante de género y si la de reparación del daño. El TS revoca la condena anterior y considera que concurre la agravante de género en la medida que existe base fáctica suficiente ya que se afirma que *“las acciones llevadas a cabo por el encausado están dentro de una relación de dominación. Tales acciones tienen su origen inmediato en la decisión de la víctima de solicitar el divorcio. Durante el matrimonio el encausado había impuesto sus condiciones, en el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejándola y aislándola paulatinamente de su familia y su entorno”*. Añade, sin que a ello sea óbice que la consecuencia sea agravatoria para el acusado, pues no nos pronunciamos ni atendemos a elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición y alcance jurídico con carácter general de la agravante analizada; los aspectos que hemos analizado son de carácter estricta y puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en la resolución recurrida, hayan sido modificados de manera alguna, ni tampoco contradice la argumentación desplegada, cuestión factual alguna vertida en las fundamentaciones; Abstracción hecha de la vagamente cuestionada, *relación de dominación* por el Tribunal Superior, pues incluso prescindiendo de dicha circunstancia y atendiendo únicamente al admitido origen inmediato del ataque mortal, *“la decisión de la víctima de impedir la separación, con los efectos personales y patrimoniales que pensó iban a producirse”* conlleva la subsunción adoptada.

Varias sentencias a lo largo de este año han vuelto a pronunciarse sobre la agravante de género:

La STS 99/19 de 26 de febrero, en un supuesto de malos tratos y agresión sexual a su ex pareja acompañada de frases insultantes, golpes y manifestaciones verbales de que ella haría lo que él quisiera, señala que es evidente que tal escenario y comportamiento implican objetivamente una situación de machismo, origen de discriminación fruto de la cual son los hechos atribuidos al acusado, relación y asimétrico estatuto que sin duda les constaba y que resultaron funcionales para el objetivo delictivo de agredir a la víctima con menoscabo de su libertad sexual. Recuerda la doctrina jurisprudencial relativa a que el contexto de dominación «no consiste en una determinada voluntad o



intención del sujeto activo del delito». «Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada». «No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer». Sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172-2 y 148.4 del Código Penal nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima, Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.

Por su parte, la STS 351/ 2019 de 9 de julio, que reproduce el concepto de género del Convenio de Estambul y recuerda que como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia.» También reitera que esa Sala ha dicho (Cfr. STS 217/19; y STC 59/2008, de 14 de mayo) que la principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o subordinación femenina. En el fondo la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.

La perspectiva de género ha sido aplicada por el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en materias relativas a la violencia contra las mujeres, incluida la trata con fines de explotación sexual y los derechos sexuales y reproductivos. Realizó el análisis de la misma con gran amplitud la Fiscal Delegada de Teruel que recalcó el criterio del Tribunal Europeo señalando que la violencia contra las mujeres se caracteriza porque las víctimas son mujeres y los agresores son varones, y porque la violencia se ejerce contra la mujer por el hecho de ser mujer, y está relacionada con los estereotipos establecidos históricamente para cada uno de los géneros, que asignan un papel dominante a los varones y un papel subordinado a las mujeres.



-En sentencia de 31 de mayo de 2007, en el caso Kontrova contra Eslovaquia, en la que las pretensiones de la demandante estaban relacionadas con los malos tratos sufridos por ella, con la muerte de sus dos hijos a manos de su marido y con la falta de un recurso efectivo para ver compensado el daño moral que le causaron esas muertes, el Tribunal utilizó la doctrina de las obligaciones positivas del Estado en la protección del derecho a la vida, al afirmar que en determinadas circunstancias, estas obligaciones incluyen el deber de las autoridades estatales de adoptar las medidas preventivas adecuadas y efectivas para proteger la vida de las personas que se encontraban en una situación conocida de riesgo.

-En el caso Bevacqua contra Bulgaria, en sentencia de 12 de junio de 2008 el TEDH tomó en consideración algunos instrumentos internacionales contra la violencia de género, y sobre todo abrió una nueva línea argumental que podría ser aplicada, entre otros casos, a las mujeres que sufren violencia por parte de sus parejas o ex parejas, al identificarlas como grupos vulnerables a los que es preciso proteger.

-En la sentencia de 9 de junio de 2009, en el caso Opuz contra Turquía en el que la demandante era una mujer que había sido víctima de malos tratos por parte de su marido, quien había asesinado a la madre de su esposa, el TEDH declaró vulnerado el art. 14 de la CEDH al reconocer que la violencia sufrida por la demandante estaba basada en motivos de género, lo que equivale a una forma de discriminación contra las mujeres. Se tuvo en cuenta el elevado número de casos de violencia contra las mujeres en Turquía, la pasividad del sistema judicial y la impunidad de la que gozaban los agresores.

-En la sentencia de 28 de mayo de 2015, caso Y contra Eslovenia, en el que se examina una denuncia penal de una mujer contra un amigo de su familia a quien acusa de haberla agredido sexualmente cuando ella era menor de edad, alegando que el proceso judicial había sido excesivamente largo y traumático para ella, el Tribunal alerta sobre la actuación de las autoridades policiales y judiciales en casos de violencia contra las mujeres, recordando que en muchas ocasiones no se tiene en cuenta la necesidad de especial protección de la mujer que ha sido víctima de estos hechos, y apreció vulneración por la excesiva duración del proceso y porque las autoridades nacionales permitieron numerosos interrogatorios a la víctima, diversas exploraciones y un interrogatorio intimidatorio y humillante con comentarios ofensivos.

-En parecidos términos, en sentencia de 18 de octubre de 2016, en el caso G.U. contra Turquía, en el que hubo una sentencia absolutoria interna contra el padrastro de la víctima por agresión sexual, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de afirmar que si bien el motivo de la absolución de la impotencia del agresor no debía haber descartado los abusos sexuales, estimó que en el proceso penal interno debió tenerse en cuenta la peculiar situación de vulnerabilidad de la víctima, también menor, la cual no recibió apoyo psicológico,



sus declaraciones ante la policía se realizaron ante agentes masculinos, y se denegó su solicitud de que su declaración no fuera realizada en sesión pública.

III.- QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O MEDIDA CAUTELAR.-

III. A) CUESTIONES DE DERECHO SUSUTANTIVO

Otro año más, ha sido necesario profundizar en esta figura delictiva que plantea diversos problemas, tanto sustantivos como procesales.

El abordaje de los aspectos sustantivos de este delito estuvo a cargo de la Fiscal Delegada de Salamanca quien comenzó analizando *el elemento normativo* del art. 468.2 CP y se discutió si es posible la imputación del delito de quebrantamiento cuando lo que se quebranta son las medidas civiles acordadas vía art. 544 ter.7, 544 quinquies, art. 65 y 66 de la LO1/2004 y el art. 158 CC. El delito de quebrantamiento en su redacción no distingue y refiere medidas cautelares en general; sin embargo, el art. 468 solo se aplicará al incumplimiento de medidas de naturaleza penal. El impago de los alimentos, o incumplimiento de las visitas o demás derechos asistenciales inherentes a la patria potestad, tutela... y los supuestos de abandono serán investigados como delitos previstos en los arts. 226 y ss del CP. Todo ello sin perjuicio de la investigación de un delito de desobediencia si concurren los elementos del tipo penal.

Cuando lo que se quebranta es la penal principal, es decir, TBC o prisión, es de aplicación el punto primero del art. 468 del CP y no el segundo.

Asimismo, si con una misma acción se quebrantan simultáneamente varias prohibiciones impuestas en la misma o distintas resoluciones solo se comete un único delito de quebrantamiento, como ya estableció la STS 1348/2011 de 14 de diciembre :)*“concorre en el acusado un dolo unitario de hacer caso omiso de la obligación de no acercarse a la mujer ni de comunicarse con ella, aunque esas medidas hubieran sido adoptadas en dos resoluciones judiciales distintas”*.

Un punto muy debatido del delito de quebrantamiento, el elemento subjetivo, se ha clarificado definitivamente con la STS del Pleno 644/2018, de 17 de diciembre de 2018. Se define como un dolo genérico, basta con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena por el acusado. No se requiere la acreditación de ningún móvil o intención por la que el investigado invade las zonas de exclusión o se comunica con la víctima, ni una puesta en peligro potencial de ésta. El móvil no tiene un efecto destipificador sin perjuicio del efecto que produzca a través de las circunstancias modificativas que puedan operar.

El delito se produce, aunque la víctima no esté en su domicilio o no responda la llamada recibida donde se identifica al inculpado o no lee el whatsapp enviado. *“Es irrelevante que, además, la persona física de la denunciante se encontrara*



simultáneamente en el mismo y, menos exigible aún es un supuesto dolo reduplicado de la voluntad de despreciar el mandato recibido al respecto” (STS 41/2019, de 1 de febrero). De ahí la importancia que en la causa consten los documentos que se indican en la Guía de actuación de la Fiscal de Sala, dirigidos a acreditar la vigencia de las prohibiciones y el conocimiento de éstas por el investigado.

Aunque el delito de quebrantamiento se considera un *delito especial propio*, no impide la participación de terceras personas en el mismo a través de las figuras de la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad. Así, habrá que examinar en cada caso concreto la participación de quien es el titular y presta el teléfono móvil desde el que se efectúa la llamada o se envían los sms o whatsapp prohibidos, o la persona que entrega la carta o transmite oralmente el mensaje del investigado. No se debe descartar tampoco la autoría mediata: un tercero que entrega la carta o mensaje, siguiendo las indicaciones del investigado, ignorando, generalmente al haber sido engañado, la existencia de la prohibición de comunicación.

Se abordó la *continuidad delictiva* en el delito de quebrantamiento. En los supuestos de unidad natural de la acción o dolo natural de la acción no procede la continuidad delictiva. La mayor representación en estos casos se manifiesta en los supuestos de reanudación de convivencia sin ruptura futura, *“de manera que la situación antijurídica generada por el quebrantamiento se prolonga en el tiempo hasta la reposición de la situación jurídica dispuesta por la orden”* STS 846/2017, de 21 de diciembre. Así lo aclaró la Circular de la FGE 6/2011. Fuera de estos supuestos es posible la figura regulada en el artículo 74 CP. Tras un quebrantamiento donde se ha restablecido la situación jurídica vulnerada, se vuelve a quebrantar y concurre una proximidad temporal con el resto de requisitos del art. 74 CP, estaremos ante un delito continuado. En tal sentido la STS 846/2017, de 21 de diciembre, señala: *“la situación jurídica creada por la prohibición de acercamiento y comunicación dispuesta prohíbe al condenado el acercamiento a la víctima, pena aflictiva, y protege a la víctima evitando situaciones de peligro. Esta doble dimensión de la medida permite individualizar cada acto de aproximación a la víctima como acto típico del delito de quebrantamiento pues en cada acto se reproduce el ataque a la seguridad dispuesta por la prohibición de acercamiento. Esa singularidad del quebrantamiento de las medidas del art. 48 CP hace posible la continuidad delictiva cuando los actos de incumplimiento de la prohibición dispuesta suponen no sólo ese incumplimiento de la pena sino también la perturbación de las condiciones de seguridad dispuestas y que son perturbadas en su situación jurídica con cada concreto acto de acercamiento, con reiterado incumplimiento*



de la orden dispuesta para seguridad de la víctima. La pluralidad de conductas hace plausible la continuidad en la conducta típica al tratarse de una conducta plural agresora del bien jurídico protegido por la norma realizada desde el conocimiento de la condena impuesta y de su significado”.

Por tanto, si en el relato fáctico se declara una pluralidad de actos típicos (quebrantamientos), cometidos por la misma persona, que infringen el mismo tipo penal, en aprovechamiento de identidad de circunstancias y siguiendo un plan preconcebido procede la continuidad delictiva. Así lo ha confirmado nuestro Alto Tribunal, entre otras en la STS 690/2017, de 23 de octubre (el penado se apostaba en un bar dentro de la zona de exclusión y esperaba que pasara la menor para quedarse mirándola fijamente durante dos días consecutivos), STS 309/2018, de 26 de junio (existiendo una prohibición de comunicación llamó a la víctima los días 30, 31 de agosto 1 de septiembre, 2 y 19 de noviembre), en la ya mencionada STS 46/2017, se revoca la condena por delito de quebrantamiento para apreciar la continuidad delictiva (se quebranta en fecha no determinada de invierno de 2014, en enero y abril de 2015).

En los frecuentes supuestos de la comisión de varios quebrantamientos en los que uno o alguno de ellos es la cualificación de un delito de lesiones o amenazas de violencia de género, al tiempo que entre todos los quebrantamientos se da un dolo unitario no renovado o continuidad delictiva, es relevante destacar la STS 446/2018, de 9 de octubre no solo por la continuidad delictiva sino por la calificación jurídica. En el caso examinado se comete un quebrantamiento de la prohibición de comunicación al tiempo que amenaza a la mujer y al día siguiente realiza dos llamadas sin que el quebrantamiento vaya acompañado de ningún acto violento o intimidatorio. El TS considera correcta la calificación por un delito de amenazas leves cualificada por el quebrantamiento del art. 171.4 y 5 CP y las dos llamadas del día siguiente deberían constituir un delito de quebrantamiento continuado (“El delito de quebrantamiento del último día debería haber sido calificado de continuado, ya que se trata de dos las ocasiones que el acusado quebranta la prohibición de comunicación, a través de dos llamadas telefónica”). EL TS afirma *“La calificación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal en la sentencia recurrida, no implica vulneración del principio non bis in idem (principio de legalidad, artículos 9.3 y 25.1 CE), en relación con el principio de proporcionalidad y prohibición del exceso punitivo derivado del valor justicia al que se refiere el artículo 1.1 CE (STS 303/2018, de 20 de junio), ya que, en este caso, no se valora doblemente la misma circunstancia: el quebrantamiento de la orden de incomunicación, que tal y como es calificado por el Tribunal de instancia, opera como subtipo agravado en relación a los hechos ocurridos el 5 de mayo de 2017, y como tipo penal autónomo (art. 468.2 del CP), en cuanto a los hechos que tuvieron lugar en la madrugada del día 6 de mayo de 2017”.*



III. B) EL QUEBRANTAMIENTO COMO FACTOR DE RIESGO.

El delito de quebrantamiento de condena, medida cautelar o medida de seguridad constituye la segunda modalidad delictiva más frecuente conforme a los datos estadísticos del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ. En el año 2018 alcanzó un 17,4% del total de procedimientos incoados. Refleja una postura contraria del agresor a cumplir la pena o medida acordada para protección de la víctima.

Como indicamos en la Memoria anual de 2018, 16 víctimas mortales habían presentado denuncia previa contra su agresor y solicitado protección judicial. A una de ellas se le denegó la protección, y respecto de otras 6 se acordaron medidas de protección que se acreditaron manifiestamente ineficaces.

En el caso de mujeres gravemente heridas a manos de sus parejas o exparejas, constatamos en la Dación de Cuenta del primer semestre de 2019, que 6 de ellas habían denunciado no ya el maltrato sino incluso el quebrantamiento de las medidas de protección judicialmente acordadas. Resulta evidente que tampoco en estos casos se adoptaron medidas de protección adecuadas, previsiblemente en todos estos supuestos por una inadecuada valoración del riesgo por parte del órgano judicial y/ o del Ministerio Fiscal. Ello pese a que el incumplimiento previo de órdenes de alejamiento figura como factor de riesgo en el Protocolo médico forense de valoración urgente del riesgo, e igualmente en los indicadores del sistema de valoración policial del riesgo de VIOGEN. Por otra parte, se ha detectado que cuando los detenidos por delito de quebrantamiento se ponen a disposición del Juzgado de Instrucción de guardia, no en todos los casos se procede a citar al Fiscal para que asista a las declaraciones de imputado y víctima.

La pena o medida de seguridad tiene un carácter aflictivo que dispone una restricción de derechos a la persona a la que se impone. Además, se integra como una medida especialmente dispuesta para la protección de la víctima en atención a los hechos por los que ha sido condenado o, en su caso, imputado, por el peligro que puede suponer. Se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero). Por lo tanto, es una consecuencia jurídica del delito, objeto de la condena o de la imputación, con una doble dimensión, como pena y como medida de aseguramiento, protegiendo a la víctima evitando situaciones de peligro. Cuando se quebranta se constata objetivamente la situación de riesgo que en su momento se valoró como potencial al acordarse la medida cautelar quebrantada, o en su caso la pena impuesta. Sería contrario al principio de proporcionalidad y de culpabilidad, que por razones de mayor agilidad de un



juzgado o por tramitarse como juicio rápido el quebrantamiento de medida cautelar, se viera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima con una sentencia cuya pena se suspendiera por no constar todavía el antecedente penal del procedimiento de la violencia de género, con el único fundamento jurídico de ser delincuente primario, sin entrar a valorar realmente la peligrosidad del agente. El subsiguiente delito de quebrantamiento permite inferir de manera razonable que la suspensión de la pena, fundada en la reinserción social del penado, no cumple el fundamento legal en el que se sustenta la suspensión, previsto en el art. 80.1 CP. A sensu contrario, la pena de quebrantamiento permite constatar “que no es razonable esperar que la no ejecución de la pena no evite la comisión futura del penado de un nuevo delito”.

Por ello, Los/as Fiscales han de ser muy restrictivos con dichas suspensiones que traslucen claramente una peligrosidad del reo y un quebranto a la seguridad de la víctima que se pretendía proteger.

Estas razones también justifican la importancia de la presencia del Fiscal en la declaración de la víctima e investigado por un delito de quebrantamiento, a fin de establecer claramente el aumento de riesgo y la justificación, en su caso, de alguna medida de protección más gravosa. En muchos juzgados, bien porque no se tramitan el quebrantamiento en el JVM o porque accidentalmente lo asume el juez de guardia o bien porque no se instruye como juicio rápido, no citan al Ministerio Fiscal a dichas declaraciones, teniendo conocimiento éste por primera vez del proceso prácticamente cuando ha de calificar o cuando se toma la decisión de no pedir prisión provisional a la vista del simple atestado sin contar con todos los elementos de decisión. Es importante que los/las Sres. Sras. Fiscales adopten las medidas necesarias para poder asistir a las declaraciones de las víctimas en los delitos de quebrantamiento

IV.-VALORACIÓN DEL RIESGO.-

Dada la trascendencia de la modificación operada en el sistema de valoración de riesgo VIOGEN por la Instrucción SES 4/2019 se solicitó la colaboración de D^a Marina Rodríguez, que en representación de la Secretaría de Estado de Seguridad informó sobre las novedades introducidas en la valoración policial de riesgo , en particular sobre la información adicional en supuestos específicos, que afecta tanto a la especial situación de riesgo de la mujer maltratada como de sus hijos menores de edad, ofreciéndonos unos indicadores de especial relevancia en el caso de la mujer, y de vulnerabilidad y de situación de riesgo , en el de los menores. En todos los supuestos descritos, el sistema recomienda la práctica de valoración forense adicional. Por otra parte, el nuevo sistema de



evaluación también recomienda el control telemático de las medidas de alejamiento que en su caso se acuerden en los niveles de riesgo medio, alto y extremo. No obstante, respecto al nivel de riesgo medio, solo se solicitará dispositivo telemático de control en los supuestos en que vaya acompañado del indicador de especial relevancia. Ello debido a que tras la entrada en vigor de la Instrucción 4/2019 el porcentaje de valoraciones de riesgo MEDIO ha pasado del 8% a aproximadamente el 30% . Ese dato implica que las referencias que tras la Instrucción se hacen al nivel de riesgo Medio, se correspondan con niveles de riesgo superior en las valoraciones anteriores a la citada Instrucción. Por ello se celebró una reunión de coordinación entre la Fiscalía de Sala y representantes de la SES (área de violencia de género, estudios y formación del gabinete de coordinación de estudios -MIR) en la que se acordó que las FFCCS solicitarán a la Fiscalía que valore la idoneidad de instar a la autoridad judicial la adjudicación de un DCT en los casos de Violencia de Género con nivel de riesgo medio SOLO cuando incorpore Diligencia de especial relevancia. No en el resto de los casos en nivel de riesgo medio.

La protección de los menores exige, por otra parte, una reacción específica en los supuestos en que se detecta una situación de vulnerabilidad o de riesgo, de forma que habrán de practicarse pruebas periciales complementarias que nos ayuden a conocer la situación del menor y a adoptar las medidas de protección adecuadas. Por idéntica razón, hasta que se disponga de dicha prueba pericial complementaria se ha de ser especialmente cauto a la hora de regular el régimen de visitas del menor con su progenitor, lo que obliga a establecer unas concretas pautas de actuación, siguiendo los mandatos del Convenio de Estambul (Art 26 y 31) y la línea marcada por el Pacto de Estado de violencia de género de intensificar la protección de los menores, especialmente medidas 145 y 151. En consecuencia, y de acuerdo con los criterios establecidos en los dos Dictámenes remitidos por la Fiscal de Sala en julio y octubre respectivamente a todos los F. Delegados y de Enlace a raíz de los luctuosos sucesos de asesinatos de menores ocurridos a lo largo de este año, parece adecuado recurrir a las visitas supervisadas cuando no proceda la suspensión de las visitas, mientras se solicita y emita el oportuno informe pericial.

Por ello también la Fiscal Delegada de Burgos, intervino analizando los factores de riesgo más significativos incluidos en el informe de valoración del riesgo policial deteniéndose en la autopercepción subjetiva del riesgo, la reanudación de la convivencia, las ideas suicidas del agresor y embarazo de la víctima, explicando su razón de ser y trasladando la importante incidencia en la elevación del riesgo que tienen en base a datos estadísticos y estudios sociológicos. .



La Fiscal Delegada de Cádiz, abordó la necesidad de realizar valoraciones adicionales a la policial. En principio se trata de evaluaciones forenses de riesgo, sean de carácter urgente (Protocolo médico-forense de valoración de riesgo de 2011) o programadas, mediante informe de valoración forense integral (Guía y Manual de Valoración Forense integral de la violencia de género y doméstica de 2005, elaborado como consecuencia de la Disposición Adicional Segunda de la LO 1/2004 de medidas de Protección integral contra la Violencia de género), debiendo el MF solicitar dichos informes para poder detectar mejor el riesgo en el que se encuentra la mujer y los hijos menores y con ello adoptar las medidas de protección adecuadas.

V.-COORDINACION INSTITUCIONAL.-

La necesidad de fortalecer la coordinación en la actuación de JVM, Fiscalía especializada, unidades de valoración forense integral, psicólogos y OAV, se presenta no como algo aconsejable, sino como una obligación tal y como refleja el Pacto de Estado para la violencia de género que incluye múltiples medidas que imponen esta respuesta multidisciplinar y coordinada en la atención, apoyo y protección de la víctima. Por ello quisimos analizar el sistema desarrollado en el JVM de Ciudad Real, impulsado por el Fiscal y la Juez y con el apoyo y acuerdo de los peritos de las Unidades forenses y OAV.

Comenzó la exposición la titular del JVM que es un Juzgado mixto, D^a M^a Isabel Sánchez Marín, quien explicó que todas las víctimas de delitos violentos, sean o no víctimas de VG pasan por la OAV donde son atendidas por la psicóloga, quien les orienta e informa sobre el proceso que se va iniciar y los trámites y los recursos a los que puede acceder. Señala que desde que dieron comienzo a esta práctica, las víctimas prestan declaración de una manera más sosegada. Como se les explica el significado y alcance del Art. 416 Lecrim, han constatado que ha disminuido el número de las que se acogen al mismo, aproximadamente un 5%, y las que se acogen lo hacen convencidas y no por miedo a represalias, inseguridad o dificultades económicas, se les explica que aunque se acojan a la dispensa pueden declarar más tarde. Se mantiene el acompañamiento y apoyo de la OAV hasta el juicio oral, a pesar de lo cual en el JP persiste un elevado número de ejercicio de la dispensa.

Especial cuidado y sensibilidad muestran en la declaración de los menores, que normalmente se preconstituye con presencia del MF, letrados de las partes y psicóloga de la OAV que previamente ha visto al niño e informa si está en disposición de declarar. Al no disponer de una Sala adecuada se realiza a través de videoconferencia siendo el interlocutor la psicóloga. Este sistema tiene indudables beneficios para los menores, en cuanto minimiza los efectos



prejudiciales de repetir su declaración varias veces, que retrasa su recuperación. No obstante existe otro obstáculo no menos grave que es la renuencia de los órganos de enjuiciamiento a aceptar la prueba preconstituida.

A continuación intervino la Psicóloga de la UVFI, D^a Cristina Pozo Piqueras, analizando las valoraciones que realizan de una forma conjunta con el médico forense. En especial se detiene en analizar si la víctima sufre afectación afectiva y si hay relación entre el maltrato sufrido y esa afectación. Para ello también evalúan si hay alguna ganancia secundaria derivada de su declaración bien por defecto o por exceso a fin de determinar su verosimilitud y detectar una posible denuncia falsa. Reflexionó sobre la prueba preconstituida con personas vulnerables: menores, discapaces y personas mayores, cuyo discurso, con frecuencia no es de fácil comprensión. En todos estos casos y como señala el EV se trata de proteger a estas personas de la sobreexposición judicial, evitando la reiteración y a la vez la pérdida del recuerdo o su posible contaminación.

Para cerrar la mesa pudimos escuchar a D^a Pilar Arévalo, Psicóloga de la OAV, quien recibe a las víctimas antes de que presten declaración explicándoles el iter procesal, orientándolas si están confusas, incluso sugiriendo, si pueden, que recopilen pruebas que soporte su declaración, para justificar los hechos denunciados y aumentar las probabilidades de que prospere. Desde ese momento las acompañan y les van informando y dando respuestas a sus dudas, siendo indispensable que ellas quieran aceptar ese apoyo pues su intervención es clínica y voluntaria. Desde su experiencia comenta que el simple hecho de apoyar la mano en el hombro de la víctima, le transmite fuerza y confianza para realizar su declaración.

Este sencillo modelo implantado en un Juzgado mixto, es un importante ejemplo de buenas prácticas y refleja los avances que se pueden hacer en la protección de las víctimas con buena voluntad y coordinación, aunque falten los medios materiales y personales pertinentes.

VI.-ANÁLISIS DE LA NORMATIVA RELATIVA A VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES: EXTRANJERAS, DEPENDIENTES Y PERSONAS NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN.-

VI.1. VÍCTIMAS EXTRANJERAS.-

En relación con las víctimas extranjeras se puso de relieve por parte de la Fiscal Jefe de Área de Melilla, que el hecho de que la víctima extranjera ya conozca en el momento de presentar la denuncia la incidencia que tiene sobre su situación



administrativa que se le reconozca la condición de víctima de violencia de género, provoca en ocasiones desconfianza sobre la veracidad de los hechos denunciados. Esta situación debiera evitarse dado que la finalidad del legislador al modificar la Ley 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España era precisamente paliar la situación de desamparo en que quedaban las víctimas extranjeras en situación irregular tras denunciar a su pareja y constituir un aliciente para que planificaran su vida separadas de su agresor por lo que en absoluto debe resultar sospechoso que la víctima conozca que tiene esa posibilidad y pretenda ejercerla.

También se informó sobre la demora en la gestión administrativa de regularización, llegando a haber “reventa” de citas con la Administración competente.

Se recordó que la Instrucción 7/2019 de la SES sobre incorporación en los atestados de VG de diligencia de situación administrativa de la víctima extranjera en situación irregular fue consecuencia de la solicitud en tal sentido de la Fiscalía de VSM, que en 2016 y en 2019 resaltó la necesidad de que los atestados por VG se pusiera de manifiesto la situación administrativa de la víctima extranjera, a fin de que se tenga conocimiento de la misma desde el comienzo de las actuaciones y pueda ser efectivamente informada de los derechos que le asisten, previéndose la comunicación de la situación de la víctima al órgano sancionador para que posponga su decisión de incoar el procedimiento hasta la finalización del proceso penal, y si el procedimiento administrativo ya hubiera sido incoado, para que proceda a su inmediata suspensión hasta la finalización del procedimiento penal, estableciéndose que el Ministerio Fiscal comunicará la conclusión del procedimiento a la Oficina de Extranjería y a la Comisaría correspondiente.

Conforme a la Instrucción SES 7/2019 citada, la víctima extranjera en situación irregular será informada del contenido del Art. 31 bis de la LO 4/2000, debiendo constar en el propio Atestado la información de tales derechos.

Queda patente por tanto que en el Atestado se nos informará ya sobre la situación administrativa de la víctima, y si no constara, habrá de averiguarse a los efectos legalmente previstos.

Se recordó, finalmente la obligación del Ministerio Fiscal de comunicar la conclusión del procedimiento y su resultado en aplicación del artículo 134 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

VI.2. VÍCTIMAS DISCAPACITADAS Y DEPENDIENTES.-



Analizó la normativa y situación de vulnerabilidad de las personas afectadas de alguna discapacidad, el Fiscal Delegado de Tenerife, quien comenzó indicando que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 modifica el modelo tutelar abandonando el modelo médico o rehabilitador, al que se confiere un carácter residual, toda vez que conlleva una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar de la persona, y se sustituye por otro sistema basado en el apoyo en la toma de decisiones, en el que la curatela se constituye como instrumento más idóneo para dotar de apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquella. (Instrucción 3/2010 FGE).

Por ello, hay que evitar generalizaciones injustificadas sobre las carencias o características de las personas discapacitadas y ancianas dependientes. La capacidad se presume salvo prueba en contrario, de forma que en todo aquello en lo que no se acredite limitación suficiente, habrá de estarse a la capacidad de obrar de la víctima. La sentencia limitando la capacidad de ésta o el informe médico forense en su defecto determinarán los actos procesales que podrá la víctima realizar por sí sola, y aquellos en los que su voluntad necesite ser complementada o suplida por la de su curador o tutor.

Las víctimas dependientes y con discapacidad constituyen un colectivo especialmente vulnerable: hay importantes bolsas de violencia de género no denunciada entre las víctimas con discapacidad, en parte por la dificultad de detectar estas situaciones de violencia, que en muchos casos ni siquiera la víctima es capaz de identificar. La condición de cuidador del propio agresor es en muchos casos un elemento disuasorio para la víctima que se plantea denunciar ante la desprotección en la que quedaría si se aleja de ella a su cuidador/ agresor. Con frecuencia la víctima que reside en su vivienda asistida por su cuidador/ agresor es trasladada a una residencia tras la denuncia, siendo conveniente en estos casos indagar la voluntad de la víctima de permanecer en su domicilio con la asistencia necesaria, y proceder de esta manera si resulta posible :la posibilidad de ser trasladada a una residencia cuando no es este el deseo de la víctima puede ser otra razón que la disuada de denunciar.

La práctica de diligencias policiales y judiciales con la víctima puede resultar complicada en atención al grado de discapacidad de ésta. La *“Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual”* ofrece unas pautas de conducta que pueden ser extensivas al proceso penal. En ella se refiere a la *FIGURA DEL FACILITADOR*, pudiendo resultar un instrumento de interpretación y colaboración de mucha utilidad,. Se refiere así dicha Guía a la figura del facilitador:



“La Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual (UAVDI) se enmarca dentro de la cartera de servicios que ofrece la Fundación A LA PAR, entidad sin ánimo de lucro que desde los años 80 ofrece diferentes recursos asistenciales a más de 1000 personas con discapacidad intelectual menores y adultos cada año. Desde la UAVDI se señala que los casos en los que la víctima es una persona con discapacidad intelectual deben ser tratados con una serie de consideraciones especiales. Para ello se hace imprescindible que exista un profundo conocimiento de las implicaciones de la discapacidad intelectual y como esta puede influir en el proceso policial y judicial. Es por ello que la UAVDI ofrece la figura del facilitador como un profesional independiente, que no se presenta como acusación ni como defensa, sino que sirve como apoyo al proceso policial y judicial en sus diferentes fases y contribuye a activar la adaptación de los procedimientos judiciales conforme a lo que nos obliga la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad. El perfil del facilitador es el de un psicólogo criminalista forense, especializado en el trabajo con personas con discapacidad intelectual y en psicología clínica. Entre las funciones del facilitador destacamos:

a) Preparación de la víctima para la entrevista policial y judicial: La experiencia de las víctimas que se enfrentan a una entrevista policial, por regla general, es fuente de ansiedad y preocupación. Tener que revivir un suceso que ha podido ser traumático, narrarlo a personas desconocidas y con los imperativos del procedimiento policial resulta enormemente dificultoso. En el caso de una persona con discapacidad intelectual debemos añadirle que en muchas ocasiones nadie se ha detenido a explicarle por qué es tan importante que hable con terceras personas de lo que le ha ocurrido, por qué tiene que hablar con la policía si no ha hecho nada malo o cuáles son sus derechos. Una preparación de la víctima en este sentido facilitará una entrevista de garantías.

b) Evaluación de las capacidades de la víctima que pueden condicionar la prueba testifical: Una de las mayores dificultades que se pueden encontrar los agentes policiales y judiciales cuando se enfrentan a un caso en el que la supuesta víctima es una persona con discapacidad intelectual es la obtención de la prueba testifical. La especificidad de las capacidades de estas personas hace necesaria una valoración de las mismas para poder entender qué se puede y qué no se puede esperar en lo relativo a la prueba testifical. Algunas de las capacidades que influyen de manera clave en este sentido son la memoria (episódica y procedimental), incardinación espacio-temporal, capacidad para identificar un desconocido, atención, expresión o comprensión del lenguaje. La UAVDI cuenta con un protocolo (ECAT-DI) especialmente diseñado para valorar estas capacidades en personas con discapacidad intelectual y diseñar los apoyos necesarios para superar las limitaciones identificadas.

c) Obtención del testimonio y realización de la prueba preconstituida: Como se ha visto a lo largo de la presente guía la realización de la entrevista de obtención



del testimonio o de la prueba Preconstituida cuando la persona entrevistada tiene discapacidad intelectual exige de un nivel de especificidad profesional muy elevado. El facilitador ofrece de manera gratuita sus servicios para apoyar a cualquier agente policial u operador jurídico en la realización de entrevistas de testimonio, prueba anticipada o prueba Preconstituida.

d) Valoración de la capacidad de la víctima para consentir: Sin lugar a dudas uno de los puntos clave a determinar en ciertos casos en los que está inmersa una persona con discapacidad intelectual es si esta cuenta con la capacidad para consentir el tipo de relación que se ha establecido con el supuesto agresor. Una buena valoración de la capacidad de consentir facilitará el trabajo posterior en el proceso judicial. La UAVDI cuenta con una adaptación del modelo británico para valorar esta capacidad en personas con discapacidad intelectual.

e) Intérprete: Las personas con discapacidad intelectual en muchas ocasiones presentan dificultades tanto en la expresión como en la comprensión del lenguaje. No conocer y adaptarse a estas limitaciones puede provocar que la obtención de un testimonio válido sea sumamente compleja o que incluso no se llegue a obtener una declaración suficientemente rica. Los profesionales de la UAVDI, a través de su experiencia en el trabajo con personas con discapacidad intelectual, han adquirido las herramientas necesarias para poder actuar como intérpretes en los casos en los que la comunicación entre el agente policial y la personas con discapacidad intelectual sea inviable.

El contacto para solicitar de manera gratuita facilitadores independientes para trabajar coordinadamente con los agentes policiales o los operadores jurídicos en la investigación y obtención de la prueba testifical es el siguiente: (Fundación A LA PAR - Tlf: 917355790- ext. 712 o 306 .Fax: 912243719 . E-mail: uavdi@alapar.org)”

Las víctimas de la tercera edad que requieren especial atención son aquellas que se encuentran en situación de dependencia, si bien en un grado tal que no precisan de declaración de incapacidad .

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (más conocida como Ley de dependencia) define ésta como “ el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

Uno de los problemas de la VG sobre personas mayores es la falta de denuncia y la falta de detección de las situaciones de violencia. La falta de conciencia de ser una víctima de VG por haber sido una constante en su vida; la relación de dependencia afectiva, económica y en muchos casos incluso física respecto de



su agresor , la inseguridad ante el futuro en el supuesto de una hipotética separación del agresor, el miedo a la reacción de los hijos y nietos si la denuncia perjudica a aquel (generalmente también de avanzada edad, y también a veces precisado de asistencia ajena)

En ocasiones, el maltrato lo detectan los hijos de la pareja, que en muchos casos aunque no lo denuncien, adoptan medidas de protección respecto de la madre.

En otros supuestos, detectada la violencia por otros cauces, son precisamente los hijos quienes se oponen a la continuación del procedimiento y a la separación de los progenitores mediante de una orden de alejamiento. Muchas veces estamos ante víctimas que lo han sido durante toda su vida y que han afrontado la violencia como una forma de vida.

La colaboración de los Servicios Sociales puede resultar decisiva para la detección y cese de estas situaciones de violencia .El establecimiento de protocolos de actuación o reuniones periódicas de la Fiscalía con aquellos pueden solucionar la situación de muchas víctimas. La Fiscalía de Málaga es buen ejemplo de ello.

El problema es que el procedimiento para el reconocimiento de la dependencia se inicia a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación. En muchos casos, cuando ésta no existe, por no tener judicialmente limitada su capacidad, si la víctima no es capaz de gestionar dichos trámites, pierde la oportunidad de acceder a los derechos que dicha ley les reconoce. La lentitud en el reconocimiento o denegación de la condición de dependiente, incluso cuando ya se han cumplimentado todos los trámites requeridos, que puede prolongarse varios meses, opera también en perjuicio de las víctimas de VG, que conscientes de que carecerán de apoyo social durante meses, no se atreven a denunciar a su agresor.. Dado que la resolución, además, carece de efectos retroactivos en relación con la fecha de solicitud de declaración de dependencia, la Administración no se ve incentivada tampoco a resolver con más premura, y la víctima no puede disponer de esa previsión de ayuda para el futuro.

En lo que a las víctimas de VG respecta, es especialmente relevante recordar el artículo 28 de la LO 1/2004 que les reconoce la condición de colectivo prioritario en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores.

VII.- ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA VICARIAL E INSTRUMENTAL.-

VII A) VIOLENCIA VICARIA.-

Esta mesa estuvo formada por la Fiscal de enlace de Jerez de la Frontera y la Fiscal Delegada de Lugo, quienes abordaron los problemas derivados de la violencia vicarial e instrumental.



Desgraciadamente son cada vez más numerosos los supuestos en los que el maltratador, con el fin de hacer el mayor daño posible a la víctima, en lugar de atacar directamente contra los bienes jurídicos de la mujer, ataca y asesina a los hijos comunes o personas muy queridas por ella. Este acto puede ir acompañado por el suicidio o el intento del suicidio de autor de los hechos.

La finalidad del autor está motivada, en la mayoría de los casos, por la decisión de la mujer de no querer retomar la relación afectiva o cuando decide ésta poner fin a la relación. Decisión y voluntad que no acepta el autor del hecho.

La violencia de género además de persistente, cíclica y concentrada en la misma víctima, puede ser instrumental y extensiva a los hijos de la pareja o seres muy queridos por ésta. Hablamos de la violencia vicaria o instrumental. Se denomina así a la violencia ejercida sobre los hijos para herir a la mujer. Es una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer. Es a ella a quien se quiere dañar y se hace a través de terceros por interpósita persona. (Vaccaro, Sonia "Violencia vicaria: las Hija/as que son víctimas de la violencia para dañar a sus madres")

En estos casos, además de producirse el correspondiente delito de asesinato/homicidio, en la mayoría de las ocasiones se produce un delito de lesiones psíquicas en la propia víctima, pues el impacto psicológico que produce en la salud mental de la víctima estos hechos es de tal intensidad que produce un resultado lesivo autónomo e independiente de la muerte ejecutada a otro. Se podrá discutir si estamos ante una relación concursal ideal o medial de los delitos, pero no podemos discutir que se ha atentado contra dos bienes jurídicos diferentes.

Aunque no se pudiera articular o no se haya hecho una imputación por delito de lesiones psicológica a la madre, la jurisprudencia empieza a pronunciarse en el sentido de inferir que estos hechos evidencia violencia de género.

En el llamado "Caso Breton", sentencia de 5-11-2013 el TSJ de Andalucía destaca la venganza como verdadero móvil en la ejecución del hecho "el móvil se ha concretado no en un ánimo de desprenderse de sus hijos", sino en "algo peor", como es "la utilización de la vida de los hijos para una suerte de venganza contra la esposa y madre como respuesta a su decisión de romper el matrimonio, golpeándola de la manera más dañina posible". Dicho de otro modo, "lo que procuró probarse es que el acusado no mató porque quisiera la muerte de R. y J., sino para hacer sufrir a su madre, verdadera víctima en el ánimo del acusado"

En igual sentido se ha pronunciado recientemente la AP de Madrid (sección 1ª), en auto 345/2019, de fecha 20 de mayo de 2019, en el que el presunto autor de los hechos antes de suicidarse tras provocar la muerte de sus hijos menores elaboró una nota de suicidio donde deja patente que el hecho cometido, según él, lo ejecutó por el bien de sus hijos al manifestarle su mujer que quería



separarse. El auto concluye que la acción no tenía otro móvil que el causar directamente un daño irreparable a su esposa, la cual debe considerarse en este caso como víctima directa al amparo de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre que adicionó el art 87 ter de la LOPJ. El auto estima el recurso de apelación del MF contra la negativa del Juez Instructor de inhibirse a favor de los JVM, cuando ya la causa estaba sobreseída.

La cuestión puede parecer baladí, ya que si el autor del hecho se suicida la causa se ha de archivar de todas formas. Sin embargo, es muy importante su tramitación como violencia de género, porque la madre, víctima directa del hecho, tendrá la consideración de víctima de violencia de género y por tanto tendrá derecho a la protección integral que brinda la LO 1/2004

Sin embargo, muchos de estas actuaciones se investigan y enjuician en la jurisdicción no especializada, debiendo los/as Fiscales atraer a los JVM dichos asuntos por medio de recursos o informes, pues asociada a la muerte del menor subsiste la investigación inicial de un delito de lesiones psíquicas a la madre, que precisará la práctica de las periciales correspondientes. Recordemos que el art. 87 ter de la LOPJ establece la competencia de los JVM por los delitos en él indicados *“sobre los descendientes propios o de la esposa o conviviente o sobre menores o personas con capacidad modificada judicialmente que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad..., cuando también se haya producido un acto de violencia de género”*. Igualmente, el tratamiento como concurso medial permite la aplicación de las reglas del art. 17 bis en relación con el art. 17.3 de la LECrim. Conclusión que se alcanzó en las Conclusiones del año 2017.

Tampoco existe un problema de técnica procesal para atraer la competencia de los JVM si se calificaran ambos delitos en una relación concursal ideal, al entender que un hecho que ha vulnerado dos bienes jurídicos diferentes, protegidos por distintos tipos penales, sin que ninguno de ellos, por sí mismo, satisfaga íntegramente el desvalor ocasionado con la acción cometida. En este caso no estamos ante delitos conexos sino ante un solo hecho que puede pensarse de dos maneras diferentes y, por tanto, entra en juego una regla penológica que favorece al reo (art.77.2CP). La escisión de ambos procedimientos en causas diferentes y, en nuestro caso, en juzgados distintos, además de poder perjudicar al reo, supondría la ruptura de la continencia de la causa. La vis atractiva de los JVSM y la especialización de los mismos atraería la competencia. Así se ha calificado los hechos por la reciente sentencia 455/2019 de 21 de octubre de la AP de Valencia (TSJ) que condena por un delito de asesinato intentado a la hija menor en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas causadas a la madre.

A la misma conclusión ha de llegarse si el autor causa la muerte de la nueva pareja o de los ascendientes o hermanos/os de la víctima, como personas que se encuentra estrechamente unidas a la mujer si el móvil del autor es causarle



el mayor daño posible o impedirle que vuelva a tener una nueva relación afectiva. Bien como concurso ideal, en los términos anteriormente explicados, o bien como concurso medial como se exponía en las concusiones del año 2017.

Dentro de este ámbito es relevante resaltar la construcción jurídica que de estos hechos realizó la Fiscalía, la AP y el TSJ de Galicia y posteriormente seguida por Valencia, que clarifica el tratamiento como delito de violencia de género de estos casos. St. 484/2018, 16 de octubre de 2018 de AP de A Coruña, Sección 1ª: Condena por delito de asesinato cualificado con alevosía y agravado por ser la víctima menor de 16 años (art. 139.1ª), concurriendo las agravantes de parentesco y de género, en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su exmujer. El padre dio muerte a su hijo cuando ejercía el régimen de visitas. Como consecuencia de los hechos su expareja sufre un trastorno de estrés postraumático crónico por el que está sometida a tratamiento psiquiátrico y psicológico y de baja laboral desde el día de los hechos.

En los hechos probados se recoge que el acusado con la intención de causar el mayor sufrimiento psíquico posible a su exmujer decidió acabar con la vida de su hijo. Considera acreditado que el acusado no aceptó la decisión de su esposa de divorciarse de él y condena por un delito del art. 148.4 CP. Por otro lado, concurre en el asesinato del menor la agravante de parentesco y de discriminación por razón de género del art. 22.4 del CP, al estimar acreditado el Jurado que el acusado ejecutó la muerte de su hijo por razones de dominación y desprecio sobre la mujer que había sido su esposa. Dicha resolución ha sido confirmada por el TSJ de Galicia por la sentencia 14/2019 de fecha 31 de enero y por la STS 339/2019 de 3 de julio, si bien esta concreta cuestión no fue objeto del recurso en ambos casos.

En igual sentido la sentencia 455/2019 de 21 de octubre de la AP de Valencia (TJ) condena por un delito de asesinato intentando en la persona de la hija menor de edad en el que concurren las agravantes de parentesco y de discriminación por razón de género (22. 4ª) en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas sobre la madre, junto con la atenuante de confesión.

La AP a la hora de analizar la atenuación de la culpabilidad planteada por la defensa concluye *“el comportamiento no puede ser más sanguinario, más cruel, propio de un individuo de la especie humana despiadado, donde se manifiesta con claridad que lejos de estar perturbado el acusado, no siente ni muestra pena o compasión por nada, especialmente por la desgracia o el sufrimientos ajeno, que en este caso era o debía ser su personal sufrimiento, pues había apuñalado a su hija, sino aumentar deliberadamente el dolor de la madre y del abuelo materno, llamándoles inmediatamente después del apuñalarla para satisfacer su propia maldad, disfrutando del sufrimiento que representó sin duda por los familiares de la niña, que lejanos al lugar de los hechos, nada podían hacer por la menor”*



Nuestro Alto Tribunal también se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el asesinato de personas cercanas y queridas de la víctima a fin de causarle un daño directo a la mujer. Recientemente en la STS 697/2018 de 8 de enero de 2019, confirma el delito de asesinato de un hijo de 13 años por su padre ante la comunicación de su mujer de divorciarse (asesinato +parentesco) *“la gravedad y perversidad del acto es manifiesta y es, como decimos, exponente de ese mensaje de propiedad o posesión que, -en todos los actos semejantes que estamos viendo en la actualidad-, el condenado lanzaba a su pareja, matando a su propio hijo de 13 años, a fin de trasladar a su mujer un sufrimiento atroz permanente para toda su vida, (la negrita no es nuestra) como lo es el ver muerto a su propio hijo en semejante circunstancias, por el hecho de ella no querer cambiar su decisión de divorciarse... para causarle a ella el máximo dolor y hacerle sentir culpable de su actuación, lo que evidencia el sentimiento de propiedad, o forma de enfocar las relaciones de pareja, como de posesión del hombre sobre la mujer”*. Como en esta ocasión no se calificó ni por un posible delito de lesiones psíquicas a la madre, ni se imputó la agravante de género, el TS afirma que la gravedad y crueldad del hecho tienen que tener su reflejo en la pena a imponer.

VII. B) VIOLENCIA INSTRUMENTAL.-

También fueron objeto de análisis las agresiones dirigidas a la mujer pero que recaen en un tercero bien porque acude en su auxilio, bien porque el autor falla en la identidad de la mujer o en la ejecución de su golpe (supuestos de error). A diferencia de la violencia vicaria, aquí el autor si quiere dañar materialmente a la mujer. Son varios los supuestos que se plantean con el correspondiente problema de competencia a la luz de la redacción de los arts. 15 y ss de la LECrim si el resultado es lesivo y no mortal.

- A) El agresor golpea a la mujer y también a un tercero que está presente o que acude en su ayuda. Ya en las Conclusiones del año 2016 se realizó una primera aproximación del problema y recordaba que la Circular 4/2005 afirma que, en ocasiones, el tratamiento unitario de determinados fenómenos de pluralidad delictiva *“...constituirá una verdadera obligación procesal, bien porque afecta a la continencia de la causa -constituida por los elementos comunes a los enjuiciamientos de los distintos delitos- bien por su trascendencia sobre la calificación jurídica que en su momento haya de efectuarse (ATS 17.12.01)*. En dichas Conclusiones se hablaba de los delitos conexos y la ausencia de las lesiones recíprocas como delito conexo en el art. 17 bis de la LECrim. Ahora nos referimos a delitos que, no siendo conexos, tienen



analogía y relación entre sí por producirse en unidad de acción temporal. En tal caso, la regla a aplicar es la prevista en el párrafo 3º del art. 17 de la LECrim. Nuevamente, el legislador de la Ley 41/2015 que introduce este artículo en la LECrim, parece olvidar la especialización singular de los JVM. Se establece en el art. 17.3 “los delitos cometidos por una persona que aun no siendo conexos tengan analogía o relación entre sí, podrán ser enjuiciados en la misma causa solo cuando sean competencia del mismo órgano judicial y lo pida el MF”.

La investigación de una agresión a un tercero que no está unido al agresor por ser su esposa o mujer unida a él con una relación de afectividad presente o pasada, no es competencia de los JVM.

Es obvio, que dicha regla quería evitar duplicidad de procedimientos, con las correspondientes revictimizaciones de los testigos-víctimas que tendrían que declarar en sendos procesos, las consiguientes dilaciones indebidas, la posibilidad de resoluciones contradictorias entre sí y el condicionamiento de una resolución judicial de un proceso en el subsiguientes y, lo que es más importante, la ruptura de la continencia de la causa.

La EM de la Ley 41/2015 expresaba “*La novedad de la reforma consiste en establecer que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo se justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia*”. En la referencia a la competencia, el artículo, no se distingue entre territorial, objetiva o material, por lo que en principio deberán incluirse todas. Sin embargo, todas las circunstancias que motivaron el Dictamen de la Fiscal de Sala de 1 de febrero de 2016, que fue recogido posteriormente en las Conclusiones de ese año, justifican la instrucción y enjuiciamiento conjunto por tratarse de hechos indisolubles, tanto por razón objetiva, subjetiva, temporal y causal, evitando, así, la ruptura de la continencia de la causa.

Los/las Fiscales informarán a favor de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de los hechos por razones de especialización.

No existe ningún problema competencial, al tratarse de delitos conexos expresamente previstos en el art. 17 bis LECrim y, por tanto, ser competencia de los JVM, los casos en los que bien el agresor ataca al tercero como medio para lograr la agresión su mujer (ej. el tercero consigue interponerse entre le agresor y su mujer y le agrede para apartarle y llegar a la mujer a quien también golpea)



o lograr su impunidad (ej. una vez que ha agredido a su pareja, un tercero le intercepta o retiene y el agresor le golpea para garantizar su fuga).

B) Mayor complicación a la hora de determinar la competencia la encontramos en los casos en que el ataque inicialmente va dirigido a la mujer y, sin embargo, la intervención de un tercero lo evita, resultando solamente lesionado el tercero. Realmente, el ánimo del agresor es lesionar algún bien jurídico de su esposa o pareja y por tanto respecto de ésta puede subsistir una situación de riesgo objetivo que la haga merecedora de la protección integral de la LO1/2004. Protección que solo obtendrá si el hecho es calificado de violencia de género. Razones ajenas a la voluntad del agresor son las que han impedido no lograr su propósito, pero su ánimo de imponerse a su esposa o pareja es claro.

Doctrinalmente existe una puesta en peligro de dos bienes jurídicos diferentes: el de la mujer, donde la ejecución de la acción resulta frustrada, y la del tercero cuyo bien jurídico es lesionado. Esta construcción doctrinal ha sido reconocida por la jurisprudencia. Estamos ante un error en el curso causal, donde existe una modificación en la calificación jurídica y tendríamos que acudir a la figura de la aberratio ictus o error en el golpe para dar la respuesta. A la vista de las circunstancias del caso, habría que valorar si el inicio de la ejecución de la agresión contra la mujer existió y valorar la posibilidad de un delito de amenazas (171.4) o de un delito de lesión intentado del art. 153 en concurso ideal con unas lesiones imprudentes al tercero. En la actualidad, esta construcción es imposible cuando el resultado lesivo es leve, al no existir modalidad imprudente de lesiones del art. 147.2 o apartado 3. En la práctica, la jurisprudencia menor acude al dolo alternativo para resolver la cuestión, esté presente el tercero al iniciarse la agresión a la mujer o aparezca de manera súbita e inopinada, incluso cuando hay un cambio de calificación jurídica. Sin embargo, el TS es restrictivo en su aplicación y exige que el perjudicado esté presente y sea previsible el desarrollo causal. Así, STS 148/2002, 7 de febrero *“se debe de tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión estaba o no a la vista del autor. Si ciertamente estaba a la vista, se debe admitir el llamado dolo alternativo, cuando el desarrollo causal no era improbable”*. Esta postura fue mantenida en la STS 1232/2006 de 1 de diciembre y la STS 647/2009, 12 de junio. En esta última se aclara *“Ello significa que solo podían materializarse en uno o en el otro sujeto, resultando prácticamente imposible o cuando menos muy difícil que con una sola cuchillada matara o lesionara a ambos. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que en este caso concurre con mucha más claridad la situación de alternatividad que en el supuesto de la sentencia*



1232/2006, de 1 de diciembre donde ya que en ésta se dirimía un disparo de pistola que mataba a un tercer sujeto y lesionaba a un cuarto. Los supuestos de disparos con arma de fuego permiten prever la posibilidad de riesgos cumulativos y no sólo alternativos, previsión que difícilmente puede darse en el acto de propinar una cuchillada. El segundo extremo que interesa reseñar es que cuando concurre también el dolo con respecto al riesgo que acaba materializándose en el resultado que finalmente se produce, ha de descartarse la apreciación de una aberratio ictus, toda vez que al apreciarse un doble dolo debe excluirse el error de tipo que conlleva la aberratio". Ante esta sentencia sería correcta la construcción de un delito de lesiones intentadas dolosas o un delito de amenazas del 171.4 sobre la esposa y un delito de lesiones consumadas por dolo eventual sobre el tercero que se encuentra en el lugar y es previsible que intervenga.

En la actualidad, muchos Juzgados de lo Penal dictan sentencias en las que, si el marido quiere agredir a la esposa y finalmente alcanza al bebé que lleva en los brazos, o a un hijo que se interpone entre el agresor y su madre, se condena por un delito de violencia doméstica del art. 153.2 CP. Sin la posibilidad de hablar de delitos conexos o de delitos con una analogía entre sí, resultará muy difícil defender la competencia de los JVM. Sin embargo, si hablamos de dolos cumulativos y no de dolos alternativos como indica la sentencia 647/2009 se puede atraer la competencia de los JVM al evitar la ruptura de la continencia de la causa o entender que estamos ante delitos conexos.

Si en vez de un ascendiente o descendiente de la víctima, el que interviene es un tercero, y éste no denuncia el hecho, podemos encontrarnos con el archivo de las actuaciones por falta del requisito de perseguibilidad, si el resultado lesivo fuera leve para el tercero. En este caso, razones de justicia material, la protección de la víctima, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad justificarían la posibilidad, atendiendo las circunstancias del caso, que ese inicio de la ejecución de la agresión hacia la mujer se calificara como un delito de amenazas (art. 171.4) o unas lesiones intentadas del art. 153.1, 16 y 62 del CP.

C) Supuestos de error in persona y aberratio ictus.

1.- Si el resultado es mortal y es un error in persona o en el golpe cuando el tercero está a la vista y podemos hablar de un dolo alternativo, la calificación jurídica no varía, al no existir en nuestra legislación el delito de feminicidio y por tanto la muerte de la esposa o de la mujer unida a una relación de análoga afectividad presente o pasada se calificará de homicidio / asesinato. El error jurídico no juega en las agravantes genéricas sino en los elementos del tipo cualificantes o atenuantes, por



tanto, en estos casos el error es irrelevante y no se aplicará las eventuales agravantes de parentesco y/o discriminación por razón de género.

2.- Si el resultado es lesivo y grave, entrando el juego los arts. 149 y 150, la conclusión es la misma que la anterior.

3.- Si el resultado lesivo es leve (153/147.2 o 3) se produce un cambio de calificación jurídica que nos obliga a acudir a la construcción del concurso ideal entre el delito querido intentado y el resultado producido imprudente. Como indicábamos, es imposible la aplicación de tal construcción al resultar atípica la modalidad imprudente lesiva. Si el tercero está presente, la doctrina menor aplica un dolo alternativo, aunque haya cambio de calificación, condenado por el resultado realmente producido. Ello nos planteará grandes dificultades para atraer la competencia de los hechos hacia los JVSM. Si el dolo no es alternativo, debemos de acudir al dolo cumulativo en los términos expresados anteriormente.

VIII.- A VUELTAS CON EL ACOSO Y LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA.-

VIII.1.-VIOLENCIA PSICOLÓGICA.-

Aunque el Art. 153 CP incluye tanto el maltrato físico como el maltrato psicológico, la realidad es que existe un porcentaje muy pequeño de sentencias que condenen por V psicológica provocado principalmente por las dificultades probatorias. Esta realidad preocupa a la fiscalía y ese es el motivo de que se haya incluido entre los temas a debatir en estas Jornadas.

La ponencia estuvo a cargo del F Delegado de Alicante, quien advirtió que toda agresión física en el ámbito de la VG entraña una agresión psicológica, y la hace merecedora de una respuesta más contundente del legislador penal precisamente por las repercusiones psicológicas en la víctima y la consecuente perpetuación de la situación de dominio y sometimiento en el ámbito familiar que con ella pretende el agresor y sin embargo, con demasiada frecuencia no se califica como un delito autónomo cuando concurren en el contexto de unos malos tratos habituales.

Según señalan los psicólogos expertos en VG y que tratan con las víctimas, es una de las manifestaciones de la VG que está siempre presente, que en la mayoría de los supuestos de V física existe antes la V psicológica que presenta manifestaciones muy diferentes: silencios, miradas, descalificaciones, preguntas, amenazas veladas, violencia sobre las cosas, insultos, control, aislamiento, crear sentimientos de culpa, utilizar a los hijos y un largo ecétera.



Datos que confirma la macroencuesta de la Delegación de Gobierno para la VG de 2015, donde impera la V psicológica tanto de control como emocional, representando el 17,1%., frente al 1,8% de la V física.

- Es muy difícil de detectar porque no deja rastro visible, incluso a la propia mujer le cuesta identificarlo como violencia, porque tiende a normalizar esa conducta.
- Una vez denunciada es difícil de acreditar, salvo que se usen las redes sociales en que a pesar de la volatilidad de la P digital es posible seguir el rastro. El mismo trámite del J Rápido dificulta una investigación más en profundidad. Y eso que los psicólogos que se dedican a las víctimas afirman que con sólo escuchar su discurso es posible detectar esta violencia.
- Es la forma más destructiva de violencia, como ya dijo la OMS en 1998 es muy difícil de sanar “esta tortura mental, ese vivir con miedo”.
- Es la que produce consecuencias más graves que se extiende no sólo a la mujer sino también a sus hijos menores que ya desde 2015 son también consideradas víctimas e incluidos en el Art. 1 de la LO 1/2004.

En el ámbito jurídico, la violencia psicológica tiene encaje en varios tipos penales, pero no se utiliza un solo término para referirse a ella, así el legislador, la jurisprudencia y la doctrina hablan de “Violencia psicológica”, “violencia psíquica”, “lesión psicológica”, “lesión psíquica”, “menoscabo psíquico”, “lesión en la salud mental”.

La Circular FGE 1/98 abordó el problema de lo que llamaba las “violencias de carácter psíquico”, señalando que tenían respuestas en el CP vigente de 1995 a través de las vejaciones injustas de carácter leve, la falta y delito de lesiones (causación de menoscabo psíquico) y en el delito de trato degradante como atentado a la integridad moral.

De hecho, la LO 1/04, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no define el concepto de “violencia psicológica”, lo que plantea problemas para definir las conductas que pueden subsumirse en los correspondientes tipos penales.

En el actual CP y dentro del ámbito de la VG, la violencia psicológica, puede tener respuesta en los siguientes tipos: maltrato puntual del Art. 153 CP que no precisa tratamiento, el maltrato habitual y el trato degradante del Art. 173.1 y 2



CP, lesiones, lesión que menoscabe ... salud mental” con tratamiento del Art. 147 CP, la grave enfermedad psíquica del Art. 149 CP, pero también en las amenazas, coacciones y acoso.

Sin embargo, la realidad es que apenas se aplica el Art. 153 por un maltrato puntual que produzca lesión psíquica dada su difícil acreditación. Normalmente se configura la violencia psicológica dentro del ámbito del maltrato habitual y siempre que el informe de la UVFI refleje una lesión psicológica o estrés postraumático. La tendencia general es entender embebidas las lesiones psíquicas en el maltrato habitual, incluso cuando es posible individualizar esos ataques psicológicos lo que permitiría una calificación acumulativa y penar separadamente, como está previsto expresamente en la regla concursal del propio 173.2: *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*.

El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 10 de octubre de 2.003, “sobre la penalidad respecto a las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual”, puede trasladarse, y de hecho la jurisprudencia ya lo ha hecho, también al ámbito de la violencia habitual. Dice el Acuerdo: *“Las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del Código Penal , sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil.”*

Esta conclusión admite excepciones cuando la entidad de las lesiones psíquicas supere lo normal y adquiere individualidad propia a través de un informe médico forense. Así ha sido admitido en VG, en STS 15.5.09 cuando la víctima sufre, además del ataque una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, pronunciándose en sentido afirmativo cuando del relato fáctico resulta una sustantividad propia diferenciada del delito anterior y por lo tanto no consumidas en los delitos de maltrato habitual y de agresión sexual por el que también ha sido condenado.

A pesar de ello, la práctica forense y la postura del MF van por otro camino y en gran número de casos ni siquiera se plantea la cuestión , pese a la existencia constatada médicamente de una patología psíquica, se condena únicamente por delito de maltrato habitual. En algunos se plantea la posibilidad de castigar por ambos delitos pero no es aceptada y en la minoría si aprecia individualidad y castiga por ambos delitos.



Y es que según los psicólogos las repercusiones psicopatológicas que produce la violencia de género son muy variadas y van de las agudas y puntuales a las cronificadas siendo el más característico el Trastorno de estrés postraumático, (TEPT), que abarca el embotamiento psíquico, reexperimentación del acontecimiento traumático y aumento de la activación autonómica (hiperactividad e irritabilidad, exageración de la respuesta de alerta, dificultad de concentración y alteraciones del sueño y que puede llevar a intentos autolíticos, algunos estudios establecen una relación elevada (70-80%) con situaciones de VG, trastornos que, por lo general precisarán de tratamiento psicológico que debe ser impuesto o pautado por un médico psiquiatra como necesario para la curación.

El MF debe solicitar que los informes forenses se refieran a la necesidad o no del tratamiento y del tiempo de curación. Lo normal es que, dada la idiosincrasia de las patologías, no se pueda o sea muy difícil concretar los días de curación. Pero sí se debe hacer, o intentar, un cálculo estimado. En general, se puede establecer como criterio que si transcurridos seis meses, persisten los síntomas, ya se puede considerar una secuela. Así se ha considerado en la SAP de Almería de 30-9-2019, el tristemente famoso asunto del Niño de Níjar, "el pescadito".

El ponente abordó a continuación, la diferenciación, en el ámbito de la VG, entre el daño moral y la lesión psíquica y sus repercusiones a los efectos de la responsabilidad civil. No es lo mismo el "clima de temor", la situación de "tiranía familiar", conceptos que acuña la jurisprudencia para integrar el tipo del maltrato habitual del art. 173.2, que la lesión psicológica o psíquica como patología. La misma confusión se constata en el ámbito de la responsabilidad civil. Una cosa debe ser el daño moral derivado del maltrato y otra el daño psicológico o psíquico en que consiste la lesión psíquica, de modo que se puede dar el primero sin el segundo. El maltrato habitual genera, por lo general, siempre, y sin necesidad de especificar (doctrina del TS del "*in re ipsa loquitur*"-fluye naturalmente de la propia descripción de los hechos-) un daño moral. Pero no tiene por qué generar una lesión psíquica (en el sentido de enfermedad, de patología). Si se da esta última merece una valoración separada del daño moral, lo que, en el fondo, se va a traducir en una mayor indemnización y, por tanto, una mayor protección para la víctima.

Según la jurisprudencia, *"el daño moral está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos"*. Por su parte, el daño psíquico supondría una *"alteración o deterioro de las funciones psíquicas de una persona como consecuencia de un accidente o traumatismo que puede ser objeto de un resarcimiento"*. Tras



analizar diversas sentencias puede concluirse que con mucha frecuencia se sigue englobando todo en el concepto de daño moral a efectos indemnizatorios, y en muchas ocasiones se sigue la postura del MF que tampoco solicita una indemnización separada por cada concepto. Para revertir esta práctica es necesario que el MF comience a realizar peticiones de indemnización individualizadas, lo que permite alcanzar la justicia restaurativa a la que las víctimas tienen derecho.

Dada la dificultad de cuantificar económicamente estos conceptos señala que, respecto a la lesión o daño psíquico o psicológico y sus secuelas, propone tomar como punto de partida y a efectos meramente orientativos los criterios del baremo de tráfico.

Respecto al daño moral, resulta mucho más difícil de precisar y fijar parámetros, teniendo en cuenta que la instancia judicial es en ese punto soberana, se puede acudir a los criterios que ya se indican en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas celebradas en 2.017 (gravedad objetiva del hecho, repulsa social que genera, intensidad o reiteración, circunstancias concretas de los agraviados).

Por último, se analizaron **las cuestiones procesales** a la hora de investigar los supuestos de violencia psicológica. Admitiendo que en principio el juicio rápido es cauce procesal adecuado para los delitos de VG, entre otras varias razones porque permite dar una respuesta judicial inmediata a la víctima evitando su revictimización, impide la pérdida de material probatorio de carácter incriminatorio especialmente a través del uso de la dispensa, permite la conformidad privilegiada, en los supuestos de violencia habitual y violencia doméstica no ocurre así pues su premura impide la adecuada investigación para acreditar los hechos que normalmente requiere un informe pericial complejo e integral. Por ello la Circular FGE 4/05, estimó que era un cauce inadecuada. En la misma línea la Guía de Criterios de actuación judicial frente a la VG tanto en la actualización de 2.013 como en la de 2.016 e llega a la misma conclusión, considerando “absolutamente inidóneas” las DU y citando que también se había llegado a la misma conclusión en el Curso de formación para Jueces y Magistrados celebrado en Madrid en 2007 o el Seminario “Balance de los 5 años de funcionamiento de los JVM, de 2010. Y así se concluyó en las jornadas de fiscales especialistas de violencia sobre la mujer de 2018.

Se apuntó como buena estrategia la posibilidad de continuar por los trámites del Juicio Rápido en relación al último hecho, el que ha motivado el atestado que ha originado la incoación de las DU, para asegurar la prueba y en último término, la condena, por ese último hecho y solicitar que se deduzca testimonio para la



incoación de DP por un delito de maltrato habitual por el resto. En ese caso, lógicamente, en el escrito de acusación por ese último hecho puntual se deberá solicitar que por el J. de lo Penal se remita testimonio de la sentencia que se dicte para su unión a las DP incoadas por el maltrato habitual.

Es posible que el JVM o de guardia no acepte la transformación del procedimiento a DP y acuerde la continuación por los trámites de las DU, problema de difícil solución porque el auto en que se así se acuerda no es susceptible de recurso (art. 798.2.1º LECrim: el auto en que se acuerda considerar suficientes las diligencias practicadas “no será susceptible de recurso alguno”). En estos casos, añadió, se debe dejar constancia en el acta de la petición de diligencias, concretándolas y formular el escrito de acusación, para no abocar al sobreseimiento; y, sobre todo, formular protesta por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes conforme al art. 24 CE, lo que permitirá luego en el turno de intervenciones del art. 786.2 LECrim o en el momento de la impugnación de la sentencia del 790.2 LECrim, reproducir las alegaciones y fundar la nulidad para tratar de retrotraer las actuaciones a la fase de instrucción y poder en ella practicar las diligencias omitidas. Esta postura fue mantenida por la Fiscalía de Alicante y aceptada por el J de lo Penal al considerar que la investigación no estaba concluida, criterio confirmado por la AP.

La transformación del proceso también encierra inconvenientes que el MF debe valorar a la hora de tomar esa decisión, especialmente derivados del uso de la dispensa por lo que es sumamente conveniente derivar a la OAVD o a los servicios de protección de la mujer adecuados a la víctima, para que la misma reciba el correspondiente asesoramiento y asistencia profesional que conjure esos peligros.

VIII.2.- EL DELITO DE ACOSO.-

De nuevo se vuelve a analizar los problemas que plantea el delito de acoso introducido en 2015 en nuestro CP como una modalidad del delito de coacciones en el Art. 172 ter CP.

La ponencia estuvo a cargo de la Fiscal Delegada de Cáceres que analizó la jurisprudencia producida en los dos últimos años desde el punto de vista de su coincidencia o no con los criterios mantenidos en las jornadas de los años anteriores. Recordó la doctrina sentada sobre este delito en las dos sentencias dictadas por el Alto Tribunal en 2017 que hacen hincapié de la necesidad de analizar caso por caso para determinar si esa conducta es apta para generar temor en la víctima llegando a condicionar sus costumbres y hábitos y en el carácter insistente y repetitivo.



Comenzó señalando que no ha encontrado ninguna sentencia que apoye la posibilidad de formas imperfectas de ejecución, cuando a pesar de esa conducta de intromisión reiterada y sistemática no se había producido la grave afectación de la vida cotidiana de la víctima. La única fue una sentencia del JP de Alicante que fue revocada por SAP de Alicante de 24-4-2019, absolviendo al acusado. Sin embargo, la sentencia en su fundamentación jurídica no explica bien las razones de esa absolución porque reconoce que el acoso es un delito de resultado que se perfecciona no sólo cuando se realicen esas conductas, sino cuando a consecuencia de ello, la víctima vea alterada su vida de forma grave y sustancial, lo que parece apoyar la posibilidad de formas imperfectas. La misma postura se mantuvo por JP nº 2 de Tarragona dictada el 30-4-2018 que absolvió del delito de acoso por no haberse acreditado la grave afectación a la vida de la víctima y recurrida por el MF en base a que el juzgador no se había pronunciado sobre la posibilidad de la tentativa, fue desestimado por la AP de Tarragona en sentencia de 26-4-2019.

Analizó la SAP de la Sección 2ª de Baleares 244/19 de 1 de julio, al responder a un recurso formulado contra la SJP nº 6 que condenó por un delito de revelación de secretos y de acoso de los Arts. 197.7 y 172 ter 1, 2º, 3º y 4º CP. Los hechos en resumen, consistían en que el acusado, y dado que obraban en su poder fotografías íntimas de su ex esposa y captadas con el consentimiento de ésta, y con el fin de molestarla y hostigarla, remitió a la actual pareja de su exmujer, un pantallazo de una conversación que había mantenido con ésta, en el que salía la foto de ella completamente desnuda y posando. No contento con ello, y con la misma finalidad, remitió a su correo laboral, consciente de que su contenido iba a ser conocido por terceras personas del entorno laboral de ésta, un correo con una foto de contenido íntimo de ella y otro pantallazo de un vídeo de contenido sexual de ambos, enviando también tales correos a la cuenta de correo tanto personal como profesional del abogado que tramitaba el divorcio de ambos. El vídeo del que el acusado difundió un pantallazo no fue consentido por ella. Además, a través de un grupo de whatsapp, integrado por padres y madres del colegio, donde está escolarizado el hijo común, publicó una conversación privada y particular entre ellos. Como consecuencia del uso inconsentido y difusión de fotografías y pantallazos de contenido íntimo y sexual, así como del acoso y hostigamiento a la que viene siendo sometida por las acciones del acusado, ha alterado la vida y la tranquilidad de la misma, así como menoscabado su honor y su estima personal y social. La AP confirma la sentencia porque remitir fotos íntimas, pantallazos de contenido sexual, amenazar con continuar enviando constituyen una fuente de estrés para cualquier persona y son aptos para generar ansiedad, depresión e inestabilidad emocional



Puso de relieve la SAP de A Coruña, Sección 1ª, dictada el 7-5-2019, que resuelve un recurso formulado por la acusación particular frente a la SJP que condenó a una sola pena por un delito de acoso, en concurso ideal con otro de lesiones psíquicas, daños y quebrantamiento de condena. Señala la AP que tiene razón en parte la recurrente y los daños deben de pensarse por separado en aplicación de la regla concursal establecida en el apartado 3 del artículo 172ter del Código Penal dice que "Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso", pero no en cuanto a las lesiones psíquicas que padece la víctima pues no pueden atribuirse a uno de los muchos y concretos actos de acoso cometidos por el acusado, sino que fue todos estos hechos, como dice el relato de hechos probados: "Todos estos hechos motivaron que Casilda presente síntomas de un cuadro ansioso- depresivo reactivo a la situación desatada".

La SAP 160/18, de 14 de mayo, dictada por la Sección 2ª de Cáceres, en respuesta a un recurso formulado por la acusación particular contra la sentencia dictada por el JP que absolvía del delito de acoso por considerar que no estaba acreditado el elemento subjetivo del tipo. La sentencia impugnada afirma que la insistencia y reiteración en las llamadas, que lógicamente pudo producir desasosiego en la víctima, pudo tener también como finalidad el preocuparse por el estado del hijo recién nacido, siendo como es que el acusado se encontraba en su país, aludiendo también a que a veces algunas de estas llamadas fueron contestadas por la propia víctima. En base a estos dos datos se concluye que no está totalmente acreditado la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal de acoso del artículo 172ter CP. Por el contrario la Sala tilda de irracional dicho razonamiento apoyándose en la STS de 12 de julio de 2017 que exige para el delito de acoso en el ámbito de la violencia de género que exista una actividad insistente, que sea reiterada, que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para ello y que produzca una alteración en la vida cotidiana de la víctima. Todos estos elementos concurren en el supuesto de autos. Efectivamente, la insistencia y la reiteración en las llamadas telefónicas es evidente y se recoge en la propia sentencia, en los hechos probados y en la fundamentación jurídica de la misma, hecho acreditado por prueba documental y por la propia declaración de la víctima: el 12 de enero de 2016 , 28 llamadas, el 22 de enero , 27 llamadas, el 24 de enero 42 llamadas, el 27 de enero 30 llamadas , el 2 de febrero 22 llamadas , el 7 de febrero 82 llamadas , el 12 de febrero 33, el 16 de febrero 26, el 20 de febrero 50 llamadas, y continúa en el mes siguiente, un día, por ejemplo, 50 llamadas de teléfono. Ello produce grave desasosiego y altera la paz y tranquilidad del hogar, en cualquier persona. De esta verdadera "tortura" telefónica se deduce, en un proceso lógico de inferencia,



y con arreglo a las máximas de la experiencia y del sentido común, que el acusado tenía intención de alterar la paz de la víctima, que no solo llamó para preocuparse por su hijo o para hablar con su mujer, sino que lo hizo para hostigarla una y otra vez, produciéndole estado de ansiedad y llanto. Si en la propia sentencia se reconoce que como consecuencia de la reiteración de las llamadas la víctima "se sintió verdaderamente perturbada", y también se declara en la misma que su declaración resulta creíble, (si es creíble lo es en su totalidad, no para unos delitos sí y para otros no), entonces habrá que concluir, en un razonamiento lógico, que ha existido el delito de acoso del artículo 172ter CP, pues el elemento subjetivo del tipo se deduce, sin un especial esfuerzo interpretativo, de los hechos objetivos y probados en la sentencia, la altísima reiteración de llamadas telefónicas en un lapso temporal determinado y relativamente breve. Por todo ello, procede declarar la nulidad de la sentencia en lo que se refiere exclusivamente al delito de acoso, debiéndose celebrarse nuevo juicio para este concreto delito exclusivamente por otro tribunal.

Concluyó señalando la disparidad jurisprudencial a la hora de condenar por estos hechos, siendo frecuente la consideración de un delito de coacciones leves continuadas, la misma diferencia de criterios se observa a la hora de dar respuesta cuando concurren diversos delitos junto con el acoso, quizás porque como advirtió el TS, *"se trata de un tipo penal muy "pegado" a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado. Dicho de otro modo, el análisis de cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración, y por otra parte a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima nos conducirá a la existencia o no de tal delito de acoso"*.

IX.- EL PAPEL DEL FISCAL AUTONÓMICO y EPÍLOGO DE LAS JORNADAS.-

Dentro de la línea de potenciar la figura del Fiscal Autonómico, se incluyó una intervención de la Fiscal Delegada de Málaga y de la CA de Andalucía, donde expuso las funciones que desarrollaba por Delegación de la Fiscal Superior, conforme al Decreto de nombramiento y el marco normativo de las mismas, refiriéndose a la LO integral 1/2004 de ámbito estatal, como la ley autonómica, Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, modificada por la Ley 7/2018 de 30 de julio. Hizo especial hincapié en la base estatutaria de esa figura, concretamente el EOMF reformado por Ley 24/2007 y las instrucciones de la FGE 5 y 11 de 2007 y 5/2018.



Entre las funciones que desarrolla significó las siguientes: Coordinación de las Delegaciones Provinciales, Unificar Servicios de la C.A., Elaborar estudios, informes y Memoria de la Fiscalía Superior; Representación de Órganos Colegiados de la C.A.; Unificar criterios de Actuación en Cuerpos Policiales Autonómicos; Dación de cuentas; La Portavocía de la Fiscalía Superior en materia de VG; Asistir a reuniones con Autoridades y Organismos de la C.A.

Se detuvo en la función de intervención en la elaboración de Convenios entre la CA de Andalucía y la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer, al ser la CA que más ha trabajado en esa materia:

1.- Protocolo de atención primaria en 2008, actualizado en 2015 introduciendo novedades y elaborando unas guías rápidas de actuación.

2.- Convenio de colaboración entre la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas sociales y la Fiscalía Superior de Andalucía, suscrito en 2011 que se ha ido renovando cada dos años y que es pionero en el abordaje de las urgencias médicas y atención sanitaria en el ámbito de la Violencia de Género.

2.- Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y Ministerio Fiscal en materia de Violencia de Género. Concebido para la formación y especialización del MF, asumiendo la Junta de Andalucía su financiación. En base a ese convenio ya se han celebrado 5 jornadas anuales y se ha formado a más de 100 fiscales, compartiendo esa formación desde hace 2 años con los médicos del IML de Andalucía para fomentar la colaboración institucional tan necesaria en esa materia.

Por último, la intervención de la Fiscal de Sala tuvo como objetivo, resumir a modo de cierre las cuestiones más importantes abordadas y que posteriormente tendrán su reflejo en las conclusiones que se elevarán a la aprobación de la Excm. Sra. FGE.

En especial el importante papel que el MF tiene que desarrollar con las víctimas debiendo velar por sus derechos y su protección durante el procedimiento, que no es más que facilitar el acceso a la justicia, eliminando las barreras derivadas de los estereotipos de género. Se recuerda que los recursos suponen una herramienta de la que se dispone ante una resolución que no estima la postura del MF, para provocar resoluciones judiciales que aborden el problema. Igualmente, El Pacto de Estado en materia de Violencia de Género evidencia la relevancia de la transversalidad de la perspectiva de género, que debe ser incorporado como elemento de análisis a nuestro trabajo diario para conseguir que el principio de igualdad sea efectivo y real. Todo ello indica que comienzan



a configurarse unos nuevos y específicos parámetros en la aplicación del derecho penal en estos delitos.

La necesidad de coordinación en la respuesta judicial a la víctima y de profundizar en materias como la sensación de impunidad por la violencia psicológica con frecuencia más dañina y humillante que la violencia física, la figura del quebrantamiento de condena o de medida cautelar, tipo delictivo en alza, que afecta directamente a la seguridad de la víctima y es un indicador que eleva el riesgo y, como siempre el mejorar y perfeccionar la actuación de la Fiscalía a la hora de proteger a la víctima y los menores a la luz de los últimos cambios en los indicadores de VIOGEN que ha dado lugar a la Instrucción 4/2019 SES.

X.-CONCLUSIONES FINALES.-

A) LA JURISPRUDENCIA DEL TS EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

1.- La jurisprudencia del TS está realizando una importante función nomofiláctica para unificar criterios en los tipos delictivos relativos a la violencia sobre la mujer, antes vedados a la vía casacional, provocando el análisis de los tipos penales, de los hechos y circunstancias que les rodean y de la prueba desde un enfoque de género que permite contextualizar mejor la realidad concreta de violencia a la que se aplica la norma y, en definitiva conseguir una sentencia más justa e igualitaria. El MF como parte del proceso, defensor de las víctimas y conocedor de esa situación de desequilibrio y dominación que se esconde detrás de cada víctima, debe ser promotor e impulsor de cambios jurisprudenciales que permitan visibilizar esta realidad, especialmente a través de los recursos.

2.- La perspectiva de género reflejada en varias sentencias del TS, es un método de análisis y punto de vista que permite visualizar aquellas situaciones de discriminación para las mujeres tan normalizadas en la sociedad, para conseguir una justicia igualitaria como establece la CE y el Art. 4 de la Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo); Los/as Fiscales deberán incorporar dicha perspectiva en su actuación al abordar a la víctima, evitando reiteradas declaraciones, a la hora de redactar el relato de hechos y el escenario de la relación existente entre agresor y víctima, en la apreciación de circunstancias atenuantes y agravantes, especialmente la de actuar por razones de género, al proponer y valorar la prueba y la declaración de la víctima y al formular recursos.



B) EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O MEDIDA CAUTELAR. -

3.- El elemento subjetivo del delito de quebrantamiento ha sido clarificado por la STS del Pleno 664/2018 de 17 de diciembre. Se exige un dolo genérico sin que sea necesario acreditar ningún móvil o ánimo. Bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. El consentimiento de la víctima es irrelevante.

4.- La continuidad delictiva en el delito de quebrantamiento es pacífica en la jurisprudencia del TS cuando se produce un nuevo acto de quebrantamiento tras haberse repuesto la situación antijurídica anteriormente creada y se den el resto de los requisitos del art. 74CP. No se vulnera el principio *ne bis in idem* cuando se califica un delito de violencia de género cualificado con un quebrantamiento de medida por hechos de un día y un delito de quebrantamiento continuado por las llamadas realizadas al día siguiente.

5.- El Fiscal ha de ser citado siempre a las declaraciones de imputado y víctima en los procedimientos incoados por delito de quebrantamiento de medidas o penas de alejamiento y prohibición de comunicación. Los/as Fiscales Delegados/as deberán realizar las gestiones necesarias ante los órganos judiciales para garantizar el cumplimiento de esta obligación legal, y asegurar la presencia del MF en esas declaraciones.

6.- Tras un quebrantamiento de pena o medida de alejamiento no cabe generar espacios temporales de indefensión de la víctima, de forma que se procurará, si fuera posible, la inmediata instalación de dispositivo telemático de control o subsidiariamente el ingreso en prisión provisional del imputado. La comparecencia prevista en el art. 544 bis *in fine* es preceptiva y muy importante su celebración al revelar el incumplimiento de la medida, en la mayoría de los casos, un aumento del riesgo para la víctima. Los/as Fiscales velarán por el cumplimiento inmediato de la misma, adoptando todas las medidas necesarias para ello, sin perjuicio de la conveniencia de elaborar un protocolo de actuación con el CGPJ tendente a agilizar dicho trámite.

7.- El delito de quebrantamiento evidencia la constatación y objetivación del riesgo previsto en el momento de adoptarse la medida o la pena acordada. Si por cualquier razón el enjuiciamiento y posterior condena del



delito de quebrantamiento es anterior a la celebración del juicio en donde se acordó la medida quebrantada o de la firmeza de la sentencia en donde se impuso la condena incumplida, los/as Fiscales habrán de ser muy restrictivos en el dictamen positivo a la suspensión de la pena al ser razonable esperar un pronóstico negativo de reinserción del penado.

C) VALORACION DEL RIESGO. -

8. .- La formulación de la denuncia es un momento muy delicado donde el riesgo para la integridad y seguridad de la víctima se incrementa, lo que requiere una actitud vigilante del MF a la hora de analizar los indicadores y solicitar las medidas de protección adecuadas a la víctima y sus hijos menores. El sistema VIOGEN debe ser consultado.

9.- Los/as Fiscales solicitarán, -si no procediera la prisión provisional-, la instalación de dispositivo telemático de control en aquellos supuestos en los que VIOGEN ofrezca una valoración policial de riesgo ALTO o EXTREMO, y en los supuestos de riesgo MEDIO cuando vaya acompañado de alerta por caso de especial relevancia, sin perjuicio de solicitar informe pericial forense de valoración de riesgo complementario.

10.- Respecto a las medidas civiles: En los supuestos en los que el nivel de riesgo sea ALTO O EXTREMO así como en los supuestos en los que el nivel de riesgo sea MEDIO y concurra con un aviso de menor en situación de vulnerabilidad o de menor en situación de riesgo, la regla general será oponerse a un régimen ordinario de visitas, solicitándose siempre que sean visitas supervisadas en el PEF., sin perjuicio de solicitar informe pericial forense de valoración de riesgo complementario.

D) COORDINACION INSTITUCIONAL.-

11.- El MF como establece el Art. 3 EOMF, es el garante de los derechos de las víctimas y testigos durante el procedimiento, lo que nos obliga a velar por la efectividad de sus derechos desde el momento en que llega al órgano judicial, en especial el derecho a ser informada de una forma inmediata y clara de la asistencia jurídica gratuita y de la existencia de la OAV. , que apoyen, orienten y asistan a la víctima de VG en ese momento decisivo.

12.- La intervención de la OAV con la víctima, incluso antes de prestar declaración favorece que ésta tome conocimiento y ordene sus ideas, realizando una exposición más clara y una mayor persistencia en la denuncia, con menor incidencia de la dispensa del Art. 416 Lecrim, por lo que las/os Fiscales, siempre que se disponga de ese recurso en las



dependencias judiciales, deberán instar al órgano judicial para que realice la debida información y el ofrecimiento de ese servicio de apoyo y acompañamiento.

E) ACTUACIÓN CON VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES.-

13.- Cuando se observe que estamos ante una víctima vulnerable por su menor edad, o porque presenta alguna discapacidad necesitada de especial protección o se trata de una persona de avanzada edad, el MF debe instar su evaluación por la OAV, a fin de que realice el informe de vulnerabilidad, conforme a los Art. 28.2, en relación con el art. 23 y 26.1 a) y b) LEVD, con que justifique la petición de Prueba preconstituida.

14.- Cuando se acuerde la práctica de Prueba preconstituida, no será suficiente la mera ratificación de la declaración ya prestada, debiendo ir dirigida la intervención de las/os Fiscales a conseguir una declaración lo más amplia y detallada posible, especialmente en aquellos aspectos que puedan ser importantes para atacar/ neutralizar las posibles líneas defensivas del investigado

15.- En el caso de prueba preconstituida de víctimas con discapacidad física o intelectual, el MF debe asegurarse del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Art. 433 LECrim, recabando la intervención de intérpretes adecuados y recurriendo a la figura del facilitador siempre que se considere conveniente.

16.- Se recuerda el necesario cumplimiento del art. 134 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, informando la Oficina de Extranjería y a la Comisaría de Policía correspondientes sobre la finalización del procedimiento a los efectos previstos en dicho artículo.

17.- Tras la incoación de un procedimiento penal por violencia de género en el que la víctima tenga judicialmente modificada su capacidad, el/la Fiscal interviniente lo pondrá en inmediato conocimiento de la Sección de Discapacidades de la Fiscalía, actuando en permanente coordinación para garantizar la protección de la persona y el patrimonio de la persona con discapacidad. Igualmente habrá de hacerse constar en el extracto la discapacidad que sufra la víctima, si fuera relevante, para conocimiento del Fiscal que acuda a la vista oral.



18.- Siguiendo el ejemplo seguido por la Fiscal Delegada de Andalucía, sería conveniente suscribir Protocolos de actuación con Los Servicios Sociales que posibiliten detectar supuestos de violencia de género en personas mayores o discapacitadas y ponerlos en conocimiento del MF para su adecuada protección. Igualmente será conveniente instar protocolos de actuación que agilicen la asistencia de las víctimas discapacitadas y/o su traslado a una residencia adaptada a sus necesidades .

F) VIOLENCIA VICARIA E INSTRUMENTAL. -

19.- La violencia vicaria deberá ser inicialmente competencia de los JVM, a fin de investigar el posible delito de lesiones psíquicas en concurso ideal o medial con la muerte del hijo/a o ser querido. En los delitos de violencia vicaria se valorará la concurrencia de la agravante de discriminación por razón de género si en el delito violento del ser querido por la víctima concurre un sentimiento de propiedad o posesión sobre la mujer y un fin de causarle un dolor irreparable.

20.- Cuando la intención inicial del inculpado sea agredir a su esposa o mujer unida a él con una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia, presente o pasada y finalmente el ataque recaiga sobre un tercero, se reclamará inicialmente la competencia de los JVSM por razones de conexidad o de no ruptura de la continencia de la causa para garantizar la protección integral de la víctima.

G) EL ACOSO Y LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA.-

21.- Tras el análisis de la jurisprudencia producida estos dos últimos años en relación al delito de acoso previsto en el Art. 172 ter CP, se consideran vigentes las conclusiones alcanzadas en las jornadas de Fiscales de 2016, en lo relativo a la formulación del escrito de acusación que deberá incluir una detallada descripción de la conducta desplegada por el sujeto activo y los efectos que la misma haya producido sobre la vida cotidiana del sujeto pasivo.

22.-Igualmente sigue vigente la conclusión relativa a los problemas concursales que plantea este tipo delictivo a resolver conforme a la cláusula establecida en el Art. 172 ter. Apartado 3 CP. No obstante, los/as Fiscales deberán analizar en cada caso la relación en que se encuentran los diversos tipos delictivos imputados a fin de evitar bien la impunidad de alguno de ellos bien la doble incriminación por vulneración del principio ne bis in ídem.



23.- Respecto a la violencia psicológica, cuyos efectos son más graves y perniciosos para la víctima, se refleja la preocupación por el escaso número de denuncias y condenas existentes, dada la dificultad probatoria por lo que se recuerda que al igual que en los delitos de acoso del Art. 172 ter CP y la violencia habitual del Art. 173.2 CP, no parece que el trámite oportuno sean las DUJR. En consecuencia los/as Fiscales solicitarán como criterio general, la transformación de DUJR a Diligencias Previas, a fin de poder instruir la causa recabando informes de la UVIF y/o psicosociales, y otras pruebas que permitan acreditar los hechos y la incidencia real que hayan producido sobre la víctima. Eso incluye las alteraciones psíquicas, concretando la necesidad o no de tratamiento y el tiempo de curación, a fin de poder solicitar una indemnización adecuada y reparatoria para la víctima, en que se distinga el daño moral y psicológico.

Madrid a 16 de diciembre de 2019

Fdo.: Pilar Martín Nájera
Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer