



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

**CONCLUSIONES DEL XII SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN
VIOLENCIA SOBRE LA MUJER- AÑO 2016.
MADRID (7 y 8 DE NOVIEMBRE DE 2016)**

Contenido

I.- Introducción.....	2
II.- LA DISPENSA PREVISTA EN EL ART. 416 LECRIM.-	8
II.1.- CONCLUSIONES	13
III.- MENORES: MEDIDAS CIVILES ADOPTADAS EN PROCEDIMIENTOS PENALES.....	15
III.2.- CONCLUSIONES:.....	16
IV.- EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE PENA O MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA POR UN ACTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: PROBLEMAS COMPETENCIALES, CONCURSALES Y DE PERSONACIÓN	17
IV-2.-CONCLUSIONES	20
V.- ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPETENCIA POR CONEXIDAD Y LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 17 DE LA L.E.CRIM.....	21
V-1.-CONCLUSIONES.....	24
VI.- PROBLEMAS PRÁCTICOS SURGIDOS EN LA APLICACIÓN DE LOS NUEVOS TIPOS PENALES.....	24
V-1) ACOSO U HOSTIGAMIENTO.....	24
V-1-a.- CONCLUSIONES.....	27
VI-2.- EL DELITO DE MANIPULACIÓN O/Y INUTILIZACIÓN DE LOS DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DEL ART. 468.3º CP.	28
VI.2-a.-CONCLUSIONES.....	30
VII.- EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: COORDINACIÓN E INTERVENCIÓN EN LA EJECUCIÓN.	31
VII-1.- CONCLUSIONES.	31



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

I.- Introducción

Los días 7 Y 8 de Noviembre de 2016, se celebró en Madrid el décimo segundo 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, así como otras cuestiones de interés.

Este año se decidió cambiar el formato de las jornadas, de manera que los temas seleccionados fueran abordados por una mesa redonda compuesta por tres fiscales delegados que hicieran una breve exposición o planteamiento del tema para a continuación abrir un amplio debate sobre cada uno de ellos, de esta manera se pretendía conseguir unas jornadas más dinámicas y participativas, a la vez que, al no existir ponentes ajenos a los delegados participantes, se conseguía incluir a varios 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.

Junto a ello, no se olvidó tampoco el aspecto de los principios teóricos y constitucionales directamente afectados en materia de violencia contra la mujer, incluyendo una ponencia amplia sobre el principio de igualdad y no discriminación y su proyección en la doctrina del TEDH y del TC.

Las jornadas fueron inauguradas por el Excmo. Sr. Teniente Fiscal y la Fiscal de Sala y se dio paso a la primera mesa redonda titulada ***“a vueltas con la aplicación del Art. 416 L.E.Crim”***, en la que intervinieron las Ilmas. Sras. Fiscales Delegadas de Asturias y de Zaragoza abordando los problemas prácticos que el uso del derecho a no declarar contra su pareja o ex pareja planteaba ante los tribunales a tenor del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS de 23 de abril de 2013 *“ La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1LECRIM 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”*.

Se analizaron también las últimas sentencias del alto Tribunal, principalmente cuando la víctima se ha personado como acusación particular en el procedimiento, teniendo en cuenta el fin que persigue el precepto de proteger al testigo, la solidaridad familiar y la intimidad; se plantearon y examinaron las consecuencias probatorias que provoca esta dispensa al tratarse normalmente de delitos cometidos en la intimidad y el gran número de sobreseimientos y sentencias absolutorias, superiores a las que reflejan



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

los datos estadísticos facilitados por el Observatorio del CGPJ, que producen cierta sensación de impunidad. Se señaló que la reciente modificación del Art. 261 L.E.Crim., no ha tenido reflejo en el Art. 416 L.E.Crim, pero ello no impide hacer una interpretación conjunta, teniendo en cuenta que desde todas las instituciones se ha solicitado su reforma o al menos que se fijen sus límites con claridad, considerando que tan cuestionado precepto no estaba previsto para la víctima sino para el testigo. Se debatió el momento a tener en cuenta para determinar la incidencia de la disolución del matrimonio o el cese de la convivencia, si hay que atenerse al momento en que ocurrieron los hechos o cuando se presta la declaración; se abordó igualmente si el criterio de la personación como acusación se puede sostener en los juicios rápidos por su celeridad y concentración de trámites.

Se analizó también la incidencia en la dispensa en relación a los testigos menores, víctimas directas o presenciales de la violencia desde el prisma de su conceptualización como tales, tanto en la L. 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito (L.E.V.D.), como en el art. 1.2º LO 1/2004, y el modo de tener en cuenta el “interés superior del menor” en estos supuestos, en concreto si hay que oírlos; como y cuando pueden los menores acogerse a la dispensa; si el Ministerio Fiscal puede oponerse a que se le reconozca la dispensa del art. 416 de la L.E.Crim a la madre cuando su silencio pueda perjudicar a los intereses de sus hijos/as menores y sobre la necesidad de proceder al nombramiento de un defensor judicial cuando exista conflicto de intereses...

En la segunda mesa, integrada por las Ilmas. Sras. Fiscales Delegadas de Burgos, Málaga y Cáceres, se afrontó el tema de **“ Los menores y las medidas civiles en los en el procedimientos penales, audiencia del menor”** a la luz de las últimas reformas introducidas por LO 8/2015 de Modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, L 4/2015 del E.V.D. y la modificación parcial de la LO 1/2004, que instituyen un marco jurídico nuevo en cuanto rompe con el principio dispositivo imperante y establece la obligación del juez penal de resolver sobre las medidas civiles incluso de oficio y en todo caso, es decir, incluso si ya hubiera medidas adoptadas en un proceso civil, pero las nuevas circunstancias y, en concreto, el nuevo hecho violento denunciado requiera una modificación de las mismas. Puede suspender la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda o establecer un régimen de supervisión de su ejercicio, puede igualmente suspender el ejercicio del régimen de visitas y comunicación o las condiciones o garantías en que deba desarrollarse para garantizar la seguridad y protección de los menores, medidas que vuelve a recordar en el Art. 544 ter 7º y quinquies de la L.E.Crim., cuya duración puede ir más allá del fin del procedimiento penal, lo que choca con el carácter temporal de las medidas cautelares y puede plantear problemas de no fácil solución.

Para la adopción de esas medidas es necesario tener en cuenta el interés superior del menor como predica el Art. 2 de la LOPJM y los derechos del mismo a ser informado, oído y escuchado desarrollado con gran amplitud en el Art. 9 de la LO 8/2015, siguiendo las pautas establecidas en la Observación n 12 del COMITÉ de UN



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

de los Derechos del Niño, de manera que no deja margen de discreción, salvo en aquellos caso que se a perjudicial para el menor, y en todo caso debe ejercitarse adoptando las medidas necesarias para garantizar la plena protección del menor.

Esto afecta a todos los procedimientos, no sólo civiles, matrimoniales sino también administrativos o penales en que se adopten medidas que les afecten y obviamente las medidas cautelares de las que estamos hablando les afectan directamente. Ello obliga a plantear si a los menores hay que oírlos en el seno de la comparecencia que se ha de celebrar para la adopción de la orden de protección de conformidad con art. 544 ter 4 de la L.E.Crim Algunas de las ponentes estimaron que dado que las medidas civiles tiene una vigencia de 30 días, se difiriera la audiencia del menor al ámbito de proceso civil, evitando así que acudan al juzgado de guardia, donde no existen medios materiales y personal especializado adecuados para llevar a cabo la citada comparecencia.

Para finalizar, se analizaron los cambios derivados de la inclusión de los menores hijos de mujeres maltratadas, que hasta ahora eran víctimas invisibles, como víctimas de violencia de género, no sólo cuando son el sujeto pasivo del mismo, sino cuando están expuestos a esa violencia familiar y cuando, como con frecuencia ocurre, son maltratados o testigos del maltrato ejecutado sobre su madre con el inequívoco fin de causar más daño a la mujer, y en atención a los desequilibrios que en el desarrollo de su personalidad producen tales hechos. Ello plantea la necesidad de medidas específicas y suficientes y establecer cauces de participación procesal, al margen de sus padres o representantes, en la toma de decisiones que afecten a los hijos menores o con capacidad judicialmente modificada; a tal fin se señaló que las últimas reformas legales nos otorgan herramientas jurídicas para actuar con contundencia y rapidez en protección de los menores, tanto cautelarmente en el ámbito penal con las reformas del art. 544 L.E.Crim y de la LO 1/2004, como mediante la vía que ofrece el art. 158 CC, además de la posibilidad de pedir las penas de inhabilitación o privación del derecho a la patria potestad cuando se ataque gravemente a la madre y sin olvidar, en ningún momento, que los menores son titulares de derechos, entre ellos el de ser oído y escuchado y la posibilidad de nombrar un defensor judicial en caso de conflicto de intereses con los progenitores, tutores o guardadores. En definitiva, el interés superior del menor se erige no sólo como principio general de la ley sino como un derecho propio del menor y con un contenido sustantivo.

Es más, la previsión legal establecida en el Art. 2- 5º de la LO 8/2015, que entre las garantías procesales para proteger el “interés superior del menor” establece la necesidad de arbitrar recursos que permitan revisar la decisión adoptada cuando se considere que no atiende adecuadamente al interés del menor, abre de nuevo la polémica de la recurribilidad de las medidas previsionales previas o coetáneas, posibilidad vetada en los art. 771.4 y 773.3 LEC, con los que entra en contradicción al no haber sido reformados. La posible recurribilidad ya fue apuntada en la Circular FGE 1/2001 de 5 de abril de 2001, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la*

FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

intervención del Fiscal en los procesos civiles y en los informes a la Ley realizados tanto por el Consejo Fiscal como por el CGPJ, que se remiten al Informe realizado por el Defensor del Pueblo en Mayo de 2014- Estudio sobre escucha y superior interés del menor. Revisión judicial de las medidas de protección y procesos de familia- sobre el derecho del menor a ser oído, que pone el acento en que su alcance temporal y limitado no le resta importancia a la decisión ni capacidad para incidir en la vida del menor e incidió en la necesidad de arbitrar mecanismos de revisión de esas decisiones.

La tercera mesa redonda de esta primera jornada estuvo compuesta por los Ilmas. Sras. Delegadas de Cantabria, Madrid y Murcia, con el título **“El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar impuesta por violencia de género: problemas competenciales, concursales y de personación”**. En ella se analizaron los múltiples problemas derivados de la atribución de competencias a los JVM de los delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar impuesta en un delito de violencia de género (LO 7/2015 modifica el Art. 87 ter de la LOPJ), cuando la pena que se quebranta no tiene nada que ver con la seguridad de la víctima, por ejemplo TBC o privación de tenencia de armas, y los problemas competenciales tanto en su aspecto territorial por aplicación del Art. 15 bis) L.E.Crim, como por conexidad, Art. 17 L.E.Crim, en supuestos en que, por ejemplo usa el arma para cometer un atraco en otro lugar muy distante de la localidad donde reside la víctima, con la consecuencia de que esta atribución de competencia provoca que el agresor pudiera conocer el nuevo lugar de residencia de la víctima, sin ninguna ventaja para esta, si bien en general se mantuvo que la regla debía ser separar los delitos y enjuiciarlos separadamente si ello fuera posible.

Se pusieron sobre la mesa los problemas a la hora de determinar qué pena o la medida cautelar quebrantada cuando estamos ante una ejecución de varias penas o medidas cautelares de la misma naturaleza, por ejemplo impuesta una por violencia de género y otra por violencia doméstica, lo que determinaría la competencia del JVM del domicilio de la víctima o del J de instrucción del lugar donde se cometió el quebrantamiento según se entienda quebrantada una u otra.

También se realizó un análisis detallado en la mesa del nuevo delito de inutilización y manipulación de los dispositivos de control de la ejecución de medidas y penas de prohibición de aproximación, en cuanto a la determinación de las conductas incluidas en el art. 468.3 del C.P. y las posibilidades de acreditación de las mismas.

Por último y tras la reforma de concepto de conexidad del Art. 17 de la L.E.Crim., se plantea el problema de determinar la competencia en aquellos casos además del hecho cometido contra la mujer, simultáneamente se comete otro sobre los ascendientes o hermanos u otras terceras personas ajenas al círculo familiar, por ejemplo, cuando además de unas amenazas a su ex pareja, hay un ataque más grave a su acompañante, a veces calificado como intento de asesinato. La redacción dada al apartado 3º del citado artículo que requiere que para enjuiciar conjuntamente varios

FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

delitos cometidos por la misma persona deben de ser análogos y corresponder su enjuiciamiento al mismo órgano judicial provoca problemas en relación a los JVM en atención a la redacción dada al art. 87 ter 1 a) de la L.O.P.J., lo que obligará a hacer una interpretación integradora de esos preceptos.

La jornada del día siguiente se inició con la ponencia a cargo del Excmo. Sr. D. Antonio Narváez, Magistrado del Tribunal Constitucional que disertó sobre “**el principio de igualdad y de no discriminación en nuestra constitución**”, haciendo un interesantísimo resumen de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y su compatibilidad con el establecimiento de acciones positivas para eliminar esas desigualdades en grupos históricamente discriminados, deteniéndose en aspectos relacionados con la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual y de género.

A continuación, la mesa compuesta por el Ilmo. Sr. Fiscal Jefe de Lugo, D. Roberto Brezmes, y los Ilmos. Sres. Fiscales Delegados de Navarra y Las Palmas de Gran Canaria, abordaron “**los problemas prácticos surgidos de la aplicación de los nuevos tipos penales**”, concretamente del delito de acoso u hostigamiento y, enlazando con la mesa anterior, del delito de manipulación o inutilización de los dispositivos de control. El primero analizó el delito de acoso, y se puso de manifiesto la cantidad de sentencias ya dictadas, - jurisprudencia menor pues aún no ha llegado a ser analizado por el TS-señalándose como aspectos más problemáticos la insistencia y reiteración en el comportamiento, normalmente correos, WhatsApp, llamadas y vigilancias y, especialmente, la necesidad de que produzca una grave alteración de la vida cotidiana como bloquear el teléfono, cambiar de teléfono o de domicilio, modificar su trayecto habitual, dejar de salir de casa sola, pero también se integra por cambios psicológicos, sensación de miedo e inseguridad. Se discutió si la comisión de los actos que integran el tipo delictivo sin llegar a producir esa grave alteración en la vida cotidiana de la víctima, pudiera integrar el delito en grado de tentativa.

Los otros dos intervinientes analizaron los problemas prácticos de la colocación de dispositivos de control, muchas veces derivados de la orografía del lugar que impide el buen funcionamiento del dispositivo, otras, derivadas de ser localidades de reducidas dimensiones en las que la proximidad es casi inevitable, y otras por tratarse de zonas turísticas y por ello con mucha movilidad de personas. También pusieron sobre la mesa la resistencia de jueces y de las propias víctimas a su colocación y las incidencias más habituales como la manipulación, la separación del brazalete, la descarga de la batería o las entradas en la zona de exclusión y las diferentes respuestas a las mismas de los órganos judiciales, que normalmente no actúan desde el primer momento sino que requieren cierta reiteración en la conducta y varios requerimientos al infractor, incluso a veces han solicitado informes periciales en cuanto a su peligrosidad. Aun así se insistió que en los casos graves debe solicitarse la imposición del dispositivo como mejor mecanismo para proteger a la víctima y a los hijos menores.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

La última mesa integrada por las Fiscales Delegadas de Barcelona, Valencia y Ciudad Real analizó **el estatuto de protección a la víctima y su incidencia en las víctimas de violencia de género** y la necesidad de que éstas sean especialmente atendidas, apoyadas y asistidas durante la denuncia y posteriormente, pero también antes de poner la denuncia y la necesidad de la implantación de las oficinas de atención a la víctima y la inversión en instalaciones adecuadas y sobre todo, una coordinación entre todas las instituciones y servicios: sociales, asistenciales, judiciales, policiales y penitenciarias para poder disponer de la información relevante para detectar las situaciones de riesgo y vulnerabilidad y prestar una atención y protección adecuada a la víctima. Se trata de allanar su paso por el juzgado y evitar la revictimización secundaria que ello produce, profundizando además en las normas para prestar declaración especialmente cuando se trate de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, para proteger su intimidad, imagen y su dignidad evitando preguntas sobre su vida privada innecesarias o restringiendo la publicidad del juicio o facilitar datos a la prensa que pueda conducir a su identificación.

La obligación de atender y proteger a los menores hijos de víctimas de violencia de género, requiere disponer de medios adecuados para supervisar el desarrollo del régimen de visitas, y llevar a cabo el seguimiento de su evolución, para lo cual se representa como imprescindible el incremento de los puntos de encuentro familiar, la ampliación de horarios y la dotación con personal suficiente y especializado.

En último término se analizó el importante cambio introducido por la L 4/2015, en cuanto a la participación de las víctimas en la ejecución y la necesidad de que los órganos judiciales y penitenciarios comuniquen a las víctimas las incidencias para que puedan ejercitar su derecho a recurrir, aunque no se hayan personado, coincidiendo en los problemas para llevarlo a la práctica dado que los órganos de ejecución desconocen quienes son las víctimas y cuáles son sus domicilios, señalando que para los fiscales de VG es muy difícil controlar esas notificaciones, considerando más adecuado que la supervisión se realice por los fiscales encargados de ejecutorias o de víctimas.

Para concluir estas jornadas la Fiscal de Sala habló sobre la importancia de la actuación inmediata en el Juzgado del Ministerio Fiscal en defensa de la víctima y su decisiva intervención a la hora de determinar si es necesaria la orden de protección, intensidad de la misma y medidas civiles con relación a los hijos menores, para lo cual deberá impartir órdenes a las FFCCSE de su territorio, como ya ha hecho esta Unidad a nivel nacional, sobre que el atestado sea lo más completo posible incorporando todos los datos que posean y distinguiendo entre lo que ellos mismo han podido percibir y lo que les han contado, haciendo contar todas las intervenciones y actuaciones que hayan realizado con denunciante y denunciado. Se llamó la atención sobre la necesidad primordial de proteger a las víctimas que se atreven a denunciar, para lo cual es necesario valorar todas las circunstancias concurrentes con mucho cuidado para detectar el nivel de riesgo y en cuanto se perciba algún riesgo pedir medidas de protección; Se recordó igualmente que los fiscales deben de tener en cuenta la importante función para



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

prevenir nuevos ataques que tienen los las “pulseras”, recordando que el número de dispositivos en activo, es muy pequeño y, a pesar de las incomodidades, sus beneficios son mucho mayores, siendo una de las causas de su no colocación el bajo porcentaje de peticiones. Se recalcó la importancia de los hijos menores de mujeres maltratadas y la función tuitiva que sobre ellos debe ejercer el Fiscal, sin olvidar su derecho a ser oídos y a que las medidas que se adopten sean siempre atendiendo al interés superior del mismos.

II.- LA DISPENSA PREVISTA EN EL ART. 416 LECRIM.-

Este precepto ha sido objeto de tratamiento en las diversas reuniones de fiscales especialistas. Así, en las jornadas de 2005, se llegaron a las siguientes conclusiones:

1.-En fase de instrucción el Fiscal interesará que, con carácter previo al inicio de la prueba, se instruya a la víctima sobre el contenido del artículo 416 de la LECr. antes de prestar la declaración (aunque sea denunciante)

-El derecho de dispensa previsto en el citado precepto asiste a los cónyuges y a las parejas unidas por análoga relación de afectividad, siempre que ésta sea estable y con convivencia.

-Están excluidos los ex-cónyuges y aquellas parejas que han finalizado su relación de afectividad, así como los novios, al no ser tal relación análoga a la de matrimonio.

2.- En fase de juicio oral, es preciso que se instruya de nuevo a la víctima del derecho de dispensa del artículo 416 de la L.E.Cr. Si no se llevare a cabo, el Fiscal lo interesará expresamente y, si el Juez o Tribunal acordara no hacerlo, se hará constar la correspondiente protesta a efectos de recurso.

3.- Si la víctima se acoge a su derecho a no declarar, el Fiscal interesará la lectura de la declaración que hubiere realizado en fase de instrucción de conformidad con el art. 730 de la L.E.Cr. (que debió hacerse con asistencia del Letrado del imputado o habiendo sido citado a tal efecto y con el conocimiento por parte de la víctima de su derecho de dispensa recogido en el artículo 416 L.E.Cr.). Si por el Juez o Tribunal se denegara la lectura de dicha declaración, se hará constar la oportuna protesta y, a la vista de la sentencia, se valorará la conveniencia de interponer el correspondiente recurso.

Esta conclusión que antecede fue suprimida en el Seminario de 2009 en base a la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, que impide utilizar el artículo 730 LECr. para traer al juicio oral la declaración de la víctima cuando ésta se ha acogido a su derecho a no declarar.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

Quedó sustituida por la que sigue (reflejada asimismo en el apartado del año 2008):

“No se pueden incorporar las declaraciones sumariales en el acto del juicio oral, por la vía del art. 730 L.E.Cr., basándose en que tal precepto no puede ser interpretado de forma extensiva, en tanto de una excepción se trata, y que presupone tal precepto que nos encontremos ante una declaración sumarial irreproducible.”

4- Si, en cualquiera de las fases del procedimiento, la víctima se acoge a su derecho a no declarar, el Fiscal podrá interesarse por los motivos que le inducen a ello, a fin de descartar que tal posición se deba a motivos espurios, cuidando que todo lo que alegue quede reflejado en el acta.

Y en los años sucesivos esta fiscalía ha manifestado su preocupación y desacuerdo sobre la existencia de este precepto cuya permanencia no se sostiene ni desde el punto de vista de su fundamento, ni desde el punto de vista de la política criminal de protección a la víctima, abogando por su modificación o al menos limitación cuando se trata de una víctima testigo, para adaptar el Derecho Procesal a la realidad que gira en torno a la violencia sobre la mujer, consideraciones que han quedado reflejadas en las sucesivas daciones de cuentas y memorias remitidas a la FGE. Poniendo de manifiesto además, la falta de uniformidad en la aplicación del Art. 416 L.E.,Crim, entre los diversos Juzgados y Tribunales de todo el territorio e incluso dentro de la misma Comunidad Autónoma.

Igualmente la Circular **6/ 2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer**, analizó el fundamento y alcance de este precepto y estableció pautas de actuación, recordando que una de las preocupaciones constantes de la F.G.E. ha sido la de reprimir con ejemplaridad todo acto de maltrato que afecte a las personas que estén en situación de mayor vulnerabilidad. Recuerda que la dispensa plantea complejos problemas jurídicos y que su existencia se viene justificando por la jurisprudencia desde el principio de no exigibilidad de otra conducta, basado en la protección de los vínculos familiares que unen al testigo con el imputado. En el mismo sentido afirma la Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional: *«El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 L.E.Crim., los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado.»*

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha añadido a los anteriores fines el de preservar la intimidad del testigo (Sentencias 292/2009 de 26 de marzo y 459/2010 de 14 de mayo).



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

En referida Circular se analizaron las diversas posiciones jurisprudenciales a la hora de interpretar los arts. 261, 416 y el 707 L. E.Crim., recordando que la Sentencia del TS 160/2010, de 5 de marzo, concluye que *«En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECr, salvo en algunos casos de «denuncia espontánea...».* Por tanto, si la víctima acude de forma espontánea a denunciar, no será necesario advertir del contenido del art. 261 de la LECrim.

Respecto al ámbito de aplicación del Art. 416 L.E.Crim., se mantiene que quedan excluidas las relaciones de noviazgo. Se planteaba igualmente en supuestos de ruptura de la relación o disolución del matrimonio, que una vez producida la misma, cesan los deberes de lealtad familiar, base de la dispensa, por lo que ya no le asistirá al testigo la misma aunque los hechos sean anteriores. Postura ésta, sin embargo, que debe considerarse ya superada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 2013 que entiende que la ruptura debe haberse producido en el momento en que ocurrieron los hechos y no cuando es llamado a declarar. Se insistió en la obligación de informar de forma clara al testigo pariente de ese derecho, de manera que su ausencia provoca la nulidad de su declaración, salvo cuando la víctima acude de forma espontánea a denunciar, supuesto en que no será necesario hacerle tal advertencia.

Esta postura está avalada por la jurisprudencia tanto del TC como del TS, concretamente, en la reciente STS 270/2016, de 5 de abril, en la que se recoge que *“...la Jurisprudencia de esta Sala ha venido reiterando que se trata de un derecho irrenunciable en beneficio de los testigos, pero no de las personas denunciante espontáneas, respecto de los hechos que les han perjudicado, y que acuden a la policía en busca de protección, como sucede en el presente caso. Ciertamente hay que distinguir cuando como denunciante se acude a las autoridades para denunciar hechos de los que ha sido víctima para que actúen e inicien una investigación de aquellos otros supuestos en los que se cita como testigo a una persona incluida en la esfera de aplicación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se ha pronunciado esta Sala, como es exponente la Sentencia 449/2015, de 14 de julio, en la que se declara que otra cosa sería contradictorio con la clara y libre iniciativa de ser denunciante de hechos de los que ha sido víctima”* Y añade *“Situación que es perfectamente compatible con el Acuerdo tomado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 24 de abril de 2013, referido a la dispensa de la obligación de declarar”*

Por su parte la **Comisión de expertos del Observatorio de VG y doméstica del CGPJ, en el informe realizado en 2011**, sobre la aplicación de la LO 1/2004, hizo varias sugerencias de reformas legislativas para introducir mejoras a la luz de la experiencia acumulada durante estos años de aplicación de la Ley sobre determinados aspectos entre los que se encuentra el Art. 416 de la L.E.Crim.. Recuerdan que la razón de ser del mismo radica en que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen y que pudiera inculparle o verse en situación de tener que mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio. Advierten de que la ya consolidada interpretación jurisprudencial de esta dispensa, sin ninguna limitación en su aplicación en cualquier momento del proceso hasta el juicio oral y su consecuencia de impedir tener en consideración cualquiera de sus declaraciones anteriores y de las de los testigos de referencia, ha otorgado de facto a la víctima la disposición del propio procedimiento, en la medida que siendo el testimonio de la víctima con frecuencia en estos delitos la única prueba directa de cargo del delito, llevará aparejada su impunidad.

Ponen de manifiesto que la dispensa, con frecuencia termina siendo un nuevo instrumento de dominación al servicio del agresor, dada la especial vulnerabilidad de la víctima de violencia de género que no sólo perdona sino que se culpabiliza de su propia agresión consecuencia del ciclo de la violencia y de su vinculación afectiva al mismo.

Por todo ello, entienden que la reforma de este precepto debe producirse en dos frentes:

Por un lado, estableciendo que dicha dispensa no resultará de aplicación a testigos que sean víctimas o perjudicados del delito. Por otro, cuando declaren a favor del acusado, retractándose de sus declaraciones anteriores, quedar excluidos de la posibilidad de ser perseguidos por falso testimonio.

Alternativamente, permitir que su declaración prestada durante la fase de instrucción, pueda ser introducida en el plenario mediante su lectura, cuando decida acogerse a la dispensa del artículo analizado, incluyendo un art. 730 bis) que reconozca tal posibilidad.

Posteriormente se produjo el **Acuerdo no jurisdiccional de 2013**, ya mencionado, que excluye a la víctima que ejercita la acusación particular del ámbito de la dispensa, sin que este pronunciamiento haya resuelto los numerosos problemas que en la práctica se siguen suscitando, continuando las peticiones desde todos los sectores de la necesidad de modificar ese precepto.

En concreto el requisito de la personación a la que aludía el Acuerdo ha dado lugar a múltiples supuestos en que la víctima se persona en la causa y llegado el juicio oral, renuncia y se acoge a la dispensa del deber de declarar.

Esta actuación, ha sido analizada en la STS 449/2015 de 14 de julio, que entendió que *“En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima, ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser*

FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013”. Pero este pronunciamiento, que es único, no ha resuelto todos los problemas que plantea la personación, especialmente cuando estamos ante juicios rápidos en que la intervención de la acusación produce pocos trámites y en un periodo de tiempo corto se llega al juicio oral; pese a ello, en nuestra opinión, el haber solicitado medidas cautelares y formulado una acusación con petición de pena es suficiente para entender que la acusación particular ha tenido una actividad relevante durante la instrucción a tales efectos, sin embargo, ésta no es la posición de la mayoría de las tribunales, lo que quizá haga necesario un nuevo pronunciamiento por parte del TS al respecto.

En 2015, se produjo una importante reforma procesal que afectó al Art. 261 de la L.E.Crim: *“Tampoco estarán obligados a denunciar: 1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad. 2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive”*; con ello parece que el legislador quiere excluir de la dispensa al cónyuge, aun cuando subsista el vínculo matrimonial si no convive con el investigado pero, pese a que este precepto y el art. 416 están íntimamente relacionados, el legislador no ha efectuado la misma modificación en este último artículo.

Este año, de nuevo, y a la luz de estos cambios y de la diversidad de posturas jurisprudenciales, vuelve a ser uno de los puntos más debatidos por los fiscales especialistas en violencia de género que se enfrentan día a día con esta realidad, - un 28,7% de las mujeres optan por retirar la denuncia según la Macroencuesta de 2015 realizada por el MSSI-, y que de modo mayoritario expresan el sentimiento de impotencia cuando, llegado el Juicio Oral, la víctima se acoge a esa dispensa, señalando que tal precepto no protege a la víctima ni los vínculos familiares y, con frecuencia, el ampararse a tal dispensa se debe más a presiones de su entorno o del acusado que a su verdadera voluntad; en tales casos, se echa por tierra todo el avance que supuso la denuncia y todo el esfuerzo de los operadores a lo largo del proceso, lo que fortalece al autor a la vez que perjudica a la víctima y produce un sentimiento de impunidad difícil de comprender por la sociedad.

Supone, además, una contradicción proclamar que estamos ante delitos públicos y que, además, no cabe la mediación, pese a ello, permitir la dispensa de la obligación de declarar de la víctima, con los exorbitantes, a mí entender, efectos que el Tribunal Supremo le atribuye.

Hay que tener en cuenta que en el anteproyecto de reforma procesal penal de 2011, en su art. 570, se establecían límites al ejercicio del derecho de dispensa, de manera que si no se hacía uso del mismo en fase de instrucción, impide su utilización en un momento procesal posterior.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

Por otra parte, las últimas reformas relativas a menores y adolescentes y el estatuto de la víctima introducen importantes modificaciones que nos obligan a plantearnos esta dispensa en relación con los testigos menores y la forma de llevarla a cabo, cómo deben ser informados, cuándo tienen suficiente madurez, qué ocurre en caso de conflictos de intereses con sus padres a la luz del art. 26 de la LEVD. Pero no terminan aquí los problemas pues tras la consideración de los hijos menores de mujeres maltratadas como víctimas y su derecho a ser oídos surge la cuestión de si el ejercicio de la dispensa por parte de la madre no entrará en conflicto con los intereses de sus hijo/as menores que al menos respiran ese clima de violencia cuando no son directamente maltratados.

Algunos de estos aspectos ya han sido tratados por la jurisprudencia; así la STS 699/2014 de 28 de octubre, que, además de recordarnos que la dispensa es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado, es muy clarificadora al decir que *“...un niño, ni con cuatro, ni con siete ..., ni con ocho..., ni con once años..., goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella. No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador”*.

II.1.- CONCLUSIONES

Todo ello nos lleva a formular unas conclusiones muy cautas pero que necesariamente deben matizar las anteriores:

a)- Sujetos de la dispensa: Las relaciones de noviazgo, están excluidas del ámbito del Art. 416 de la L.E.Crim., como ya se estableció en la Circular 6/2011.

b)- Quedan igualmente excluidas del ámbito de la dispensa, las víctimas que se hayan personado como acusación particular, siguiendo los criterios marcados por el citado Acuerdo no jurisdiccional y la STS 449/2015 de 14 de julio, aunque en el plenario renuncien a ejercerla, sea cual sea el procedimiento en que ocurra, es decir, Sumario ordinario, Tribunal de Jurado, Procedimiento Abreviado o Juicio Rápido.

c)- Momento en que debe apreciarse la existencia de parentesco a efectos de aplicar el Art. 416 de la L.E.Crim.; tendremos que estar al momento en que ocurrieron los hechos, conforme al Acuerdo no jurisdiccional de 2013, aunque cuando declaren ya se haya producido la separación legal o de hecho.

d).-Se reitera la necesidad de que en el escrito de acusación se proponga una prueba amplia que pueda permitir cubrir el vacío de prueba directa que con



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

frecuencia provoca el uso del derecho a la dispensa, teniendo en cuenta la validez de la prueba indiciaria y de que los agentes policiales con frecuencia son no sólo testigos de referencia sino también presenciales.

e)- Se insiste en que la información de la dispensa y sus consecuencias sea clara, así como en la necesidad de indagar sobre las causas que motivan tal postura.

f)- Cuando existan menores víctimas directas o hijos de mujeres víctimas, también tienen derecho a acogerse a la dispensa y, además, deben ser oídos en cuanto el ejercicio del derecho a la dispensa de la madre les afecta, conforme al Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la reforma de la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. El interés del menor se erige en el criterio concluyente lo que requiere ser oído. Es fundamental valorar si tiene suficiente madurez, es decir, si es capaz de entender lo que supone la dispensa, aspecto que en caso de duda deberá ser determinado por un experto. Y, teniendo en cuenta que existe o puede existir un conflicto de intereses con sus progenitores, el denunciado y su madre, la denunciante y víctima, será necesario que se le nombre un defensor judicial conforma al art. 26 de la L.E.V.D.

g)- Por último se eleva al Excmo. Fiscal General del Estado la propuesta de modificación legislativa de los Art. 416 y/o 720 de la L.E.Crim, planteando las siguientes alternativas:

1 Excluir de la dispensa al testigo pariente que sea el ofendido por el delito o cuando lo sean personas de su entorno familiar, sobre todo los menores que estén bajo su patria potestad, guarda o custodia, como lo hacen la legislación del Reino Unido o Argentina, sin perjuicio de arbitrar fórmulas que impidan iniciar procedimientos contra estos testigos que, teniendo la obligación de declarar, faltaran a la verdad.

2. Siguiendo la línea iniciada por el legislador con la reforma operada con la Ley 4/2015 del EVD del art. 261 de la L.E.Crim, limitar la dispensa de la obligación de declarar exclusivamente al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad- lo que excluiría definitivamente a los novios-, en el momento en el que vaya a recibírsele declaración, pues sólo si en ese momento continua la convivencia, podrá producirse el conflicto moral derivado de la solidaridad y lealtad en la pareja, fundamentos a los que parece querer volver el legislador con esta reforma.

3. De optarse por la anterior, y siguiendo la línea jurisprudencial, debería excluirse de la dispensa al testigo pariente denunciante, pues una vez tomada la libre decisión de denunciar, iniciativa que determina la puesta en marcha del

FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

procedimiento, debería entenderse decaída definitivamente la posibilidad de no declarar cuando sea requerido al efecto.

4. Por último y de no prosperar las anteriores propuestas, al menos deberían realizarse las modificaciones oportunas para posibilitar la incorporación de las declaraciones de los testigos víctimas efectuadas en la fase de instrucción con respeto a las garantías de inmediación, contradicción y defensa, a través de su lectura o audición en el Juicio Oral para su valoración, junto al resto de pruebas articuladas, por el Tribunal. Así se evitaría no solo la impunidad del agresor en muchos supuestos, más teniendo en cuenta la enorme dificultad de que prosperen los recursos que se puedan interponer contra las Sentencias Absolutorias,¹ con todas las consecuencias negativas que ello produce en las víctimas de esta violencia, sino también la incomprensión de la sociedad respecto a que, pese a la contundencia de las declaraciones prestadas en los momentos más inmediatos a la comisión de los hechos e incluso corroboradas con otras pruebas como pueden ser los partes de lesiones, aquellas aparezcan como no efectuadas, como si no hubieran existido, impidiendo que las demás adquieran el peso probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia.

III.- MENORES: MEDIDAS CIVILES ADOPTADAS EN PROCEDIMIENTOS PENALES.

Las últimas reformas introducidas por L.O. 8/2015, la L.E.V.D, y la modificación parcial de la L.O. 1/2004, configuran un marco jurídico nuevo en cuanto rompe con el principio dispositivo imperante y establece la obligación del juez penal de resolver sobre las medidas civiles incluso de oficio y en todo caso, es decir, incluso si ya hubiera medidas adoptadas en un proceso civil. Para la adopción de esas medidas es necesario tener en cuenta el interés superior del menor, como predica el Art. 2 de la LOPJM. y los derechos del mismo a ser informado, oído y escuchado, derechos desarrollados con gran amplitud en el Art. 9 de la LO.P.J.M., siguiendo las pautas

¹ Dadas las “severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia” Sentencia de la Sala II del TS, 493/2015 de 22 de julio, que cita las Sentencias TEDH de 22 de Noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; de 20 de Marzo de 2012, caso Serrano Contreras vs España y de 27 de Noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García vs España y la STC 22/2013 de 31 de Enero. Doctrina también recogida en las Sentencias de la Sala II del TS núm. 522/2015, de 17 de septiembre; 29/2016 de 29 de enero; 214/2016 de 15 de marzo; 619/2016 de 12 de julio



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

establecidas en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de manera que no deja margen de discreción, salvo en aquellos caso que sea perjudicial para el menor, y en todo caso debe ejercitarse adoptando las medidas necesarias para garantizar la plena protección del menor y evitar su revictimización.

Todas estas reformas confluyen en la visibilización de los/as menores, hijas e hijos de mujeres maltratadas, y su protagonismo como sujetos de derechos en el procedimiento en que se adoptan medidas que les afectan directamente, para cuya decisión debe atenderse al interés superior del menor, lo que requerirá en la mayoría de los casos que sea oído por el órgano judicial antes de tomar una decisión.

Cuestión que es más clara a raíz de la STDH de 11-11-2016 en la que se condenó a España por vulnerar el Art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al no haber oído el órgano judicial directamente a los hijos menores en un procedimiento de ruptura matrimonial.

Criterio que ha de ser de aplicación en todos los procedimientos, no sólo civiles, sino también administrativos o penales en que se adopten medidas que les afecten y obviamente las medidas cautelares de las que estamos hablando les afectan directamente, lo que plantea el delicado problema de si los menores deben ser oídos en el seno de la comparecencia para la orden de protección donde se piden y acuerdan las medidas tanto penales como civiles.

III.2.- CONCLUSIONES:

A) Como consecuencia de la modificación del art. 544 ter 7 de la L.E.Crim, que obliga al juez a pronunciarse sobre la pertinencia de adoptar medidas civiles en todo caso y de oficio, de conformidad con el art. 3, 5 y 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y el art. 19 de la L.E.V.D, el Fiscal, que ha de velar especialmente por derecho a la protección de las víctimas menores de edad, podrá pedir que el juez se pronuncie sobre la modificación cautelar de las medidas acordadas anteriormente en el orden jurisdiccional civil cuando sea necesario para apartar al menor de cualquier riesgo derivado de la ejecución de aquellas

B) Dada la pluralidad de vías a través de las que se pueden adoptar medidas civiles, es preciso recordar que las establecidas en los arts. 65 y 66 de la L.O. 1/2004, previstas específicamente para supuestos de violencia de género, permiten una solución más duradera frente a las medidas del Art. 544 ter, que tendrán un plazo de vigencia de 30 días prorrogables por otros 30 días, posibilidad que deberá valorar el Ministerio Fiscal antes de solicitar las medidas.

C) Para la adopción de las medidas civiles de la orden de protección tanto del art. 544 ter, 7) y quinquies de la L.E.Crim, como de los Art. 65 y 66 de la L.O. 1/2004, y con el fin precisamente de comprobar cuál es el interés del menor,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

los Fiscales deberán solicitar la audiencia de los hijos menores cuando tengan suficiente juicio y en todo caso cuando sean mayores de 12 años, salvo en aquellos casos en que sea perjudicial para el menor, lo que deberá justificarse suficientemente y siempre adoptando las medidas necesarias para garantizar la plena protección y estabilidad del menor y respetando su derecho a la dignidad e intimidad (art. 9 de la L.O.P.J.M.)

D) Será conveniente trasladar a los organismos competentes, a través de los cauces pertinentes, la necesidad de que habiliten instalaciones adecuadas y dignas en los Juzgados de Violencia sobre la mujer a fin de que se pueda atender en ellas a los/as menores con la necesaria intimidad y privacidad.

E) Cuando esta ausencia de instalaciones adecuadas pueda suponer un grave perjuicio para el menor, de forma excepcional podrá posponerse esa audiencia a otro momento posterior, como puede ser la ratificación de las mismas en el procedimiento civil (art. 544 ter párrafo 7 apartado 3º de la L.E.Crim.)

F) Cuando el Fiscal aprecie que existe conflicto de intereses entre el menor y sus progenitores o representantes legales será necesario instar el nombramiento de un defensor judicial de conformidad con el art. 2-5- c de la L.O.P.J.M.

G) En todo caso, una vez archivado el procedimiento penal por Auto firme de sobreseimiento o sentencia absolutoria, también firme- art. 69 de la L.O. 1/2004-, se deben pedir al órgano judicial que se dejen sin efecto las medidas civiles dada su naturaleza cautelar, sin perjuicio de que se acuda a la vía civil a solicitar aquellas medidas que se estimen procedentes en interés del menor.

H) Con la nueva regulación del derecho del menor a ser oído y a participar en el proceso se abre la posibilidad de recurso de todas las decisiones judiciales en las que se adopten medidas que les afecten, y por tanto también las medidas de naturaleza civil acordadas en el contexto de la orden de protección, recurso para el cual, obviamente, también está legitimado el Fiscal cuando considere que la decisión se aparta del superior interés del menor y de su adecuada protección (art. 124 de la C.E. y arts.3-5 y 7 del EOMF)

I) Es procedente recordar la necesidad de solicitar las penas de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial del ejercicio de la patria potestad, tutela curatela o guarda, en los términos establecidos en los arts. 55 y 56 del C.P., en los delitos graves de violencia de género por estimar que existe una relación directa entre el delito y el ejercicio de esas facultades y el interés superior del menor. (Conclusión Vigésimocuarta de la Circular 6/2011 de la FGE)

IV.- EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE PENA O MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA POR UN ACTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: PROBLEMAS COMPETENCIALES, CONCURSALES Y DE PERSONACIÓN

La ampliación de las competencias de los JVM, atribuyéndoles el conocimiento

FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

de los delitos de quebrantamiento de pena o medida cautelar impuesta como consecuencia de un procedimiento por violencia de género, ampliación efectuada por L.O. 7/2015 que modificó el art. 87 ter de la LOPJ, plantea numerosos problemas en la práctica, a pesar de las incuestionables ventajas que esta modificación supone desde el punto de vista de la víctima y de que el legislador lo que pretende conseguir *“una mayor eficacia a la hora de proteger a la víctima, porque éste tendrá muchos más datos que cualquier otro Juez para valorar la situación de riesgo”* (preámbulo de la ley).

Los problemas surgen a la hora de delimitar esta competencia atribuida a los JVM, su vis atractiva y la aplicación del principio de especialidad, tanto a nivel territorial -art. 15 bis de la L.E.Crim.- como por conexidad, cuando el quebrantamiento va acompañado de otros delitos, e incluso se plantea si debe atribuirse a los JVM la competencia cuando el quebrantamiento no afecta a la seguridad y/o protección de la víctima como puede ocurrir en el supuesto del quebrantamiento de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas o en el quebrantamiento de la de trabajos en beneficio de la comunidad, cuestiones todas ellas que han dado lugar a diferentes soluciones judiciales y que requieren adoptar, con independencia de la variedad de situaciones que la casuística presenta, criterios generales por parte de la Fiscalía para intentar conseguir cierta seguridad jurídica en materia de competencia y evitar el planteamiento de cuestiones de competencia que dilatan y retrasan la tramitación de la causa y, en definitiva, van en perjuicio de la víctima.

Para acotar la cuestión, es importante empezar transcribiendo literalmente el texto del nuevo art. 87 ter.1 g) que dispone que *“ De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente ”*.

Comenzando **por la competencia objetiva**, algunos JVM han entendido, en base a que el fundamento de la reforma es la mejor protección de la víctima, que su competencia se limita a los supuestos en que se quebrante una pena o una medida cautelar establecida en protección de la víctima, de manera que su incumplimiento ponga en peligro su seguridad o integridad. Otros por el contrario, como la AP de Cantabria, Sección 3ª, Auto de fecha 11 de mayo de 2016, consideran que cuando el artículo 87 ter de la LOPJ refiere a la persona “ ofendida “ por el delito “ *no se refiere al delito de quebrantamiento de condena, sino al delito cuya condena ha sido quebrantada, exigiendo expresamente que la persona ofendida, es decir, el sujeto pasivo del citado delito, sea alguna de las personas mencionadas en el mentado precepto*”, y argumenta que el artículo 87 ter “ *no limita solo el conocimiento de la*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

instrucción por el Juez de Violencia a los delitos de quebrantamiento de las penas o medidas cautelares de prohibición de acercamiento y comunicación, porque, de haber sido así, el precepto habría limitado dicho conocimiento al quebrantamiento del artículo 468.2 del Código Penal y sin embargo se refiere al artículo 468, sin hacer distinciones”.

El mismo criterio de interpretación literal del precepto, en este caso del art. 15 bis) L.E.Crim., nos lleva a resolver el **problema de la competencia territorial** a favor del domicilio de la víctima en el momento que se cometió el quebrantamiento, y ello aunque en ocasiones puedan ocasionarse consecuencias negativas como pudieran ser las derivadas de una total desconexión con el lugar en que ocurre.

La posible extensión de **la competencia de los JVM por conexidad** a otros delitos, ajenos a sus competencias pero cometidos conjuntamente con el de quebrantamiento, también plantea problemas con una amplia casuística, pero el criterio general para resolverlos debe de ser el restrictivo siguiendo el espíritu que inspiró la reforma en materia de conexidad llevada a cabo por Ley 41/2015, para evitar la acumulación automática de causas por diferentes delitos que provoque macroprocesos, muy difíciles de manejar, y que dilatan innecesariamente la tramitación de la causa, de manera que se debe optar por romper la conexidad y enjuiciar separadamente los hechos siempre que no perjudique la investigación. Todo ello sin obviar los problemas de interpretación que provoca la nueva redacción del Art. 17 L.E.Crim., sin que a ella se haya adaptado el art. 17 bis) L.E.Crim.

Otra cuestión debatida por haber obtenido una respuesta diferente de los JVM, fue la posible personación de la víctima del delito cuya pena o medida se quebranta, en concreto en los supuestos del art. 468.2º CP. La postura negativa se basa en que el bien jurídico protegido de este delito, con independencia de que su competencia haya sido atribuida a los juzgados especializados de VM, es y sigue siendo el mantener el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y el respeto a las resoluciones judiciales, pero ello no puede llevarnos a desconocer que el quebrantamiento de una medida de alejamiento indudablemente afecta a la seguridad de la víctima y pone en peligro al menos potencialmente, su libertad e integridad física, por lo que podemos hablar de un delito pluriofensivo, con independencia de su ubicación sistemática. Esta fue la razón precisamente que llevó al legislador a atribuir la competencia a los JVM de los delitos del apartado 2º del Art. 468 CP y a llevar a cabo la reforma del Art. 87 ter LOPJ, con el objetivo de lograr así una mejor y más especializada atención y protección de las víctimas.

Es cierto que ofendido por el delito y víctima no son términos coincidentes pero tampoco son excluyentes y pueden utilizarse para referirnos a la persona natural o jurídica sobre la que recae el daño o peligro creado por el delito.

Esta es la línea seguida en la L.E.V.D., que considera como tal a toda persona



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito (art. 2-a); en base a ello, podemos considerar que la mujer que sufre el acercamiento de su agresor tras una prohibición judicial, lo que se evidencia como nueva señal de peligro que ataca a su seguridad, integridad e indemnidad, es víctima de este delito, con independencia del bien jurídico protegido, y como tal se le reconoce una serie de derechos entre los que se encuentra el de personarse en juicio, argumento éste que avala la respuesta afirmativa a la legítima pretensión de personarse en la causa por el delito de quebrantamiento. Lo contrario sería mantener un criterio formalista contrario al espíritu de las últimas reformas que incorporan medidas para una mayor protección de la víctima.

IV-2.-CONCLUSIONES

A. La seguridad jurídica, entendida esta como suma de los principios de certeza y legalidad e interdicción de la arbitrariedad, nos obliga a no distinguir donde la norma no lo hace, de manera que como regla general, hemos de entender que la competencia objetiva para conocer del delito de quebrantamiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares impuestas a un condenado/investigado por delitos de violencia de género corresponde a los JVM (art. 87 ter g de la L.O.P.J.)

B.- Para la determinación de la competencia territorial se deberá atender, conforme al art. 15 bis) L.E.Crim y el Acuerdo no jurisdiccional del TS de fecha 31 de enero de 2006, al domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos, y ello aunque no se corresponda ni con el lugar donde se dictó sentencia o auto por el que se impuso la prohibición que se quebranta ni con lugar en el que se comete el quebrantamiento.

C.- En el supuesto de que el quebrantamiento de la pena o medida cautelar, vaya acompañado de otro delito que no sea competencia del JVM, por ejemplo, un quebrantamiento de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y participación en una riña tumultuaria con lesiones, debe romperse la conexidad siempre que ello sea posible sin afectar al buen fin de la causa, atendiendo a los nuevos criterios restrictivos que regulan la conexidad. No será posible entre la tenencia ilícita de armas y el quebrantamiento de la pena pues estamos ante un concurso de delitos, pero si en los demás casos.

D. Las medidas provisionales y penas que se imponen en un procedimiento de violencia de género (554 bis, 544 ter y 503-c de la L.E.Crim. y 57 del C.P.), afectan particularmente a la seguridad y tranquilidad de las víctimas pues, persiguen la consecución de unos efectos preventivo-especiales; precisamente por ello, su adopción, vigencia y aplicación, y su adecuado y exacto cumplimiento, afecta e interesa a las víctimas protegidas, y también la ejecución de las demás



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

penas impuestas interesan a éstas hasta el punto de que el propio legislador prevé que estén continuamente informadas de la situación procesal del investigado o condenado (art. 544 ter-9 y art. 7 de la Ley del EVD). Ello confiere un carácter pluriofensivo al delito de quebrantamiento por lo que las víctimas han de tener la posibilidad de intervenir en estos procedimientos más teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos van a ser testigos presenciales de los hechos que se investigan. Por tanto los Sres/as Fiscales informarán, cuando proceda, a favor de admitir la personación de las víctimas en los procedimientos penales que se incoen en los JVM por delito de quebrantamiento del art. 468 del C.P.

V.- ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPETENCIA POR CONEXIDAD Y LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 17 DE LA L.E.CRIM

Con posterioridad, la *L. 4/2015 de 5 de octubre de modificación de la L.E.Crim., para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, reformó el art. 17, manteniendo la redacción del art. 17 bis lo que ha planteado problemas de interpretación de mucha importancia, pues, introdujo un nuevo apartado 6º en el párrafo 2º para entender como delitos conexos “ *los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos*”

Al mantenerse la redacción del art. 17 bis que sólo atribuye a los JVM la competencia por conexidad en relación a los números 3 y 4 del art. 17, algunos Jueces entendieron que ya no cabía la interpretación hasta entonces sostenida de que también son los JVM competentes para conocer de las agresiones mutuas, respecto de las cuales literalmente no se les da la atribución. Ello motivó la emisión el 1 de febrero de 2016 de un dictamen por parte de la Excm. Sra. Fiscal de Sala en virtud del cual se entendió, resumidamente, que la competencia en tales casos ha de entenderse también atribuida a los JVM por 4 razones principales:

i. Porque la interpretación conjunta de los preceptos que regulan la competencia de los JVM, tanto de la LOPJ -art. 87 ter- y de la L.E.Crim. -art. 14.3-, apoya la inclusión de las denuncias cruzadas entre cónyuges como competencia del JVM, pues carece de sentido la exclusión solo en el ámbito de la violencia de género de la instrucción conjunta de los delitos conexos consistentes en agresiones recíprocas. El propio preámbulo de la Ley 41/2015 explica que entre las razones que llevaron al legislador a modificar las reglas de la conexidad del art. 17, no se encuentra el excluir del conocimiento de los JVM, las denuncias cruzadas, sino intentar conseguir *una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación...evitando los denominados macroprocesos, tan perniciosos para la agilidad pretendida, pero admitiendo que la acumulación por conexión es necesaria cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable, por considerar el Fiscal o el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

determinación de las responsabilidades procedentes, y siempre que con ello no se altere la competencia. Se señala, además, que se pretende evitar el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos.”.

ii. En segundo lugar porque otra solución conllevaría la revictimización de la víctima, al obligarla a acudir a otro juzgado y volver a declarar de nuevo sobre los mismos hechos, efecto contrario al art 19 de la L.E.V.D. y del Convenio de Estambul.

iii. En tercer lugar y ya a niveles prácticos tal solución además de antieconómica, incrementa las dificultades probatorias con las que normalmente nos encontramos al convocar dos veces a los mismos testigos y peritos para declarar sobre unos mismos hechos.

iv. Porque es posible atisbar aún mayores inconvenientes derivados del desglose de las denuncias cruzadas y su remisión al JVM y al J. de Instrucción, pues, ello puede afectar a la competencia territorial, en la medida que el Art. 15 bis) L.E.Crim. establece como fuero para determinar la competencia territorial del JVM, el del domicilio de la víctima, que con frecuencia no coincide con el lugar donde se comete el delito, que sería competente para conocer la denuncia del varón contra la mujer, lo que agravaría aún más los perjuicios y el gravamen no sólo a las partes, quebrantando el principio de proximidad de la víctima al juzgado que inspira el Art. 15 bis) L.E.Crim. sino también a los testigos y peritos que tendrían que desplazarse a dos partidos judiciales distintos y a veces distantes para declarar sobre los mismos hechos. A la vez que provocará una dilación injustificada del procedimiento contraria a la reforma realizada en el Art. 324 L.E.Crim, que se evitaría con el enjuiciamiento conjunto de ambas denuncias.

Todos estos argumentos, unido al hecho de que no se concibe una razón que justifique ni ventaja alguna que se derive del tenor literal del precepto analizado, nos llevan a entender que la no adaptación del Art. 17 bis) L.E.Crim, al nuevo contenido del Art. 17 de la misma ley al que se remite, constituye un mero olvido del legislador y no supone un cambio del criterio unánimemente admitido por los Tribunales, con la exclusión del enjuiciamiento conjunto por el JVM de las agresiones recíprocas entre parejas y/o ex parejas.

En consecuencia la Excm. Sra. Fiscal de Sala aconsejó entonces a los Fiscales:

a) No solicitar ni apoyar el desglose de las denuncias cruzadas entre cónyuges, parejas o ex parejas.

b) Recurrir todos los Autos en que se acuerde la deducción de testimonios, manteniendo el enjuiciamiento conjunto, a fin de que la cuestión llegue a las Audiencia Provinciales y fijen criterio al respecto.

Esta posición ha sido refrendada finalmente por la A.P. de Madrid ante quien se tuvieron que interponer diversos recursos (auto 395/16 de la Secc. 27ª de la A.P. de



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

Madrid, por ejemplo).

Por otra parte, se ha planteado el problema competencial en relación a aquel supuesto en los que se agrede a la mujer y a ascendientes o hermanos u otras terceras personas ajenas al círculo familiar.

El problema ya fue tratado en su día por la Circular 4/2005 al plantear que *“La exclusión de la causa de conexidad del art. 17.5 LECrim en la regulación de la competencia por conexión de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (vid. infra), impone que los supuestos de simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes cometidos contra la mujer y estas otras personas...deban tramitarse separadamente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y ante el Juzgado de Instrucción ordinario, respectivamente...”*, pero, recordaba 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).*

Pues bien, aunque la situación a la que nos enfrentamos es la misma, la regulación de atribución competencia por conexión ha cambiado con la reforma operada en el art. 17 por la Ley 41/2015 en la que se persiguió por el legislador, *“...una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación “ y “... evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elephantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macrop procesos”*.

Pues bien, el actual art. 17-1 dispone que *“Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.”*, salvo que se traten de delitos conexos de los referidos en el apartado 2, en el que no se incluyen los diversos delitos cometidos simultáneamente contra varias personas, y tampoco es aplicable el párrafo 3º, porque en este caso, la competencia objetiva para cada uno de ellos es diferente; respecto de la agresión a la mujer, el JVM y respecto de la agresión al tercero (amigo, pareja actual, hermano, ...) lo será el Juzgado de Instrucción.

Pese a ello, lo cierto es que en la mayoría de los casos a los que nos referimos, se van a dar tantos nexos facticos- objetivos, subjetivos, temporales, causales,...- entre las distintas agresiones que las conviertan en indisociables, indisociabilidad que aconsejará su enjuiciamiento conjunto sino se quiere incurrir en aquellos efectos perversos derivados de la ruptura de la continencia de la causa, cuando el examen conjunto de toda la prueba incide en la acreditación de todos los delitos, o en dilaciones y perturbaciones a víctimas y testigos innecesarias para el adecuado enjuiciamiento de los hechos y contrarias a los principios y derechos recogidos en la LE.V.D., en concreto, el derecho de la víctima a prestar declaración sin dilaciones y a que se les reciba



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

declaración el menor nº de veces posible y, cuando sea factible por la misma persona.

V-1.-CONCLUSIONES

A.- En los supuestos de agresiones mutuas o denuncias cruzadas la competencia corresponde a los JVM sin que sea posible la división de la continencia de la causa ya que la no adaptación del Art. 17 bis) L.E.Crim, al nuevo contenido del Art. 17 de la misma ley al que se remite, constituye un mero olvido del legislador y no supone un cambio del criterio unánimemente admitido por los Tribunales.

En consecuencia ante posiciones dirigidas a separar el enjuiciamiento de los hechos, las/os Sras/es Fiscales:

- a. No solicitarán ni apoyarán el desglose de las denuncias cruzadas entre cónyuges, parejas o ex parejas.**
- b. Deberán recurrir todos los Autos en que se acuerde la deducción de testimonios, a fin de mantener el enjuiciamiento conjunto.**

B.- En los supuestos de que la agresión contra la mujer y ascendientes o hermanos u otras terceras personas ajenas al círculo familiar se produzca simultáneamente, se recuerda la vigencia del mandato contenido en la Circular 4/05 de la FGE en la que se instó a los Sres. y Sras. Fiscales, para que, cuando no sea posible el enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa por tratarse de hechos indisociables, todos los hechos deberán ser objeto de instrucción y enjuiciamiento en un único procedimiento e informarán a favor de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de los hechos por obvias razones de especialización (Circular 4/2005 de la FGE, apartado VI.-A-6).

VI.- PROBLEMAS PRÁCTICOS SURGIDOS EN LA APLICACIÓN DE LOS NUEVOS TIPOS PENALES.

V-1) ACOSO U HOSTIGAMIENTO

La considerable cantidad de sentencias aplicando el nuevo tipo penal de acoso establecido en el Art. 172 ter) CP, evidencia sin lugar a dudas que tal precepto ha venido a cubrir las lagunas de tipicidad existentes en nuestro C.P., que propiciaban que estas conductas con frecuencia no encontrasen fácil acomodo en otras figuras penales como el delito de amenazas o coacciones, a pesar de producir efectos devastadores en las víctimas que lo sufren.

El examen de éstas nos lleva a concluir que los principales problemas que



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

plantea el tipo delictivo, y a los que se da respuestas diferentes según los órganos judiciales, es el concretar los requisitos que la configuran, concretamente la comisión de “forma insistente y reiterada” de las conductas, por un lado y, por otro, delimitar el significado de “alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima”, elementos ambos que ya ponen sobre aviso de que la conducta debe tener cierta intensidad cuantitativa y cualitativa para ser considerada delictiva.

Al respecto, en general la jurisprudencia señala que más que fijar los actos concretos hay que centrarse en la idoneidad de ocasionar el resultado y, en este sentido se habla de “estrategia sistemática de persecución”, exigiendo cierta reiteración, aunque no faltan resoluciones que opten por la absolución entendiendo que estamos ante leves molestias no alteraciones graves de la vida.

El elemento negativo de “sin estar debidamente autorizado”, ha sido aun escasamente desarrollado si bien existe ya, en alguna resolución aislada se ha entendido aplicable cuando la finalidad de la comunicación o contactos era tener conocimiento e incluso atender a sus 3 hijos menores o para resolver y discutir las cuestiones personales o patrimoniales derivadas de la separación.

En todo caso el elemento sobre el que pivota el tipo es el resultado,” *la alteración grave de la vida cotidiana*”, que la jurisprudencia entiende concurre cuando tiene que cambiar de domicilio, o de teléfono o de itinerarios o dejar de salir de casa sola, además de alteraciones psicológicas como sensación de miedo o de inseguridad. Como afirma la SAP de Madrid, Sección 27ª, de 1 de junio, “. *El problema empieza cuando se tiene la perfecta y completa conciencia de que esa persona no quiere mantener contacto y tiene una voluntad patente y claramente manifestada de desentenderse de cualquier contacto con el emisor, y pese a ello se le impone, asfixiándola y limitándola en su libertad*”; y añade que “ **la lesión grave de la libertad no se produce pues por querer comunicar. Se produce porque una persona decide sujetar a otra, contra su voluntad, a una pesadilla continua e imponerle unilateralmente su voluntad y su deseo**”.

La cláusula concursal punitiva establecida en el propio art. 172 ter CP, y su aplicación a los supuestos, bastante frecuentes en la práctica, en que el acoso va acompañado de otros delitos como las amenazas, vejaciones, daños y quebrantamiento de condena o de medida cautelar, ha dado lugar a una gran y preocupante diversidad de soluciones tanto por parte de los Fiscales como de los diferentes órganos judiciales: concurso real, concurso ideal, concurso medial.

La cláusula concursal establecida en el artículo comentado, presenta importantes similitudes con la prevista en el art. 173.2 dentro del maltrato habitual, sobre el que ya se ha pronunciado la jurisprudencia en una línea consolidada considerando que no se vulnera el principio “in dubio pro reo” porque, como explica la STS 1154/2011, de 10 de mayo, “ *La violencia física o psíquica **habitual** es algo distinto de los concretos*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

*actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad...Al lado de la integridad o salud física o psíquica que, como bien jurídico individual, se protege mediante los delitos de lesiones, en el delito de malos tratos **habituales** el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.*

En el caso del acoso, y en relación con la posible concurrencia de amenazas y coacciones y su punición, la solución es complicada.

Como ponen de relieve algunos autores, la solución del legislador ante esos supuestos concursales ha sido la del concurso de delitos. En efecto, el artículo 172 ter 3 establece que “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”. Es decir, además de castigar por este artículo se sancionarán independientemente los delitos en los que el acoso se plasmara.

El problema, señalan, es que la opción indiscriminada por el concurso de delitos sea cual fuere el delito instrumental no excluye ni siquiera a aquellas infracciones delictivas que comprometen la libertad de obrar o se estructuran sobre el presupuesto de la violencia psicológica, es decir, afectan al mismo bien jurídico, como sería el caso de los delitos de amenazas y coacciones. El solapamiento del desvalor en tales casos augura problemas de bis in idem.

En los supuestos de que los actos de acoso incluyan algún mensaje amenazante, estaremos ante un concurso real en la medida que para cometer el delito de acoso no es necesario amenazar y esta conducta añade un plus de antijuricidad o desvalor a la conducta no cubiertos por la sanción prevista para el delito de acoso y, a la inversa, para amenazar no es preciso hostigar, perseguir o vigilar, establecer contactos de forma reiterada. De manera que cuando, además del acoso, hay actos concretos amenazantes se castigaran ambos delitos.

Mayor dificultad plantea la concurrencia del acoso con el delito de coacciones, en la medida que el seguimiento, vigilancia y control, es una forma evidente o encubierta de coacción, presión psicológica, intimidación, imposición, caracterizada por la reiteración e insistencia, que pretende doblegar la voluntad de la víctima para conseguir en la mayoría de los supuestos la reanudación de la relación, será difícil, sin quebrar el principio *non bis in idem*, penar por separado ambos delitos preservando . Es preciso recordar que el Preámbulo de la LO 1/2015 que introduce este nuevo delito, en su apartado XXIX, lo justifica en los siguientes términos: ***“También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos***



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.

Por último, cuando para llevar a cabo la conducta de vigilar, perseguir o buscar la compañía de la víctima o comunicar con ella, se quebrante una pena o medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación anteriormente impuesta, estaremos ante una conducta que constituye dos delitos, por lo que aparecerán en concurso ideal del art. 77.2 CP, imponiendo la pena del delito más grave en su mitad superior hasta el límite que represente penarles por separado.

V-1-a.- CONCLUSIONES

A.- Por conducta insistente y reiterada ha de entenderse que se haya producido una repetición de actos, con cierta relación temporal. La imposibilidad de establecer un nº determinado de actos para concretar el tipo penal, exige que para que esa reiteración de actos sea subsumible en el tipo penal, se aprecie idoneidad para alterar de forma grave la vida cotidiana de esa persona.

B.-Por alteración grave el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima se han de entender aquellos cambios importantes en la vida de la víctima, sus hábitos o rutina diaria (que a consecuencia de los hechos la víctima haya tenido cambiar sus horarios o trayectos; que no se atreva a salir sola; tenga que cambiar el nº de teléfono o bloquear llamadas o mensajes entrantes,...) dejando al margen aquellas alteraciones que supongan simples molestias. Caben formas imperfectas de ejecución

C.-En el escrito de acusación se deberán recoger y describir todos y cada uno de los hechos individualizados y, a ser posible localizados cronológicamente y reflejar los efectos que este comportamiento produce sobre la víctima y su entorno.

D.-El acoso por su componente de insistencia y reiterada intromisión en la vida de otra persona, contra la voluntad de la misma que altera su vida y sus costumbres, contiene una importante carga de antijuricidad, que permite la imposición de la pena de prisión de 1 a 2 años o Trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días, no pareciendo en términos generales suficiente respuesta la imposición de la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad, que, además con frecuencia plantea problemas de ejecución y que, por supuesto, requiere el consentimiento previo del condenado. Por todo ello conviene que en estos casos el Fiscal, como regla general, opte en su escrito de conclusiones por la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

pena de prisión.

E.-La cláusula concursal prevista en el art. 172 ter.2º CP, que establece el concurso de delitos, puede plantear delicados problemas en relación con el principio *ne bis in ídem*, especialmente cuando concurren conductas que atacan también la libertad, la seguridad y la tranquilidad de las personas, como las amenazas y coacciones por los que los Fiscales deberán analizar en cada caso concreto a la relación concursal existente entre ellos teniendo en cuenta el citado principio.

F.- Art. 172 ter 3 y el delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena. En aquellos supuestos en los que, tras haber sido impuesta al investigado una prohibición de aproximación y/o de comunicación con la víctima como medida cautelar o pena, éste se acerca a ella para vigilarla o buscar su compañía o comunicar o intentar comunicar con ella de forma insistente y reiterada provocando en aquella un alteración grave de su vida cotidiana para no infringir el principio al principio *non bis in ídem*, los Sres/as Fiscales aplicarán el concurso ideal del art. 77-1 y 2 del C.P entre el delito de quebrantamiento (468-2 del C.P.) y el de acoso del art. 172 ter del mismo texto legal, solicitando la imposición de la pena de prisión que prevé el art. 172 ter-2 en su mitad superior (de 18 meses y 1 día a 2 años)

G.-Si el investigado hubiere amenazado reiteradamente a la víctima de forma leve alterando gravemente su vida cotidiana, los Sres/as Fiscales formularán acusación por un delito de acoso del art. 172 ter-1-4º del C.P. y, de conformidad con la regla concursal del párrafo 3º, uno o varios delitos- o uno continuado (74del C.P.) de amenazas leves del art. 171-4 del C.P. Si para ejecutar estos hechos el investigado además incumplió una prohibición de aproximación y/o de comunicación, se aplicaría el subtipo agravado del art. 171-4 y 5-2º del C.P. (por haberlo realizado quebrantando una pena del art. 48 del C.P. o medida cautelar de igual naturaleza)

H.- En todo caso será necesario hacer constar expresamente en el escrito de acusación la relación en que se encuentran los diferentes delitos que se estiman cometidos y la regla punitiva que se aplica, dada la diferente regulación de cada supuesto prevista en el actual Art. 77 CP. (Circular 4/2015, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.)

VI-2.-.- EL DELITO DE MANIPULACIÓN O/Y INUTILIZACIÓN DE LOS DISPOSITIVOS TELEMÁTICOS DEL ART. 468.3º CP.

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*,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

se expuso como, en torno a los dispositivos telemáticos, se habían venido planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o condenado, *“...cuando no respeta las normas de funcionamiento del dispositivo, haciendo éste ineficaz, o fractura intencionadamente el dispositivo transmisor RF (brazalete), sin aproximarse a la víctima, ni a los lugares determinados en la resolución judicial.”* Y así se dijo que se puede distinguir situaciones diferentes:

- aquellas en las que el dispositivo no funciona a consecuencia de la actuación voluntaria del imputado (por ejemplo, no carga de forma contumaz la batería de la unidad 2Trak, sabiendo que al agotarse ésta deja de funcionar).
- Supuestos en los que el imputado fractura intencionadamente el brazalete (lo que generará inmediatamente la alarma correspondiente), pero no invada las zonas de exclusión establecidas en la resolución judicial, es decir, no se aproxime a la víctima ni a su domicilio, ni a los demás lugares afectados por la prohibición de aproximación.

En relación a la primera situación, la Fiscalía entendió que *“Se podría estar ante un delito de desobediencia, pues la imposición de tales mecanismos de detección de proximidad ha sido acordada en una resolución judicial, y el imputado debe haber sido requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo con el apercibimiento de que, de no hacerlo así, puede incurrir en el citado delito; tal requerimiento deberá constar en la propia resolución o en el acta de la notificación de la resolución en la que se acuerda la imposición de estos mecanismos para el control”*.

Y en cuanto al segundo supuesto, la Fiscalía, partiendo de que el imputado/condenado no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, entendió que *“...podría imputarse un delito de desobediencia (artículo 556 del Código Penal), si en la resolución judicial, o en el acta de su notificación al imputado consta el expreso requerimiento de que ha de colaborar con el adecuado funcionamiento del dispositivo, con las advertencias de poder incurrir, en caso contrario, en un delito de desobediencia. Además, y en atención al valor pericial de los daños causados, podría haber incurrido en una falta o delito de daños (artículos 625 o 263 del Código Penal).”*

En la actualidad tales conductas han sido incluidas en el párrafo 3º del art. 468 del C.P. con el siguiente tenor:

“Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.”

Este precepto obligará a plantearnos la actualización del criterio sostenido por la FGE en la Circular referida, pues, entonces se partía de la ausencia de una regulación



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

expresa de tales conductas en el C.P. procurando evitar la impunidad de esas actuaciones, claramente contrarias a la resolución judicial y a los fines perseguidos por ésta.

Antes de entrar en el planteamiento de diversas cuestiones, hemos de aclarar una serie de premisas:

i.-El tipo penal sanciona diversas conductas relacionadas con el buen funcionamiento del dispositivo:

a.- Inutilizarlo

b.-Perturbar su norma funcionamiento

c.- No llevarlo consigo

d.-Omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento

ii.-El sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género, para efectuar un adecuado control de esas penas o medidas, genera una serie de alarmas ante cualquier Incidencia técnica grave que afecte a cualquiera de los componentes del sistema y suponga el cese de su funcionamiento y ante la entrada del usuario en las zonas de exclusión fijas o móviles o, cuando se produce una aproximación a la víctima o a la zona de exclusión con pérdida de cobertura del sistema de localización.

Estas alarmas determinan la puesta en marcha del protocolo de protección con el aviso a las FFCC de SE y a la propia víctima. El operativo policial de protección se activará siempre que sea necesario y, en todo caso, cuando se produzca la rotura del brazalete, la extracción del mismo sin ruptura o la descarga de la batería del DLI, y de todo esto es claramente informado el usuario en el momento en el que se procede a la instalación del dispositivo. De ello se deduce que la inutilización, manipulación, ruptura o cualquier otra actuación del usuario tendente a hacer ineficaz el aparato, provocarán la inmediata actuación del Centro de Control. Esta intervención queda plasmada documentalmente y el Centro de Control conserva a disposición del Ministerio Fiscal y de los Tribunales toda la documentación generada a consecuencia de la incidencia y las grabaciones de voz que registran las comunicaciones habidas con los usuarios.

VI.2-a.-CONCLUSIONES.

A).- Cuando la conducta consiste en no cargar la batería de la unidad 2trak o alejarse de este dispositivo, se ha de exigir cierta repetición o prolongación de la conducta para poder subsumir tales conductas en el tipo penal del art. 468-3 del



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

C.P. En este sentido ya exigía la Circula 6/2011 que tales conductas se produjesen de forma contumaz y reiterativa.

B).- Para acreditar los hechos a que se refiere el precepto, los/as Sres/as Fiscales tendrán en cuenta la conveniencia de recabar al Centro de Control que gestiona estos dispositivos los informes, documentos o grabaciones que obren en su poder y que puedan contribuir a la acreditación de la conducta típica.

VII.- EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: COORDINACIÓN E INTERVENCIÓN EN LA EJECUCIÓN.

El estatuto de la víctima del delito aprobado por ley 4/2015, establece un catálogo de derechos de las víctimas, aglutinando tanto los que se tienen dentro del proceso como los extraprocesales, que supone una regulación más sistematizada de los mismos. Aunque la víctima de violencia de género ya tenía una serie de medidas específicas de protección y apoyo, dada la respuesta integral que contiene la LO 1/2004, el Estatuto si contempla de forma especial a estas víctimas.

En concreto la Ley regula el derecho de todas las víctimas de ser adecuadamente atendidas, apoyadas, asesoradas y asistidas durante la denuncia y posteriormente, pero, también, antes de poner la denuncia; regula la implantación de las oficinas de atención a la víctima ya hace expresa referencia a la necesidad de que se hagan inversiones en instalaciones adecuadas y a una necesaria coordinación entre todas las instituciones y servicios sociales, asistenciales, judiciales, policiales y penitenciarias que haga efectiva la disposición de información relevante para detectar las situaciones de riesgo y vulnerabilidad y, así, prestar una atención y protección adecuada a la víctima.

Se trata de allanar su paso por el proceso y evitar la revictimización secundaria que ello produce; por ello son importantes las reformas procesales tendentes a proteger la intimidad, imagen y dignidad de la víctima, haciendo especial referencia a los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente; restringiendo la publicidad del juicio o de datos que pueda conducir a su identificación, Atribuyendo al Ministerio Fiscal el deber de velar por el cumplimiento de estas garantías y derechos de las víctimas y, en la medida de lo posible, y para protegerlas frente al proceso, evitar la reiteración de declaraciones acudiendo cuando proceda a la prueba preconstituida, siempre sin menoscabo de los derechos del investigado y/o solicitar la utilización de medios técnicos que eviten la confrontación visual con el inculpado.

VII-1.- CONCLUSIONES.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

A.- El Estatuto de la víctima del delito enumera los derechos y facultades de actuación procesales de que son titulares las víctimas del delito y la necesidad de ser respetados por todos los operadores, siendo importante la actuación de los/as Fiscales, no sólo como vigilantes, sino como defensores activos de sus derechos, como ha sido constante a lo largo de estos años, de forma especial en materia de violencia de género, en defensa de las mismas y de sus derechos tales como el de obtener una información comprensible, el de notificación de las resoluciones que le afecten, garantizar su intimidad, más aún cuando se trate de menores y personas con la capacidad modificada, velando porque se haga uso de los instrumentos que establece en aras de esa tutela, especialmente a la hora de declarar, etc.

B.- Entre esa información, destaca la referida a que han de conocer desde el primer momento las *“Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas”* (art. 5-1-a de la L Ley 4/2015); pues bien, en relación al procedimiento para su obtención, adquiere vital importancia la acreditación que, las diferentes leyes estatales y autonómicas, le exigen a la víctima del hecho de ser víctima, erigiéndose como fundamental la posibilidad de contar al efecto con un informe del Ministerito Fiscal sobre la existencia de indicios de esa violencia (art. 23 de la L.O. 1/2004; 31 bis de la ley 4/2000; art. 220 de la LGSS,...) por lo que, los/as Sres./as Fiscales, velaran porque las víctimas conozcan esta posibilidad a los efectos de que la protección asistencial que la ley les dispensa, pueda hacerse efectiva ante las diferentes administraciones implicadas.

C.- Las/os Sras/es Fiscales deberán pedir, sin menoscabar los derechos del investigado ni los principios y garantías procesales, la prueba testifical preconstituida cuando concurran los requisitos que la ley establece e, igualmente reclamar el uso de medios técnicos que eviten la confrontación visual con el agresor.

D.- Las/os Sras/es Fiscales extremaran las precauciones para preservar el derecho a la intimidad de las víctimas con aplicación de los arts. 681 y 301 bis de la L.E.Crim. interesando se prohíba la divulgación o publicación de información relativa a la misma, de aquellos datos que directa o indirectamente permitan su identificación y de los datos personales que hubieran podido tenerse en cuenta para su protección y la divulgación de su imagen, en todo caso si se trata de víctimas menores o discapacitadas. Cuando proceda se ha de solicitar la celebración de la vista a puerta cerrada.

C.- El art. 13 de la L.E.V.D. establece la obligación de notificar a la víctima determinadas resoluciones en la fase de ejecución, que podrá recurrir aunque no esté personada. El art. 544 ter- 9ª L.E.Crim, respecto a las víctimas que obtengan una orden de protección, establece el deber de informar permanentemente a éstas



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscal de Sala

de la situación procesal del investigado y, una vez haya sido condenado, tendrá derecho a conocer en todo momento su situación penitenciaria, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones (art. 7.3 de la L.E.V.D.)

Pues bien, para ello se hace necesario que las víctimas reciban esa información actualizada en cada fase del procedimiento para lo cual se ha de garantizar la efectiva comunicación al Centro Penitenciario y al Juez de Vigilancia Penitenciaria competente de la existencia de la solicitud de notificación que esta haya efectuado al amparo del art. 5-1-m de la Ley 4/2015 y de los correos facilitados a fin de que pueda hacer efectivo su derecho de participar en esta fase judicial y administrativa.

Fdo.: Pilar Martín Nájera

Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer