

JORNADAS DE ESPECIALISTAS EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

MADRID, 23 Y 24 DE SEPTIEMBRE DE 2013

Soledad Cazorla Prieto

Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer

RESUMEN

Como en años anteriores trato de sintetizar las cuestiones mas relevantes en violencia sobre la mujer ocurridas desde el último encuentro.

Este año 2013 reflejo las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que resuelven sendos recursos de casación que fueron anunciados por la Fiscalía de Valladolid y Sevilla y, formalizados por la Fiscalía del Tribunal Supremo en relación a los delitos de agresión sexual. A continuación examino la mas reciente jurisprudencia que trata de diferentes cuestiones, tanto sustantivas como procesales en torno a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Así mismo se plasman las estadísticas sobre los casos mas graves de violencia sobre la mujer con expresa referencia a los supuestos que culminaron con la muerte de la pareja o ex pareja, a pesar de haber presentado denuncia.

Se refleja como novedad el Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género de diciembre de 2012 que sustituye al del año 2007 y en el que se amplían aspectos jurídicos.

Por último, refiero el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 sobre el art. 416 L.E.cri que fue tratado en la Junta de Fiscales de Sala de 3 de Julio del año en curso.

SUMARIO

I.- EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EN LOS DELITOS PARA LA TUTELA DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

1.- INTRODUCCION

2.- ANTECEDENTES

2.1.- Supuesto de la Audiencia Provincial de Valladolid.

2.1.1. *Hechos probados.*

2.1.2. *Recurso Ministerio Fiscal.*

2.1.3. *La Sentencia del Tribunal Supremo*

2.2. Supuesto de la Audiencia Provincial de Sevilla.

2.2.1. *Hechos Probados.*

2.2.2. *Recurso Ministerio Fiscal.*

2.2.3. *La Sentencia del Tribunal Supremo.*

3.- SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN RELACIÓN A LAS AGRESIONES SEXUALES Y ABUSOS SEXUALES CON PREVALIMIENTO.

4.- LEGITIMACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA RECURRIR EN CASACIÓN NO ESTANDO PERSONADA EN LA INSTANCIA.

5.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS EN RELACIÓN A LAS DIFERENTES CONDUCTAS INCARDINABLES EN UNOS SUPUESTOS EN AGRESIÓN SEXUAL O ABUSOS CON PREVALIMIENTO.

5.1. Casos de agresión sexual.

5.2.- Algunos supuestos de abusos sexuales con prevalimiento (art. 180.3 C.P) en recientes Sentencias del Tribunal Supremo.

II.- SOBRE LA DACIÓN DE CUENTAS. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS.

III.- PROTOCOLO COMÚN PARA LA ACTUACIÓN SANITARIA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

1.- Introducción

2. El apoyo de la Fiscalía

3- Sobre el compromiso de confidencialidad respecto a la información conocida en virtud del ejercicio profesional.

IV.- SOBRE EL ART. 416 L.E.Cri. : LA DISPENSA A NO DECLARAR.

I.- EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EN LOS DELITOS PARA LA TUTELA DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

1.1- INTRODUCCIÓN

En mi ponencia del Seminario de especialistas que celebramos el 8 y 9 de octubre del año 2012, en el apartado dedicado a la introducción, hacía hincapié en la necesaria coordinación entre los Fiscales Delegados, la Fiscalía de Sala especializada y la Fiscalía del Tribunal Supremo a la hora de anunciar o formalizar los recursos de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo “al objeto de encontrar la necesaria coordinación en los planteamientos jurídicos esenciales y , para en todo caso, armonizar los criterios basados en la unidad de actuación”. Para cumplir con tal propósito se recordaba la necesidad de poner en conocimiento de los Fiscales Coordinadores aquellos recursos de casación, que en relación a esa especialidad, se preparen por las Fiscalías Territoriales (Fiscalías Provinciales y de Área).

En base a ello, se expuso en ese último encuentro de Fiscales especializados en violencia sobre la mujer, dos recursos que habían sido formalizados ante la Sala II una vez preparados por la Fiscalía de Valladolid y por la Fiscalía de Sevilla. Ambos supuestos eran similares en cuanto a su contenido y planteamiento técnico- jurídico, centrándose el objeto del debate jurídico en el consentimiento de la mujer como sujeto pasivo en sendos delitos de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CºP. En ambos casos las sentencias eran absolutorias, en este concreto extremo, siendo el motivo por el que se formalizó el correspondiente recurso por infracción de ley del art. 849 nº 1 de la L.E.crim por indebida inaplicación de los preceptos sustantivos ya citados.

El Tribunal Supremo, ha resuelto ambos recursos del Fiscal el 25 de enero (Valladolid) y el 13 de febrero de 2013 (Sevilla). ¹

2.- ANTECEDENTES

2.1.- Supuesto de la Audiencia Provincial de Valladolid

2.1.1 Hechos probados: *“El acusado, el Miloud Bouhalhal, mayor de edad, sin antecedentes penales, vivía, en el año 2008, en Valladolid, con su esposa, Sakina Serji, con quien tenía un hijo de dos años, en un domicilio compartido con otras personas, facilitado por una ONG.- el acusado era consumidor habitual de alcohol, y, cuando bebía, discutía con Sakina Serji, llegando a golpearla, a ella y al menor, insultándola y ejerciendo sobre ella un total sometimiento, que a Sakina le infundía gran temor. Sakina manifestó, en varias ocasiones, a las personas encargadas de la ONG, la situación de control y humillaciones y golpes a la que estaba sometida, pero, en modo alguno, quería denunciar su situación, ni apartarse del acusado, dada su carencia de recursos materiales, de tal modo que siempre accedía a los deseos y*

¹ Asunto Sevilla. Recurso 1125/2012; Sentencia 132/2013; Fallo 13-2-13. Asunto Valladolid: Recurso 408/2012; Sentencia 87/2013; Fallo 25/1/2013.

órdenes de él. En tal contexto, el 20 de enero de 2008, y el 26 de enero de 2008, como quiera que el acusado llegó al domicilio de autos en estado de total embriaguez, propuso a Sakina mantener relaciones sexuales, negándose ésta, alegando que estaba embarazada, pero finalmente, el acusado, consiguió su propósito, accediendo a ello Sakina ante el temor que el infundía el acusado".

La Sentencia de instancia argumenta en el Fundamento jurídico tercero que "el simple miedo a las represalias, no es bastante para integrar el requisito de la intimidación que prevén los art. 178 y 179 CºP. y ello ... porque el temor que el acusado ejercía no se dirigía a la obtención de acosos sexuales, sino al sojuzgamiento, en la que la relación sexual es una parte mas".

2.1.2 El Ministerio Público en su Recurso discrepó de la no existencia de intimidación, destacando "la conducta brutal desplegada en el tiempo por el acusado" describiéndose en el factum una intimidación generada – sobre todo- en el ámbito familiar- mediante una paulatina y persistente coerción y amedrantamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta².

A pesar de los, a mi juicio, acertados razonamientos del Fiscal que preparó el recurso plasmados en la formalización del mismo, no prosperó nuestra tesis manteniéndose la absolucón de la Audiencia, aunque con un voto particular frente al criterio mayoritario de la Sala II.³

2.1.3 La Sentencia del T.S.

Los argumentos que fundamentan la no casación de la Sentencia y la firmeza de la misma giran sobre tres premisas: la calificación jurídica y el consentimiento de la víctima y la dificultad que entraña según la Jurisprudencia del TEDH y del T. Constitucional sobre la condena "ex novo".

a) En cuanto a la calificación y el consentimiento, ya la Sentencia de la Audiencia en la Fundamento Jurídico Primero reprocha a la acusación el que solo se ciñera a los dos delitos de violación, incidiendo la Sentencia de Casación en el mismo extremo sobre el principio acusatorio que rige en nuestro derecho penal, "refiriéndose indudablemente a los tipos de maltrato habitual previstos en el art. 173.2 CP. Sin embargo, el Fiscal, única parte recurrente, tampoco hace referencia alguna a esta calificación alternativa en el recurso de casación, por lo que la misma no solo sería contraria al Principio Acusatorio sino también al derecho de defenderse, aun admitiendo una hipotética homogeneidad entre ambos tipos delictivos.⁴

A mi juicio, tienen razón los que mantienen este argumento pero como un concurso real, sino como una alternativa en la conclusión segunda del escrito de calificación. Del relato fáctico fluye sin ningún esfuerzo interpretativo, episodios anteriores y reiterados a los acaecidos el 20 y 26 de enero de 2008, encuadrables en la violencia física y psíquica habitual (golpes a ella y al hijo, insultos, sometimiento) omitida por la acusación, hechos éstos, por un lado, independientes de las agresiones

² El Fiscal reseñaba en su informe las STS de la Sala II de 30-12-04, 22-12-08y 26-1-12. La fecha de su dictamen era de 7 de marzo de 2012.

³ La Sala estaba compuesta por cinco Magistrados.

⁴ Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de la Sala II.

sexuales pero no ajenos a la voluntad o, mejor expresado, a la falta de voluntad del sujeto pasivo, al estar cercenada, puesto que tales actos son la contribución decisiva y eficaz a la imposibilidad de resistencia en base a la intimidación sistemática y causal que narra el *factum* "... ante el temor que le infundía el acusado".

En este supuesto analizado y juzgado son inescindibles los actos anteriores y constantes de la intimidación que sufría la mujer y como veremos mas adelante al mencionar recientes resoluciones sobre esta cuestión que nos ocupa y en contra de lo que se afirma en esta Sentencia: el miedo a las represalias puede ser bastante para integrar el requisito que prevén los artículos 178 y 179 Cº P.

b) En cuanto a la sentencia condenatoria "ex novo" en el recurso de casación. Todos conocemos como nuestra jurisprudencia acogiendo los criterios interpretativos del TEDH y T.C.⁵, excluye la posibilidad de una condena en casación en los casos en que un acusado haya resultado absuelto en el juicio de instancia, si ello requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos ya que ello exigiría que fuera oído el absuelto en la instancia durante la casación⁶. Sin embargo, considero que nada hubiera impedido el fallo condenatorio, por cuanto la cuestión no atañe a una nueva valoración de la prueba sin la intermediación y contradicción propia del juicio oral, es una cuestión de subsunción jurídica en base a la narración fáctica, se ciñe a la controversia jurídica de comprobar si la conducta descrita contempla los requisitos del tipo penal por los que venía siendo acusado.

Por ello, el voto particular sostiene que "la sentencia sometida al presente control casacional es claramente arbitraria por contradictoria *"ya que el *factum* recoge la intimidación y sin embargo la desactiva en la motivación."* La solución a este dilema que propone el Magistrado discrepante es que se hubiera debido anular la sentencia y de oficio devolverla al Tribunal de procedencia para que se realizara nuevo juicio con otros Magistrados, argumentando que tal decisión no afectaría al derecho del absuelto a no ser doblemente juzgado por unos mismos hechos, ya que tal limitación no incide en caso de sentencias nulas porque *"decretada la nulidad se impide que procesalmente puedan entenderse existentes"*.

2.2.- Supuesto de la Audiencia Provincial de Sevilla

2.2.1. Hechos probados: *"PRIMERO.- Manuel Jesús Vargas Silva, mayor de edad y sin antecedentes penales, inició a principios de 2007 una relación afectiva de pareja, que duró unos dos años, con Desireé Almansa García; pasados unos seis meses de su inicio y a lo largo del resto de la relación, Manuel Jesús humillaba y vejaba a Desireé, repitiéndole que no valía para nada, dirigiéndole con frecuencia insultos como "guarra" o "puta", prohibiéndole salir con sus amigas e incluso sus*

⁵ Del T.C. Sentencias 142/2011, de 26 de septiembre; 36/08, de 25 de febrero. Del TEDH: 25 de octubre 2011 caso Almenara Álvarez contra España; 13 de diciembre 2011, caso Valbuena Redondo contra España. 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; 27 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España. En el TS: sentencias 998/11 de 29 de septiembre; 1052/11 de 5 de octubre; 1106/11 de 20 de octubre; 164/12, de 3 de marzo y 10024/13 de 24 de mayo, entre otras.

⁶ Lo que no esta previsto en la sustanciación del recurso de casación. Acuerdo de la Sala General de 19/12/12, en el que se decidió que *"la citación del acusado recurrido a una visa oral para ser oído personalmente antes de la decisión del Recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la la Ley"*

hermanas, impidiéndole vestir aquellas prendas que él consideraba demasiado atrevidas, conminándola a que dejara el trabajo y llegando en reiteradas ocasiones a golpearla y propinarle bocados, todo ello con el solo propósito de someterla a sus dictados; muestra de estos comportamientos fueron una ocasión en que Desireé manifestó su deseo de no acudir a una barbacoa y Manuel Jesús la sacó violentamente del turismo en que viajaban y otra ocasión en que, encontrándose de viaje en Almería, Manuel Jesús consideró que el vestido con que se proponía salir a la calle Desireé era demasiado corto y estuvo empujándola e insultándola hasta que la obligó a cambiárselo por otro. Finalmente Desireé puso fin a la relación en febrero de 2009, si bien posteriormente mantuvieron algún contacto que Desireé aceptaba principalmente para evitar que su negativa provocara nuevas reacciones violentas en Manuel Jesús, motivo que también la llevaba a no rechazar frontalmente los intentos y propuestas de éste de reanudar tal relación.

El día 4 de abril de 2009, sobre las 6 de la mañana, Manuel Jesús se personó en un establecimiento de Sanlúcar la Mayor que también frecuentaba Desireé y allí supo que ésta se había marchado con un amigo común, por lo que decidió buscarla y se dirigió al que allí conocen como Camino Viejo, donde efectivamente localizó el vehículo Desireé, en cuyo interior se encontraba ésta junto con José Manuel Morales Jaén, tras lo cual abrió la puerta del acompañante y de forma violenta la obligó a salir tirándole del brazo, al punto de que salió sin los zapatos que en ese momento no tenía puestos; como quiera que José Manuel le dijo que no se fuera con él, y a fin de evitar que se enfrentaran ambos varones, Desireé le dijo que no pasaba nada, que iba a hablar con Manuel Jesús y efectivamente subió al asiento del copiloto del turismo de éste último. Manuel Jesús condujo el turismo hasta un descampado sito en el Polígono Industrial de Olivares, y durante el trayecto iba empujando a Desireé hasta hacer que se golpeará con la ventanilla de su lado, deteniendo el vehículo y golpeándola nuevamente, propinándole incluso un bocado en un pecho, al tiempo que exhibió tanto un cuchillo como un destornillador mientras le exigía que le mostrara el contenido de su teléfono móvil, sin conseguirlo por la negativa de ella, llegando a introducir su mano por el pantalón y la ropa interior de Desireé hasta palparle la vagina con el propósito de comprobar si había tenido relaciones sexuales con el amigo en cuestión. A resultas de estos hechos Desireé sufrió equimosis en ángulo inferior de mama derecha, dolor a la palpación en cuero cabelludo, región temporal derecha e izquierda y occipital derecha, hombro derecho doloroso y un pequeño hematoma en espina tibial derecha, de todo lo cual sanó en tres días habiendo precisado tan sólo la primera asistencia facultativa.

Seguidamente, y tras pasar de nuevo por el lugar en que la había encontrado para tratar sin éxito de localizar algún preservativo u otro vestigio de la relación sexual que presumía había tenido con aquel amigo, y pese a que Desireé le manifestaba que quería irse a su casa, Manuel Jesús condujo hasta su propio domicilio, que se encontraba en C/ Maestra Doña Carmela nº 5, bloque 2, puerta A, y que compartía con su padre que se encontraba acostado en su dormitorio, al que llegaron sobre las 8´30 horas, accediendo a la habitación que allí ocupaba Manuel Jesús y en la que en ocasiones habían pasado ambos la noche, habitación en la que mantuvieron relaciones sexuales completas por vía vaginal, relación que Desireé aceptó con el propósito de no enojar a Manuel Jesús y poderse marchar a casa; ya sobre las 12´30 horas y ante los ruegos de Desireé, Manuel Jesús la llevó hasta el lugar en que Manuel Morales, siguiendo las indicaciones que este último le diera por teléfono en la madrugada, había dejado el turismo de aquella con las llaves en la guantera."

La sentencia de instancia condenó por diferentes delitos (coacciones, “lesiones leves”, y maltrato habitual) absolviendo al acusado de los delitos de agresión sexual (el Fiscal acusaba de un delito continuado de los art. 178 y 179 C.P.) y de detención ilegal del art. 163.1 C.P.

Centrándonos en las agresiones sexuales, la conducta es la referida al apartado de “*palparle la vagina con el propósito de comprobar si había tenido relaciones sexuales...*” y el referido en el factum sobre las relaciones sexuales que Desirè “*aceptó con el propósito de no enojar al acusado y poderse marchar a casa*”.

Las razones que esgrime la Audiencia de Sevilla para la absolución de estos dos actos concretos, son: en el primero no hay ánimo lascivo ni atentado a la libertad sexual, siendo un episodio más de continuo control, dominación, trato vejatorio y humillante encuadrable en el maltrato habitual y, en el segundo no hubo ni violencia ni intimidación remarcando que lo relevante no es tanto la sensación subjetiva de la víctima, sino el contenido de la acción intimidatoria.

2.2.2. El Ministerio Fiscal en fecha 6 de junio de 2012, formalizó el recurso de casación que había sido anunciado por la Fiscalía Provincial de Sevilla el 9 de mayo del mismo año, haciéndolo por dos motivos basados en infracción de ley del art. 849 nº 1 L.E.cri. por indebida inaplicación de los arts. 178 y 179 del C.P. en relación con el art. 74 del mismo texto legal (el primero), y por indebida inaplicación del art. 173.1 C.P., con carácter subsidiario al anterior ⁷en relación al episodio de tocarle la vagina, lo que constituiría, al menos un trato degradante.

Sobre el primer motivo, tema nuclear del recurso y de este apartado, entendía el Mº Público ⁸respecto al primer episodio que no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima aunque no se realice con el propósito de obtener una satisfacción sexual. Sobre el consentimiento en las relaciones sexuales ocurridas en el domicilio del padre del acusado, entiende el Fiscal que no se puede olvidar que había sido previamente la víctima, golpeada, había sufrido amenazas, exhibido el cuchillo, se le había propinado un bocado en el pecho, todo ello ocurrido en el interior de un vehículo y pocas horas antes. Ahí está la intimidación, ella no consiente la relación sexual, “la acepta resignadamente” ante el pánico a peores consecuencias, para no enfadarle mas, como dice la sentencia.

2.2.3 La Sentencia del Tribunal Supremo

⁷ Con terminología del recurso de casación de Valladolid sería con carácter alternativo.

⁸ Las STS citadas en el escrito de formalización del recurso, son las de 15 de septiembre de 2004 que analiza un hecho que guarda enorme similitud con el que se sometía a la consideración de la Sala, en donde el Hecho probado recoge: “*Le metió la mano por debajo de la falda con la intención de averiguar si había mantenido relaciones sexuales con otros hombres, palpándole con virulencia la zona exterior de la vagina...*”. También se cita la STS 494/07, de 8 de junio que analiza el elemento subjetivo del delito de abusos deshonestos.

a) Mejor suerte tuvo, en este caso, el recurso planteado por la Fiscalía, aunque no se aceptara por completo nuestra tesis, si se hizo, al menos en lo que se denomina primer episodio en donde el acusado introdujo la mano por debajo del pantalón y ropa interior para comprobar si ella había tenido relaciones sexuales.

Los argumentos utilizados por la Sala II es que el factum describe una modalidad de intimidación que denomina “situación objetiva intimidante” y de “violencia ambiental “... *la paulatina y persistente situación de coerción dirigida contra el sujeto pasivo*”. Además de la violencia física.

Acreditada la violencia queda determinar si el comportamiento descrito en el relato histórico de los hechos es atentatorio a la libertad sexual del sujeto pasivo, es decir, el acto de tener un inequívoco contenido sexual y desde la perspectiva del sentir mayoritario de la sociedad el introducir la mano hasta palparle la vagina tiene ese inequívoco contenido sexual.

Acreditada, sin asomo de duda, tanto la violencia (física y ambiental) como que el acto es atentatorio a la libertad sexual, queda discernir el tercer requisito de la tipicidad referido al tipo subjetivo, al dolo. La cuestión que aborda la Sala 2ª es si este elemento subjetivo necesariamente deber de ir acompañado del ánimo lubrico o libidinoso, ya que de seguir esta tesis (base de la absolución en la instancia) quedarían fuera de la tipicidad actos de objetivo significado sexual.

La Sala afirma: *“Hoy esa construcción, esa exigencia de una intensidad del dolo por la que el autor debía perseguir satisfacer su apetito sexual, ha sido abandonada, bastando para su realización el conocimiento de la puesta en peligro del bien por la acción agresiva” “... el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico”*.

Continua razonando la sentencia en el sentido de que en la mayoría de los supuestos ese ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual concurrirá en la conducta del sujeto. *“Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de las víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues si duda se afecta a la libertad sexual de la víctima”*.

En base a esta fundamentación, ha considerado la Sala que debía casarse la anterior sentencia, ya que la subsunción que se hizo del maltrato habitual como atentado a la dignidad es erróneo, calificando nuevamente en basa al factum, los mismos como un delito de agresión sexual.

El segundo hecho que integraba el delito continuado del art. 178, objeto del recurso del Mº Fiscal por absolución en la Audiencia Provincial, no fue estimado por el T.S. es base a que *“En el caso no se hace referencia alguna a una conducta agresiva dirigida a la realización de un acto atentatorio a la libertad sexual”*. En suma, que no ha habido intimidación para que ella prestara su consentimiento a las relaciones sexuales.

Este escueto Fundamento Jurídico parece olvidar los diferentes episodios violentos (físico-ambientales) ocurridos a lo largo de la madrugada del 4 de abril y los que acompañaron la relación de la pareja durante dos años y que sí mantuvo esas relaciones sexuales no fueron consentidas y libres sino para “no enojar” al acusado, es decir para evitar males mayores de los que ya venía padeciendo. Es como refiere la jurisprudencia en otros supuestos que veremos “accedía a mantener relaciones sexuales ante el temor a las represalias” (STS del 30-4-2009 RC 11077/2008).

b) No sería posible concluir con el examen de esta sentencia sin destacar lo que la misma nos indica sobre la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria ex novo en el supuesto de acusados absueltos en la instancia, cuestión que enlaza con la fundamentación del voto mayoritario –que lo rechaza-, y con el voto particular que ve se decanta por la nulidad de la sentencia para un nuevo juicio ante un Tribunal diferente, en el anterior supuesto examinado referido al recurso de la Fiscalía de Valladolid.

El punto de partida es el mismo: las grandes dificultades que plantea la posibilidad de una revisión en casación de un fallo absolutorio que afecta a la culpabilidad del acusado al que no se ha oído personalmente y, por lo tanto, éste no ha tenido la oportunidad de defenderse en fase de recurso y mediante su intervención directa. Por ello, la estimación del recurso interpuesto por la acusación solo procederá si la pretensión de revisión no afecte al hecho probado, no supone una revaloración de la prueba y no incorpore un juicio de culpabilidad.

Esta Sentencia admite tal revisión y, en consecuencia la condena, porque “...nos encontramos ante un supuesto en que el error que se denuncia es puramente jurídico, de subsunción, pues el Tribunal ha declarado un hecho probado y ha declarado la culpabilidad del acusado como atentado a la dignidad”. En la misma línea de poder acceder a revisar en sede casacional una sentencia con fallo absolutorio, conviene citar la del 2 de abril de 2013 (STS 325/2013 Recurso de Casación nº 1148/2012). En ella se formalizó el recurso por el Fiscal por la vía de infracción de ley, alegando que concurría una indebida inaplicación de los art. 173.1, 175, 176 y 147, en relación art. 177 del Cº Penal, argumentando que los hechos que se declaraban probados en la sentencia recurrida integraban cuatro delitos contra la integridad moral y tres de lesiones psíquicas (el asunto era del trato vejatorio y degradante que un acusado en su condición de sargento de la Unidad de la Policía Local daba a cuatro mujeres policías que estaban a su mando, extendiendo la tipificación al coacusado, por cuanto, en su condición de Jefe de la Policía tenía cabal conocimiento de los malos tratos de éste con las denunciadas y estuvo al tanto de las lesiones que estas sufrieron, sin que hiciera nada para impedirlo).

El Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia casacional nos enseña a modo de advertencia previa que...”si bien la sentencia de instancia resultó absolutoria para ambos acusados, ello no constituye un obstáculo para que ahora se revise en esta instancia la absolución y se pueda concluir en un fallo condenatorio, puesto que el recurso del Ministerio Fiscal no cuestiona los hechos probados, sino que su pretensión punitiva se basa únicamente en la infracción de ley. De modo que asumiendo la premisa fáctica de la sentencia de la Audiencia, estima que los hechos declarados probados sí resultan subsumibles en las normas penales que tipifican los delitos objeto de acusación, por lo que no se suscitara ninguna cuestión probatoria que pudiera

precisar de una vista oral ante el Tribunal de Casación para garantizar los principios de inmediación y de contradicción, así como el derecho de defensa”.

3. SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN RELACIÓN A LAS AGRESIONES SEXUALES Y ABUSOS SEXUALES CON PREVALIMIENTO.

Entiendo que tratando del consentimiento de la víctima en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y, en consecuencia, de la existencia o inexistencia de violencia o intimidación, en muchas ocasiones no será fácil a la hora de formular el escrito de acusación, discernir si estamos ante un consentimiento viciado que responde al tipo de abuso con prevalimiento, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada⁹ o ante un acto claro violento o intimidante que nos conduzca a la agresión sexual.

Esto es lo que ocurrió en un supuesto que examina la STS de 29 de enero de 2013 en el que acusábamos y se condenó en la Audiencia Provincial de Madrid en el marco de la violencia sobre la mujer por un delito de lesiones del art. 153.1 y 3 C.P., un maltrato habitual del 173.2 del mismo texto legal, absolviéndose al acusado de un delito de agresión sexual que le imputaba el Fiscal, pero siendo condenado en la instancia por abuso sexual del art. 181.3 C.P con prevalimiento.¹⁰

En el primer motivo del recurso de casación formalizado por la defensa se denunció vulneración del principio acusatorio en tanto que la misma no tuvo oportunidad de articular la oportuna contradicción respecto al delito de abuso sexual que el Tribunal introdujo en la sentencia.

Los argumentos que entresaco de la precitada Sentencia del Supremo deben de ser de utilidad práctica ya que ayudan a marcar los límites de ambos tipos penales, la posibilidad de hacer conclusiones alternativas y mantener la homogeneidad de los mismos para el caso de que se puedan plantear discrepancias jurídicas sobre la cuestión.¹¹

⁹ Esta diferenciación entre los tipos penales de abuso con prevalecimiento y agresión sexual realizados por el padre a su hija menor, a modo de progresión delictiva y la terminología sobre el consentimiento cercenado o viciado, se recogen en la Sentencia de la Sala 2ª de 5 de junio de 2013; Recurso de Casación nº 1786/2013. Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Pumpido Touron.

¹⁰ El factum relata un clima de tensión familiar permanente, el 12 de octubre de 2011, comienza él una discusión con insultos, zarandeo a la víctima... *“un rato después, el acusado le dijo a C. que le hiciera una felación, la cual al principio se negó hacerlo, pero accedió a ello, pese a que no le apetecía, para intentar tranquilizarle, la cual duró unos diez minutos, hasta que el mismo eyaculó”.*

¹¹ Como antecedentes en el TS ver STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre y STS nº 1954, de 29 de enero que expresan, que en *“el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria”.* En igual sentido STS 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 de febrero de 1955 y 10 de octubre de 1994 (entre otras). Sobre la cuestión ver acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de abril de 1999: *“si en una Sentencia de incorporan hechos nuevos o se aplican tipos heterogéneos que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda sentencia absolviendo del exceso”.*

Afirma la Sentencias señalada que *“En relación con los delitos de agresión sexual y de abuso sexual con prevaletamiento, la jurisprudencia ha entendido que no se produce infracción del principio acusatorio cuando se acusa por el primero y se condena por el segundo, siempre que se mantengan sustancialmente los hechos de la acusación, al entender que se trata de delitos homogéneos, en tanto que protegen el mismo bien jurídico y la voluntad contraria de la víctima se supera con la violencia o intimidación, que generan la superioridad del agresor, o en un grado menor mediante el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima...”* califica el Tribunal Supremo en esta resolución, y en otras precedentes¹², la citada homogeneidad como “homogeneidad descendente”, poniendo como ejemplo de tal homogeneidad la existente entre el asesinato y homicidio o entre las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad.

En el caso enjuiciado al no producirse una alteración sustancial de los hechos contenidos en el escrito de acusación (se prescindió de ciertas concreciones fácticas de la calificación elevada a definitivas por el Mº Fiscal) pero manteniéndose en lo sustancial “la existencia de una situación general y permanente de dominación por parte del acusado que determinaba la actitud también permanente, de sumisión de la víctima” junto con lo expuesto sobre el concreto episodio de violencia familiar poco antes del acto sexual cuya calificación se discute, considera la Sala que el acusado pudo defenderse de los hechos imputados y pudo probar y alegar lo que estimo conveniente acerca del núcleo central de la acusación: la libertad de la mujer al prestar su consentimiento al acto sexual pretendido por el acusado, no habiéndose vulnerado, por ello, el principio acusatorio.

4. LEGITIMACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA RECURRIR EN CASACIÓN NO ESTANDO PERSONADA EN LA INSTANCIA.

Las cuestiones de carácter sustantivo y procesal que afectan a las víctimas de cualquier delito requieren en la actualidad una máxima atención y es una función esencial en la actuación del Mº Fiscal, motivo por el que traigo a colación las vicisitudes procesales de una parte perjudicada por un delito de abusos sexuales que formalizó recurso de casación ante la Sala 2ª careciendo de legitimación para ello.

Me refiero al supuesto contemplado en la STS de 20 de mayo de 2013¹³. Estima la Sala 2ª en su Fundamento Jurídico segundo *“que la parte recurrente no tiene legitimación para recurrir en casación, en tanto que, al no estar personada en la instancia, ni asistir en tal concepto de parte perjudicada al juicio oral, no pudo realizar petición alguna, de manera que no existe para ella gravamen, en el sentido de desajuste entre lo pedido y lo concedido”*.

La citada resolución analiza y expone aquellos preceptos adjetivos que en las últimas reformas han reforzado la posición de los que han padecido la trasgresión de

¹² Son sentencias previas que hablan de “la homogeneidad descendente”. La STS 1228/11; STS nº 841/07 y STS nº 509/97 de 10 de abril.

¹³ Sentencia nº 542/13; Recurso de Casación nº 732/12. Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar. Recurso en relación a H.M.H la cuestión atinente a la legitimación que reseñada por el Mº Fiscal *“para interponer, preparar y formalizar este recurso de casación, toda vez que, como se lee en la Sentencia recurrida, con respecto a los hechos enjuiciados relativos a las menores G e H, únicamente aparece, como personada como acusación, la primera, y no así la recurrente.”*

sus derechos¹⁴ arts. 785.5 y 789.4 de la L.E.Crim., sin embargo, reza la sentencia, estas normas no han supuesto la reforma del art. 854 de la L.E.Crim.¹⁵, no estando la recurrente en ninguna de tales supuestos que regula específicamente la Ley en el recurso de casación del ejercicio de derechos por la víctima. Todas las resoluciones reseñadas hacen hincapié en que no cabe retroceso en el curso de las actuaciones.

En base a ello, nos reconduce la sentencia al art. 110 de la L.E.Crim que en dicho título establece las personas a quienes corresponde el ejercicio de de las acciones que nacen de los delitos y faltas y momento procesal en que cabe la personación “*antes del trámite de calificación del delito o falta*” *ejerciendo acciones civiles y penales conjuntamente o solamente unos u otras*”.

De forma contundente indica esta Sentencia que “*las resoluciones del este Tribunal Supremo que han tratado sobre el particular, nunca han admitido la legitimación posterior a la celebración del juicio, para formular peticiones ante esta Sala Casacional, sin haber previamente procedido a realizar tal postura procesal al finalizar el juicio oral*”.

Sin embargo, a pesar de tan contundente afirmación y claridad del aludido art. 110.L.E.Crim, la propia Sentencia nos enseña otras posibilidades admitidas por la jurisprudencia de esa Excm. Sala¹⁶, aunque supuestos distintos de examinado por lo que no contradicen la directriz adoptada, no obstante, por su interés procedo a extractar lo que se recoge en tales antecedentes. Así, no habría obstáculo para que si comparece la acusación en el Juicio Oral, acompañado de su abogado, se permita su personación “*apud acta*” “*incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de*

¹⁴ 785 L.E.Crim, referido al Procedimiento Abreviado (del Juicio Oral y de la Sentencia): “*En todo caso, aunque no sea parte en el proceso... la víctima deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del Juicio*”.

789.4 L.E.Crim.(notificación de la Sentencia): “*La Sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa*”. En relación a los derechos de las víctimas y pautas de actuación en el marco de su protección en el proceso conviene a modo de recordatorio señalar: La Circular 1/98 de 24 de octubre, sobre intervención del Mº Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; la Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual. La Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado; la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección; la Circular 4/2004, de 14 de junio acerca de la protección de las víctimas y reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica; la Instrucción 2/2005, sobre acreditación del Mº Fiscal de las situaciones de violencia de género; la Instrucción 7/2005, de 23 de junio sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías y la Instrucción nº 8, de 26 e julio de 2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal que perfila la actuación tuitiva del Mº Público cumplimiento con el deber de informar a las víctimas y lograr la satisfacción del reparación del daño causado por el delito.

¹⁵ Referido al Recurso de Casación, Capítulo Primero: “*De los recursos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma*”; Sección Primera, de la procedencia del recurso: “*Podrán interponer el recurso de casación: El Ministerio Fiscal, los que hayan sido parte en los juicios criminales; los que sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia, y los herederos de unos y otros*”.

¹⁶ Los antecedentes jurisprudenciales mencionados se refieren a la STS 1140/2005, de 3 de octubre, con cita de la 170/2005, de 18 de febrero y la STS 1281/2004, de 10 de noviembre. No obstante concluye que son supuestos diferentes al examinado en esta reciente sentencia.

*otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas*¹⁷ siempre que no se retroceda en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima. Todas las resoluciones reseñadas hacen hincapié en que no cabe retroceso en el curso de las actuaciones.

En suma y como literalmente expresa la STS del 2013...*"no puede serle concedida legitimación para recurrir la sentencia dictada en casación, sencillamente porque en la instancia no postuló ninguna solicitud de pena ni de responsabilidad civil, sino que fue el Mº Fiscal quien lo hizo por ella, y tal Ministerio Público no ha recurrido la resolución judicial dictada en la instancia, sin que pueda ella, en consecuencia, impugnarla por su cuenta"*.

No obstante la minuciosa argumentación jurídica rechazando la *"trasnochada legitimación"* que conculca un principio esencial como es el de la seguridad jurídica o reglas del proceso para evitar conculcaciones de derechos la sentencia argumenta las razones de fondo por las que, en todo caso, habría que desestimar el recurso en el supuesto de una válida legitimación para recurrir en casación, primó la tutela judicial efectiva.

5.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS EN RELACIÓN A LAS DIFERENTES CONDUCTAS INCARDINABLES EN UNOS SUPUESTOS EN AGRESIÓN SEXUAL O ABUSOS CON PREVALIMIENTO.

En este último apartado centrado en el consentimiento viciado o en la inexistencia del consentimiento al estar la voluntad de la víctima doblegada por el miedo que le provoca la actitud del agente, lo primero que hay que mencionar es que ante situaciones de esta clase en el marco de comportamientos propios de la violencia habitual en el ámbito de la violencia sobre la mujer dirigida por el varón contra la esposa o pareja sentimental (pareja o ex pareja), no es posible a priori establecer simplemente y de forma genérica que toda relación sexual que se produzca en el ámbito de situación de dominación y discriminación que rige las conductas de violencia de género constituya por ello mismo un comportamiento atentatorio a la libertad sexual de la mujer y, menos aún, me atrevería a hacer una calificación jurídica entre el abuso con prevalimiento o la agresión sexual sin conocer los hechos que obran en una causa y las circunstancias que lo rodean.

Pero como dice la jurisprudencia de la Sala 2ª en esta línea argumental¹⁸ ...*" tampoco puede negarse la posibilidad de que la situación general y permanente de dominación contribuya a que concretos actos de violencia inmediatamente anteriores o muy cercanos en el tiempo, aunque no estén dirigidos directamente a superar la falta de consentimiento o no tengan la entidad suficiente para, en atención a las circunstancias de todo tipo concurrentes, doblegar la voluntad contraria de la víctima... se vea constreñida a acceder a lo que se le pida"*. En estos casos que nos podamos encontrar para calificar, una vez pormenorizado el examen de las circunstancias que concurren, habrá que estar a si se alcanzan los límites propios de la intimación que

¹⁷ En este supuesto la defensa podría solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el art. 788.4 L.E.Crim, cuya aplicación se hará por analogía en el caso de que las conclusiones no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones. Tal precepto contempla el supuesto de cambio de tipificación penal de los hechos de la acusación en el trámite de conclusiones definitivas, hasta el límite de diez días y a petición de la defensa para preparar alegaciones o aportar elementos probatorios.

¹⁸ Por todos, citaré la STS de 29-1-2013, R. Casación 10893/2012.

configurarían la agresión sexual y, si no se alcanzan habría que prestar toda la atención sobre sí la realización de los actos sexuales se ocasionan por una situación de superioridad que producen la coacción psicológica sobre la libertad de la víctima.

a) Casos de Agresión sexual.

-STS 30 de abril de 2009¹⁹. El factum describe una situación encuadrada en el art. 173.2 CP y otros (insultos, golpes, frases que atemorizaban...) y continua *“inmediatamente después de las palizas y de las frases, el procesado pedía perdón y para satisfacer sus deseos sexuales, la obligaba a mantener relaciones sexuales carnales completas... y ello contra la voluntad de la joven que accedía ante el temor a las represalias...”*

La condena fue, entre otros, por un delito continuado de violación (178 y 179, en relación art. 74 CP).

Se mantiene la misma en base a que...*“si bien no se empleaba (la violencia física y la intimidación) en el momento de la penetración sexual esta se producía frente a una voluntad que estaba sometida y doblegada por la violencia y el temor que venía sufriendo momentos anteriores de producirse tales relaciones...”*

-STS de 26 de noviembre de 2010²⁰. El factum describe hechos constitutivos del art. 163.2 (detención ilegal) y un episodio posterior en donde el acusado le ordena que suba al coche, la golpea en la espalda porque se niega, *“entonces llevo a J. A. a un descampado... a pesar de las reiteradas peticiones de ésta para que la dejase ir, para una vez en el lugar, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, penetrarle vaginalmente, no oponiendo J. resistencia alguna por terror a las posibles represalias del procesado”.*

La condena fue por varios delitos, entre ellos por agresión sexual de los art. 178 y 179 C.P. se basó en la instancia por la denuncia que fue presentada inmediatamente después de ocurrir el hecho y por la versión de los hechos de la denunciante que fue coincidente y reiterada después en sede judicial y juicio oral, así como en el estado de ansiedad que presentaba y tumefacción. Ningún razonamiento añadido expresa la Sala 2ª manteniendo la condena a pesar de la afirmación del relato de los hechos probados que descarta la resistencia.

-STS de 27 de septiembre de 2012²¹. El factum en nueve apartados describe un periodo que comprende el año 2009 y 2010 múltiples comportamientos delictivos del acusado que encuadra la Audiencia en amenazas, malos tratos ocasionales, lesiones, violencia física y psíquica habitual y agresión sexual dentro del ámbito de la violencia de género. El concreto episodio de violación no ofrece resquicio de duda en el relato, definiéndose claramente la resistencia de ella y la violencia física e intimidación del agresor, pero a pesar de ello, la defensa invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia argumentando que las declaraciones de ella eran contradictorias e incoherentes para mantener que las relaciones fueron consentidas. El Fundamento Jurídico Décimo de la Sentencia de Casación contesta manteniendo la tesis de la Sala sentenciadora *“...que la relación sexual fue forzada no*

¹⁹ Sentencia 506/2009, R. Casación 11077/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados.

²⁰ Sentencia 1065/2010. R. Casación 10151/2010 Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

²¹ Sentencia 688/2012. R. Casación 10163/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde- Pumpido Tourón.

solo por la declaración de la víctima, sino de la situación de intimidación y violencia que rodeó al hecho. Circunstancias periféricas plenamente acreditadas que no permiten lógicamente imaginar una relación sexual consentida en un momento de tal álgido enfrentamiento”.

Junto con esta apelación a la lógica en base a esas conductas que describen el “álgido enfrentamiento” y que deben de expresarse en la conclusión primera del escrito de calificación, la misma sentencia de casación en su Fundamento Jurídico Decimotercero, ahonda en la correlación entre consentimiento- resistencia y, así, con mención de la SSTS de 31 de marzo de 2004, nos recuerda “...*la violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que debe presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición, de la que, además de no conducir a ningún resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo...*”.

-STS de 5 de junio de 2013²². Este caso no sería violencia de género conforme a los parámetros de la L.O. 1/04, de 28 de diciembre. El factum describe el comportamiento atentatorio de un padre contra la libertad sexual de su hija ocurridos entre el año 2001, cuando ella era menor de edad hasta el año 2008, cuando ya tenía los 20 años. Fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual. La defensa interpuso recurso ante la Sala 2ª al amparo del art. 849.1 L.E.Cri. por infracción del art. 179 C.P. , la base del argumento impugnatorio trataba de que no existió intimidación adecuada ya que las amenazas (supuestas amenazas según la defensa) carecían de seriedad, firmeza e intermediación necesarias, no más allá de la mera obtención del consentimiento por prevalimiento.

Esta Sentencia dedica cuatro apartados (del octavo al onceavo) a diseccionar el concepto de intimidación que en este supuesto, primero configuró un prevalimiento y posteriormente en base a lo que denomina “progresión delictiva” un elemento propio de un delito de agresión sexual.

Nos indica y conviene reseñarlo, en los casos que afecten a la violencia sobre la mujer, además de que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado que “*ha de ser idóneo para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho a la autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción*”.

²² Sentencia 469/2013. R. Casación 1786/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde- Pumpido Tourón. Además de lo señalado, esta Sentencia refiere, lo que denomina, “el principio de transferencia de culpabilidad”, término tan utilizado en la dialéctica autojustificativa de la delincuencia terrorista y que trata de hacer responsable a la víctima de la acción del verdugo. “*En efecto, el recurrente con su anuncio de darse muerte estaba responsabilizando a su hija de aquella muerte si no accedía a la relación sexual. Se trata de un anuncio serio, inminente y suficiente para la víctima*”.

Esta Sentencia es la que expone la dificultad que ofrece establecer una línea divisoria entre intimidación y prevalimiento (donde de algún modo, la víctima se siente amenazada) y refiere la diferencia entre consentimiento cercenado y el viciado. *“Por ello para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en los hechos probados. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquella”.*

Por último, quizás porque se trate del mismo Ponente y misma naturaleza del delito que en la sentencia reflejada inmediatamente antes que esta, se reproduce la misma frase que en el asunto anterior se incorporaba al hablar de violencia-resistencia, haciéndolo ahora entre intimidación- resistencia. *“Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.*

-STS de 3 de mayo de 2013²³. El factum describe una ruptura matrimonial de hecho después de once años de convivencia y dos episodios concretos de agresión sexual, de los que venía siendo acusado y condenado en la instancia, uno del art. 179 y otro del art. 178 CP., (ella ofreció resistencia en la primera acción que consistió en besos, tocamientos e introducción de un dedo en la vagina; en la segunda le dio bofetadas, la besó y tocamientos). Esta Sentencia cuando procedí a su lectura, la dí por llamar “filosofía sobre agresiones sexuales entre parejas” y ello, por cuanto el apartado sexto de la sentencia casacional, efectúa una recopilación de antecedentes jurisprudenciales sobre la materia²⁴ y establece una evolución sobre el tratamiento penal de la violación entre cónyuges y la polémica que suscitó en nuestro derecho penal, ya que tres tesis antagónicas oscilaban sobre la cuestión: 1) quienes estimaban que la violación entre cónyuges no integraba el tipo de violación del art. 429 C.P., en todo caso serían amenazas o coacciones; 2) quienes estimaban que aún siendo el hecho típico no sería antijurídico al concurrir la existencia del ejercicio legítimo de un derecho; art. 20.7 C.P.; 3) la teoría actual que considera que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico por lo que deben ser aplicados los art. 178 y 179, según haya acceso carnal o no. Naturalmente al hablar de cónyuges, idénticas situaciones pueden producirse en la convivencia “more uxorio”, por lo que se comparte, como decían antiguamente: mesa, techo y lecho. Como reseña la indicada resolución: *“En nuestro ordenamiento jurídico las dos primeras tesis antes expuestas, carecen de fundamento. Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos “derechos” a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la*

²³ Sentencia nº 355/2013. R. Casación nº 10955/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde- Pumpido Tourón.

²⁴ STS de 17 de junio de 2008, nº 436/2008, STS de 8 de febrero de 1996, 9 de abril de 1997, 26 de abril de 1998, 30 de abril de 2009 y 22 de febrero de 2012, entre otras.

persona”. En definitiva que la libertad sexual no se anula ni atenúa por la existencia de una relación conyugal.

-STS de 20 de mayo de 2013²⁵. El supuesto de hecho no trataba de violencia de género, los ataques a la libertad sexual se habían producido sobre dos niñas menores a las que el acusado hacía regalos y les daba dinero como medio para conseguir satisfacer sus deseos lúbricos *“...encontrándose el consentimiento de las menores viciado e inducido por los regalos...”* *“...de lo que se aprovechaba conscientemente el acusado”*.

El tercer motivo del recurso de la defensa impugnaba la aplicación indebida del art. 181. 1y 3 C.P. al aplicar el prevalimiento al abuso sexual, cuando fue totalmente consentido por las menores.

Será a partir del Fundamento jurídico quinto de la Sentencia de casación cuando se desgrana las diferencias entre el dar el consentimiento, no darlo y el consentimiento viciado, coaccionado o presionado por la situación de superioridad manifiesta.

En esta línea, distingue: a) los casos de intimidación que caracterizan a la agresión sexual en donde el sujeto no puede decidir. b) de aquellos otros que se caracterizan por el prevalimiento, situación que coarta la libertad de decisión como una especie de intimidación pero en grado inferior *“o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 CP., es aquella que suministra al sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual”*²⁶.

Además y, en cuanto a lo que nos interesa como Fiscales especializados en violencia sobre la mujer, nos enseña esta Sentencia que las circunstancias de prevalimiento ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, *“sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta”*.

De manera categórica nos advierte esta Resolución que lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, y nos aclara *“En el sentido de que evita a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso*

²⁵ Sentencia 542/2013, R. Casación 732/2012, Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

²⁶ Esta STS hace referencia al la nº 568/2006, de 19 de mayo, que examina el alcance de la reforma del Cº P. de 1973 sobre “el prevalimiento” y la STS 305/2013, de 12 de abril sobre requisitos legales que el texto penal establece.

concreto, pues no basta examinar únicamente la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción...”.

-STS de 16 de julio 2013²⁷. El factum describe al procesado (pareja de la madre) que efectúa tocamientos a la menor de 13 años hasta llegar con el tiempo a penetrarle vaginalmente, creando en ella un grave sentido de culpabilidad. La condena a instancia lo fue por abuso sexual continuado. Entre otros motivos, se formalizó el recurso de casación al amparo del art. 849 nº 1 L.E.cri. por indebida aplicación del art. 181.1, 3 y 4 Cº Penal.

La discusión giraba sobre la prestación del consentimiento, que el recurrente afirmaba que existió y el Tribunal que esta viciado por el prevalimiento del autor sobre su víctima. De forma sencilla se nos recuerda en la resolución que el elemento típico del prevalimiento es *“valerse o servirse de algo que supone un privilegio o ventaja”*. Añade y, esto nos resulta de interés, en supuestos competencia de la L.O. 1/04, de 28 de diciembre, *“...que es perfectamente concebible que una persona, sin ningún déficit físico o psíquico relevante, se encuentre en concreto en una situación tal en la que se sienta obligado a consentir y mantener una relación sexual que rechaza”*. De ello se colige que la circunstancia del párrafo 3º del art. 181 C.P. está concebido con gran amplitud (así lo expresa la misma sentencia).

Se concluye afirmando que el actual Cº Penal define el prevalimiento como nota positiva en aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima y, como nota negativa que lo separe de la intimidación que no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento, ni mucho menos violento. En estos casos de prevalimiento existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta a acceder a las pretensiones del agente pero lo hace con un consentimiento viciado que no es fruto de su libre voluntad autodeterminada. Con estos y otros argumentos se declaró no haber lugar al Recurso de Casación.

-STS de 13 de junio 2013²⁸. En este caso el sujeto activo del delito era una mujer y la víctima un menor de 14 años. Nuevamente la discrepancia jurídica giraba entorno al prevalimiento, motivo articulado por la defensa por aplicación indebida del art. 183.1 CP.

Nos señala el primer fundamento de la Sentencia casacional, basándose para ello en las STS 1308/2005 de 30 de octubre, con cita de las STS 5 de mayo de 2000 y 11 de mayo de 2004, que *“...el dato objetivo de la diferencia de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad”*, pero añade en base a la actual redacción del precepto en el Código vigente, que *“la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de forma relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aproveche deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole...”*.

²⁷ Sentencia nº 651/2013; Recurso de Casación 10286/2013; Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. Como antecedente refiere la STS841/2007, de 22 de octubre, STS de 2 de marzo de 1990; 170/2000 de 14 de febrero, STS 10 de octubre de 2007.

²⁸ Sentencia nº 512/2013, R.C 2194/2012, Ponente Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer.

-STS de 9 de abril de 2013. Recurso de Casación nº 1843/2012; STS nº 347/2013; Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

El interés de este pronunciamiento casacional, que versa sobre el delito de Abuso sexual, lo es, no por cuestiones afines al consentimiento viciado o cercenado de la víctima, sino porque se cuestiona la compatibilidad de la libertad vigilada y la pena de prohibición de aproximación a la víctima.

La Sentencia en la instancia condenaba al acusado como autor penalmente responsable de un delito consumado de abuso sexual. Además de las penas de prisión, se le imponía la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, a ejecutar una vez cumplidas las penas privativas de libertad. Ningún pronunciamiento constaba en el fallo sobre la pena de prohibición de aproximación del art. 57.1 y 48.2 del Cº Penal.

El Ministerio Fiscal interpuso el correspondiente recurso por indebida aplicación de los citados preceptos sustantivos, ya que la sentencia excluía la imposición de las penas accesorias previstas en tales artículos por considerar que “su fines y efectos” ya son realizables mediante la libertad vigilada que, estima la Sentencia, habría de coincidir en el tiempo, por lo que sería una duplicidad innecesaria.

La Sentencia de la Sala 2ª, nos indica que “...efectivamente, tal como con buen tino y precisa argumentación expone el recurso “no existe esa invocada duplicidad entre las dos consecuencias que deben acarrear los delitos imputados, ya que no tienen porque coincidir en el tiempo de cumplimiento.

La libertad vigilada (art. 105.1.a) y 192 CP) se cumplirá con posterioridad a la privación de libertad y la prohibición de aproximación se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión, según impone el art. 57, por mas que la duración de aquella exceda las de ésta. *“Tal previsión legal acredita la funcionalidad de la prohibición durante la ejecución de la privación de libertad. Que por otra parte el Ministerio Fiscal razona con especial acierto. Y aquella coincidencia temporal, de la prisión y la prohibición de aproximación, no alcanza a la libertad vigilada, por lo que la argumentación de la sentencia decae”.*

II.- SOBRE LA DACIÓN DE CUENTAS. ALGUNOS DATOS ESTADISTICOS

1 Al finales del mes de mayo del año 2012, como en los años anteriores desde el 2006, se ha cumplido con la obligación estatutaria (art. 20.1 E.O.M.F) y legal (art. 70 L.O. 1/04 de 28 de diciembre) de presentar al Fiscal General del Estado la “Dación de Cuentas” que cada semestre se remite para conocimiento también del Consejo Fiscal, a modo de información de aquellos extremos relacionados con la Violencia sobre la Mujer que se consideran relevantes.

Esta última, remitida a través de la Inspección de la F.G.E. ha sido, no solo la más voluminosa (131 páginas), sino la que mejor puede ofrecer una panorámica de lo que sucede en las Secciones de V.G que vosotros coordináis y del desempeño de la labor que se debe desplegar desde esta Fiscalía especializada, máxime cuando en la

Memoria recién presentada (16 septiembre 2013) se nos ha limitado tanto, el espacio material que deben ocupar estos extremos.

Seguimos siendo la única Fiscalía que por “imperativo legal” tenemos que cumplir con lo que no es un trámite; sino una exposición minuciosa del trabajo de todas y todos en la persecución de estas conductas y en el intento de su erradicación, e insisto, intento porque el derecho penal no puede erigirse en la única herramienta de la que esperar la solución a tan grave y contumaz problema de esta sociedad y de todas.

Quiero destacaros como fruto de esta labor conjunta y coordinada de la red de Fiscales que formamos que, recibí el 27 de junio de 2013 del Fiscal Inspector un oficio (quiero destacarlo porque no siempre ha sido así) por el que se me transmite “la felicitación unánime de los vocales del Consejo Fiscal al trabajo realizado, reflejado en el informe tan esclarecedor y exhaustivo presentado”. Como el trabajo no es solo mío, ni de las adjuntas a la Fiscal de Sala, creo que este Seminario es el lugar idóneo para que yo os felicite y agradezca sinceramente vuestro trabajo que os resultará una carga sumada a vuestro quehacer profesional diario.

1.2.- Estadísticas de los casos más graves

Como en años anteriores debo reflejar como un apartado específico, la evolución del cuadro comparativo desde el año 2007 hasta el 2012, de los procedimientos tramitados en los que han fallecido a manos de sus parejas o ex parejas las víctimas que comprende la L.O. 1/04, de 28 de diciembre, añadiendo los hijos y otras víctimas que han resultado muertas de forma violenta por su relación con las mujeres maltratadas.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
VICTIMAS	75	74	59	74	68	52
NO DENUNCIAN	49	55	41	53	52	42
SI DENUNCIAN	26	19	18	21	16	10
ESPAÑOLAS	43	35	39	49	41	41
EXTRANJERAS	32	39	20	25	27	11
REANUDARON LACONVIVENCIA	7	7	9	7	3	4

NACIONALIDAD DE LAS VÍCTIMAS.

41 ESPAÑOLAS y 11 EXTRANJERAS. Los datos comparativos entre 2007 y 2012 son los siguientes: 2007: 42,7% mujeres extranjeras. 2008: 52,6 % mujeres extranjeras. 2009: 33,9 % de mujeres extranjeras. 2010: 33,8% de mujeres extranjeras. 2011: 39,4% de mujeres extranjeras. 2012: 20,7% de mujeres extranjeras.

2008 refleja el dato más elevado de los 6 años analizados. A partir de esa fecha se va produciendo un descenso paulatino y sostenido, hasta este año 2012 que muestra una cifra más baja, no sólo en relación al anterior, sino a todos los precedentes.

Si comparamos las cifras absolutas de mujeres fallecidas con el de las mujeres nacionales y extranjeras censadas en España - datos aportados por el INE- resulta que la proporción es mayor entre extranjeras. Pero también podemos apuntar que en el año 2012 la proporción de mujeres extranjeras fallecidas es inferior a la de los años anteriores, debido al incremento de la cifra absoluta de población y al descenso de la cifra de fallecidas. Veamos.



POBLACION EN ESPAÑA DE ESPAÑOLAS Y EXTRANJERAS

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
españolas	20.737706	20.843996	20.972784	21.065047	21.154526	21.206215
extranjeras	2.123869	2.466089	2.656035	2.729799	2.752780	2.760750

PROPORCION DE MUJERES ESPAÑOLAS Y EXTRANJERAS FALLECIDAS A MANOS DE SUS PAREJAS EN RELACIÓN A LA POBLACIÓN

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
españolas	0,00021%	0,00017%	0,00019%	0,00023%	0,00019%	0,00019%
extranjeras	0,0015%	0,0016%	0,00080%	0,00090%	0,0010%	0,00040%

NACIONALIDAD DE LOS AGRESORES.

38 ESPAÑOLES y 14 EXTRANJEROS

NACIONALIDAD DE LAS VÍCTIMAS QUE INTERPONEN DENUNCIA: (10)

7 ESPAÑOLAS y 3 EXTRANJERAS.

PAIS NACIONALIDAD VÍCTIMAS EXTRANJERAS.

1 India; 2 alemanas; 1 cubana; 1 rumana; 1 hondureña; 2 bolivianas; 1 búlgara; 1 ecuatoriana; 1 venezolana;

NACIONALIDAD AGRESORES EXTRANJEROS.

1 brasileño; 1 indio; 2 dominicanos; 1 rumano; 1 hondureño; 2 marroquíes; 1 boliviano; 1 alemán; 1 búlgaro; 1 ecuatoriano; 1 venezolano; 1 portugués.

VÍCTIMAS POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En los años 2009, 2010 y 2011 fue Andalucía la CCAA con número mayor de muertas. Sin embargo este año 2012, es la Comunidad Catalana la que arroja mayor número: 13; seguida de Andalucía con 8; Madrid y Valencia con 6 respectivamente; Castilla La Mancha y Galicia con 4 mujeres respectivamente; Castilla León, Baleares, Canarias y País Vasco con 2 cada una de ellas. Y finalmente Extremadura, Aragón y Asturias con 1 respectivamente.

VÍCTIMAS POR PROVINCIAS

Barcelona 7; Madrid 6; Tarragona 4; Valencia 3; Alicante 3; Jaén 3; La Coruña 3; Gerona 2; Sevilla 2; Málaga 2; León 2; Badajoz 1; Orense 1; Guipúzcoa 1; Fuerteventura 1; Ciudad Real 1; Asturias 1; Ibiza 1; Zaragoza 1; Tenerife 1; Palma Mallorca 1; Guadalajara 1; Cuenca 1; Albacete 1; Álava 1; Granada 1.

CRONOLOGÍA DE LOS FALLECIMIENTOS

El mes del año en que más muertes se produjeron fue el mes de de Junio con 9 víctimas seguido de Enero con 8, Octubre y Noviembre con 6 víctimas respectivamente, Abril y Julio con 4, Mayo, Septiembre y Diciembre con 3 y Febrero, Marzo y Agosto con 2 víctimas.

MEDIO EMPLEADO

De las 52 mujeres, 23 perdieron la vida por arma blanca (cuchillo, puñal, hacha). En 15 ocasiones fueron asesinadas a golpes con objetos contundentes; 4 lo fueron por arma de fuego, 3 fueron por estrangulamiento, 2 degolladas, 2 palizas, 1 asfixia, 1 precipitada al vacío, 1 quemada.

EN CUANTO A LOS SUICIDIOS

Dentro de las peculiaridades y complejidades que rodean a este fenómeno violento, mucho se habla sobre una reacción que normalmente solo acompaña a la violencia de género una vez ocasionada la muerte de la mujer: Los suicidios de los homicidas o asesinos.

Este año 2012, de los 52 individuos que mataron a sus parejas o ex parejas 12 acabaron con su vida, lo que supone un 22,6%. En el año 2011, de los 68 individuos que mataron a sus parejas o ex parejas, once acabaron con su vida a continuación de consumir el más grave de los hechos delictivos, lo que supone el 16,1%. En el año 2007, de 75 agresores, 8 se suicidaron, lo que supone el 10,62%; en el año 2008, de 74 agresores, 16 pusieron fin a su vida, lo que supone el 20,53%; en el año 2009, de 59 agresores se suicidaron 13, es un 22,03%; en el año 2010, de 74 agresores, se suicidaron 13, lo que constituye el 17,70%.

Volvemos a la cifra de 2009 lo que supone un incremento importante de agresores que se suicidan tras matar a la víctima en relación a los últimos tres años.

Nueve, no lograron su propósito pero se ocasionaron lesiones. Seis agresores se entregaron voluntariamente o provocaron su detención a través de llamadas a familiares o amigos, al tiempo que confesaban los hechos. Trece permanecen en el lugar. Y finalmente, Doce de ellos huyeron tras cometer los hechos, siendo detenidos posteriormente.

1.3.-HIJOS DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El daño que el agresor causa a la mujer violentando su integridad física, psicológica o moral, en muchas ocasiones no se limita a ellas, sino que se extiende a las personas más cercanas y vulnerables, como son los hijos comunes, atentando contra su vida e infligiendo a la mujer un daño- si les sobrevive- aún mayor.

- 26 de junio de 2012. M. E. H. de 2 meses de edad. M. era hija del matrimonio formado por G. E. G. y el agresor. Éste prendió fuego a la casa, a sabiendas de que la niña se encontraba en su interior, con el fin de acabar con la vida de la hija y de la madre. Cuando la progenitora, al percatarse del fuego, corrió para salvar a su hija, el agresor le dio un fuerte golpe en la cabeza que no le causó la muerte. Tras ello, el marido se precipitó por la ventana del tercer piso del que era el domicilio común, suicidándose. No había denuncias previas. La mujer sobrevivió.

-La aparición de los cuerpos calcinados de los dos hijos menores del matrimonio formado por R. O. y J.B., desaparecidos en octubre de 2011 cuya muerte se imputa presuntamente al padre, que, en esas fechas, se encontraba en trámite de separación matrimonial, y que ideó la muerte de los hijos. El día 20 de noviembre de 2012, el JVM nº 1 de Huelva dictó, estando el padre preso provisionalmente, sentencia de divorcio de los cónyuges.

-El día 28 de mayo de 2012 la Audiencia Provincial de Castellón dictó Sentencia en el procedimiento Sumario 1/2011, por el que condenó a R, M, S. por delito de tentativa de asesinato a la pena de 12 años de prisión.

El condenado, casado con R.M.I.C, y padre de un menor de 5 años de edad, tras amenazar a la madre el día 23 de febrero de 2011 con matar al hijo común, “para que llorara lagrimas de sangre al acabar con la vida de lo que ella más quería”, en la madrugada del citado día, cortó el cuello del menor causándole graves lesiones, aunque salvó la vida.

-El día 22 de febrero de 2012, en Inca (Mallorca) M.H.T. dio muerte a su hijo de 5 años de edad ahorcándolo, suicidándose posteriormente. El agresor se encontraba en proceso de separación de su esposa I.S.R., respecto de la que no había denuncias previas.

-En julio de 2012, en Gran Canaria, F.J.B mató a su hijo y se suicidó posteriormente con su vehículo. La esposa lo había denunciado varias veces por malos tratos. El hijo tenía 10 años de edad.

1.4.- ALGUNAS AGRESIONES GRAVES SIN FALLECIMIENTO.

- Ref. 51/2012. **22 de febrero de 2012.** T.V. J. fue agredida por su marido con arma blanca cuando ambos se encontraban en el domicilio común y en presencia del hijo del matrimonio, de diez años de edad. Pese a la gravedad de las lesiones la esposa no ha fallecido. El agresor fue detenido.

-Ref. 61/2012. **24 de junio de 2012.** M.B.M.T. recibió un disparo efectuado por su marido, con una escopeta de su propiedad, cuando se encontraban en el domicilio común. Ante los gritos de auxilio, la mujer fue trasladada al Hospital y el marido se suicidó utilizando la misma arma.

La mujer sobrevivió.

No había denuncias previas.

1.5.-RELACIÓN DE VÍCTIMAS FALLECIDAS QUE HABÍAN PRESENTADO DENUNCIA

De las 52 víctimas fallecidas, **10 sí habían presentado denuncia.**

En relación a este apartado es necesario advertir que en la Dación correspondiente al primer semestre del año 2012, no se encontraba incorporada J.R.F que falleció en Ibiza el 28 de junio de 2012. Ello fue debido a que tuvimos conocimiento de ella posteriormente a la presentación de la Dación de cuentas del primer semestre.

A continuación, y por orden cronológico, se da cuenta de los antecedentes procesales.

ENERO a MAYO DE 2012. Ninguna había presentado denuncia.

JUNIO DE 2012. 6 habían denunciado.

I.E.T. Falleció en Alicante el día 6 de junio de 2012. Estaba casada y convivía con el agresor, a pesar de una orden de alejamiento que estuvo en vigor hasta el día 21 de Mayo. La víctima denunció al agresor el día 8 de mayo, acordándose ese mismo día la orden de alejamiento. La víctima quiso retirar la denuncia el día 21 de mayo; se celebró juicio oral en el Jdo. Penal nº 1 de Alicante y se acogió a su derecho a no declarar previsto en el artículo 416 LECr. La sentencia resultó absolutoria, dejándose sin efecto las medidas acordadas.

Y.M.R.R. Falleció en SALT (Gerona) el día 17 de junio de 2012. Convivía con el agresor y tenían una hija en común de 2 años de edad. El día 1 de diciembre de 2011, Y. denunció a su pareja por malos tratos. Se incoaron D.U. y el Fiscal interesó medida de prohibición de aproximación al tiempo que formuló escrito de acusación por delito de malos tratos del art. 153 1 y 3 del C.P. Esa misma fecha se acordó la medida de alejamiento y el juicio oral se señaló para el día 7 de marzo de 2012. En esta fecha la víctima solicitó la suspensión del juicio acordándose nuevo señalamiento para el día 3 de julio. A pesar de la prohibición de aproximación que se encontraba en vigor, seguían conviviendo.

.B.E.L.Q. Falleció en S. Vicente de Raspeig (Alicante) el día 19 de junio de 2012. El matrimonio convivía en el domicilio familiar aunque se encontraban en trámites de separación. Tenían 3 hijos en común que convivían en el domicilio, siendo el hijo de 14 años quien encontró el cadáver de la madre. El día 19 de mayo de 2012 B. interpuso denuncia por agresión ocurrida en esa fecha y malos tratos precedentes que nunca había denunciado. El día 20 de mayo el Juzgado dictó orden de protección, prohibiendo al agresor acercarse a B. El día 23 de mayo el Fiscal presentó escrito de acusación. El 5 de junio se celebró el juicio oral, declarando la víctima y renunciando a la indemnización. Se dictó sentencia condenatoria por dos delitos del artículo 153 1 y 3 del C.P. La fecha de la sentencia coincide con la del asesinato pero no estaba notificada.

E.C.A.. Falleció en Reus (Tarragona) el día 20 de junio de 2012. Era ex pareja sentimental, la ruptura había sido reciente y tenían en común una hija de 2 años. En el año 2012 se tramitaron DU en el Juzgado nº 1 de Reus. En el año 2010, se incoaron

DU en el JVM nº 1 de Reus por delito de malos tratos. La causa se sobreseyó al acogerse la mujer a su derecho a no declarar (416 LECr) . Ella había iniciado una nueva relación.

I. G. B. Falleció en Narón (La Coruña) el día 25 de junio de 2012. El agresor era su ex pareja sentimental, sin convivencia y sin hijos en común. El día 3 de junio de 2012, ella le había denunciado por amenazas verbales y agresión. En la comparecencia de juicio rápido celebrada en el Jdo nº 2 de El Ferrol, se acogió a su derecho a no declarar conforme al art. 416 de la Ley Procesal. El Fiscal solicitó el sobreseimiento por falta de pruebas, que fue acordado. El día 21 de junio denunció por amenazas proferidas desde octubre de 2011 hasta esa fecha, así como la entrada en el domicilio sin su consentimiento y haber sido objeto de zarandeo. En las Diligencias Urgentes seguidas en el Juzgado 2 de El Ferrol, el Fiscal formuló escrito de acusación por dos delitos de allanamiento, amenazas y maltrato, solicitando prohibición de aproximación. El juicio se señaló para el día 4 de julio de 2012.

J.R.F falleció en Ibiza el 28 de junio de 2012. El agresor había sido condenado el día 15 de septiembre de 2011 por delito del art. 153.1 CP con pena de prisión y prohibición de aproximación que se encontraba en vigor. Reanudaron la convivencia.

JULIO 2012.

1 presenta denuncia.

R. B. P. Falleció en Tegueste (Tenerife) el día 20 de julio de 2012. Eran ex cónyuges. No convivían y tenían en común dos hijas mayores de edad. El 22 de octubre de 2003 fue denunciado por la esposa por delito de malos tratos. Fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Sta. Cruz a la pena de 6 meses de prisión y a pena de prohibición de aproximación por 1 año. Cumplida las penas a que fue condenado, la ejecutoria se archivó el 13 de enero de 2005 por el Juzgado citado.

AGOSTO Y SEPTIEMBRE 2012. Ninguna denuncia.

OCTUBRE 2012. 1 presenta denuncia.

Y.J.S.F. Aparece el cadáver en El Picazo (Cuenca) el 6 de octubre de 2012. Eran ex pareja sentimental, sin hijos. No convivían. El 20 de junio de 2011, ella presentó una denuncia por malos tratos, hechos que el Juzgado declaró falta.. El Juicio de Faltas no se celebró porque la víctima estaba "en paradero desconocido", no pudiendo ser citada. La mató en Collado-Villalba. El día 2 de noviembre de 2012, el agresor compareció en la Policía, confesando que el día 6 de octubre había matado a su ex pareja sentimental. La víctima tenía domicilio en Madrid, por lo que la causa del fallecimiento se tramitó en el JVM nº 4 (Jurado 1/13) de la Capital.

NOVIEMBRE 2012. 1 presenta denuncia.

M.S.A.S.- Falleció en Narón (La Coruña), el día 5 de noviembre de 2012. Eran matrimonio, con convivencia, en trámites de separación. La víctima le denunció en julio de 2012; el hecho se transformó en falta, y en el juicio, la víctima se acogió a su derecho a no declarar, dictándose sentencia absolutoria. Posteriormente el agresor denunció a su esposa en 3 ocasiones; en una de ellas la sentencia fue absolutoria; las otras dos causas se encontraban en tramitación. La mató en el domicilio común: en

primer lugar le asestó varios golpes y posteriormente prendió fuego a la vivienda. El agresor se suicidó.

DICIEMBRE 2012. 1 interpuso denuncia.

M.H.B.- Falleció en El Ferrol (La Coruña) el día 21 de diciembre de 2012. El día de los hechos no había acordada ni Orden de Protección, ni pena de prohibición de aproximación. Sin embargo sí existían procedimientos judiciales anteriores: El día 20 de marzo de 2006, se dictó sentencia condenatoria por falta de amenazas, absolviéndole de delito de quebrantamiento de condena por “encuentro casual”. El día 4 de abril de 2008, se acordó la remisión definitiva de la pena y archivo de la ejecutoria. El día 4 de julio de 2008 fue condenado por delito de impago de pensiones entre los años 2005 y 2007. El 14 de enero de 2009 la víctima compareció en el juzgado, renunciando por acuerdo con el condenado. La pena de prisión se suspendió por Auto de 6 de marzo de 2009; el 27 de julio de 2011, se acordó la remisión definitiva de la pena y archivo de las actuaciones. El 23 de octubre de 2009, el juzgado, en unos hechos denunciados en el año 2006 por delito de amenazas, dictó sentencia absolutoria, al acogerse la víctima a su derecho a no declarar previsto en el artículo 416 de LECr. La mató a tiros dentro de un vehículo. El agresor se suicidó.

III.- PROTOCOLO COMÚN PARA LA ACTUACIÓN SANITARIA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

La L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece en su art. 15, que *“las Administraciones Sanitarias, promoverán las actuaciones de las y los profesionales sanitarios que permitan la detección precoz de la violencia de género y propondrá las medidas necesarias para mejorar la eficacia de la lucha contra este tipo de violencia...”*.

En abril de 2007, se estableció el primer Protocolo común como herramienta para el personal sanitario para proporcionar pautas comunes de actuación en la prevención y diagnóstico temprano como en la atención de las mujeres víctimas de estos graves atentados. Cinco años después en base a la experiencia acumulada en los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, así como la constatación del impacto de esta violencia en la salud de las mujeres, se ha revisado y actualizado el previo que ha culminado con el de diciembre de 2012.

1. En este actualizado protocolo se ha ampliado el capítulo dedicado a los aspectos éticos y legales, partiendo y así se expone que *“Ante una situación de maltrato a la mujer, nos enfrentamos a un problema de salud pública con repercusiones jurídicas, tanto para ella y sus hijas e hijos, como para el personal sanitario, planteando en ocasiones, un dilema ético a las y los profesionales en la toma de decisiones”*.

En lo que nos atañe por nuestra función, debo hacer mención como en este apartado relativo a los aspectos legales y dentro de las obligaciones del personal sanitario, se les recuerda que en España, el personal sanitario tiene la obligación legal de poner en conocimiento de la autoridad judicial la posible existencia de un hecho delictivo. Para ello se transcribe el contenido de los arts. 262 y 355 L.E.Cri.: *“La Ley de*

Enjuiciamiento Criminal señala en su artículo 262: Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante.

El artículo 355 de esta Ley menciona de modo explícito la obligación de las y los profesionales de la medicina: Si el hecho criminal que motive la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieran al herido estarán obligados a dar parte de su estado”.

También el Real Decreto 1030/2006, en su Anexo II, apartado 6.6.3 y Anexo IV, apartado 2.8, recoge como una función del personal sanitario de Atención Primaria, Especializada y de Urgencias, la comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en caso de violencia de género.

2. El Apoyo de la Fiscalía

Menciona el Protocolo este apartado específico dedicado a la comunicación al Mº Público de actos que revistan características de Violencia sobre la Mujer. Así se indica que *“la Fiscalía podrá con carácter previo a la acción judicial, ordenar la realización de diligencias preprocesales para recabar más datos e información acerca de los hechos denunciados”.*

Se añade que esta comunicación puede ser un recurso útil en aquellos casos en que no exista constatación clara del origen de las lesiones como para poder emitir el correspondiente parte de lesiones, la mujer no reconoce el maltrato o se niega a denuncia y el personal sanitario tenga sospechas pero no certeza suficiente para emitir el parte.

Al folio 81 del Protocolo se señala el “Modelo de Comunicación a Fiscalía”.

3.- Sobre el compromiso de confidencialidad respecto a la información conocida en virtud del ejercicio profesional.

Creo adecuado plasmar lo que el mismo Protocolo actualizado enseña sobre el deber de confidencialidad, que tantas veces se esgrime frente a la obligación de denunciar de los profesionales sanitarios que tienen conocimiento de algún delito público (art. 262 y 544 Ter 2. segundo párrafo de la L.E.Cri.). Así, se indica que *“la confidencialidad no es una obligación absoluta y debe revelarse el secreto médico, como ante la sospecha de un delito y en caso de ser llamado a declarar en un proceso judicial”(sic). “No se está amparado por el secreto profesional al estar excluido tal posibilidad por desarrollo legal específico como así apuntan los art. 2 y 8 de la L.O. 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en relación con lo previsto en la Ley de Protección de Datos, al ser precepto expresamente regulado en disposición legal específica (L.E.Cri.)”.*

IV.- SOBRE EL ART. 416 L.E.Cri. : LA DISPENSA A NO DECLARAR.

Nuevamente hay que referirse a la citada dispensa que tantas dificultades y discusiones jurídicas han sido objeto de debate desde la primera reunión de especialistas en violencia sobre la mujer que celebramos hace nueve años.

El 24 de abril de 2013, el T.S. llegó al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional relativo a la interpretación del citado precepto adjetivo, con el siguiente pronunciamiento:

“la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 L.E.cri. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.

Se exceptúan:

- a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.*
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.*

Dicho acuerdo incidía de forma sustancial en relación a los postulados mantenidos en la Circular 6/11 de 2 de noviembre, sobre “Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, en la que en la Conclusión Duodécima, establecía: “Tampoco lo están las relaciones conyugales extinguidas por divorcio ni las relaciones de pareja de hecho cuando, en el momento de declarar, ya se ha producido la ruptura de la convivencia por voluntad propia”, y en la conclusión Decimotercera, que “Para poderse acoger a la dispensa del art. 416 de la LECr, el vínculo familiar o de afectividad que una al imputado y víctima-testigo ha de concurrir en el momento en que es llamada a prestar declaración”.

De conformidad con el Acuerdo referido, aún extinguido el vínculo o cesada la relación de convivencia, **el ex cónyuge o ex pareja podrá acogerse a la dispensa siempre que el hecho objeto de investigación o enjuiciamiento se hubiere cometido con anterioridad a la disolución del matrimonio o antes de la ruptura de la convivencia**, no en el caso de que el hecho se hubiere cometido con posterioridad.

Ahora bien, en todo caso, **quedarán excluidos de tal posibilidad aquellos testigos relacionados en el art. 416 de la L.E.Cr, que en el momento de prestar declaración estén personados como acusación particular**, siguiendo así la pauta marcada en la STC 94/2010 de 15 de noviembre, referida en la Circular 6/11. Es cierto que no ha prosperado la propuesta de esta Fiscalía de no reconocer la dispensa a los testigos denunciadores pero, la posición del TS, supone un acercamiento a nuestra postura.

A partir de este momento habrá que seguir la interpretación del precepto de conformidad con el Acuerdo referido, entendiendo modificadas en tal sentido las Conclusiones Duodécima y Decimotercera de la Circular 6/11.”

Ello se comunica por oficio de 20 de mayo de 2013.

Además por orden expresa del Excmo. Sr. Fiscal General, se trató del citado oficio que había sido notificado y autorizado antes de su emisión por él mismo, en la Junta de Fiscales de Sala que se celebró el día 3 de julio al objeto de que no se hurtara de las competencias de la citada Junta una tema de tal trascendencia jurídica de obligado cumplimiento, en caso de aprobación, en base a la unidad de actuación que rige como principio interno en la actuación del Mº Fiscal en base al art. 124 de la C.E.. La cuestión fue aprobada por el Excmo. Fiscal General con unanimidad de criterio de la Junta de Fiscales de Sala.

La primera Sentencia de la Excma. Sala que plasmó el criterio del Pleno no Jurisdiccional, es la de 26 de abril de 2013; Recurso de Casación 1462/2012, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez²⁹.

²⁹ El 20-7-2010 el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª adoptó el siguiente Acuerdo: “*Los acuerdos de Sala general (pleno no jurisdiccional) son vinculantes.*”