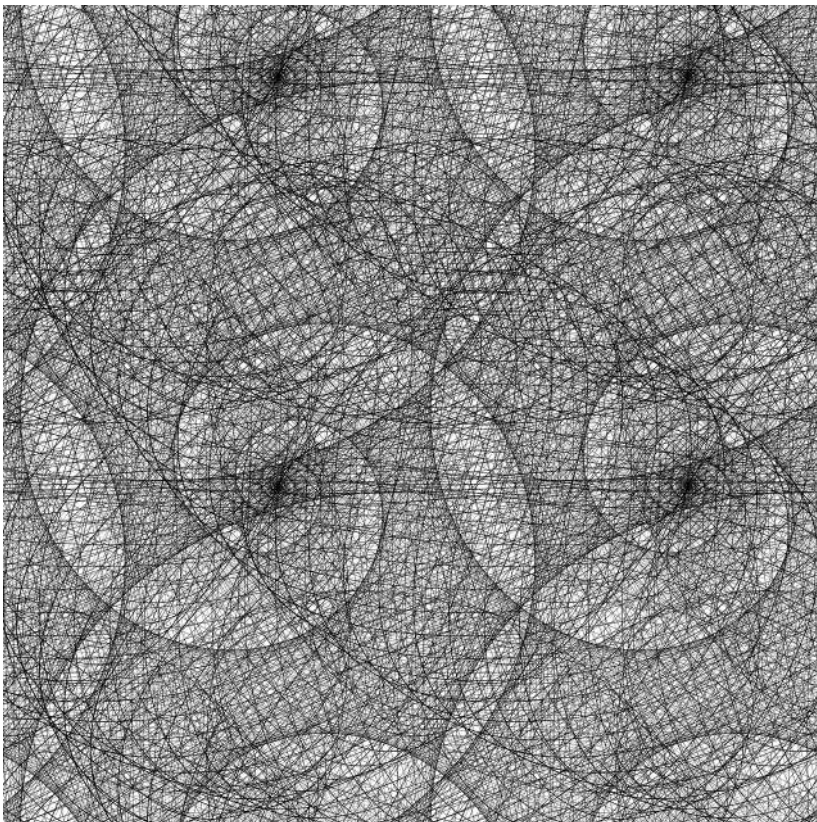


BOLETIN COMISIÓN PENAL

PERSPECTIVA DE
GÉNERO EN EL
PROCESO PENAL
VOLUMEN 2



Juezas y Jueces
para la Democracia

BOLETÍN Nº 10 DICIEMBRE 2018

ARTÍCULOS

**BREVES REFLEXIONES YO
SÍ TE CREO**

Juan José López Ortega

**EL TESTIMONIO DE QUIEN
AFIRMA SER VÍCTIMA
DESDE LA PERSPECTIVA
DE GÉNERO**

José Luis Ramírez Ortiz

**JUZGAR Y CASTIGAR
¿CON PERSPECTIVA DE
GÉNERO?**

Miren Nekane San Miguel
Bergareche

**EL GÉNERO Y EL
DERECHO EN SU
PERSPECTIVA EN EL
PROCESO PENAL**

Carla Vallejo Torres

**LA POLÍTICA CRIMINAL
CONTRA LA VIOLENCIA
SOBRE LA PAREJA**

José Luis Díez Ripolles

Coordinación: Yolanda Rueda
Soriano y Fátima Mateos

Edición: Juezas y Jueces para la
Democracia



Yo sí te creo

Juan José López Ortega

Magistrado de la Audiencia
Provincial de Madrid

1. En los últimos meses hemos asistido a unos acontecimientos en los que se ha evidenciado la profunda fractura entre la opinión pública y nuestro sistema de justicia, cuya expresión más visible han sido las marchas y manifestaciones encabezadas bajo el lema *Yo sí te creo*.

Al hilo de este debate, que ha calado profundamente en la ciudadanía, dos sentencias del Tribunal Supremo han venido a establecer en determinados casos, fundamentalmente los delitos de violencia contra la mujer y los sexuales, que la declaración de la víctima goza de una credibilidad reforzada, porque a su condición de testigo se suma la de sujeto pasivo del delito. Además, la primera de ellas, dictada en un caso de violencia de género, tuvo gran repercusión por ser la primera, según las noticias que se difundieron, en la que se aplicó la perspectiva de género (STS 247/2018, de 24 de mayo). La segunda también constituye un hito relevante en nuestra jurisprudencia, pues es la primera vez que en un caso abuso sexual infantil se contraponen el interés superior del menor con el derecho a la presunción de inocencia, como si se tratase de dos valores en conflicto (STS 284/2018, de 13 de junio).

En ambas **el juicio de credibilidad de los testimonios se realiza desde una óptica exclusivamente subjetiva que, en mi opinión, no se corresponde con los fines ni con las funciones del proceso penal en una sociedad democrática.**

En esta breve contribución me propongo justificar esta afirmación, no sin antes hacer una aclaración previa. Poco importaría detenernos en una doctrina tan singular, si pudiéramos estar convencidos que solo refleja la opinión particular del ponente. Al fin y al cabo, en ninguno de los casos el razonamiento resultó determinante del fallo. Sin embargo, en las últimas décadas hemos asistido a líneas jurisprudenciales que se han

consolidado a partir de pronunciamientos *obiter dicta* con tanto recorrido que aún hoy sus precedentes continúan invocándose. Quizás, por ello, resulte conveniente salir al paso de este incipiente proceso de deconstrucción de la presunción de inocencia basado en la preeminencia de lo subjetivo. Antes es preciso resaltar la importante función epistémica que cumple el principio de inocencia como garantía frente al error judicial.

2. Aunque suele pasar inadvertido, **la conexión entre la garantía de inocencia y la necesidad de evitar la condena errónea es sumamente estrecha.** Si el proceso cumple una función de garantía, que a la vez lo es de *verdad y libertad*, es precisamente porque la preocupación por evitar el error judicial se encuentra en la base de la construcción de un modelo formalizado de obtener la verdad judicial, en el que la tutela de las personas inocentes constituye el principal motivo de preocupación. Y si desde finales del siglo XIX se han identificado las causas que originan las condenas erróneas y entre las más frecuentes se encuentra la subjetividad en la producción y en la valoración de las pruebas, resulta obvio que **la única estrategia eficaz para neutralizar la eventualidad de una condena errónea es incluir**

en el proceso de valoración de las pruebas elementos objetivos que, al poder ser comprobados y verificados, compensen el riesgo de la subjetividad del juicio. Desde esta óptica, la *motivación* cumple una función transcendental en cuanto sirve para posibilitar el control de la racionalidad del juicio. Pero aún lo es más limitar la eficacia de la prueba única determinante, estableciendo estándares de suficiencia probatoria basados en la exigencia de *corroboración*.

Por ello, solo engarzando la prohibición de la condena dubitativa, es decir, el tradicional principio *in dubio pro reo* en el contenido del derecho a la presunción de inocencia pueden articularse mecanismos efectivos de control a través del sistema de recursos. Pues, ¿de qué sirve que se reconozca el derecho a que la condena se base en la *certeza de la culpabilidad* obtenida de la valoración de la prueba (STC 55/1982) o exigir que se haya respetado el estándar *más allá de toda duda razonable* (STC 81/1998), si no existe una manera efectiva de comprobar si la condena se ha impuesto desde la certeza o desde la duda?

Por este motivo, construir un modelo de valoración de la prueba que sirva para poner barreras frente al error judicial inevitablemente pasa por limitar la eficacia de algunos medios de

“Construir un modelo de valoración de la prueba que sirva para poner barreras frente al error judicial inevitablemente pasa por limitar la eficacia de algunos medios de prueba, especialmente aquellos que presentan un alto grado de falibilidad. El testimonio es uno de ellos”

prueba, especialmente aquellos que presentan un alto grado de falibilidad. El testimonio es uno de ellos y las declaraciones equivocadas de los testigos, incluso las realizadas de buena fe, una de las causas que con más frecuencia provocan los errores judiciales. No es extraño, por ello, que para reducir al máximo la eventualidad del error y, en último término, para hacer efectivas las garantías de verdad y justicia en todas las legislaciones la determinación de la fiabilidad de los testimonios sea objeto de una reglamentación minuciosa que en nuestro caso ha tenido desarrollo jurisprudencial al compás del desenvolvimiento del derecho a la presunción de inocencia.

Los jueces, cuando realizan juicios sobre la verosimilitud de un testimonio, *no son adivinos y tampoco son magos*. De la valoración judicial solo cabe esperar que al determinar el grado de fiabilidad que se asigna a un medio de prueba se utilicen criterios objetivos que, desde una perspectiva metodológica, presenten un alto grado de seguridad y posibiliten el doble control. Pero conviene dejar bien sentado que la verosimilitud no equivale a la afirmación de que el relato es verdadero, tan solo que es objetivamente creíble independientemente del grado de convencimiento que sea capaz de suscitar. De esta forma el exceso de subjetividad característico de un convencimiento meramente intuitivo se diluye. En definitiva, el *yo si te creo* como estándar de verosimilitud se relativiza.

3. Ahora bien, al igual que el imputado tiene derecho a que se parta de su

inocencia, la víctima tiene la necesidad de ser creída, el derecho a que su testimonio no sea minusvalorado realizando apreciaciones superficiales que distorsionen la realidad de su relato. En el Derecho, los hechos se presentan siempre como un relato y el juicio se estructura en torno a la idea de contar una historia, de tal modo que la función del juez, al valorar la prueba, consiste básicamente en determinar la plausibilidad entre dos relatos enfrentados, el de la acusación y el de la defensa.

Pues bien, siendo este un aspecto esencial de la función de juzgar, dos son los elementos en los que se asienta la credibilidad de un relato: la bondad de la historia, en sí misma considerada, y el grado en que se encuentra anclada en hechos verificables.

Coherencia y corroboración son, pues, las dos propiedades que hacen creíble (verosímil) el relato que se hacer valer ante un tribunal y cada una de ellas actúa en un nivel diferente.

Mientras que la exigencia de corroboración lleva a considerar la fiabilidad del relato desde una óptica externa (datos objetivos verificables), la coherencia obliga a tener en cuenta la congruencia de la historia en sí misma considerada. Desde esta segunda perspectiva, la interna, lo que hace que el relato sea creíble es que exista una acción central que resulte fácilmente identificable y se encuentre asociada a un contexto que proporcione una explicación aceptable del comportamiento de los sujetos que en ella intervienen. No es

extraño, por tanto, que sea el comportamiento, tanto el del agresor como el de la propia la víctima, el elemento a considerar en torno al que en buena medida pivota el juicio sobre los hechos, especialmente cuando de lo que se trata es de determinar cuál es la declaración que resulta más convincente.

El comportamiento es valorado a la luz de las reglas de la experiencia, que si bien desempeñan un papel fundamental a la hora de establecer cuál es el comportamiento previsible en el contexto de la comisión de cualquier delito, más aún en los delitos sexuales. En ellos, en muchas ocasiones, la acción se desarrolla en un contexto repleto de significados ambiguos, de malentendidos verdaderos o presuntos que resultan característicos de una materia tan compleja como la relación interpersonal de carácter sexual. En el ámbito de la sexualidad la subjetividad es el factor preponderante, tanto para los protagonistas de la historia como para el observador externo, en este caso para el juez llamado a pronunciarse sobre la bondad del relato.

Por ello, al recurrir a las reglas de la experiencia para determinar cuál habría sido el comportamiento esperable hay que ser extremadamente cauto y desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica, pues en no pocas ocasiones las máximas que se invocan carecen de la necesaria nota de generalidad. En realidad, solo son fruto de la propia experiencia subjetiva, que no hacen más que encubrir mitos y estereotipos en materia sexual, lugares comunes que no se corresponden con la realidad empírica o, al menos, que no se ha demostrado sean verdaderos y generalizables.

4. A finales de los noventa fue muy criticada la decisión de la Corte de Casación italiana recaída en un proceso seguido por violación que declaró no creíble la declaración de la denunciante. Los hechos se remontan al mes de julio del año 1992 cuando una joven de dieciocho años de edad denunció al profesor de la autoescuela con quien hacía prácticas para aprender a conducir. Según el relato de la denunciante, el día anterior a presentar la denuncia, el denunciado con el pretexto de recoger a otra alumna la condujo a las afueras, estacionó el vehículo en una callejuela donde, después de haberla despojado de los pantalones jeans de una de las piernas, la violó. El denunciado, por su parte, admitió haber mantenido la relación sexual, aunque de forma consentida. Contra él se siguió un proceso que concluyó en la Corte de Casación la cual finalmente le absolvió al considerar que la declaración de la denunciante no era creíble.

En la época, la sentencia suscitó gran atención en los medios de comunicación por la afirmación de que los jeans no se podían haber retirado sin el consentimiento de la víctima. Frente a la afirmación del tribunal de instancia de que el hecho de que la joven tuviera los pantalones parcialmente quitados evidenciaría que la relación sexual no fue consentida,

YO SÍ TE CREO

pues de haber consentido la relación se los hubiera quitado totalmente, la Corte de Casación sostuvo que hubiera sido bastante singular que en pleno día y en una zona que si bien estaba aislada no se encontraba excluida del tránsito peatonal, la denunciante se hubiese desnudado completamente solo porque consentía el acto. Y concluye: “Es un hecho de la experiencia común que resulta casi imposible despojar siquiera parcialmente de los jeans a una persona sin su voluntaria colaboración, puesto que esta ya es una operación bastante difícil para quien se los pone”.

El juicio de credibilidad se completó con una referencia al comportamiento de la joven coetáneo y posterior al hecho. Por un lado, se le reprochó que no hubiese opuesto una resistencia adecuada a la gravedad de la agresión. Al respecto, la sentencia razona afirmando que es “instintivo, sobre todo en una joven, oponerse con todas sus fuerzas a ser violentada y no es lógico afirmar que una muchacha pueda soportar supinamente el estupro, que constituye una grave violación de la persona, por el temor a sufrir unos hipotéticos y no graves ataques a la propia integridad física”. Por otro, el tribunal tampoco vio razonable que la denunciante permaneciera junto a su atacante después de haberse consumado la agresión. “Resulta bastante singular, dice la sentencia, que una muchacha después de haber sufrido una violencia carnal, tenga el ánimo suficiente para conducir el coche al lado de su violador”.

El comportamiento ulterior de la joven, que tardó algo más de un día en relatar a

sus padres que había sido forzada y denunciar la agresión, también fue determinante para que su testimonio no fuera considerado creíble. Aunque el tribunal de instancia justificó el retraso sosteniendo que presumiblemente la denunciante tuvo vergüenza o se sintió culpable, la Corte de Casación no pudo entender qué vergüenza o sentimiento de culpa podía albergar la joven si efectivamente había sido víctima de una violación, máxime dada la gravedad del delito cometido por su instructor. Es más, el retraso en denunciar llevará definitivamente a la Corte a considerar la posibilidad de que la denunciante pudo haberle acusado falsamente “para justificar ante sus padres el acto carnal que no se sentía capaz de ocultar por la preocupación de las posibles consecuencias de la relación sexual”.

Experiencia general, reacción instintiva, falta de lógica o comportamiento singular de la denunciante fueron los criterios utilizados por la Corte de Casación para concluir estableciendo la inverosimilitud de su relato. En buena medida, basándose en estereotipos culturales (de género) que no hacen más que reproducir la representación social de la violación. Sospechas difusas y desconfianzas instaladas en numerosos procedimientos judiciales que no vienen si no a confirmar la existencia de prejuicios irreductibles sobre el sexo y la falta de consentimiento. Cuestionar la existencia del consentimiento de la víctima o negar la existencia misma de la violación basándose en que la víctima acusa erróneamente, es la muestra más clara de una forma cultural de representar la

violación que no solo la banaliza, sino que además conduce a cuestionar a la víctima en lugar de al agresor.

En efecto, la principal particularidad que presentan los procesos seguidos por delitos sexuales es el permanente *cuestionamiento de la víctima*. No solo se pone en duda su credibilidad, sino que sus hábitos, su forma de vida es sometida a un riguroso escrutinio, sin parangón en otro tipo de casos. Aunque el pretexto suele ser verificar si la relación fue consentida, con ello en realidad no se hace más que mostrar la desconfianza que provoca el testimonio de la víctima.

No lo justifica que el delito se haya cometido en la intimidad o se haya realizado evitando la presencia de otros testigos. Existen otras infracciones que presentan rasgos similares, pues también se producen en un ámbito reservado, se ocultan de la mirada indiscreta de terceros y el consentimiento, o más bien su ausencia, es el presupuesto para que exista responsabilidad. Aun así, los medios que se utilizan para su comprobación son más respetuosos con la personalidad de la víctima. La atención no se desplaza del acusado a la víctima. Es su comportamiento, y no el de la víctima, el que se somete a escrutinio y la vía elegida para obtener la absolución no es el cuestionamiento de la denunciante, sino haber actuado en una situación de error. Por ello, el punto de partida no debería ser poner en duda el testimonio de la víctima, como sistemáticamente se hace, sino partir salvo que exista un motivo serio de incredulidad de que la relación fue in consentida.

Si nos detenemos un momento en el caso resuelto por la Corte de Casación italiana, que constituye un buen ejemplo sobre el modo en que se realiza el juicio de credibilidad en los delitos sexuales, podríamos preguntarnos por las razones que racionalmente permitían dudar del testimonio de una joven que durante una clase para aprender a conducir es llevada por su profesor hasta un lugar solitario donde mantiene una relación sexual con un hombre maduro, con quien no consta tuviera otra relación que la derivada de aprender a manejar el vehículo.

5. Si todo juicio inevitablemente conlleva una cierta dosis de prejuicio, lo que se espera del juez es que sea capaz de desprenderse de esa carga de subjetividad que condiciona y contamina el juicio sobre los hechos. La subjetividad, siendo uno de los principales motivos del error judicial, debe llevarnos a estar precavidos y articular estrategias para prevenirlo y evitarlo, tanto al admitir como al valorar la prueba.

Para decidir sobre la fiabilidad de los testimonios, el juez opera aplicando una serie de criterios racionales que la jurisprudencia ha ido decantando. Se ha de considerar la relación entre la víctima y el acusado (ausencia de un motivo de incredulidad), el comportamiento procesal del testigo (persistencia en la incriminación) y la existencia de otros elementos que corroboren el testimonio (verosimilitud). Este último ocupa un lugar destacado, puesto que es el que proporciona el mayor grado de seguridad. Sin embargo, como regla general, es muy poco operativo cuando la discusión se



“Juzgar con perspectiva de género”

“Su operatividad, sobre todo, debe situarse evitando utilizar estereotipos para evaluar el crédito que merecen los testimonios de las mujeres víctimas de los delitos de violencia sexual. No, en cambio, para forzar una inversión de la carga de la prueba que en sí misma es incompatible con la presunción de inocencia.”

centra en si la relación sexual fue consentida. En estos casos **resulta inevitable recurrir a las máximas de experiencia, pero al elegirlos hay que ser sumamente cuidadoso, evitando que el juicio de credibilidad se centre en la constatación del comportamiento que previsiblemente debería haber tenido la víctima, exigiéndole una actuación que generalmente carece de base empírica.**

En la STS 247/2018, de 24 de mayo, el Tribunal Supremo ha evitado realizar una comprobación tan sofisticada. Ha preferido afirmar, apodícticamente, que la declaración de la testigo/víctima es creíble, precisamente, por su condición de víctima. “Aquí no se trata - justifica el tribunal- de que la declaración inculminatoria provenga de un mero testigo, sino que viene de la víctima, que aunque tenga procesalmente la condición de testigo se trata de un testigo cualificado porque es el sujeto pasivo del delito”.

Con un razonamiento tan endeble, que bien puede extenderse al enjuiciamiento de los delitos sexuales, nuestro alto tribunal parece dar por zanjado un debate de gran calado que en los próximos años debería estar centrado en la configuración típica de los delitos contra la libertad sexual y en su rendimiento desde el punto de vista probatorio, es decir, en su aptitud para proporcionar la prueba de la ausencia de consentimiento de la persona ofendida.

El atajo no siempre es el mejor camino para llegar a la meta, en este caso para hacer efectivo el derecho a la igualdad. Cuando en la actualidad se encuentra tan extendida la idea de que en este tipo de casos hay que juzgar con perspectiva de género, se abre un buen motivo de reflexión sobre el alcance de esta noción y las consecuencias que deben extraerse. Su operatividad, sobre todo, debe situarse evitando utilizar estereotipos para evaluar el crédito que merecen los testimonios de las mujeres víctimas de los delitos de violencia sexual. No, en cambio, para forzar una inversión de la carga de la prueba que en sí misma es incompatible con la presunción de inocencia. Al otorgar a la víctima un crédito reforzado por el mero hecho de serlo la posición del procesado se debilita, su declaración es puesta en duda en virtud de una presunción indestructible, una presunción que deja de ser de inocencia para convertirse en una presunción de culpa.

El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

1. La utilidad de una herramienta analítica

La desigualdad entre hombres y mujeres dentro de la organización política constituye un problema estructural de raíces históricas que se encuentra en la base de conflictos de diversa tipología y se refleja en ámbitos muy heterogéneos. Dicha desigualdad es fruto tanto de unas condiciones materiales concretas como de la representación constitutiva y legitimadora del orden social, que obedece a tales condiciones, que asigna roles específicos a unas y a otros. La asunción, aun tácita, de esos roles sirve para salvaguardar la integridad de ese orden desigual y a perpetuar su subsistencia. Por ello, en el análisis de la realidad es esencial introducir una herramienta conceptual que parta de la conciencia de la situación histórica y presente en que se desenvuelve la mujer en el sistema.

La categoría es el género, que define el Convenio del Consejo de Europa sobre



prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica o Convenio de Estambul (2011) como los *“papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”*. El instrumento, la perspectiva de género, que se presenta como criterio para analizar y comprender lo social y sus instituciones.

En el ámbito de lo jurídico la perspectiva de género puede servir para desvelar, para poner al descubierto, aquéllas reglas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas y sustituirlas por otras. Su proyección sobre la vertiente penal exige requiere de algún complemento, pues no se trata de una rama del derecho tendencialmente orientada a la transformación o el cambio social, ya que su función primordial es la de *mantener a raya* los excesos punitivos del Estado, al menos en los ordenamientos

constitucionales. Como éstos parten de un principio de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder penal por los sujetos institucionales públicos, en tanto que proclives al abuso y a la arbitrariedad, articulan diversos mecanismos para prevenir, corregir y sancionar dichos excesos. Esos mecanismos cristalizan en un amplio elenco de garantías penales, procesales y sustantivas cuya función central es la preservación de la libertad del ciudadano. En consecuencia, **aun cuando, indudablemente, quepa extraer rendimientos fructíferos de la perspectiva de género en el análisis e interpretación de la ley penal y de sus instituciones, nunca ha de perderse de vista la función última de límite del poder público de esta rama del derecho estatal.**

En lo que sigue, me centraré en un único aspecto: qué puede aportar esta perspectiva, si es que puede aportar algo, al problema del testimonio único. No abordaré, por tanto, ni la utilidad de la herramienta conceptual en la creación e interpretación de la norma sustantiva, tanto desde la óptica mujer-víctima como desde el prisma mujer-encausada, ni su funcionalidad en el ámbito asistencial (v.gr. derechos prestacionales de quienes afirman ser víctimas), ni en todo el espectro procesal (v.gr. evitación de victimizaciones secundarias, medidas cautelares, ejecución de la pena, etc).

2. Prueba legal y libre valoración probatoria: algunos equívocos

Suele decirse que la regla *“testis unus testis nullus”* (testigo único, testigo nulo), con arreglo a la cual el testimonio de una sola persona era insuficiente para

condenar a alguien como autor de un hecho delictivo, constituye un residuo del derecho histórico vinculado a los sistemas de prueba legal o tasada. La norma recorre el derecho romano, atraviesa las distintas tradiciones religiosas, se recibe en el derecho medieval y sigue desplegando sus efectos en el Estado moderno prácticamente hasta el siglo XVIII. Ecos de ella pueden verse en el Código de Justiniano (4, 20, 9), en texto bíblico (vid, entre otros, Deuteronomio, 19, 15, y Evangelio de San Mateo, 18, 16), y en Las Partidas de Alfonso X. Desde esta perspectiva, se trataría de la regla propia de un derecho antiguo, periclitado, a superar por la modernidad.

Sin embargo, como ha puesto de relieve Sancinetti,

la consideración de que el testigo único era probatoriamente insuficiente para la justificación de un hecho delictivo fue también compartida por un movimiento tan revolucionario y racionalista como la Ilustración.

Y así, autores como Beccaria, Montesquieu o Filangieri se expresaron con toda claridad. En su innovador opúsculo *“De los delitos y las penas”* escribió *“Siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene a ser creído inocente”*.

La Ilustración promovió un sistema de valoración probatoria racional, próximo al de libre apreciación con matizaciones, que responden a razones epistemológicas. Frente al modelo que atribuía a cada prueba un valor fijo o predeterminado, de manera que el juez se limitaba a hacer operaciones aritméticas sumando y restando pruebas para llegar a una

conclusión, con independencia de su convicción, se fue abriendo paso otro modelo que debía desterrar, en palabras de Bentham *“las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción”*. Ahora bien, la convicción no se consideró como la intuición o corazonada sobre lo sucedido, sino como el producto de una actividad probatoria racional. Y ello exigía no perder de vista ciertas aportaciones epistémicas tales como el valor de la corroboración. Pagano, en *“Principios del Código Penal”*, lo traslada con lucidez a la cuestión que nos ocupa: *“Es menester que los testimonios sean dos por lo menos, para establecer la prueba suficiente para imponer una pena al acusado...la razón de ese precepto no es la que aduce Montesquieu, o sea que un testigo único no hace prueba porque su dicho está contrabalanceado por el del acusado...pues el acusado que niega está compensado con el acusador que afirma, y el dicho de uno es destruido por el del otro. La duda del juez debe resolverse mediante los testimonios”*. Y se pregunta: *“¿por qué se requiere en los testimonios siempre el número plural”*, para responder: *“La verdad es como la luz, que centellea en el contraste de dos cuerpos que se topan recíprocamente. ¿Qué otro medio más seguro hay para conocer la verdad o falsedad de un dicho que confrontarlo con el de otro testigo?...La confrontación es la piedra fundamental de la verdad, y donde el sistema de pruebas criminales desconoce esta confrontación, es el azar más que la verdad lo que dirige las sentencias de los jueces”*.

La codificación optó por derogar la mayor parte de las reglas legales de valoración probatoria, con la finalidad de dejar el más amplio espacio posible a la libertad de apreciación del juez, lo que, indudablemente, constituía un avance. Pero al hacerlo indiferenciadamente, sin distinguir entre pruebas legales positivas y pruebas legales negativas, acabó desactivando un entramado de reglas que venían desempeñando en la práctica un valioso papel de garantía procesal frente a la arbitrariedad y el decisionismo. Como ha puesto de relieve Ferrajoli, si bien fue un avance partir de la base de que ninguna prueba legalmente predeterminada podía ser considerada suficiente por sí sola para garantizar la verdad de la conclusión en contraste con la libre convicción del juez, no lo fue el aceptar también que la libre convicción podía ser considerada por sí sola suficiente a tal fin. Las pruebas legales negativas constituían una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. El propio Pagano aclaró: *“...la ley no le ordena al juez que condene al acusado con dos testigos, sino que sólo se lo permite. Con sólo uno no puede condenarlo, pero con dos pueden también absolverlo.”*

Lamentablemente, con ello, la **“libre valoración”** dejó el paso expedito a la **“íntima convicción”**, lo que se tradujo en **irracionalidad e intuicionismo**. Y lo cierto, es que esa consecuencia no era ni siquiera normativamente obligada, pues de la derogación de las pruebas legales negativas no se seguía necesariamente la posibilidad de que el testimonio único fuera probatoriamente suficiente.

3. El testimonio único ante la presunción de inocencia

En línea con el “*espíritu*” codificador decimonónico la Lecrim, sustentada en el principio de libre valoración probatoria (artículo 741 Lecrim), no excluye expresamente el valor acreditativo del testimonio único como prueba que legitima una condena. De este modo, la Sala II del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo desde antiguo que sobre la base de la declaración de un único testigo y, en concreto, de la declaración del testigo del que la acusación afirma que ha sido víctima de un delito, puede fundarse una sentencia condenatoria. De acuerdo con el paradigma de la “*íntima convicción*”, se decía que si el Tribunal, tras oír al testigo y al acusado, quedaba “*íntimamente convencido*” de la culpabilidad del segundo, por parecerle más creíble el primero, podía dar por acreditados los hechos objeto de acusación.

La aprobación del texto constitucional supuso la introducción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y, con ello, una modificación del entendimiento de ciertos tópicos probatorios que precisaban de una profunda actualización. Así, el principio “*in dubio pro reo*” dejaba de ser una simple regla moral de prudencia dirigida al juzgador, de quien se esperaba cierta magnanimidad, y se convertía no sólo en un derecho fundamental directamente exigible sino en el principio estructural del sistema procesal. En definitiva, si la culpabilidad no precede al proceso sino que es su consecuencia, antes de su finalización tiene la condición de mera hipótesis, de modo que no es que el inculpado-acusado haya de ser considerado como inocente, sino que lo es hasta el momento en que la hipótesis

quede acreditada en sentencia firme más allá de toda duda razonable.

Fruto de ello, había de estimarse definitivamente superada la vieja doctrina jurisprudencial que afirmaba que la facultad de apreciación de la prueba en conciencia no exigía explicación ni razonamiento, pues el juzgador de instancia gozaba de absoluta libertad a tal efecto (de libérrima y omnimoda, llegó a ser calificada). Y es que las exigencias motivadoras que impuso el artículo 120.3 CE se incorporaron al contenido constitucional de la presunción de inocencia, por serles inherente. Así lo afirmó la STC 145/05, de la que se sigue que para desvirtuar la presunción de inocencia no sólo es precisa la existencia de prueba de cargo, sino que dicha prueba ha de aparecer suficientemente razonada en sentencia, exigiendo del juzgador una explícita exposición de los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados.

Lo anterior tuvo reflejo directo en la apreciación probatoria del testimonio único. Hasta el punto de que la STS 217/2018 (ROJ 1743/2018, ponente Sr. Torres del Moral) ha acabado señalando que aunque “*...la palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva...la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego, sino que “Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de*

redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan”.

A tal efecto, desde finales de los años 80, la Sala II había venido fijando los parámetros desde los cuales debía valorarse la “credibilidad” del testimonio de las víctimas: la “ausencia de incredibilidad subjetiva”, la “verosimilitud” y la “persistencia en la incriminación”. En suma, desde entonces, y con alguna modificación terminológica en función del ponente, los ítems a valorar son los siguientes:

a) La credibilidad subjetiva de la víctima, que se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que pudieran debilitar su testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

b) La verosimilitud del testimonio, ámbito en el que se consideraba fundamentalmente la coherencia interna del relato o la lógica o plausibilidad de la declaración, si bien en los últimos tiempos se aprecia un ensanchamiento del parámetro que pasa a catalogarse de “credibilidad objetiva” e incorpora, junto a la vertiente interna (verosimilitud), otra externa (los datos objetivos periféricos corroboradores o su ausencia); y,

c) La persistencia en la incriminación, donde se analizará la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones del testigo, la concreción en la declaración (sin vaguedades o ambigüedades) y la ausencia de contradicciones entre las distintas declaraciones.

La introducción jurisprudencial de dicho “test” obedeció a la conveniencia de marcar al aplicador una “hoja de ruta” para evitar el *pensamiento mágico* o decisionista. Con todo, un deficiente entendimiento de la función que desempeña este “test” dio lugar a que cierta jurisprudencia estimara que la concurrencia, en un caso concreto, de los tres parámetros (aun cuando no exista “corroboración periférica”) había de traducirse en el otorgamiento de la condición de prueba de cargo al testimonio, sin más. Del mismo modo, se ha venido entendido, también erróneamente, que la ausencia de alguno de esos elementos invalidaba el testimonio. Sin embargo, en principio, se trata de simples pautas para evaluar el grado de sinceridad del testigo y su fiabilidad, pautas que han de ponderarse con carácter previo a la entrada en el juicio crítico del contenido de la declaración, pero que no pueden sustituir a este. En definitiva, un testigo podría ser subjetivamente creíble (por no tener malas relaciones con el acusado), verosímil (en tanto su declaración fuera plausible o conforme a la lógica y a la experiencia) y persistente en sus manifestaciones (por haber mantenido siempre el mismo relato) y aun así, su testimonio podría no adecuarse a lo verdaderamente acontecido. Por el contrario, un testigo podría tener malas relaciones con el

acusado, o haber variado en algunos extremos su relato, y, no obstante, aportar hechos que se correspondieran con la realidad de lo acontecido por encontrar respaldo en otros datos probatorios.

Llegados a este punto, parece obvio que cabe concluir que **el “convencimiento personal” de quien enjuicia es insuficiente a los efectos que contempla el artículo 24.2 CE, pues la cuestión no es si los medios de prueba practicados persuaden al juzgador acerca de la culpabilidad de la persona acusada, sino si tienen aptitud para convencer a cualquier persona dotada de racionalidad, haya o no asistido al juicio.** Dicho en otras palabras: aquello que no es intersubjetivamente transmisible, controlable y compartible, carece de virtualidad epistémica.

La característica esencial del razonamiento, de la que el probatorio es un subtipo, es su universalidad. Las razones deben servir como justificación para cualquiera que pudiera colocarse en lugar del juzgador. Por ello, la convicción subjetiva de quien enjuicia jamás puede sustentar por sí sola la condena: si entiende que faltan pruebas suficientemente contundentes para desvirtuar la presunción de inocencia, pese a que en su fuero interno entienda más verosímil la hipótesis de la culpabilidad del acusado, ha de absolver, sin que sea lícito acudir a procedimientos que tiendan a sobrevalorar o infravalorar medios de prueba para ajustar la realidad probatoria a la convicción interior. En otros términos: las certezas subjetivas que pudiera tener el juzgador sobre lo que pudo ocurrir son irrelevantes, pues el plano psicológico, al que pertenece el convencimiento, no siempre coincide con el racional, en el que se enmarca la valoración probatoria. En un Estado Constitucional, las partes y el público en general tienen derecho a conocer las razones por las que una persona es o no declarada culpable de un hecho delictivo. Esas razones no pueden ser puramente subjetivas, no pueden consistir en la simple convicción personal del juzgador. De ser así, serían incontrolables. Admitiríamos la existencia de un poder exento de fiscalización. Han de ser intersubjetivamente asequibles, lo que sólo permite la valoración a través de los criterios de racionalidad arraigados culturalmente y exigibles constitucionalmente.

Si esto es así, **es preferible, en términos constitucionales, sustituir el empleo del término “credibilidad” del testigo** (aunque, efectivamente, pueda considerarse un avance en la doctrina de la Sala II respecto de la situación precedente la recepción del término “credibilidad objetiva”) **por el de “fiabilidad” del testimonio.**

Especialmente ilustrativa es la STS 18.12.17 (ROJ 4489/2017, ponente Sr. Varela Castro). Dicha resolución recuerda que la garantía de la presunción de inocencia exige someter a crítica la justificación expresada por la sentencia de condena a fin de constatar si la existencia de los medios probatorios permiten razonablemente (por su sentido incriminatorio) afirmar los enunciados de hechos

que son declarados probados. A tal fin, señala, la justificación de la conclusión probatoria *“ha de establecer los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria sea tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado”*. En concreto, tratándose de prueba directa (como la testifical) la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere se encuentra ligada con la percepción inmediata del juzgador que preside la práctica de aquélla. Sin embargo, como sigue diciendo la citada resolución, ello *“no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos”*. En ese sentido, se dice a continuación: *“Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas. La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso*

la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos. Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia”.

Y, en la misma línea de distinción entre credibilidad y fiabilidad, es también destacable la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.6.17 (ponente Sr. Hernández García, ROJ SAP T1155/2017). En síntesis, *“Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por lo tanto más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable - exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble - favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales”*. *“La fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre en muy buena medida del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás*

circunstancias contextuales que han quedado acreditadas”. “Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo”.

Pues bien, la consecuencia natural de todo lo anterior es que, en los supuestos de testimonios únicos, la piedra de toque, el elemento central en la valoración probatoria, es la presencia de elementos externos de corroboración. De hecho, la Sala II ya venía exigiéndolos siempre y en todo caso en el supuesto de las declaraciones de coacusados, exigencia sine qua non que de modo explícito no hacía extensiva al régimen de las declaraciones testificales. Dicho lo cual, si definimos las corroboraciones externas como aquellos datos probatorios, obtenidos mediante la práctica de otros medios de prueba, atinentes a la participación en los hechos objeto de enjuiciamiento, que avalen las manifestaciones de quien declara respecto de un hecho o circunstancia que guarda relación con el hecho referido directamente por el testigo y cuya constatación confirmaría la veracidad de lo por él declarado, en el fondo, no haríamos otra cosa que explicar la metodología que ha de presidir las operaciones valorativas en el ámbito probatorio. En otras palabras: estaríamos definiendo en términos constitucionalmente aceptables la “valoración conjunta de la prueba” ya que de lo que se trata, cualesquiera que sean los medios de prueba a evaluar, no es de otra cosa que proceder analíticamente

respecto de cada medio para luego cruzar la información que cada uno arroja en valoración final. Ello, no sería posible tratándose de la declaración, no corroborada, del testigo único que, por definición, siempre sería insuficiente.

Pero, además, si el dato probatorio corroborante debe tener origen en una fuente de prueba ajena al testigo que declara (en otro caso, la operación corroboradora constituiría un fraude argumentativo en toda regla –el testimonio se corroboraría a sí mismo–), habríamos de admitir que no nos encontraríamos en el caso extremo del testimonio único, pues, al menos, habría dos fuentes de prueba: el testigo y aquélla que aporta el dato corroborador.

Así se alcanza la conclusión de que **el testimonio único en sentido estricto (no corroborado) no tiene valor epistémico de prueba de cargo. Puede tener valor heurístico, investigativo, para construir la hipótesis inculpatoria y buscar otras fuentes probatorias que corroboren dicho testimonio, pero sobre la base del mismo no puede entenderse válidamente desvirtuada la presunción de inocencia.** Con ello no se recupera la versión de la “testis unus testis nullus” que exige la concurrencia de otros testigos del hecho principal para darlo por acreditado. La declaración de un solo testigo puede servir de prueba de cargo siempre que algunos de los datos probatorios relevantes que de ella resulten encuentren respaldo en otras fuentes de prueba. En otros términos, la suficiencia probatoria no radica en exclusiva en la sola credibilidad del testigo, sino en el contenido de su declaración plenaria y el respaldo que la misma encuentra.

4. La perspectiva de género en la valoración del testimonio único

Por lo que nos interesa ahora (el plano de la valoración probatoria), la perspectiva de género exige que el relato que realiza la mujer que narra haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se evalúe eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples máximas de experiencia machistas (v.gr: el estereotipo de “víctima ideal” que, tras sufrir el hecho, lo denuncia inmediatamente, mantiene siempre un relato idéntico de lo acontecido y se aísla socialmente; el estereotipo de mujer sexualmente disponible para cualquier hombre, inducido de datos con pretendido valor indiciario tales como su vestimenta, su estado de embriaguez o el lugar y hora de la noche en la que se le encuentra, y, frente a él, el de la mujer decente, o los de la buena esposa o buena madre). Pues bien, sobre esa base, se ha venido a defender la virtualidad del testimonio único de quien afirma ser víctima de un delito que quepa categorizar como violencia de género. Estos delitos se caracterizarían por la presencia de dos bienes jurídicos, el personal de la víctima y el colectivo, conformado por el hecho de la pertenencia de la mujer al género femenino, que sería abstractamente agredido y, por tanto, siempre sujeto pasivo mediato en todos los delitos del grupo. De ahí la relevancia de utilizar la perspectiva de género como herramienta valorativa. En apoyo de tal posibilidad probatoria, se han aportado distintos argumentos. Los examinaremos seguidamente:

a) Se trata de delitos que plantean especiales dificultades probatorias al cometerse habitualmente en la privacidad, por lo que, en principio, la única prueba directa que existe es el testimonio de la víctima, de modo que de no aceptarse dicho testimonio como única prueba de cargo, se llegaría a la más absoluta impunidad en muchos ilícitos penales.

Sin embargo, frente a tal perspectiva, no exenta de riesgos, pues puede llevar a sobrevalorar un testimonio insuficiente, estimamos más correcta otra aproximación: razones epistemológicas y político-institucionales aconsejan recelar del testimonio único no corroborado para fundar una sentencia de condena. En cuanto a las primeras, por las altísimas tasas de error a que conducen los simples juicios subjetivos de credibilidad. En cuanto a las segundas, es preciso recordar que las instituciones que participan en el sistema de control penal se condicionan recíprocamente. Cuantos menores sean los niveles de exigencia probatoria aceptados por los tribunales, menores serán los esfuerzos investigativos y acreditativos realizados por los cuerpos policiales y los órganos de la investigación y acusación. Por el contrario, mayores niveles de exigencia estimulan mejores investigaciones y acopio de pruebas de distinto origen. Por otra parte, las resoluciones de condena que no toman en consideración elementos corroboradores no son intersubjetivamente compartibles y no pueden ser racionalmente controladas a través del sistema de recursos. Por último, un

“razones epistemológicas y político-institucionales aconsejan recelar del testimonio único no corroborado para fundar una sentencia de condena.”

sistema que permite que las condenas se basen en testimonios únicos no corroborados compromete seriamente la presunción de inocencia. Y es que no es fácil argumentar sobre la base de qué razones podemos afirmar, en este particular contexto probatorio, que debemos creernos más al testigo que al acusado, quien, igualmente, podría ser subjetivamente creíble, verosímil y persistente en sus manifestaciones u optar, legítimamente, por guardar silencio, sin que fuera legítimo extraer consecuencias negativas del ejercicio del derecho fundamental que le otorga el artículo 24.2 CE.

b) Testigo-víctima y acusado se encuentran en situaciones jurídicas diferenciadas. Así, mientras que el primero tiene obligación de comparecer y de decir la verdad y responder a los interrogatorios, el segundo no tiene obligación de declarar, su silencio no le perjudica y si miente su conducta es impune (Di Corletto).

El argumento no es sostenible por varias razones. Incurre, en primer lugar, en falacia normativista, al inferir el ser del deber ser: que los testigos tengan la obligación de decir la verdad no significa que no mientan. En segundo lugar, devalúa el estatuto de la persona acusada, quien se vería perjudicada siempre y en todo caso por el solo hecho de no prestar declaración bajo juramento. Pero, además, no explicaría cómo afrontar, no contradictoriamente con los postulados de la perspectiva de género, los supuestos en los que la persona acusada fuera mujer y quien afirma ser víctima, un hombre.

c) El testigo-víctima, es un testigo especialmente cualificado. En este

sentido, dos sentencias de la Sala II (Roj: STS 2003/2018, de 24 de mayo y Roj: STS 2182/2018, de 13 de junio; en ambos casos, ponente Sr. Magro Servet), que vienen a sostener que la “víctima” es un testigo privilegiado o cualificado en la medida en que ha sufrido y presenciado el hecho. *“...En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido”...* “Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su



“La psicología del testimonio reconoce que el análisis de la credibilidad del contenido de una declaración basado en criterios internos se basa en un presupuesto metodológico (existen diferencias intrínsecas entre las declaraciones reales y las falsas-imaginadas-sugeridas), seriamente cuestionado.”

visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida”... “... se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito”.

Creo que se trata de un aserto de difícil compatibilidad con el artículo 24.2 CE pues en sentido probatorio no hay, no puede haber, víctima antes de la sentencia, del mismo modo que no hay autor antes de ese momento. Con ello no se cuestionan las consideraciones de tipo asistencial ni las prestaciones exigibles a la Administración, que debe procurar poner a disposición de quienes se afirma que han sido víctimas de un hecho delictivo grave, con independencia de la existencia o inexistencia de la sentencia de condena y concurriendo determinadas circunstancias, todo el apoyo personal y material posible. Lo que se afirma es que en el marco del proceso el acusado tiene derecho a cuestionar no sólo su participación, sino también la misma existencia del hecho y, por tanto, la invocada condición de “víctima”, que no precede al proceso, sino que es, en su caso, su consecuencia, lo que impide otorgarle la condición de testigo cualificado.

d) En ciertos casos, la propia coherencia interna del relato de quien afirma ser víctima, su grado de exhaustividad y su persistencia en el tiempo son suficientes para dar por acreditada la hipótesis acusatoria.

Con lo razonado en el apartado anterior de este trabajo puede descartarse el peso justificativo de este argumento (en suma, la virtualidad probatoria de un relato no puede verificarse ni contrastarse sobre la base del mismo relato; esa verificación ha de encontrar apoyo en elementos externos). En esta línea, la psicología del testimonio reconoce que el análisis de la credibilidad del contenido de una declaración basado en criterios internos se basa en un presupuesto metodológico (existen diferencias intrínsecas entre las declaraciones reales y las falsas-imaginadas-sugeridas), seriamente cuestionado. Así, se afirma que los análisis estadísticos realizados no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como prueba científica, que el porcentaje de error de este tipo de análisis es superior al tolerable o que se trata de instrumentos no ampliamente aceptados por la comunidad científica.

e) En relación con lo anterior, se señala que existen ciertos datos contextuales que permiten inclinar la balanza en favor del testimonio, muy especialmente la existencia de una relación asimétrica de poder entre quien afirma ser víctima y el acusado.

Esta afirmación es susceptible de un cuestionamiento y de una matización sobre su alcance. Respecto del cuestionamiento, el aserto deja intacta la crítica a d), pues el supuesto de hecho (la existencia de esa relación de poder) no puede presumirse sin más en el caso concreto y, por tanto, debe ser justificada a través de alguna fuente de prueba ajena a la declaración de la testigo, aun indiciaria. De ser así, ya no nos encontraríamos en el supuesto del testimonio único, pues podría constatarse la presencia de un elemento corroborador.

Respecto de la matización, su formulación remite a la problemática de las máximas de la experiencia, aun cuando se reformulen a la luz de la perspectiva de género. Como ha puesto de relieve Taruffo, hay máximas de la experiencia que se basan en generalizaciones que pueden considerarse válidas universalmente (generalmente, con fundamento en conocimientos científicos) porque corresponden a las modalidades con las cuales cierto suceso ocurre efectivamente en la realidad, en cuyo caso cabe construir una inferencia de tipo deductivo. Próximas a ellas son las máximas que no expresan una ley general, sino que se basan en una cuasigeneralización, es decir, en la enunciación de una tendencia que tiene cierto suceso, a ocurrir con ciertas modalidades, por lo que puede ser prácticamente equiparada a una verdadera generalización dados los

tolerables márgenes de error. Las más frecuentes son aquéllas máximas que carecen de ese fundamento científico general o cuasigeneral, si bien disponen de base empírica. Por último, hay otras falsas máximas de la experiencia, carentes de confirmación científica o empírica y que no expresan “conocimientos”, sino que corresponden simplemente a prejuicios sociales difundidos.

Pues bien, **la perspectiva de género permite desactivar estas falsas máximas de la experiencia (v.gr. en las relaciones de dependencia laboral las mujeres no padecen situaciones de acoso sexual, quienes denuncian tales hechos son fabuladoras ventajistas), pero no puede convertir algunos de sus enunciados en máximas de la experiencia universal o cuasiuniversalmente válidas (v.gr. en las relaciones de dependencia laboral, las mujeres siempre padecen, o padecen con un altísimo grado de probabilidad, situaciones de acoso sexual, de modo que las mujeres que denuncian tales hechos dicen necesariamente la verdad).** Con ello no se minusvalora la utilidad de esas máximas de la experiencia actualizadas, sino que se les otorga su verdadero valor (v.gr. en relaciones de dependencia laboral suelen producirse con relativa frecuencia situaciones de acoso sexual).

Y su virtualidad, que ha de trasladarse a la motivación probatoria, radica en que facilita una apreciación no estereotipada de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase

social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante.

f) Hay ciertos datos indiciarios, que pasan desapercibidos sin el foco de la perspectiva de género, y que pueden prestar respaldo al testimonio único. Nuevamente, cabe reiterar que, de existir, dichos datos tienen que provenir de una fuente probatoria ajena al testigo y que, en tal caso, no podría hablarse de testigo único, por lo que nos saldríamos del marco examinado. Por otra parte, ello remite a la cuestión de la calidad del indicio como pretendido elemento de corroboración. En este sentido, es conveniente referirse a dos cuestiones: las pruebas periciales para testar la credibilidad del testimonio y las testificales de referencia.

g) En cuanto a las primeras, mediante tales pericias se trata de determinar si la declaración es producto de un hecho experimentado por el testigo o producto de la fantasía o la sugestión. Para ello, se parte de un presupuesto metodológico (las declaraciones de sucesos reales (autoexperimentados) difieren de las declaraciones de sucesos falsos (imaginados, sugeridos...) en una serie de características. Pues bien, estas pericias, utilizan dos técnicas combinadas. Por un lado, la técnica CBCA (análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios), que evalúa la credibilidad de las manifestaciones emitidas mediante el examen de diversos criterios de contenido que sirven como indicadores de la veracidad de la declaración. Además, se utiliza la técnica SVA (evaluación de la validez de la declaración), concebido como procedimiento de diagnóstico global que

incluye los resultados de la técnica CBCA, la información biográfica del sujeto, las puntuaciones a diferentes tests que ha de cumplimentar, y otros indicadores de conducta, como la existencia de elementos externos de corroboración resultantes del expediente judicial.

Pues bien, como dijimos con anterioridad, si el presupuesto metodológico de la técnica CBCA está científicamente cuestionado respecto de los menores de edad, con mucha mayor razón lo está respecto de los adultos. Y en cuanto a la técnica SVA, el elevado riesgo de error en la interpretación de los datos de evaluación (SVA) está siempre presente. En especial, debido al “sesgo confirmatorio”, o sesgo del experimentador que al poner a prueba una sola hipótesis (la existencia del hecho punible afirmado) valora más positivamente los criterios que la confirman frente a los que la descartan. Pero, además, el perito redactor del informe suele examinar el expediente judicial, para contrastar datos, en un momento histórico determinado, por lo que es posible que con posterioridad se hayan incorporado diligencias de otro signo que podrían haber incidido en las conclusiones alcanzadas en el informe. En cualquier caso, cabe extraer dos conclusiones: si el perito sólo evalúa el contenido de la declaración, el aporte es irrelevante, pues seguiríamos enfrentándonos al testigo único. Y si analiza otros datos provenientes de fuentes probatorias externas, se excede de su cometido como perito y pasa a enjuiciar el caso, por lo que no sería esa pericia la que aportara el elemento corroborador, sino, en su caso, los elementos externos tomados en consideración por el perito.

h) En cuanto a las testificales de referencia, como es sabido, no permiten dar por

acreditado el hecho referido por el testigo directo, pero sí pueden ser de utilidad para testar la fiabilidad del mismo, pues si lo que el testigo de oídas afirma que le fue referido por el presencial coincide exactamente con lo que este último explica en el acto del juicio, ello puede ser un indicador de fiabilidad de lo que narra, en especial cuando existen varios testigos de referencia de procedencia diversa y lo que narran es convergente (v.gr. familiares, desconocidos y agentes policiales).

Con todo, como ha puesto de relieve Hernández García, lo habitual es que en estos casos la utilidad probatoria no provenga de lo referido por el testigo directo al de oídas sino de lo observado directamente por el testigo de oídas (v.gr. los signos externos de victimización del testigo directo cuando narró los hechos, o el estado de la vivienda en la que, según se denuncia, hubo un altercado). Ahora bien, en este caso, ya no nos encontraríamos en el supuesto del testimonio único, pues habría elementos de confirmación externos a su declaración.

5. Función epistémica y función heurística de la perspectiva de género

Se debe a Taruffo la distinción entre función epistémica y heurística de las máximas de la experiencia. Pues bien, la perspectiva de género constituye un instrumento útil para valorar la prueba plenaria en tanto que suministra máximas de la experiencia que aportan criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias (función epistémica). Ahora bien, como hemos visto, en supuestos de testimonio único en sentido estricto (no corroborado), tal perspectiva

tiene una virtualidad cuestionable, dada la estructuración de nuestro proceso penal sobre la base de la presunción de inocencia.

Sin embargo, en los supuestos de testimonio único despliega otra función central: puede y debe servir para formular hipótesis sobre los hechos de la causa (función heurística). Su rendimiento investigativo es innegable, y ha de estimular la construcción de ciertas hipótesis inculpatorias y, sobre todo, la búsqueda de otras fuentes probatorias que corroboren el testimonio.

En la práctica judicial sucede con relativa frecuencia que, en juicios por delitos de violencia de género (en sentido sociológico o amplio) los medios de prueba propuestos a practicar se reduzcan a los testimonios de denunciante y acusado. En algunos casos, además, se dispone de un solo elemento externo de confirmación (un dictamen pericial forense que identifica signos lesivos), pero cuando el dato probatorio resultante de dicho informe es reconducible también a la hipótesis exculpatoria, atendida la declaración de la persona acusada, la polivalencia del dato (en tanto que compatible en igual grado con la hipótesis acusatoria y la exculpatoria) acaba remitiendo al tópico del testimonio único.

Con todo, ello no siempre sucede, frente a lo que suele alegarse, por la propia naturaleza de los hechos que, por tener lugar en el ámbito de la privacidad, fuera de la vista de otras personas, no disponen de otros medios probatorios más que las declaraciones de las personas implicadas. Lo cierto es que en tales casos suelen existir numerosos elementos indiciarios de gran valor acreditativo que pueden

acumularse a la declaración del testigo que afirma ser víctima y que permiten, por su riqueza y a la luz de la perspectiva de género, una adecuada reconstrucción histórica del suceso de forma respetuosa con las exigencias que impone el derecho que consagra el artículo 24.2 CE. Lo que ocurre, por desgracia, es que los sujetos institucionales encargados de la investigación suelen prescindir de tales elementos, por no afectar directamente al “hecho nuclear”. Sin embargo, a poco que se reflexiones sobre ello, tal circunstancia es consustancial a la prueba indiciaria, que recae, ciertamente, sobre hechos accidentales, pero que permite inferir el hecho principal sobre la base de inferencias.

Creo que, en los supuestos de testimonio único, es en el ámbito de la investigación en el que deben volcarse los esfuerzos para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, pues ni el Convenio de Estambul ni las recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establecen estándares probatorios diferenciados para los delitos que constituyen su objeto que flexibilicen la presunción de inocencia. A diferencia de otros derechos fundamentales, la presunción de inocencia es un derecho absoluto: no es modulable ni matizable, ni puede someterse a una ponderación con otros intereses en conflicto,

pues ello supondría la destrucción del derecho y, con ello, la demolición de un sistema procesal que se basa en la premisa de que la culpabilidad no tiene existencia ontológica, no existe antes del proceso, sino después de él. No es, por tanto, la flexibilización del estándar probatorio lo que afirman esos textos internacionales, sino el deber de los Estados de llevar a cabo investigaciones diligentes y efectivas para esclarecer los hechos en cuestión. Es ese, en mi opinión, el mejor camino para combatir el fenómeno de la violencia de género. Otros, que implican o pueden implicar el abandono de garantías trabajosamente conquistadas constituyen una fuente de peligro para nuestro modelo constitucional penal.





Juzgar y castigar ¿Con perspectiva de género?

Miren Nekane San Miguel Bergareche

Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia

Comenzamos estas líneas agradeciendo a Yolanda la invitación que nos permite publicar estas reflexiones, agradecimiento que es mayor si tomamos en cuenta la ingente cantidad de análisis técnicos y artículos de opinión de todo tipo que se han publicado en los últimos tiempos sobre la perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos en general, y de aquellos en que la mujer aparece como afectada en particular. Esta proliferación de opiniones y análisis publicados nos lleva a advertir de la dificultad de aportaciones novedosas en la cuestión, y a presentar (porque lo es) estas líneas como producto de reflexión sobre cuestiones cotidianas que se han suscitado al hilo de proclamas publicadas hasta la saciedad en los últimos tiempos.

No es nuevo para nosotras escuchar y leer que las resoluciones judiciales en general, y cuando se trata de aquellas que afectan a las mujeres en mayor

medida, son machistas, androcéntricas y, además, la única respuesta posible de una justicia heteropatriarcal y sin remedio de este mal. Tampoco es nuevo que gentes del mundo de la política y de los movimientos sociales se sumen sin matices a la descalificación generalizada hacia quienes ejercemos función jurisdiccional. En cuanto una resolución no es la esperada o la deseada para el sector de que se trate, esa desautorización y rechazo se produce desde siempre, y el efecto es mayor o menor en función del poder (ahora más mediático) de quien propicia la descalificación (que no la crítica; ojalá fueran críticas!!!). Lo que sí ha sorprendido en cierta medida, es que a las consignas que se han coreado, en primer lugar a la publicación de la sentencia de la A. Provincial de Navarra (no hace falta nombrar el affaire) y seguidamente en cada ocasión en que

se archivan diligencias en la fase de instrucción, o se absuelve al acusado de delito sexual se sumen al instante operadoras jurídicas y magistradas. Se proponen ya reformas legislativas que lleven a incrementar las penas, y a poner en duda principios y garantías procesales, al tiempo que se nos reprocha a quienes hemos de enjuiciar, que estamos lejos del sentir popular, y que ese divorcio entre las mujeres y la judicatura (que no justicia) ha de corregirse en traducción de más condenas y mayores penas. También se nos dice que somos ignorantes en la materia de igualdad y género: si hubiéramos contado con formación en perspectiva de género el resultado de los fallos de esas polemizadas resoluciones hubiera sido otro (parece ser que indefectible condena y elevada pena).

No sabemos si las reflexiones que a continuación exponemos, ayudarán a aclarar en alguna medida algún punto de un debate que no ha hecho más que comenzar. Era impensable hace poco tiempo aún que el cuestionamiento, desde el feminismo (en sus múltiples y diversas variantes ideológicas y posiciones diversas en la materia del castigo) alcanzara la amplitud (jurídica y mediática) que observamos. Desde muchos años de militancia feminista y de casi otros tantos de práctica jurídica y jurisdiccional, exponemos algunos puntos (no todos) al hilo de las consignas reiteradas públicamente en estos meses. La cuestión es compleja, afecta a valores y derechos básicos, y siempre quedan en el tintero matices y dudas que esperemos haya ocasión de ir perfilando.

Son tres los apartados en que hemos dividido el escrito: por un lado, una

somera referencia a los tipos penales en materia de ataque a la libertad sexual; en segundo lugar, algún apunte en materia de valoración del testimonio de las denunciantes como prueba en el plenario, y en tercer lugar, una referencia a desajustes que observamos en la instrucción judicial de las causas de violencia contra las mujeres. Finalizamos con una somera referencia a alguna novedad que se produce al inicio del curso que comenzamos estos días.

NO ES ABUSO, ES VIOLACIÓN

Esta consigna también sirve para cuestionar aspectos relevantes en el análisis de la previsión normativa para el castigo de estos tipos de delitos, y proponer cambios.

1.- Libertad, indemnidad, consentimiento.

La *exposición mediática* de la cuestión ha traído al recuerdo y a la memoria de muchos y muchas operadoras jurídicas (en la cátedra, la abogacía, la judicatura...) viejas dudas sobre el enunciado y contenido de los tipos penales, aspecto básico relacionado con la determinación y definición del bien jurídico que se trata de proteger castigando este *modo de acceso carnal a la persona*. Quienes leen estas líneas recuerdan, sin duda, que hasta el llamado C. Penal de la democracia (el promulgado en 1995) el valor a proteger en los tipos penales relacionados con la sexualidad, era la honestidad, fundamentalmente la de la mujer y los menores, y que el enunciado del Título VIII del Libro Segundo del C. Penal fue, en aquel 1995, el de “delitos contra la libertad sexual”. La



dificultad para encajar algunas de las conductas descritas como ataque a la libertad, llevó a que, por la L. O. 11/99 se pasase a enunciar que las conductas descritas en los cinco capítulos que conforman este título fueran consideradas como *ataques a la libertad e indemnidad sexual*. La doctrina discutió ampliamente sobre si la inclusión del concepto (bien jurídico) de la indemnidad era o no adecuado a los valores concernidos en estos delitos, pero sí que se asumió que hacía falta un plus en la concreción del bien jurídico atacado en determinadas conductas, porque únicamente como ataque a la libertad sexual resultaba difícil, por ejemplo, tipificar las agresiones a personas menores de edad que, en principio, no parecen sujetos de ese bien jurídico que es la libertad individual, y también porque algunas conductas como las referidas a personas privadas de la capacidad siquiera para oponerse al ataque (por varias y variadas razones) evidenciaban dificultad de concretar ese bien de la libertad como el único protegido penando esas conductas.

A estas dudas expuestas en su día, podemos añadir la dificultad que entraña definir como abuso el acceso a la persona que no consiente pero a la que no se intimida en el modo definido hasta ahora en la jurisprudencia, ni sobre la que no se ejerce violencia explícita. Cuando hace algunas semanas decíamos aquello de que abusar es usar en exceso, y que tras esa palabra subyace igualmente una determinada filosofía y modo de entender a la persona (mujer y criaturas menores de edad), no estábamos lanzando una *boutade*. El concepto de abuso, en sí mismo, entraña una cosificación de la persona (uso en exceso de esa ¿persona?) y en función de múltiples variantes en las diversas conductas a definir y determinar, el valor atacado será la libertad, pero también la dignidad de la persona humana, valor del que forma parte la libertad (al igual que otros derechos y bienes jurídicos). A la imprecisión del valor o derecho protegido, se añade la dificultad, con las actuales previsiones de los tipos penales, de determinación y taxatividad exigible para castigar conductas que, no habiéndose definido como violentas y/o intimidatorias, han servido para vencer esa ausencia del consentimiento para el mantenimiento de la relación sexual: ¿pasividad?; ¿limitación? (por edad, aturdimiento, intoxicación, enfermedad...?). El NO ES NO es otra de las consignas coreadas, pero que también exige una determinación normativa, porque, como recordaba la Profesora Faraldo, las relaciones sexuales no comienzan con un contrato firmado donde se establecen las condiciones y límites de la relación sexual. La propia definición de la *ausencia de consentimiento* en el delito de abusos sexuales conlleva dificultad para interpretarlo y aplicarlo. Quizás con el examen de las denuncias habidas en la materia y un análisis de las respuestas dadas desde la interpretación de los elementos y los tipos penales en vigor, (además de sonrojo que la lectura de algunas resoluciones judiciales nos produce) podría aportarnos *ideas* (que no ocurrencias) sobre la cuestión a solventar en materia de libertad y consentimiento.

Esta dificultad de determinar el ámbito del consentimiento no se resuelve con el recurso a la indemnidad como valor a proteger.

El concepto de indemnidad lleva ínsita la idea de daño o perjuicio, que parece ser imprescindible para considerarse producido el delito, y no siempre es así. Se ha extendido, también en la práctica judicial (por supuesto, en el sentir general de la población) que si una persona ha padecido un ataque de índole sexual (de cualquier intensidad) ha de tener un sufrimiento y una duración de ese efecto del daño en el tiempo.

No sé si somos conscientes de que esta creencia o posición cronifica la condición de víctima y va contra el fortalecimiento (ahora se dice empoderamiento) de la persona agredida. Afortunadamente no siempre una agresión produce ni tiene por qué producir un efecto lesivo añadido al desvalor ínsito en la acción del ataque. Y en esa línea, tampoco el valor de la indemnidad sexual sirve como bien jurídico a proteger en los ataques a persona menores de edad: en las ocasiones en que, en el supuesto de criaturas pequeñas no ha mediado ningún tipo de violencia, esa personita no es consciente de que ha sido *usada* y en ese momento no tiene ningún tipo de secuela. El diagnóstico de futuro y la afirmación de que el daño que psicólogos consideran se producirá irremediabilmente (cuando sean conscientes de los hechos) es lo que puede conllevar consecuencias, porque en no pocas ocasiones, el daño no se les produce como consecuencia del hecho o hechos típicos penalmente, sino por la acción posterior del sistema que les dice proteger (generando, de este modo, un

efecto iatrogénico de difícil corrección ulterior).

2.- Moral sexual.

- A cuestionar, igualmente, si tras el incremento (en cada reforma que se ha dado en estos tipos penales desde el año 1999) de la edad de la persona en relación con la inadmisión de su consentimiento, no se responde a una determinada concepción de la moral sexual; a una negación de autonomía para personas menores de dieciséis años (en este momento.- artículo 183 del CP) relacionada con ese concepto o idea de la moral sexual (cualquier conducta sexuada les hace daño y hay que reprimirla con el recurso al castigo) o/ a la vista de imprecisiones como las contenidas, por ejemplo, en el Art 183-bis (presenciar *actos de naturaleza sexual.....¿??*); del mantenimiento de delitos como el de exhibicionismo (artículo 185 del CP), o de términos como *corromper...*

3.- La dignidad como derecho.

- Hemos hecho referencia a la dignidad de la persona, además de la libertad sexual, como bienes jurídicos que habría de proteger el recurso a la pena en delitos de agresión sexual y violencia contra las mujeres, si bien pueden darse dificultades para concretar este bien jurídico como enunciado conforme la sistemática del C. Penal. La Constitución Española (artículo 10 y ATC 149/1999, entre otros) considera que la dignidad es el fundamento del orden político y de la paz social, pero no opera de forma autónoma (no está ubicada en el Capítulo II del Título Primero) como derecho fundamental (al contrario, por ejemplo, que en la Constitución Alemana, que lo considera como el derecho

fundamental principal: *La persona no puede ser reducida, bajo ninguna circunstancia, a mero objeto de la actuación del Estado; no debe ser sometida a un tratamiento y trato que cuestione su calidad de sujeto*) y esa valoración del TC dificulta enunciar la dignidad como bien jurídico a proteger recurriendo al castigo. El T. C. utiliza la dignidad de la persona (en algún supuesto) como criterio para determinar el contenido esencial de los derechos humanos, en situaciones en que esa persona es tratada como objeto, y en esa medida, el C. Penal español se va refiriendo a los bienes jurídicos a proteger recurriendo al castigo, como contenido o materialización de esa dignidad (libertad, integridad, indemnidad, intimidad, honor....) pero no a la dignidad en sí.

Asumiendo igualmente la dificultad para dotar de definición al valor básico (y se podría decir que supremo) de la dignidad del ser humano, podríamos partir de que conlleva (ya se ha indicado) la prohibición de instrumentalizar o cosificar a la persona, y ese valor o categoría de la persona no admite discriminación ni excepción por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, creencia, ni por edad (lo que *puede facilitar*, el excluir la indemnidad como valor de protección en menores, por ejemplo, que sí *tienen dignidad*).

Si asumimos que ciertas conductas descritas en el epígrafe indicado (Título VIII del Libro Segundo del C. Penal) *cosifican* a una persona, en tanto que objeto o instrumento para el placer del sujeto activo, la respuesta pasaría por evitar los efectos cuestionables y cuestionados del *recurso a la indemnidad*, que también tiene sus

efectos en el punto de la prueba de los hechos (como luego trataré de esbozar) afectando, en la investigación judicial a valores de la persona denunciante o afectada por los hechos en cuestión, y que son la fuente (en múltiples ocasiones) de la denominada victimización secundaria del proceso (y de la respuesta penal, nos atrevemos a plantear).

4.- Falocentrismo.

Otra de las cuestiones a repensar es la respuesta punitiva que, en este momento considera de la mayor entidad y gravedad a aquellos actos que culminan con la penetración en el cuerpo de la persona agredida, obviando que, en multitud de supuestos sometidos a nuestra valoración, se prueban actos que, sin ese elemento o requisito de la penetración son más degradantes para quien los ha padecido

(este aspecto quizás entronca más con los términos de la respuesta penal, y los baremos para medir la proporcionalidad de las penas).

Sectores de la doctrina opinan (opinión que compartimos) que mantener como conducta más gravemente penada aquella en que se ha probado la penetración (vía vaginal, anal o bucal) en el cuerpo de la persona agredida es producto de una mente (la del legislador) que aún considera(ba) que una mujer violada *pierde valor* (por múltiples y variados motivos) sin obviar que el modo de violación clásico era la penetración vaginal de un hombre a una mujer, y que el resto de modos de penetración (distintas partes del cuerpo y por medio

de otros *objetos*, además de por el pene) se incorporan al código penal (en cierto modo) más tardíamente. Ese acto de violar (*el clásico*) evidencia de modo gráfico la consideración de que el ataque de mayor intensidad que puede recibir una mujer viene por la fuerza del falo, alrededor del que gira buena parte del modo de entender la relación sexual; y no es ajena a esa percepción los efectos previsibles de la penetración en el cuerpo de una mujer (embarazo) por otro hombre que no sea el dueño de la mujer: recuérdese que hasta las fechas que indicamos no existía la violación dentro del matrimonio, puesto que la mujer estaba sujeta al cumplimiento del débito conyugal. Este tipo de reminiscencias pueden subsistir aún, y en todo caso, es imprescindible repensarlas, porque, reitero, en nuestra labor observamos conductas más degradantes que algunas “penetraciones”

La propuesta para una mirada no androcéntrica del enunciado de los tipos penales pasaría por repensar los bienes y valores que queremos proteger, determinándolos, y teniendo presente lo que debiera ser la última ratio en los sistemas de control social, que pasaría por dejar fuera del ámbito penal algunas conductas; exigiría definir con precisión (como corresponde a esta disciplina jurídica) los conceptos, pero igualmente analizando cada una de las palabras que se utilicen para la determinación de las conductas: No es baladí la cuestión, y el tema del lenguaje no es (solo) un aspecto de género gramatical: las palabras han ido recogiendo en su dicción y escritura (y por ende, en el significado que el imaginario colectivo les hemos dado) el pensamiento, la ideología y la historia que las ha ido determinando hasta hacerlas llegar a la mente humana con el significado que tienen (no es abuso).

5.- Perspectiva de género.

Como recuerda Naciones Unidas (entre otros organismos internacionales) el género (traducido así del *gender*) es un producto ideológico y cultural que otorga significados sociales a las diferencias biológicas entre los sexos, y afecta a todas las áreas de las relaciones humanas, a todas las parcelas y ámbitos de la sociedad (distribución de recursos, riqueza, trabajo, adopción de decisiones, poder político, y en esa medida a todos los derechos...). El concepto de género se refiere a la construcción de las identidades que prescribe a las personas, en función de su sexo, los comportamientos y los modos de ser, y en ese mandato de género, se nos obliga a identificarnos con alguno de esos sexos en nuestros modos, debiendo actuar y funcionar conforme esa exigencia cultural. También a la hora de transgredir (atacando bienes jurídicos que se protegen con el recurso a la pena) podemos afirmar que, fruto de ese modo de socialización establecido desde hace siglos, los comportamientos y maneras son muy diversas, lo que lleva a cuestionar la neutralidad a la hora de definir los elementos que integran determinados tipos penales, o lo que es más evidente, a la hora de determinar los elementos que conforman las circunstancias que modifican la responsabilidad penal (asumiendo que las circunstancias son las que adaptan la respuesta en función de las características del hecho condicionadas por el modo de proceder de unas y otras personas en base a su posición y situación respecto del hecho merecedor del reproche penal).

Una de las propuestas de la perspectiva feminista es la de desmontar la pretensión de neutralidad del derecho:

Juzgar y castigar

¿Con perspectiva de género?

utilizando una perspectiva parcial y subjetiva se hace ver que el derecho es parcial y subjetivo, que es de género masculino. Los tipos penales definen conductas que merecen ser reprimidas mediante el castigo, y la primera de las cuestiones que habrá de examinarse es si la descripción de esas conductas, comportamientos y modos responde a modos de comportarse masculinos. No ha sido igual la socialización de hombres y mujeres, y las acciones, reacciones y respuestas no son iguales. A las dudas ciertas de la dificultad de un enunciado neutro de los tipos penales, se une el cuestionamiento de si hacen falta figuras o tipos penales específicos para proteger bienes y derechos cuyos titulares son las mujeres, o quizás de modo más preciso: que siendo titulares hombres y mujeres se atacan de modo más generalizado los referidos a las mujeres y con conductas y actos de entidad diversa, en función del sexo de sujeto/a activa/o pasivo.

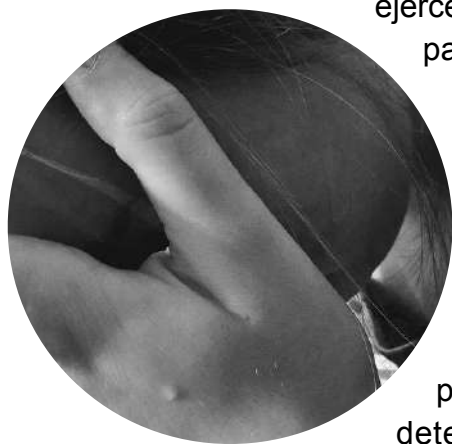
Los presupuestos de generalidad, neutralidad y taxatividad de los tipos penales no excluyen que, previamente a su enunciado, se analice cuál ha sido la respuesta penal que se ha dado a los ataques a la libertad y dignidad arriba enunciadas, y no únicamente desde la aplicación práctica y su interpretación androcéntrica, sino, partiendo de esa interpretación y aplicación, analizar si hubiera procedido otro tipo de previsión normativa.

6.- Violar sale gratis. -Es lo que nos dicen también las consignas coreadas hasta la saciedad, sin diferenciar si una absolución es fruto de la inexistencia del hecho

denunciado, de las dudas que surgen tras una cumplida prueba, o fruto de las deficiencias en la aportación que las partes procesales han de efectuar en materia de prueba....A ello se une que las elevadas penas de prisión a imponer sigan pareciendo leve retribución, pese a ser asumido que el C. Penal español es de los más duros (en cuanto a la extensión y calidad de las penas) de Europa; sin embargo, pocas veces nos hemos alzado contra la desmesura de las penas hasta que son (algunas) mujeres las que reclaman mayor contundencia en la previsión de penas. Hablamos de proporcionalidad, concepto de difícil traslación al Código cuando no se está de acuerdo (socialmente) en cuáles son los crímenes de mayor entidad, y cuando la práctica de legislar (desde hace años) y de aplicar el derecho penal da lugar a una idea únicamente retributiva de las penas, en base a la subjetividad del daño que se dice producido a quien ha padecido los efectos del delito: es el desvalor de la acción, y no el daño personal el que ha de servir de fundamento a la previsión de la pena en abstracto: la modulación de la respuesta penal, además de en adecuar la pena a las circunstancias del hecho, vendrá dada por el resarcimiento, pero no compartimos la idea de que, a mayor daño o dolor, mayor pena. El resarcimiento directamente proporcional a la entidad (grave) de la pena no deja de aparecer como un modo de venganza (retribución).

Como se ha apuntado al final del apartado anterior, nuestra mirada feminista en lo que al enunciado y determinación de

estos delitos se refiere, pasa por analizar los tipos penales actualmente en vigor, examinar cuál ha sido su aplicación, evolución en la previsión y efecto en la represión de las conductas que merecen ser castigadas y controladas con el recurso a la pena, pero partiendo siempre de qué valores y derechos son los que se tratan de proteger con el recurso a la pena (es innegable la carga ideológica que cada opción comporta). Analizar cada palabra a consignar en el tipo penal, e igualmente la redacción (géneros gramaticales, sintaxis, claridad, determinación, taxatividad...) porque el lenguaje y el modo de expresarnos (*"Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo"* aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008) *influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones*. Insistimos en que el lenguaje, oral y escrito, es un instrumento a través del cual todos los seres humanos codificamos y transmitimos los pensamientos y



ejercemos la comunicación, y además de esforzarnos en dar pasos y buscar alternativas para avanzar en el uso del lenguaje que represente, cada vez más, la realidad igualitaria que estamos obligadas a construir, ha de recordarse también que, en función de cómo está estructurado el lenguaje –complejidad, sencillez...- podemos tener una idea del nivel de pensamiento y entendimiento de la persona, en la misma medida en que es importante conocer las características lingüísticas de la población a la que va dirigido el mensaje, porque ello es determinante para la comprensión de ese mensaje: El enunciado, las palabras, el género gramatical y la sintaxis (que ya se ha indicado) han de ser objeto de un vuelco total (en relación con los actuales) porque el lenguaje transforma la conciencia humana, permite nuevas formas de pensamiento y adquisición de conocimientos, sin obviar que, en la evolución histórica del lenguaje, los significados de las palabras sufren un proceso de transformación; va variando el significado que damos a las palabras porque la relación entre la palabra y el pensamiento no es solo un hecho, es básicamente, un proceso,

y el mantenimiento de determinados enunciados en los tipos penales en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales sigue siendo heredero de aquellos códigos que consideraban a la mujer y a las y los menores con las connotaciones que se han esbozado en estas líneas.

YO SI TE CREO.- PRUEBA DE LOS HECHOS.

-Quienes cada día, y desde distintas posiciones en el proceso penal, hemos de analizar hechos que se presentan como ocurridos y con significancia penal, sabemos de la diferencia entre legislar y castigar; e igualmente, entre *creer* y *probar*.

Que toda/o ciudadana/o es inocente hasta que una prueba de cargo suficiente no demuestre que es autor/a (o partícipe en el grado que se determine) del hecho ilícito que se trata de enjuiciar es un principio recogido en la Constitución, como primera y principal

garantía que el procedimiento penal otorga a la persona acusada. Constituye un principio fundamental de la civilización, que tutela la inmunidad de la/os no culpables, pues en un Estado social y democrático de derecho, es esencial que la/os inocentes estén en todo caso, protegida/os frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que la/os culpables sean generalmente castigada/os. La condena de una persona inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social, y es por ello que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia, se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del ilícito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún, si ejerce la acusación. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el o la acusada, obligándole a ser quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa.

Este párrafo que hemos *colocado* en decenas de sentencias, ya no sirve para el imaginario colectivo ni para muchas abogadas, ni siquiera para algunas posiciones del Tribunal Supremo (véanse alguna de las últimas sentencias, analizadas y criticadas por miembros de esta Comisión Penal) y ello

pese a que, en su sentencia de 21 de mayo de 2010, el Tribunal Supremo manifiesta su prevención frente al hecho de que, en los supuestos en que se ha de acreditar una relación o relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, se atribuye a los tribunales una tendencia a postular un plus de credibilidad para quien aparece procesalmente como víctima del hecho, pero el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que supone que, cualquiera que sea la imputación, debe estar acreditada en todos sus elementos centrales, sin que sea posible sostener el argumento de que es necesario evitar la impunidad de acciones producidas sin testigos.

En estas líneas queremos resaltar algunos aspectos relacionados con el testimonio como prueba y cuando es la diligencia de mayor relevancia en el juicio oral.

Uno de los requisitos que ha venido exigiendo la jurisprudencia para examinar el testimonio incriminatorio en situaciones como la descrita someramente en el primero de los párrafos de este apartado, es la ausencia de *incredibilidad subjetiva*. Al margen de la dudosa construcción gramatical de ese requisito o enunciado (estamos ante una doble negación: ausencia, es decir, falta de..., incredibilidad, es decir no creíble; y si bien es cierto que no siempre la doble negación supone la afirmación- en ocasiones supone un reforzamiento de la negación- e igualmente que la doble negación puede ser examinada desde la perspectiva lingüística y la lógica. En fin!!!. “dudosísima redacción) todo esto es para decirnos que esa “credibilidad subjetiva” se inferirá de las relaciones

entre declarante y acusado, y que debemos descartar que el testimonio inculpativo se daba a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Con todo respeto, la formulación de este requisito parece confundir un motivo para denunciar con un motivo para mentir. Además de estar enjuiciándose las relaciones de la persona con el denunciado, apuntamos: a) Se puede estar resentida (te han fastidiado la vida) porque el hecho ha ocurrido; b) no puedes ser amiga de quien así ha procedido (según tu percepción que expones en la denuncia); c) además te quieres vengar (el someter a alguien a un proceso penal es un modo eficaz de venganza) y realmente tienes interés en que le condenen. Todo eso, ¿lleva a mentir?. Lo que revela el argumento de la ausencia de incredulidad subjetiva es la prevención ante el estereotipo (comportamiento de las mujeres en este tipo de denuncias) del tribunal: Es decir, primero examinamos a la persona, su psique y relaciones, y más adelante, veremos su relato.

Otro de los requisitos del testimonio, según esa extendida doctrina es *la persistencia en la inculpativa, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le inculpa, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de*

inveracidad. También con todo respeto, considero que un relato de esas características únicamente revela buena memoria retentiva. Por ello propongo acudir a las máximas de experiencia que nos explican los estudios de psicología forense experimental, y que nos han de servir para valorar aspectos del testimonio de las personas que, cada día escuchamos. Precisamos que, por máximas de experiencia nos referimos a definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos y que proceden de la experiencia. Se obtienen a partir de los casos particulares observados, de donde se infieren los elementos generales que, precisados de constancia, se informan, y en referencia concreta al testimonio de las personas que prestan testimonio en juicio, la psicología forense experimental nos dice que la memoria no es un registro mecánico de información, sino que es tremendamente activa, reconstructiva y está sometida a la influencia de variedad de factores que pueden llevar incluso a que las personas que testifican cometan errores (sobre esto volveremos en el siguiente apartado, al analizar la instrucción de este tipo de causas).

En todo caso, sí se observa cierta matización en alguna resolución del T.S. respecto de los parámetros expuestos durante tiempo prolongado por la jurisprudencia. Así, en la STS 263/2017 de 7 de abril, o en la STS de 17 de junio de 2014, leemos: *No se define (respecto de los parámetros indicados) un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones que han de ser ponderadas pues ayudan a acertar en la decisión. Son puntos de contraste que no*

se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible que no se confiara capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, pese a ellos, no tiene dudas de la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

Un inciso al hilo de este modo de exposición: es evidente que seguimos obviando las recomendaciones de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico (cuya creación, composición y conclusiones son harto conocidas) en el sentido de que la transparencia exigible a las resoluciones judiciales y a las normas, requiere, inexcusablemente, de un lenguaje **claro** (la persona destinataria de la sentencia, ¿habrá entendido lo que se dice o se quiere decir?) y además, igualitario, no sexista, respetuoso, gramatical y sintácticamente correcto y de redacción eficaz. Quienes leen estas líneas valorarán si así procedemos, pero en todo caso, conviene realizar algunas precisiones en lo que al significado de las palabras se refiere, porque se habla de *credibilidad*, *verosimilitud*..., cuando para condenar no se trata de que el relato sea creíble o verosímil, sino cierto (más allá de toda duda razonable). Lo creíble (que puede o merece ser creído, según la definición de la DRAE) y lo verosímil (que tiene apariencia de verdadero; o que no ofrece carácter alguno de falsedad, también según la DRAE) no tiene por qué ser sinónimo de cierto (realidad probada). La vida nos muestra multitud de situaciones increíbles (algunas referencias sobre situaciones increíbles contenidas en la STS de 17-IV-2014) pero que han ocurrido, y la propia jurisprudencia ha considerado (STS de 21 de mayo de 2010) que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos



Juzgar y castigar

¿Con perspectiva de género?

momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, sólo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otras razones, no necesariamente conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible. O, como ya previó el legislador del siglo XIX, por la introducción, en la testigo de buena fe, de datos mediante la sugestión (involuntaria o no) o las dudas que se siembran en la persona que testimonia si es objeto de preguntas capciosas, por ejemplo.

Se nos dirá qué relación guarda toda esta exposición con la cuestión de la perspectiva de género en el enjuiciamiento. Pues bien, nuestro habitual modo de analizar el testimonio siguiendo las pautas hasta ahora en vigor, parte de sembrar dudas hacia la persona que emite el testimonio, no en relación con el testimonio en sí (que habrá de ser objeto de prueba en la medida que se haya recogido en el escrito de acusación). Así, se aportan informes fruto de exploración psicológica que servirán para demostrar que no miente, y además, que, por ello (porque dice la verdad) ha sufrido un daño inconmensurable fruto de la agresión. Estos informes nos hablarán de sus relaciones con el denunciado; de si la reacción y actitud responde a lo esperable

en una persona que ha sufrido una agresión de las características de las que denuncia...., con sujeción a los estereotipos (imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad) en vigor, porque se exhibe a la mujer agredida como una parte más de un conjunto homogéneo, por lo que todas debemos reaccionar y funcionar en el modo previsto. En nuestras sentencias escribimos eso de que *“la mayor o menor aptitud del testimonio de una persona para reconstruir el hecho histórico no se puede medir, en exclusiva, por la mayor o menor credibilidad en sí misma del relato, sino siempre en atención a otros datos que componen la imagen probatoria. No basta que se afirme que una testigo es objetiva y subjetivamente creíble porque su manifestación es persistente, o porque no se identifiquen elementos espurios en su relato, si, al tiempo, no se da cuenta de las razones cognitivas que permiten atribuirle el grado de verosimilitud necesario para reconstruir el hecho objeto de acusación. La certeza se alcanzará si ese relato es compatible o viene avalado por el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que hayan quedado acreditadas”*, porque lo que procede es analizar lo que se dice y con qué datos objetivos (elementos corroborantes de difícil definición general, que debemos hallar, en cada supuesto, de lo que se nos aporta en el plenario) se cuenta para escribir de modo que quien lea la sentencia llegue a la convicción de que el hecho se ha producido en la manera en que se ha expuesto en el acta de

acusación. No basta con estar convencidas del hecho y creémoslo, hemos de convencer a quien lea nuestro *convencimiento*.

Al hilo del “yo sí te creo” se han alzado numerosas voces que recuerdan (además de la STS de 2010 arriba reseñada) el artículo 717 de la L. E. Cr., (“*Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testimoniales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional*”) porque, para esas voces, el testimonio de la mujer, al igual que el de la policía, no tiene ningún plus de credibilidad, sino que ha de examinarse conforme a parámetros de aplicación general. En su día la doctrina alertaba de que esa *indicación* (la del artículo 717) no era necesaria pues todas las declaraciones de testigos deben ser valoradas conforme a las reglas del criterio racional, y esa precisión que realiza el artículo 717 se interpretó como un intento del legislador de evitar la utilización de reglas apriorísticas de valoración de este tipo de prueba. Pues bien, son cientos de sentencias en que se ha erigido la declaración de la policía como única y suficiente para enervar la presunción de inocencia, porque *ha sido persistente, sin contradicciones, y la policía no tiene interés en la causa*. Pocas voces se han alzado hasta este momento, contra esa práctica habitual en la valoración del testimonio policial. Voces que sí son *estentóreas* cuando similar propuesta de valoración, se traslada al testimonio de la mujer denunciante. Quizás alguien habría de pensar en el motivo de determinadas reacciones *actuales* (remarcando el contenido de un artículo que debió recordarse también antes de todo esto).

Si el testimonio no tiene un plus de credibilidad en función de quien lo emite, siempre habrá de atenderse a aquellos datos de carácter objetivo que corroboren el relato de la acusación: habrá de valorarse si se aportan datos que permitan establecer, la oportunidad (ocasión, lugar y tiempo) y la posibilidad, y a partir de ahí, qué otros elementos resultan para la certeza del hecho concreto objeto de acusación.

Cada supuesto es único y cada persona “*un mundo*”. Por ello, únicamente desde una motivación concreta y comprensible para quien la lea, será posible cumplir en la práctica con la tutela que se nos exige.

En todo caso, resulta imprescindible una reseña sobre la instrucción penal y algunos de los condicionantes que dificultan en la práctica, una aportación de prueba adecuada en el plenario.

CONVENIO DE ESTAMBUL.

- Instrucción y Estatuto de la Víctima.

Ya se ha indicado al inicio, que otro de los reproches que se nos efectúa es que, si aplicáramos el convenio de Estambul, los efectos para las mujeres que denuncian haber sido víctimas de violencia, serían muy otros (suponemos que, indefectiblemente, nos llevarían a condenar al denunciado; o a imponerle elevadas penas aplicando la agravante de género).

El 6 de junio de 2014 se publicó en el B.O.E. *Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de

2011, y el 28 de abril de 2015 se publicó en el B.O.E. la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima. Esta norma tiene contenidos expresamente referidos al modo en que hemos de proceder en la instrucción de las causas penales (además de otras cuestiones referidas a disciplinas o aspectos asistenciales y/o de ayuda a las mujeres denunciantes de violencia de todo tipo). Son dos los aspectos sobre los que mayoritariamente se pone el punto de atención en los últimos meses. Así, copio:

Artículo 19 Estatuto: *Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.*

Artículo 20: *Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.*

Estas prevenciones guardan directa relación con la participación personal de la denunciante en las diligencias penales, que viene dada, en primer lugar, por el modo en que prestará su testimonio, y las garantías para que su denuncia y relato no le afecten negativamente: tanto en lo que se refiere a posibles represalias por quien haya sido denunciado; como en razón de que el modo en que se realicen las tomas de declaración no le afecten más que lo imprescindible (digo lo de imprescindible, porque la práctica muestra que siempre tiene repercusión en quien participa, de alguna de sus formas posibles, en el proceso penal).

Como se ha indicado en el apartado anterior de esta exposición, es el testimonio la prueba a la que se dota de mayor relevancia y efectos en el tipo de delitos a que nos referimos, y que está siendo objeto de comentarios y valoraciones de todo tipo, no solo en las resoluciones que dictamos, sino en la calle, donde lo que se cuestiona es nuestra forma de tratar y tratarlo. Insistimos en que los modos en que se trata esta prueba y su fuente afectan a valores fundamentales al cuestionarse la credibilidad, y como consecuencia valores que inciden en la esfera personal y psicológica de la persona *examinada* (porque se examina a la persona y no solo su testimonio)

La Doctora Digés Junco (Catedrática de Psicología forense experimental) alerta en varias de sus publicaciones y exposiciones, de que, siendo el

testimonio la más frágil de las pruebas que se aportan en las causas penales, y a la vez, las que con más frecuencia se aporta en este tipo de procesos, sea tan mal tratada y tan inadecuadamente valorada. Esto no solo incide en valores y derechos de las mujeres, sino incluso en derechos de los acusados. Trato de explicarlo: Que el testimonio era frágil y que requería un tratamiento adecuado lo sabía ya el legislador del siglo XIX, que, no únicamente en la exposición de motivos de la Ley procesal lo indicaba, sino que lo *transponía expresamente* en los preceptos que establecen el modo en que hemos de tratar este indicio. Así, ya al inicio del proceso (artículo 436 de la L. E. Cr.) *el Juez dejará narrar al testigo, sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.* Igualmente conocemos que ya entonces (artículo 439 de la L. E. Cr.) se exigía de quien instruye la causa que *no se harían preguntas capciosas ni sugestivas....* (además de otros condicionantes que podrían afectar a la *puridad* del relato y que se indican en el citado precepto) y tampoco las transmitirá (no parece adecuada a la función de instrucción judicial, y con carácter general, que las preguntas se realicen directamente por las partes procesales, sí en el plenario, pero esto también merece otro debate). Conocía ya el legislador el efecto que la sugestión produce en la testigo de buena fe, habida cuenta de que, en demasiadas ocasiones y con la mejor voluntad, se introducen datos inciertos en las declaraciones a través de *aclaraciones sugestivas*, o se *tergiversa* o *manipula* el relato, al poner en cuestión la

buena fe de la declarante a través de preguntas capciosas, con el consiguiente (nefasto) efecto en orden a obtener una aproximación (siquiera) a la verdad material.

Un breve inciso para preguntar a cualquiera que lea estas líneas si alguna vez ha sido testigo, y cómo se ha sentido si alguna de las partes cuestiona su veracidad y/o su buena fe; o cómo se sentiría si fuera quien dirige el interrogatorio quien en los varios modos del lenguaje (verbal, corporal y/o gestual...) le manifiesta (se nota) su actitud y prejuicio.

En conexión con el modo en que se pregunta, está la adopción de medidas para preservar en condiciones el relato. Tratamos de ser escrupulosas con la custodia de determinados indicios que se aportan durante la instrucción, pero **no siempre preservamos la cadena de custodia del testimonio (en este caso) de las personas que denuncian agresiones sexuales.** Si cuidar la cadena de custodia ha de servir para garantizar que los objetos (en este caso el testimonio como indicio) se recojan y preserven en su integridad, habríamos de traspasar este cuidado al relato: Cuando al Juzgado de instrucción llega un atestado policial, o un informe médico en que se expone el relato de la denunciante, ya viene *contaminado* en las más de las ocasiones. Viene realizado por personas que ni conocen los rudimentos del modo en que ha de recogerse el testimonio, ni tienen cuidado alguno en no introducir sus sugerencias, sus percepciones, ni dejan constancia de las preguntas y sugerencias que han realizado a la persona para obtener el relato consignado en la denuncia. Si la psicología forense experimental nos

Juzgar y castigar

¿Con perspectiva de género?

habla del efecto de la sugestión y la consecuencia que lleva a que el relato que se ofrece por la persona no se corresponda con la realidad (la mentira en ocasiones es fruto de la perversión, pero en otras de la percepción con todos sus condicionantes) qué diremos de los relatos contenidos en atestados policiales que dan inicio a la instrucción de la causa. Merece un estudio serio a la luz de cuanto se adivina del contenido de muchos atestados policiales: qué dice la mujer cuando llega a comisaría, qué se le pregunta; cómo se añaden datos fruto de la experiencia policial en la materia, etc..., hasta conformar el relato del agente que ha tomado la declaración, no el relato de la mujer. Todo ello partiendo de la buena fe de la policía y de la declarante, pero con un efecto indeseado.

Se comparte la indicación de que se intente que la denunciante realice una única declaración, a ser posible, pero nunca por quien no va a dirigir la instrucción judicial de la causa. La psicología forense experimental nos dice, por un lado, que el primer testimonio prestado es el más veraz, pero que, en ocasiones, es falta de detalles: la mayor veracidad o ajuste a lo realmente acaecido deriva de que, habitualmente, ese primer relato se ha realizado con pocas interferencias, sin la incorporación inconsciente de datos sugeridos que llegan, en la mayoría de las ocasiones, del modo en que se interroga. Reiteramos que estas máximas de experiencia aportadas por la psicología forense experimental las tuvo ya en cuenta el legislador que ya en 1882 (promulgación de la L. E. Criminal) y ya se ha reseñado

el contenido de los artículos 436, 439 y 709 de la (aún hoy) vigente Ley procesal porque el modo de preguntar *contamina* el testimonio (o puede hacerlo) como lo recuerda igualmente la STS de 6 de abril de 2017 (si bien referida a otra fase, la del plenario) reiterando la obligación de quien preside el tribunal de que los interrogatorios se realicen en condiciones que permitan llegar a la verdad material, porque se sabe de la incorporación de datos y detalles posteriores al primer relato: en ocasiones esos nuevos datos se introducen (inconscientemente incluso) a través de la sugestión, y en otros porque la persona va recordando detalles más adelante. Recuerda la sentencia reseñada la importancia de que los interrogatorios se realicen en el modo previsto en la ley de ritos para evitar al máximo posible la contaminación inconsciente (en las más de las ocasiones, de buena fe) del testimonio a aportar a la causa. También se nos alerta sobre estereotipos de funcionamiento que tampoco se ajustan a la realidad (quien ha sufrido una violencia extrema no siempre recuerda el detalle) porque cada persona es un mundo, y en esa medida, lo que se recuerda y lo que se relata depende de multitud de factores.

Con un relato no contaminado, quien instruye puede acometer una instrucción eficaz y rápida. Eficaz en la medida en que, de ese relato, obtendrá si pueden o no aportarse datos que sustenten la probabilidad de una imputación ulterior. Rápido en la medida en que (contrariamente a nuestras costumbres, lo sé) conocidos los extremos del relato y los elementos (cuya prueba y constancia) exige el tipo penal, el órgano de

instrucción debe (y puede) realizar un diseño racional e inteligente de la instrucción, porque lo que sí nos es exigible es que, a la vista de los datos que resultan de la noticia que se recibe para su investigación, se determine, desde el primer momento, cuáles son los indicios que han de quedar incorporados para dictar el auto de imputación (en cualquiera de los modelos vigentes de procedimiento) y cuáles son las diligencias de las que, de modo habitual, se obtienen esos indicios para sentar la probabilidad de que el hecho, delictivo, se ha producido; al igual que la determinación de cuáles son los indicios que han de obrar en la causa para sentar la probabilidad de que las personas que aparecen como denunciadas en un principio, y a las que se dota la condición de investigadas seguidamente, puedan ser probablemente partícipes (en el modo en que resulte) del hecho investigado.

Pese a toda previsión, en la práctica seguimos asistiendo a un modo de instruir que se denomina inquisitivo, que eterniza la investigación que se va hipertrofiando, y a un modo burocrático, con una especie de goteo que se va improvisando sobre la marcha (primero se acuerda una diligencias, al tiempo otra...). Este modo no solo afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (en la medida en que se producen dilaciones no necesarias) sino a valores personales de las personas concernidas: (reitero) dudas sobre la credibilidad pero también dispersión e indeterminación de los hechos que afectan al derecho a la defensa (ha de conocerse de qué hechos ha de defenderse, pero igualmente qué detalles sustentan esos hechos).

Una de las cuestiones que más interfieren en esa instrucción eficaz y eficiente es la práctica generalizada de los informes de las Unidades de Valoración que, además de eternizar la instrucción (porque estas Unidades y las expertas a ellas adscritas están sobrepasadas de trabajo) poca utilidad tienen al fin que nos ocupa, además de violentar (en mi criterio) derechos básicos de las mujeres sometidas a sus peritajes: Poco más de lo que ya es dicho (en resoluciones judiciales) y sabido cabrá exponer sobre los denominados informes de credibilidad, como no sea insistir en que: a) el hecho de que el testimonio de la mujer responda a un hecho cierto no es una cuestión a valorar por otra persona que no sea quien enjuicia (o instruye para evaluar el grado de probabilidad del hecho denunciado). No cabe *desplazar el ámbito de decisión* de quien instruye (y en su momento enjuiciará, si así resulta) a la psicóloga o al equipo en cuestión. Cuestión diversa es la referida a personas menores de edad, en que, en todo caso, no cabrá valorar la credibilidad sino si han existido interferencias en la percepción que expone la criatura examinada, pero es inasumible en personas adultas, o incluso en jóvenes más allá de los doce o catorce años, salvo que se observe algún tipo de patología o disfunción; b) estos informes se realizan sondeando la psique de la persona incorporando a las causas penales datos sobre su vida, sentimientos, familia, etc... (se ha hecho referencia más arriba) que podrían calificarse como de injerencia insoportable, como ya lo hiciera el TEDH en sus sentencias de 27-XI-2003 (contra Polonia) y la de 28-V-2015 (contra Eslovenia). Termina siendo su vida la

examinada y la juzgada, y no es ése el objeto del proceso.

Es la excusa o necesidad de *detectar daño psicológico* fruto de la agresión o hechos denunciados, la que motiva (así se expone) la aportación de este tipo de informes, pero ya he indicado nuestra disconformidad con la necesidad de que el hecho ilícito haya de conllevar, indefectiblemente, un efecto dañoso. En las intervenciones públicas que estamos escuchando y leyendo parece que se exige a las mujeres que el agresor (cierto que no todos) consiga el efecto que pretende con su acción: Antes era dejarla *marcada* como violada, ahora, además, ha de requerir tratamiento psicológico imprescindible, colocándola en situación de víctima durante largo tiempo (en demasiadas ocasiones pasa a ser víctima crónica) dejándola *marcada y mancillada en su mente*. Las denunciantes que no quieren tratamiento ni quieren someterse a este tipo de reconocimientos son presentadas ante la sociedad como consentidoras de la agresión si no *sufren irremediablemente sus efectos*, entre otras descalificaciones que reciben por no *dejarse explorar y por no sufrir* (en la medida y forma en que la sociedad y el sentir popular les exige).

Esta cuestión del efecto dañoso requiere de un análisis más exhaustivo, en el que, además de esa exigencia de una profunda victimización habrían de examinarse si responden igualmente a una determinada moral sexual, pero en lo que se refiere al apartado que nos ocupa ha de insistirse en que no son imprescindibles (ni, generalmente, necesarias) al objeto de la instrucción, y que, pese a ello, están interfiriendo en derechos básicos de la examinada. También del investigado, al prolongar

indebidamente la instrucción de este tipo de causas, en las que, a la vista del relato que se ofrece al denunciar el hecho, se debe proceder a ordenar qué datos han de obtenerse para sentar la probabilidad de la imputación.

COMENTARIO FINAL.

-Cuando finalizábamos de escribir estas líneas, se publica en el B.O.E. (de 1-IX-2018) la creación una comisión para regular *con perspectiva de género el proceso penal*, y nos viene a la mente una cita de Von Bar que sirvió al profesor Silva Sánchez para dar inicio a las reflexiones que, con el título de “La expansión del derecho penal”, nos alertaba de que : *Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad – pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges”.*

Compartimos ese pensamiento, pero al tiempo nos duele que se traiga ahora (en relación con los delitos contra las mujeres y su represión) por parte de determinados operadores jurídicos. Queremos recordar que, cuando en momentos anteriores (como mínimo desde 2002) algunas lo hemos traído cada vez que el C. Penal español (en este tipo y en otros delitos) ha ido incrementando las penas, ha ido definiendo más y más conductas como punitivas sin un mínimo rigor y

respondiendo a las consecuencias más elementales de esta *pessima respublica* y del *clamor popular de determinados colectivos*, se nos imputó complicidad con los terroristas (entre otros) y de poca sensibilidad con sus víctimas. Pese a ser conscientes, en este momento, que algunas de las reflexiones que exponemos, están llevando ya a que determinados colectivos que se dicen feministas, nos imputen complicidad con los agresores sexuales, no asumimos la idea de que los problemas que se presentan a (y en) la sociedad se solucionen con más severos castigos, ni la de que las garantías sean un estorbo para el fin de la actuación judicial.

Nuestra perspectiva de igualdad y respeto a las personas pasa por aplicar los principios esbozados, pero con una formación en el respeto al ser humano; en recordar que (en la mayoría de las ocasiones) las personas no vienen al proceso penal con alegría y por gusto; en que no debemos analizar lo que nos cuentan desde el prejuicio ni el estereotipo (“ los testigos son amigos de...denunciante o denunciado, y ya se sabe...tienen interés; ..., o esta denuncia es por venganza y rencor...o “la policía siempre dice la verdad”). Es nuestra obligación examinar lo que se dice y valorar sus soportes, no a la persona que emite el relato, porque lo increíble suele ser cierto en demasiadas ocasiones, y en otras se miente por perversión pero también se tergiversa lo ocurrido por percepción. Es una tarea ingente y apasionante, pero el problema, además de nuestra carencia de formación en los rudimentos del examen del testimonio y sus condicionantes, es la falta de sosiego en la instrucción debida a las condiciones lamentables en que se nos exige desarrollar nuestra labor judicial, y este modo de (des)organización del poder judicial en la tarea diaria, no se soluciona con modificaciones de las normas procesales. Y en lo que a la concreta Orden (BOE 1-IX) se refiere, el lenguaje inclusivo sigue apareciendo como tarea pendiente.

Sí, abogamos por una redefinición de los tipos penales, pero partiendo de un análisis exhaustivo del contenido, dicción y aplicación de los que han estado en vigor hasta la fecha. El legislar sin ton ni son (en palabras de la Catedrática Maqueda) sin un examen reposado, respondiendo al clamor popular del incremento de penas y descalificación de los operadores jurídicos y judiciales, es sabido a qué estado de cosas nos llevará (o ya nos está llevando).

Firmamos estas reflexiones el día 10 de septiembre de 2018. Es probable que, desde esta escritura hasta su publicación aparezcan noticias y/o modificaciones legislativas que se refieran a puntos que exponemos; o propuestas en tal sentido. Las nuestras parten de la realidad que vivimos, cada día, en nuestro trabajo y función.



El género en el derecho y su perspectiva en el proceso penal

Carla Vallejo Torres

Magistrada del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº3 de Canarias



Hace ya tiempo que **la aplicación de la perspectiva de género no constituye un desideratum, ni una recomendación dirigida de forma genérica a los poderes públicos, sino un mandato legal.**

Lo es porque así lo dispone el artículo 4 de la ley 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres cuando establece que *"La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas."*

También se prevé en el artículo 49 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres (Convenio de Estambul ratificado por España el 11 de abril de 2014) al mandar que *"Las*

Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio."

En cualquier caso, y aun cuando estos preceptos no lo recogieran expresamente, aparece integrada en el mandato contenido en el artículo 9,2 de la Constitución y 3,1 de nuestro Código Civil. Recordemos como en ellos se exige a los poderes públicos que remuevan los obstáculos que impiden la consecución de la igualdad real y efectiva y una interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.

La perspectiva de género no es sino una concreta derivación de estas obligaciones legales. El silogismo es claro: Si admitimos que la sociedad en la que nos construimos está aún atravesada por ideas patriarcales que penetran en la esencia misma de lo que somos, todo aquello que produzcamos, incluidas las resoluciones judiciales, estará también mediado por dichas ideas.

Frente a esta afirmación caben dos posturas. La primera es negarla sin más, al entender superada esa visión que afirma la existencia de un patriarcado incompatible con nuestro Estado de Derecho. Si aquel existió, terminó con la Constitución Española y el sistema creado a partir de ella basado en el principio de igualdad. En tal caso la perspectiva de género no sólo no sería necesaria, sino que resultaría contraproducente, pues pretendería compensar un desequilibrio inexistente, convirtiéndose a la postre en fuente de discriminación.

Sobre esta visión se construye todo el argumentario contrario a la sola idea de su toma en consideración. Se parte de que no existen ideas preconcebidas ni imágenes previas que supongan una distinta valoración de las conductas en función de si es un hombre o una mujer quien las realiza.

Tampoco se darían estas preconcepciones frente a determinadas situaciones que, sin tener género asignado, afectan de forma abrumadoramente mayoritaria a un sexo frente a otro. Este hecho, en si mismo, carecería de trascendencia pasando al terreno de la pura casualidad que la

inmensa mayoría de las víctimas de delitos contra la libertad sexual sean mujeres, como mujeres son quienes ocupan las categorías profesionales con menor protección, quienes se encuentran en situación de prostitución en calles y polígonos industriales o resultan asesinadas por sus parejas.

Se trataría, en suma, de ignorar al elefante rosa que se encuentra en medio de la habitación y que no tiene ese color por casualidad. El género es un elemento constitutivo de desigualdad y los prejuicios que lo acompañan son también elemento constitutivo de nuestra identidad, pues hemos nacido, crecido y socializado con ellos.

El simple hecho de que cueste tanto admitir su existencia habla, y muy bien, de la eficacia que durante dos mil años ha demostrado tener el patriarcado inoculando sus premisas, que son aceptadas de forma natural por la totalidad del cuerpo social, incluidas las mujeres, como verdades no cuestionadas.

La segunda opción nace, precisamente, de la cuestión. De hacerse la pregunta y no encontrar una respuesta adecuada, ni en términos morales ni de conocimiento, al interrogante formulado que no pase por reconocer que coexistimos con el machismo. Porque solo él explica que la violencia sexual, la brecha salarial, el maltrato familiar, la precariedad laboral o los cuidados familiares se conjuguen mayoritariamente en femenino.

¿Existen prejuicios de género en el ámbito del derecho?. La idea que defiende es que sí por la sencilla razón de que, hasta hoy, no

habíamos vacunado al derecho de los riesgos inherentes a ser un producto de la sociedad patriarcal en la que vivimos.

Los prejuicios son inevitables porque constituyen un atajo del cerebro, una herramienta utilizada por éste para ser más eficiente. Así, ante una situación dada y frente el trance agotador de tener que analizar toda una suerte de datos que te permitan entender a la persona o la tesitura que se te ha presentado, el cerebro opta por economizar sus recursos y recurrir a su propia hemeroteca.

A partir de unos pocos elementos que se perciben de forma instantánea (la raza, el sexo, la capacidad económica, la forma de vestir) se adscribe a cada persona a una concreta categoría que ya lleva anudada sus características esenciales, ahorrándole a nuestra mente una compleja investigación.

Cuanto más concreta sea la categoría más precisas serán las ideas que a ella se anudan. De esta manera la formada por el grupo “mujer” implicará unas concepciones determinadas que serán distintas a las que conlleve la “mujer denunciante de violencia de género”, “la mujer prostituida” o “la mujer víctima de trata”.

Esas mismas categorías operan también en el mundo jurídico, si bien en las resoluciones judiciales las hemos renombrado llamándolas “máximas de experiencia”, tan socorridas cuando queremos dar por cierto algo que sabemos verdad sin tener muy claro el origen de ese conocimiento. Muchas de ellas están construidas sobre el prejuicio y tomar conciencia de ello constituye el

primer paso, y el más difícil, para la aplicación de la perspectiva de género.

Si, llegados a este punto, hemos conseguido admitir la existencia de estereotipos sexistas en el derecho, lo siguiente que debemos hacer es conocer como operan y donde despliegan su mayor potencial. Sería absurdo afirmar que existen aspectos de la actividad jurídica que resulten inmunes a la demostrada eficacia y utilidad que tienen los prejuicios en la simplificación del trabajo mental. Por ello todos los ámbitos del derecho, desde la creación e interpretación de las normas jurídicas hasta su aplicación y valoración probatoria, requieren de esa mirada de género que los detecte y neutralice.

En estas líneas me gustaría centrarme en un ámbito al que se le ha dedicado poco espacio cuando se abordan estas cuestiones, seguramente por el escaso brillo que parece desprender el derecho procesal. Frente a la potencialidad creadora de las normas sustantivas, el proceso se ve reducido a la consideración de una mera carretera por la que transitar, más o menos pesadamente, en busca del verdadero derecho.

Cualquiera que se haya visto inmerso en un proceso penal sabe que el camino que se emprende no resulta en modo alguno anecdótico y a veces el recuerdo que se tiene de él, y de los efectos producidos, son incluso más intensos que los causados por la propia sentencia y su ejecución.

A pesar de ello, tradicionalmente hemos partido de un derecho procesal penal que centraba todos sus esfuerzos en ordenar una serie de trámites y preservar los derechos y garantías de quien resultaba imputado, obviando otras



“En la sola resignificación del papel de la víctima en el proceso ya hay mucho de superación de roles y prejuicios discriminatorios, pues parte de dar voz, reconocimiento y derechos autónomos a la parte sometida o abusada por quien ostenta una posición de fuerza.”

consideraciones como aquellas que tenían que ver con la víctima y su derecho a la tutela judicial y la protección institucional.

El contexto cambió drásticamente al aprobarse el Estatuto de la víctima del delito, mediante la Ley 4/2015 .

Tal y como recoge la Exposición de Motivos de la norma : *“La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.”*

Se recoge así un concepto omnicomprensivo de la víctima que, por su sola condición y sin sujeción al proceso, es acreedora de una serie de derechos que se predicen con carácter autónomo del procedimiento penal y la suerte del mismo.

Con esta ley se introdujo una visión distinta del derecho procesal penal aportando un nuevo punto de vista, el de la víctima, que se hizo, además, contando con la perspectiva de género. Se parte de una nueva orientación donde la persona que sufre los efectos de un delito y su protección cobra una especial importancia, sin que ello suponga merma alguna de los derechos de quien está bajo investigación.

En la sola resignificación del papel de la víctima en el proceso ya hay mucho de superación de roles y prejuicios discriminatorios, pues parte de dar voz, reconocimiento y derechos autónomos a la parte sometida o abusada por quien ostenta una posición de fuerza. Luego, si se baja al detalle de su regulación, nos encontramos con que, aun estando escasamente nombrada, la perspectiva de género ocupa un papel relevante en el diseño de todo el sistema de protección.

En primer lugar porque es constante en todo el Estatuto la apelación al análisis de la situación de la víctima atendiendo siempre a sus particulares circunstancias. Ello, como hemos visto, implica evitar la categorización automática a la que es tan dado nuestro cerebro y que convertía a la víctima en un grupo abstracto y uniformemente borroso. Aquel sujeto que, fuera de su condición de testigo, poco tenía que ver con la judicatura, más allá del deber de realizarle un genérico

ofrecimiento de acciones, pasa ahora a convertirse en una persona a la que hay que mirar y frente a la que jueces y juezas tenemos un deber especial de protección.

El artículo 23 del Estatuto prevé, partiendo de esa necesaria detección y valoración de las circunstancias particulares de toda víctima, que se contemplen las situaciones de especial vulnerabilidad particularmente en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la violencia doméstica o la trata de seres humanos. Esta previsión genérica se concreta aún más en el caso de víctimas menores de edad, para quienes se prevé expresamente que el género sea un factor determinante para delimitar las necesidades de protección.

En el caso de las víctimas mayores de edad, aun cuando la norma optara por no mencionar expresamente el sexo como elemento a valorar, sí se recogen como supuestos que merecen una especial protección los derivados del padecimiento de delitos en los que el componente de género está muy presente, por ser mujeres la mayor parte de las víctimas que lo sufren.

El Estatuto, por tanto, parte del prejuicio y establece un mecanismo para detectarlo y evitarlo que consiste en la obligación de valorar y considerar a cada víctima de forma individual y teniendo en cuenta todos aquellos aspectos que han influido en su vivencia de los hechos.

Resulta claro que si la víctima lo ha sido por ser mujer, el género deberá ser uno de los elementos que tendrá que valorarse de cara a su protección.

De otro lado se recoge la obligación de proporcionar formación especializada a

los operadores judiciales en materia de protección de víctimas que completa la ordenada en la ley 1/2004 en relación a la violencia de género. Con estas previsiones se insiste en la necesidad de profundizar en el conocimiento de la realidad que hay detrás de determinados delitos y como los constructos culturales de lo que implica ser hombre o mujer están íntimamente ligados a su propia existencia.

Entrando, ya por último, en las concretas medidas de protección que derivan de esta atención individualizada y carente de prejuicios resta analizar si, de alguna manera, su implementación pone en riesgo las garantías del proceso.

Una de las medidas que prevé la ley es la limitación de las declaraciones de la víctima al mínimo imprescindible partiendo de su carácter necesario tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral. Con la previsión que se contiene en el Estatuto solo cabría denegar segundas y ulteriores declaraciones durante la fase de instrucción constando ya una realizada. Se reconoce así como derecho de la víctima el no ser sometida a interrogatorios o reconocimientos innecesarios amparando legalmente la decisión judicial que así lo acuerde y sin que por ello podamos entender vulnerado ningún derecho de la otra parte.

Siempre que la diligencia se practique con las garantías debidas la proscripción de su reiteración no puede ser tenida como una limitación del derecho de defensa. Este no puede ser entendido de forma tal que incluya la práctica de cualesquiera diligencias, con independencia del efecto que puedan producir en su destinatario y sin constatar una utilidad real para el

proceso. Por lo demás, los términos de la redacción del artículo 21 del Estatuto son lo suficientemente amplios como para permitir segundas o ulteriores declaraciones siempre que ello sea necesario para los fines de la investigación, facultad que tendrá siempre quien dirige la instrucción.

De igual modo, las referencias a la necesidad de que las declaraciones se hagan siempre por una misma persona y, en determinados casos, del mismo sexo que la víctima, tampoco afectan a los principios del proceso por cuanto se contiene la salvedad referida a las declaraciones ante la autoridad judicial o fiscal.

Lo mismo cabe decir de las previsiones referidas a que se proscriban las preguntas referidas a la vida privada que no guarden relación con el hecho delictivo o que la declaración en juicio pueda realizarse en dependencias anejas o evitando la confrontación visual con la persona acusada.

Se trata, en todos los casos, de decisiones que pretenden conciliar el rigor del procedimiento con la necesaria atención a la vivencia de la víctima, pues de nada sirve un proceso penal que, buscando restablecer un bien jurídico, lo vulnere doblemente.

En suma y como conclusión puede afirmarse que una **aproximación a la realidad del proceso penal partiendo de la consideración individual de todas aquellas personas a las que éste afecta implica, de suyo, contemplar la perspectiva de género.**

Es necesario admitir que, como instructores o enjuiciadoras, no llegamos vírgenes a la valoración del caso, sino

que nuestra visión estará siempre matizada por un sistema de creencias imperfecto, que incluye ideas preconcebidas y categorías predeterminadas que dejan su impronta en la forma que abordamos y resolvemos el proceso. A partir de ahí debemos realizar una labor de desbroce de aquello que es resultado del conocimiento propio y lo que constituye una máxima heredada de la experiencia ajena. Ello exige **profundizar en aquellas realidades delictivas donde la desigualdad y la diferente consideración cultural de las partes implicadas por motivos de origen, raza, nacionalidad, orientación sexual, sexo o género constituye un elemento determinante de la comisión del hecho punible y en qué medida esas diferentes consideraciones están presentes también en la mente de quien debe instruir el caso.**

De igual forma las preconcepciones identitarias tienen también su reflejo en los comportamientos y vivencias de las propias víctimas, que reaccionan al prejuicio esperado modificando su actuación en un intento de protegerse. Situaciones como no denunciar los hechos, ocultar datos entendidos como vergonzantes, bloquear determinadas vivencias o resistirse a declarar son reacciones propias de quien avanza una respuesta hostil de la persona o la sociedad que debiera brindarle ayuda.

Afrontar las cosas, a las personas y los hechos con perspectiva tomando en consideración todo cuanto nos rodea siempre resultó un buen consejo cuando existía riesgo de bloquearse frente a una situación. No existen razones para que con esta concreta perspectiva se aplique una regla distinta.



LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA PAREJA*

José Luis Díez Ripollés

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección *integral* contra la violencia de género, constituyó una decisión legislativa de gran trascendencia en la lucha contra este fenómeno. Un equipo de investigadores del Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga hemos llevado a cabo una **evaluación**⁽¹⁾ de los 10 primeros años de vigencia del **programa político-criminal** contenido en la citada ley desde tres perspectivas: su efectividad, en qué medida se han puesto en marcha los recursos y medidas previstos; su eficacia, el grado en que tras una década se han conseguido los objetivos previstos; y su eficiencia, que implica un análisis coste beneficio atento a los posibles efectos negativos que el

desarrollo de la ley haya podido generar. Lo que sigue es una apretada síntesis de los resultados obtenidos más importantes.

La efectividad de la ley

La efectividad de las órdenes de protección y otras medidas cautelares, penales y civiles merece una valoración positiva en términos generales, dado su contenido y extendido empleo. El descenso de las órdenes de protección incoadas y acordadas desde 2009, más acentuado que el de las denuncias interpuestas, no suscita inquietud, pues hay fuertes indicios de que se origina en

*Artículo publicado para la revista El Notario del Siglo XXI, nº77. Enero/febrero 2018

Díez Ripollés, J.L., Cerezo Domínguez, A., Benítez Jiménez, M.J.: La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014) Tirant, 2017.

que los jueces hacen una valoración objetiva del riesgo de más calidad. Las medidas penales que más descienden son las privativas de libertad y las medidas civiles que menos se reducen son las encargadas de proteger a los menores.

De las **ayudas económicas y laborales** a las víctimas, la renta activa de inserción tiene una cobertura notable. Sin embargo, se produce un fracaso contundente de los recursos destinados a la inserción laboral de las mujeres maltratadas.

La oferta de **tratamientos a agresores** condenados, tanto en prisión como en libertad, ha experimentado un fuerte crecimiento, y el sometimiento a ellos alcanza cifras notables entre los condenados a penas no privativas de libertad. Sin embargo, el número de agresores condenados a prisión sometidos a tratamiento, aunque crece en los últimos años, sigue siendo bajo.

Ha habido un acertado despliegue de los **juzgados de violencia sobre la mujer**. Se ha de valorar también positivamente la creación en cada partido judicial de órganos judiciales especializados, aunque no exclusivos, en violencia sobre la mujer, los cuales triplican en número a los juzgados exclusivos de violencia sobre la mujer.

Se ha constatado la implantación de numerosos **recursos** de carácter policial, fiscal, de defensa jurídica, forense y socio-asistencial para lograr la prevención y persecución de estas conductas. Dentro de una valoración general positiva, su variedad y proliferación plantean en ocasiones

dudas sobre la coherencia de sus respectivos objetivos, su correcto desempeño y la debida coordinación entre ellos.

En suma, la valoración general de la efectividad en la implantación de los recursos político-criminales y relacionados promovidos por la Ley Orgánica 1/2004 es positiva.

La eficacia de la ley

El dato más importante para evaluar la eficacia de la política criminal desarrollada, la **prevalencia de esa violencia** sobre la mujer, no puede ser acreditado de manera fiable debido a las cambiantes y defectuosas técnicas empleadas. En todo caso, parece que las cifras son más bajas que las que una extendida percepción social piensa. Además, con cautela se puede aseverar que la prevalencia estuvo descendiendo entre 1999 y 2006, mientras que ha permanecido estable desde entonces. Merece destacarse que la violencia de mayor gravedad desciende, mientras que crecen las conductas violentas de menor gravedad así como aquellas de nueva o autónoma catalogación, como la violencia psicológica.

Los **homicidios** de la mujer pareja muestran una tendencia descendente a lo largo del periodo estudiado. Además, las tasas españolas se encuentran en la banda más baja de frecuencia en la comparación con numerosos países europeos. Denuncian aproximadamente un tercio de las mujeres violentadas, cifra que es significativa pero que tiene un amplio margen de mejora. El

“Los homicidios de la mujer pareja muestran una tendencia descendente a lo largo del periodo estudiado. Además, las tasas españolas se encuentran en la banda más baja de frecuencia en la comparación con numerosos países europeos.”

crecimiento del número de denuncias se acentuó notablemente tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004. Pero desde 2009 se registra un lento pero constante descenso de ellas, aunque sin perder los niveles altos previamente conseguidos. No parece que los ascensos o descensos registrados tengan que ver con cambios en la prevalencia de la violencia sobre la mujer pareja.

La tasa de condenas por violencia sobre la mujer pareja supera los dos tercios de todos los asuntos que alcanzan la fase de enjuiciamiento en el conjunto de los tres órganos jurisdiccionales más implicados: juzgados de violencia sobre la mujer, juzgados de lo penal y audiencias provinciales. Ciertamente, la obtención de una determinada tasa de condenas no es un objetivo político-criminal, a no ser que sea llamativamente baja, pues depende de las pruebas disponibles y del respeto de las exigencias de un juicio justo. Con todo, la tasa de condenas por estos asuntos en los juzgados de lo penal está claramente por debajo de la existente en los otros órganos judiciales, incluso nítidamente por debajo de la tasa de los propios juzgados de lo penal sobre el total de asuntos de su competencia. Este es un asunto a profundizar.

Se ha producido un claro aumento de las personas que han ingresado en prisión por delitos de violencia sobre la mujer pareja, lo que les ha permitido ganar representatividad entre la población penitenciaria en un contexto de descenso general de ésta. Los tratamientos dentro y fuera de prisión de los condenados por estos delitos están teniendo efectos positivos apreciables, con datos muy alentadores respecto a la reducción de la reincidencia.

Existe poca información sobre la eficacia de las penas y medidas de alejamiento.

Con todo, las muertes de mujeres por sus parejas están cada vez menos ligadas a un previo quebrantamiento de la medida o pena de alejamiento. Los medios telemáticos para control de estas penas y medidas están muy poco desarrollados, pese a que los pocos aplicados muestran niveles altos de eficacia.

La valoración general de la eficacia en la lucha contra la violencia sobre la mujer pareja tiene, como acabamos de ver, luces y sombras, y se aprecian márgenes de mejora notables. Con todo, puede afirmarse que el fenómeno ha entrado en una dinámica de frenado y de control institucional.

La eficiencia de la ley

Hemos comprobado en primer lugar la victimización de la propia mujer pareja que las medidas político-criminales pueden estar originando.

El porcentaje de mujeres violentadas que interponen denuncia, como ya hemos dicho, no ha superado nunca el 30% de todas ellas, lo que vale también para aquellas que finalmente han encontrado la muerte a manos de sus parejas. Además, ese porcentaje desciende desde 2009. Por otro lado, el volumen de retiradas de las denuncias inicialmente interpuestas puede ser sustancialmente superior al de las cifras oficiales, quizás llegando hasta el 30%, con una tasa estable desde 2009. Por otra parte, los quebrantamientos de penas y medidas de alejamiento que se llevan a cabo con el consentimiento de la víctima son muy numerosos, incluso en casos en que luego acontece el homicidio de la víctima por su agresor.

Estos fenómenos reflejan una actitud de desconfianza o insatisfacción de la víctima con el sistema penal, que confirman parcialmente que se están produciendo procesos de victimización secundaria relevantes.

Hemos atendido igualmente a la eventual desatención a otras víctimas de violencia en el ámbito doméstico como consecuencia de haber centrado la atención en la violencia de la mujer pareja.

La prevalencia de la violencia en el ámbito doméstico dirigida a menores, padres o mayores pudiera ser igual o mayor que la de la violencia sobre la

mujer pareja. Además, el maltrato físico está especialmente presente en menores y padres víctimas. En los tres supuestos las víctimas femeninas son mayoritarias, y en todos ellos es frecuente que el agresor pretenda asegurar su dominio en el ámbito doméstico. Por tanto, aunque no se ha probado que se estén sustrayendo recursos destinados a proteger a estos colectivos para ser destinados a la lucha contra la violencia sobre la mujer pareja, parece claro que estas otras víctimas domésticas precisan más atención de la que se les presta.

La *sesgada* concentración de la intervención penal sobre determinados colectivos de víctimas y victimarios, los cuales sufrirían de forma predominante los efectos colaterales negativos asociados con frecuencia al uso del derecho penal, es otro de los asuntos tratados.

Es indudable que la intervención penal para luchar contra la violencia sobre la mujer pareja se centra en los sectores sociales más desfavorecidos: pobres o extranjeros. Puede ser que la violencia sobre la mujer pareja no se distribuya de forma uniforme entre las diversas clases sociales o, más probablemente, que las clases de mayor estatus socioeconómico ejerzan una violencia más difícil de detectar por el derecho penal, o dispongan de medios distintos al derecho penal para eludirla. Pero, aun aceptando las afirmaciones precedentes, la incidencia penal sobre la clase más pobre es desproporcionadamente superior. Lo mismo vale para el colectivo de extranjeros inmigrantes, por lo general pobre; aunque en este caso hay

LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA PAREJA

datos que avalan una mayor prevalencia de la violencia sobre la mujer pareja entre ellos, singularmente en el colectivo iberoamericano y, en menor medida, africano.

La elevadísima tasa de suicidios, consumados e intentados, entre los agresores homicidas de su mujer pareja es un hecho acreditado. No parece que la intervención penal sobre el agresor sea la principal causa de su decisión suicida. El rechazo social que su conducta homicida suscita, la llamada de atención que emite el agresor sobre su problemática relación afectiva, o la carencia de sentido de su existencia tras constatar su pérdida de dominio, explican mejor su comportamiento. Pero es indudable que la intervención penal tiene un efecto indirecto en esos comportamientos. Estamos ante un coste inasumible de la política pública contra la violencia sobre la mujer pareja: sin perjuicio de que el suicida es el homicida y la mujer la que muere contra su voluntad, la sociedad debe intentar salvaguardar la vida de ambos.

La socialmente sesgada intervención penal en este campo y el efecto colateral indirecto de los suicidios de los agresores exigen acciones correctoras.

La reconfiguración que la delincuencia objeto de persecución penal puede experimentar como consecuencia de la política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja ha sido otro punto de interés.

Los datos policiales muestran un enorme aumento de la representatividad de los delitos conocidos de violencia sobre la mujer pareja entre los delitos contra la integridad personal, e incluso entre toda la delincuencia conocida en el periodo estudiado. Además, tanto los datos policiales como judiciales indican que los malos tratos ocasionales del artículo 153.1 se consideran en mucha mayor medida que los malos tratos habituales del artículo 173.2.

El perfil de la población penitenciaria ha variado en el periodo estudiado. En primer lugar, se ha producido un relevante crecimiento, en cifras absolutas y relativas, de los internos

condenados por delitos contra la vida e integridad personal, que en 2016 finalmente superaron a los internos por delitos de drogas. Además, casi la mitad de los internos condenados por delitos contra la vida y la integridad personal están en prisión por delitos de violencia sobre la mujer pareja.

En consecuencia, está claro que la política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja ha convertido estos comportamientos delictivos en objetivo prioritario de persecución penal en nuestro país.

Cabe preguntarse sobre posibles efectos criminógenos que pudiera ocasionar la intensa intervención penal en asuntos relacionados con la violencia sobre la mujer pareja. A pesar de algunos estudios que apuntan a la existencia de ese fenómeno, no hemos podido constatar que la existencia de denuncia previa de la violencia sufrida, la imposición de penas o medidas de alejamiento, o el no consentimiento de la víctima al quebrantamiento de tales penas o medidas, hayan podido fomentar o reforzar la conducta homicida del agresor.

Tampoco se ha acreditado el posible efecto criminógeno de la difusión por los medios de comunicación de sucesos sobre violencia de género, en el sentido de que activarían sucesos semejantes en días posteriores mediante un efecto imitación. En caso de concurrir, sería un efecto indirecto de la intervención penal.

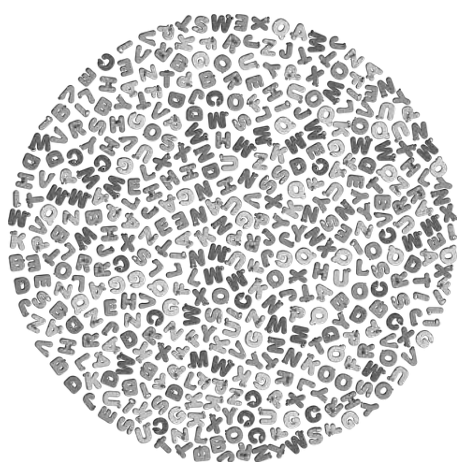
Es una buena noticia que la activación de los recursos penales y mediáticos no incite a una mayor agresividad de los agresores.

La magnitud de las tareas encomendadas a los operadores penales en la lucha contra la violencia sobre la mujer pareja pudiera estar causando perturbaciones en las prestaciones del sistema penal de importancia relevante.

No hay duda de que las policías han tenido que responder a exigencias más estrictas de desempeño. La gran mayoría de los delitos de violencia de género llegan a conocimiento de la jurisdicción penal a través de los atestados policiales, y los hechos delictivos conocidos de lesiones y malos tratos familiares han multiplicado su ocurrencia en el periodo estudiado.

Es cierto, con todo, que desde 2010 ha descendido el conjunto de hechos delictivos conocidos por las policías, y que solo un porcentaje modesto de las agresiones de género llegan a conocimiento de las policías por actuaciones de oficio. También los tres principales órganos jurisdiccionales competentes en violencia sobre la mujer pareja han incrementado su actividad mucho más que la jurisdicción penal en general. No obstante, ese aumento de actividad solo en los juzgados de violencia sobre la mujer puede achacarse inequívocamente a estos delitos, pues en los juzgados de lo penal y audiencias provinciales la representatividad de estos delitos desciende, al menos en los últimos años.

Diversas técnicas de neutralización judicial están operando en el enjuiciamiento de estos comportamientos violentos. La exigencia del elemento subjetivo del ánimo de dominación sobre la mujer responde a la extendida y



“La violencia no se neutralizará solo con medidas penales, son precisas intervenciones educativas, socio-asistenciales y de sensibilización.”

persistente creencia judicial de que se está violando el principio de igualdad de trato en el abordaje de la violencia en la pareja según el sexo del agresor. La creación del delito de malos tratos ocasionales ha tenido un efecto perturbador, pues su mayor facilidad de persecución ha llevado a que las rutinas judiciales hayan desactivado la aplicación del delito de mayor significación en la lucha contra la violencia sobre la mujer pareja, el delito de malos tratos habituales del artículo 173.2. Técnicas de neutralización judicial explican igualmente la no persecución penal de la mujer víctima que coopera en el quebrantamiento de medidas y penas de alejamiento por parte de su agresor.

Por tanto, los operadores del sistema penal están siendo significativamente afectados en su funcionamiento por las decisiones político-criminales relativas a la lucha contra este tipo de violencia, y reaccionan a ello de diversa forma. Con todo, puede hablarse de una adecuada acomodación de sus prestaciones a las nuevas exigencias.

Hay que concluir estas reflexiones recordando que la política pública contra la violencia sobre la mujer pareja se enfrenta a un fenómeno social secular, ligado a la estructura patriarcal de la mayoría de las sociedades humanas. La lucha contra esa realidad social mediante intervenciones centradas en el epifenómeno de la violencia sobre la mujer pareja, nunca podrá lograr objetivos transformadores. Eso no obsta a que la violencia sobre la mujer pareja constituya uno de los caracteres más inasumibles de esa desigualdad social de la mujer, lo que exige que se le preste una atención prioritaria. Pero esa violencia no se neutralizará solo con medidas penales, son precisas intervenciones educativas, socio-asistenciales y de sensibilización.

