

La justicia ante la violencia de género*

María José Varela**

¿Tiene la justicia un sesgo de género?

Parece que tal pregunta está fuera de lugar si se tiene en cuenta que la idea misma de justicia va acompañada de un concepto de neutralidad y equidistancia que no permite entenderla desde una influencia exclusiva del sexo masculino o femenino. El símbolo precisamente es una mujer, aunque con los ojos vendados, es decir al margen de lo que se ha dado en llamar *una lectura femenina*, es decir con unos determinados ojos. La justicia es un concepto muy amplio, como término viene definido en el diccionario de la lengua española como *virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo o derecho, razón, equidad, lo que debe hacerse según derecho o razón* y administrar justicia como *aplicar las leyes en los juicios y hacer cumplir las sentencias*.

Es pues necesario abordar no solo el estudio de las leyes vigentes sino también su interpretación y aplicación para que podemos contestar a la pregunta inicial. El enfoque sería muy amplio si abordáramos todas las ramas del derecho, civil, mercan-

til, laboral, administrativo... por ello he decidido circunscribirlo al ámbito que mayor sensibilidad puede detectar a la variable de género, concretamente la justicia penal.

La mujer tiene una presencia claramente diferenciada de la del hombre en este ámbito, así según datos aportados por Dña. Pilar Lledó de su época en el Ministerio de Interior, la autoría de delitos le comprende solo en un 20% de los casos, en cambio es víctima en un 80% de las situaciones denunciadas. No obstante podemos ver que el hecho de ser escasamente activa no le priva de ser la víctima fundamental de todos los crímenes, no sólo los que tradicionalmente se han asociado a ataques debidos a la diferencia sexual, sino también a los robos y otros delitos contra la propiedad, a los que atentan contra la vida, la libertad y la integridad física y moral. Ni que decir tiene que en algunos casos es la perjudicada casi exclusiva como sucede en los delitos contra la libertad sexual, los malos tratos y el abandono de familia por incumplimiento de las responsabilidades económicas derivadas de procesos de ruptura familiar.

* Conferencia dictada en la *IV Cruïlla del Gènere, Violència y Subordinació* SIMS-U.B., 1999.

** Abogada feminista de Barcelona

La no discriminación por razón de sexo es una garantía constitucional y protegida también por la Convención de los derechos humanos.

Se puede pensar que los derechos humanos son de todos, sin distinciones de sexo. No obstante aún hoy ciento treinta millones de mujeres en el mundo sufren ablación, en Afganistán a las mujeres no les está permitido trabajar, escolarizarse, mostrar su rostro o ir al hospital, su situación es tal que ha sido comparada por el *Times* con la que sufrieron los judíos polacos en el holocausto. En Jordania se mantiene la práctica de los *asesinatos de honor*, mientras en China 500 mujeres se quitan la vida cada día a causa de las condiciones y el machismo imperante en su sociedad, lo que supone el 56% de todos los suicidios femeninos del planeta y según el Banco Mundial cinco veces mas que la media internacional.

El pasado 19 de Noviembre el Tribunal especial para los crímenes en Bosnia Herzegovina, dictaminó que la masiva violación de las mujeres en la guerra era una *vulneración de los derechos humanos* y que debía ser abordada como tal.

Pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo cincuenta aniversario acaba de cumplirse proclama de modo claro que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, en 1993 la cumbre de Viena de las Naciones Unidas tuvo que especificar que *hay derechos para las humanas*.

La violencia familiar supone según informe del Banco Mundial de 1993 una causa tan grave de enfermedad

y muerte en las mujeres en edades de procrear como el cáncer y una mayor causa de mala salud que los accidentes de tránsito y el paludismo combinados.

Es por ello que este 8 de Marzo de 1999 UNIFEM (Agencia de las Naciones Unidas) celebró una videoconferencia interinstitucional mundial titulada *Un mundo libre de violencia contra la mujer*, como una muestra del empeño de dicha institución en ayudar a forjar la voluntad política necesaria para poner en práctica programas y normas encaminados a permitir que todas las mujeres cuenten con el poder y la libertad para vivir sin violencia.

Si tenemos en cuenta que las Naciones Unidas han denunciado que la violencia doméstica es el *crimen encubierto mas extendido de la humanidad*, analizaremos la actuación de la justicia en nuestro país en este concreto campo y para ello tomaremos como concepto el de la Declaración 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que la define como: *Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada*. También desde la Unión Europea se trazan líneas maestras de actuación a través del "mainstreaming", a fin de que todos los Estados tengan presente en cada una de las políticas que diseñen un apartado específico que trate la cuestión de la desigualdad entre los sexos.

Evolución Legislativa

El maltrato en la familia

Tras el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, surgió en la reforma urgente y parcial del Código Penal de 1989, una figura que tipificaba la violencia habitual en la familia como delito, aunque no existiera resultado lesivo o éste fuera leve, por lo que se dota de un instrumento específico para su persecución penal que hasta entonces no existía. El Código Penal de 1995, con algunas modificaciones, la mantiene en el art. 153.

Mucho ha discutido la doctrina, respecto a la naturaleza, tipificación, oportunidad, etc. del precepto, aunque por fin ya de modo mayoritario reconocen los autores su necesidad y oportunidad.

Parecen también coincidir en que su configuración supone un tipo autónomo a las lesiones y que la ubicación es defectuosa al ser el bien jurídico protegido la dignidad humana como ámbito genérico de afectación, tal y como indica también el Consejo General del Poder Judicial, llegando algunos autores a situarlo como la antesala de los atentados contra la integridad física o moral que el nuevo Código Penal contempla¹, o la paz y convivencia familiar según indica la Circular 1/98 de la Fiscalía General del Estado. La habitualidad que aparece en el tipo como constitutiva de la acción punible ha generado también diversidad de opiniones respecto a su interpretación. La SS. del T. S. de 20 de Diciembre de 1996 Aran-

zadi 1060 define la habitualidad: *La repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, tal y, como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas.* Parece claro que no es adecuado el concepto acuñado en el art. 94, por limitarse a los efectos de suspensión de las penas privativas de libertad y ahora ya la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria coinciden en que se trata de un concepto fáctico distinto de la reincidencia y que debe ser entendido como concepto criminológico, en el que más que cuantificar la actuación del sujeto activo, debe probar su perseverancia. Desde este punto de vista la existencia de denuncias anteriores o condenas previas tiene solo una operatividad probatoria. Lo mismo ha sucedido con el concepto de habitualidad definido en la recepción, que se ha abierto paso sin mayores obstáculos a través de una línea jurisprudencial clara, así la Ss. T. S. de 18 de noviembre de 1995 ya dice: *El concepto de habitualidad, no se encuentra determinado en el art. 546 bis a) 3º del Código Penal, sin embargo la doctrina de esta Sala, en función complementadora, pacífica y continuadamente, viene indicando que la habitualidad (en el delito de receptación) es una calificación agravatoria criminológica o elemento normativo integrante del subtipo que exige la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre.* Es reiterada la Jurisprudencia de la Sala 2ª en este mismo sen-

1. M^a Josep Cuenca García, *Revista Jurídica de Catalunya*, IV Tomo, 1998.

tido, lo que nos demuestra que el término en sí mismo no ha sido la causa de la inaplicabilidad de la norma. Al estar excluido el maltrato psíquico dentro del comportamiento escrito, no puede ser aplicado para dichos casos y pese a que el art. 173 del vigente Código Penal describe un tipo que los recoge perfectamente, su aplicación por los tribunales aun ha sido más inusual que el 153 al que nos referimos.

Está descartado el ex-cónyuge o ex-compañero, al limitarse los sujetos activos a quienes tengan vigente la relación de convivencia, por lo que ésta se erige en exigencia, quedando también excluida las relaciones de noviazgo.

La violencia sexual

La reforma del Código Penal de 1989, introduce cambios importantes en la figura de la violación. Se cambia el sujeto pasivo de modo que tanto el hombre como la mujer pueden serlo y se define la acción típica explicitando como tal la penetración anal, vaginal y bucal. Con posterioridad el vigente Código Penal de 1995 realiza una reestructuración total en este ámbito. Se parte de dos grandes grupos las agresiones y los abusos. En el primer caso se trata de los actos sexuales cometidos con fuerza o intimidación y en el segundo caso cuando no hay consentimiento o éste está viciado.

Se estiman siempre inconscientemente los de menores de doce años.

Continúan existiendo lagunas, y cuestiones mal resueltas fundamentalmente porque aun persiste el requisito de procedibilidad (obligación

de la víctima de denunciar para poder iniciar la acción penal), porque las penas para los abusos de menores sin penetración son muy bajas y resultan desfasadas en relación a los otros castigos y porque han quedado patentes vacíos legislativos en temas tan importantes como la pornografía infantil en internet.

No obstante ello, se ha producido un importante avance. La nueva conceptualización responde al concepto social de atentado a la libertad sexual y el hecho de que el no consentimiento configure el abuso ha sido una reivindicación histórica del movimiento feminista.

Por otra parte, los Jueces que absolvían un 50% mas en estos delitos que en los demás, aducían muchas veces que la gravedad de la pena les paralizaba. Ahora la matización de las conductas punibles lleva también a una gradación del castigo que permite mas flexibilidad.

El papel de la administración de justicia en la aplicación e interpretación de la ley

Algunos aspectos resaltan en el análisis, los cambios legales son insuficientes, pero además han resultado absolutamente inaplicados. Así lo manifestó el Magistrado Sáez Valcarcel, actualmente miembro del Consejo General del Poder Judicial, en su ponencia presentada a las Jornadas sobre crisis matrimoniales en el curso de formación de los días 20, 21 y 22 de Junio de 1994.

Así lo expresa también la circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado de 21 de Octubre de 1998 que indica que el debate sobre la insufi-

ciencia de medios legales debe dar paso al decidido aprovechamiento de los actualmente existentes, aunque serias dificultades interpretativas en algunos preceptos que se agravan por la *ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales del intérprete*.

Un seguimiento realizado en 1996-1997 sobre 200 casos por la Asociación de Mujeres Juristas Themis en todo el estado español, arrojó el dato de que sólo en una ocasión se había actuado aplicándolo, en los demás asuntos se absolvía o condenaba por lesiones, casi siempre como falta. La única resolución era la sentencia nº 351/96 del Jdo. de lo Penal nº 2 de Donostia, de 5 de Junio de 1996, y condenó a una multa de quinientas mil pesetas y apreció la concurrencia de una circunstancia atenuante muy cualificada de trastorno mental al estimar que: *El acusado padece un trastorno delirante paranoide en su forma de celotipia, que altera sus capacidades volitivas en situaciones relacionadas con su delirio, siendo responsable en los demás actos, y dado que por las propias declaraciones de la esposa perjudicada, las agresiones siempre se producían después de discutir con el acusado debido a la acusación que hacía de ella de acostarse con otra persona, debe inferirse lógicamente que la violencia se debía a los celos que padece*.

Del mismo modo, ahora se está ultimando en esta Asociación un trabajo desarrollado por dieciséis abogadas, y promovido por el Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid, escogiendo al azar quince Juzgados de Instrucción, diez Juzgados

de lo Penal y todas las Secciones de lo Penal de la Audiencia de Madrid en un período de tiempo de cinco años, lo que ha supuesto la supervisión de 2000 asuntos. En la actualidad se han estudiado el 70% y se pueden difundir con carácter provisional y algunas de las cosas que se adelantan son: En el 50% de los casos existían agresiones anteriores no denunciadas. En el 74% de los casos las agresiones se cometieron en el hogar familiar. En un 30% de los casos los procedimientos se han sobreesido, en un 19% de las ocasiones porque la víctima retiró la denuncia y en el 11% por otros motivos. El Auto de sobreesimiento no se notificó a la víctima y el Fiscal no recurrió. En las denuncias por agresiones verbales graves, en las que se amenaza de muerte a la víctima, se tramitan en un 95% de los casos como faltas y sólo en un 3% de los casos se inicia abreviado por las amenazas, ya que en el otro 2% la razón del procedimiento la marca el maltrato. Sólo se han encontrado hasta el momento cuatro Sentencias condenatorias por el delito de malos tratos habituales, de las cuales tres son de actuaciones del marido sobre la esposa, es de señalar que en dos de estos casos se produjo conformidad del acusado y en todas la pena ha sido de un mes y un día de arresto mayor. En el único caso en el que la Sentencia no tiene como resultado la conformidad, se desestimó la existencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad y pese a que en los hechos probados se declara que el último de los malos tratos consistió en una paliza de tal envergadura, que dos

meses después de ocurrida, al ser visitada por el médico forense, aún presentaba un amplio hematoma en el brazo izquierdo, se indica: *No obstante también entendemos que el rigor punitivo debe ser el mínimo en atención a lo anteriormente expuesto y a la carencia de antecedentes desfavorables en contra del acusado.* Sentencia 522/94 del Do. de lo Penal nº de Madrid de fecha 25 de Octubre de 1994.

Por otra parte la A.L.A. (Asociación Libre de Abogados) de Madrid, ha hecho público un estudio sobre 500 casos que acudieron a un programa de asesoramiento y defensa gratuito impulsado por dicha entidad. Indican que las 500 consultas generaron 200 casos, de los cuales el 50% acabaron en sentencia, el 61% fueron condenatorias y el 39% absolutorias, siempre en Juicios de Falta. Pese al mandato legal contenido en el art. 13 de la L.E. Criminal respecto las medidas de protección a la víctima, ya que el texto indica al Juez instructor que al conocer la comisión de un delito lo primero que debe hacer es actuar tutelando a la perjudicada, son muy pocos los órganos jurisdiccionales que han asumido iniciativas en éste ámbito.

Un extraordinario temor a vulnerar derechos del denunciado ha llevado a una extraña ponderación de los bienes en conflicto, pareciendo más importante la libertad deambulatoria de éste, que la integridad física y la vida de la víctima. La circular 1/1998 de la Fiscalía General del estado, expresa que es frecuente en la práctica la adopción de medidas cautelares distintas a la prisión-libertad, tales como la prohibición de

abandonar el territorio nacional, del empleo de armas, del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores etc., por lo que debe partirse de la posible adopción de medidas cautelares en la jurisdicción penal, consistente en la privación de derechos distintos del de la libertad. Por ello, para dar protección a las víctimas, se recomienda a los fiscales, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, interesar la prohibición al denunciado de acudir a determinados lugares como el de comisión del delito, el domicilio de la víctima o el de otros familiares, estimando que dicha medida vendría amparada en un doble fundamento el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 57 del Código Penal, que lo prevé como pena accesoria opcional. Actualmente está en trámite un Proyecto de Ley de Medidas cautelares penales, propuesto por el PNV que contempla la prohibición de acercarse a la víctima, es decir el alejamiento como medida cautelar. No obstante para que sea eficaz debería recoger el ingreso en prisión como consecuencia al incumplimiento, así alcanzaría la finalidad de protección a la víctima que se pretende. Su utilidad también dependerá luego de la tramitación de estas medidas tras la denuncia y la rapidez con que se tomen.

También el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal, firmado por la Ministra de justicia el 13 de Noviembre último, lo contempla a través de la introducción de un nuevo art. el 544 bis en la Ley de Enjuiciamiento que incluye el acercamiento a la víctima allí donde se encuentre.

Los instrumentos legales en el ámbito civil adolecen del mismo problema, su escasa utilización, de este modo la tónica general de la tramitación de las Medidas Provisionales Previas es o su inadmisión o su lentitud en tramitarlas, por lo que dejan de surtir la operatividad que podría regular una pronta solución a la convivencia, problema fundamental en tales circunstancias. Las reticencias de los Jueces a limitar las comunicaciones del agresor con los hijos o incluso a suspenderlas como les faculta el art. 94 del Código Civil, hace que en los casos de hombres violentos las visitas se conviertan en fuente de nuevas agresiones.

La estrecha interrelación entre los malos tratos y las situaciones de riesgo en el cumplimiento de las visitas ha sido también objeto de mención en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que estima necesario garantizar la coherencia y coordinación entre la decisión sobre esas medidas cautelares con la adopción por los Juzgados de Primera Instancia y de Familia de las Medidas Provisionalísimas en los supuestos en que se hallara interpuesta demanda de separación o divorcio.

Es preciso desde luego que las instrucciones dadas por la Fiscalía General del Estado en la circular 1/1998, se lleven a efecto en su integridad, incluidos desde luego los aspectos organizativos. En este sentido debemos señalar, que mientras la Asociación Libre de Abogados (Informe realizado por M^a Carmen Sánchez Vidanes para el XII congreso de mujeres abogadas) reseña en su estudio realizado en la Comunidad de Madrid, una actitud general de los

fiscales intervinientes de escasa o nula firmeza, en el programa de asuntos por ellos estudiados, en Cataluña, existe un grupo de fiscales coordinando desde hace ya un tiempo, todos los asuntos relativos a agresiones a las mujeres y se ha podido observar un óptimo resultado de su persistente y rigurosa actuación, que ya habían tenido también en su día respecto al delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones.

Finalmente en cuanto a las sentencias, observamos que aunque la Ss. del T.S. de 12 de Marzo de 1993 indica: *La Ley Orgánica 3/1989 de 21 Junio, modificó el art. 582 del Código en la idea de actualizar la norma penal a las circunstancias presentes. Se trataba de completar el ciclo de los malos tratos, art. 421.3 y 425 para acabar con una de las lacras mas deleznables del mundo de la delincuencia (porque de delincuentes han de ser calificados, y hablamos en términos generales de doctrina jurídica) a través de la cual el machismo mas exacerbado y cruel se pone de manifiesto desgraciadamente*, el resultado obtenido hasta ahora parece indicar otra actitud de los órganos jurisdiccionales inferiores.

Como ya se ha comentado la respuesta más extendida ha sido la inaplicación de la figura penal, pero además en aquellos casos en los que se juzgaba la conducta lesiva entre cónyuges tipificada como delito o falta de lesiones se han obtenido en ocasiones sentencias como las que a continuación se expresan: (...) *encontrándose en el interior del domicilio, hizo acto de presencia el ma-*

rido, quien al tener conocimiento de la intención de la esposa, se opuso a ello, suscitándose una discusión entre ellos, en el transcurso de la cual él cogió a la esposa por los brazos y la zarandeo (...). En esas circunstancias la acción del marido se considera de lo que se podría llamar, usual en la conducta de un ciudadano medio, y por tanto exenta de responsabilidad criminal y procede absolver de las faltas que le imputan el Ministerio Fiscal y la Acusación particular².

La norma de cultura, al parecer imposible de erradicar, nacida de mitos y creencias religiosas que dibujan a la mujer como epígono del hombre, al formarse del único hueso del que puede prescindir el varón sin desmerecer en su anatomía; material desechable, por tanto y definidor de inferioridad válido solo para uso y abuso, unida a la existencia de seres marginados, como subtipos del Estado del bienestar, que buscan el compartir su miseria y el miedo a la soledad en el mutuo cobijo, así como sueños oníricos de deseables brutalidades en quienes han nacido para sufrir las ajenas, explican, que no justifican, la realidad de machos que vierten sobre la hembra toda la condición de canalla que en el temor reprimen³.

En el estudio realizado por la compañera María Durán de Palma de Mallorca, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el año 1996, en casos de muertes entre cónyuge o convivientes, se destaca que en el

84% de las sentencias se aplicó el arrepentimiento espontáneo, aunque hubieran tardado más de veinticuatro horas en poner los hechos en conocimiento de la justicia e incluso se hubiera asegurado primero de que la mujer estaba muerta. En el 90% de los casos se ha aplicado la eximente incompleta de enajenación mental, y en dos casos ésta estaba constituida por los nervios de la tensión separatoria.

En el 3% de los casos en que el sujeto activo es la mujer, siempre la pena fue superior a la del otro 97% en que había sido el hombre y en el único caso en el que se aplicó abuso de superioridad fue aplicado a ella.

El llamado problema de la prueba

La lucha contra las agresiones ha tenido siempre dificultades por que el endémico silencio que las rodea ha hecho que no se denuncien en la misma proporción que los demás delitos. Pero además, los resultados obtenidos en aquellos casos en los que se puso el hecho en conocimiento de la administración de Justicia tampoco han sido equivalentes ya que se observa un mayor porcentaje de absoluciones. En innumerables ocasiones se han atribuido estos resultados a *específicas dificultades probatorias*, pero si reflexionamos sobre aquellas que presentan los hurtos, robos, muchas lesiones etc. y repasamos el conjunto de la Jurisprudencia, observamos que la

2. SS. del Juzgado de Instrucción nº 16 de los de Barcelona de fecha 5 de Febrero de 1991.

3. SS. de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 1-2-88.

declaración de la víctima suele ser la única prueba en muchas vistas orales y ello no es óbice para que se condene.

Efectivamente, la prueba testifical de la persona perjudicada por un delito es suficiente para destruir la presunción de inocencia del inculcado si crea convicción y así lo ha manifestado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en reiteradísima jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Septiembre de 1992, ha estudiado con todo detenimiento el valor de dicha declaración, señalando que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha derogado el sistema de prueba tasada, resultando como esencial para que exista prueba el que se practique en el acto del juicio oral, aún cuando esta se reduzca a la declaración de la propia víctima, siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o que provoquen en el Tribunal de instancia una duda que impida la convicción.

Dicho de otra manera y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1990: *El testimonio único constituye un válido medio probatorio aunque provenga de la propia víctima del delito, siempre que el órgano a quo pondere con toda medida y discreción, las concurrentes circunstancias en el caso concreto, ya que lo contrario, significaría restaurar un viejo y derogado sistema de prueba legal, por vía negativa, referente al testimonio.*

Según doctrina reiterada del alto Tribunal, que sintetiza, entre otras, la Sentencia de 28 de Septiembre de 1988 y a la que se remite la dic-

tada por dicho Tribunal, el 9 de Septiembre de 1992, la credibilidad de un testimonio se ha de llenar por las siguientes notas: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado/víctima que pudieran llevar a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que debe fundarse la convicción judicial. b) Verosimilitud: El testimonio ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. Se trata, por tanto, de constatar la real existencia de un hecho. c) Persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Curiosamente en los casos de agresión sexual conyugal o de padre a hija denunciado por la madre, la primera de estas pautas se resuelve por los órganos jurisdiccionales en sentido negativo ya que el proceso de separación matrimonial que se da simultáneamente y que parece lógico, actúa como *motivo espurio* a estos efectos.

De este modo numerosas diligencias penales de las iniciadas se archivan sin llegar siquiera a juicio.

Dña. Carmen Urones, que fue Inspectora Jefe del Servicio de Atención a la mujer de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona, y que ha elaborado la estadística de los asuntos denunciados en su servicio desde 1.990 hasta 1.993 y en especial de la relación existente entre víctima y agresor del seguimiento llevado sobre ellos constata que solo

en 1 caso la violación conyugal obtuvo sentencia condenatoria y que en la mayoría el archivo en fase previa impidió que cuando existía vínculo matrimonial se llegara a juicio.

Por tanto el problema no es la existencia o no de pruebas, sino la convicción o el tratamiento que de ellas se hace cuando es un delito de este tipo y cuando víctima y agresor son parientes. Además el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de considerar como prueba procesal inculpatória, no sólo la prueba directa (testifical, documental, pericial) sino también las indirectas, iniciarias o circunstanciales que demuestran la certeza de unos hechos de los que puede inferirse la perpetración del delito por medio de un razonamiento lógico del nexo causal entre ellos.

La declaración de la víctima cuando es menor

Uno de los problemas más importantes que se plantean en las causas penales por agresiones y abusos sexuales a niñas-os, es el cauce procesal que establece sus declaraciones y su notoria contradicción con lo necesario en su estado de evolución psicológico. El hecho mismo de que las criaturas tengan que repetir ante la policía, Juez instructor y Tribunal, relatos sobre hechos traumáticos y contestar a las preguntas que puedan formular las partes como si de adultos se tratara, sin establecer la más mínima protección a través de expertos, supone mantener una falta de tutela de sus intereses que pugnan vivamente con cualquier planteamiento razonable.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22-12-1.993 no estimó vulneradora de la presunción de inocencia la condena por violación de un menor que no acudió al acto de la vista oral en un caso en que todas las partes así lo acordaron, para evitarle traumas, y dando por válidas las exploraciones que constataban en el sumario. No obstante recientemente, 16 de Junio de 1998 la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha casado y anulado una Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, entre otras cosas porque la Sala acordó la existencia de una mampara que separaba a las niñas de su padre mientras éstas declaraban y el alto Tribunal considera que: *la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de protección jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preseverar su intimidad (artículo 9.1) ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (artículo 11.2,d). La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo*

do que así lo hacía, con la persona a quien pudiera acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor...

La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé una serie de privilegios para algunos testigos por su rango y significación política (art. 412) o bien especificidades para otros a tenor de sus características personales (interprete para el que no entiende el idioma, art. 440 o si es sordomudo art. 442), pero no dedica ni un solo artículo a las necesarias peculiaridades que debe reunir la declaración de un menor. Únicamente el art. 433 menciona a púberes e impúberes en relación al Juramento.

Nicholas Groth, autor junto a Thomas M. Stevenson de una batería de dibujos anatómicos usados por expertos de los EE.UU para la investigación de los abusos sexuales en niños decía: *A la hora de investigar casos conocidos o supuestos de abusos sexuales a niños, la terminología que utilizan las víctimas para designar las partes sexuales del cuerpo puede ser tan idiosincrática o la descripción de la actividad sexual tan ambigua que el investigador no logra interpretar con claridad lo que ha sucedido. No sólo podría darse el caso de que la delimitación de vocabulario o la imprecisión de la terminología de los niños plantee un obstáculo para la investigación, sino también que la evolución de los abusos sexuales se vea dificultada cuando el niño es particularmente tímido o tenga dificultades para la comunicación verbal, en especial a la hora de hablar de temas sexuales, o si tiene limitaciones intelectuales o un retraso en el desarrollo.*

Desde 1978 a raíz de una iniciativa de EDWIN O. WENCK. ex jefe de división del grupo de Delitos Sexuales de la Fiscalía del Estado de Baltimore, el trabajo de investigación en base a dibujos anatómicos en niños de pre-escolar, pre-adolescencia y adolescencia es una realidad con resultados óptimos. Existen otros materiales experimentados ya en la práctica forense que ayudan a la averiguación de la verdad material, facilitando para todos y especialmente protegiendo a los niños de modo que la repetición de una vivencia traumática no se convierta en un elemento de aumento del dolor y de las secuelas.

La Fiscal Dña. Teresa Compte del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, junto al psicólogo forense Don José Antonio Hernández y un grupo de expertos han trabajado en una iniciativa en este sentido que no ha tenido reflejo legislativo. Sus líneas maestras, son además de la elaboración de un protocolo específico, el establecimiento de unas pautas legales de protección al menor, de modo que este sea solo interrogado por expertos a quien jueces y partes formularan las preguntas y que no será obligado a estar en presencia del agresor en el juicio, utilizando técnicas de vídeo que garanticen los derechos del inculpado. En ocasiones, situaciones de abuso sexual cotidianas que se ejercen sobre menores y que son conocidas socialmente, resultan para los órganos jurisdiccionales *imposibles por incomprensibles*. Así se expresaba el titular del Juzgado de lo Penal nº21 de Barcelona en Sentencia de 28 de Marzo de 1994, revocada en

posterior apelación: *Cuesta creer que dos días laborables (la menor iba al colegio) del mes de enero de 1.992. entre las ocho y las ocho y media, de la mañana, en un conocido vagón de metro que se dirige desde la estación de la Sagrada Familia hacia la estación de Hospital Clínico (pasando por las concurridísimas estaciones de Verdaguer y de Diagonal un hombre pueda sentarse junto a una menor, pasarle la mano por la espalda y tocarle el culo y los genitales sin que nadie, absolutamente nadie en el vagón salvo la menor, reaccione. Cuesta también creer que la única reacción de la menor fuera apearse en la siguiente estación para cambiar de vagón y buscar a una señora que en cierta medida le protegiera. Pero cuesta todavía más creer que el agresor, encima, le persiguiera hasta el otro vagón, apeara en la misma estación y la siguiera hasta el exterior sin que nadie hiciera nada.*

Si partimos pues de tantas dificultades para la credibilidad de la existencia de tan conocido y repetido abuso, las dificultades pueden aumentar si el hecho denunciado se refiere al abuso sexual realizado por un cónyuge, un padre o un abuelo, no obstante pese a lo que *cuesta creer* no sólo existe sino que hay ya Sentencias del T. Supremo que lo recogen condenándolo.

Un estudio realizado para el Centro de Estudios Jurídicos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, por José Antonio Hernández y Nuria Blanch sobre *el niño abusado sexualmente*, trabajando con una muestra de 103 menores incluidos en 67 procedimientos judi-

ciales por abusos sexuales en la Provincia de Barcelona durante 1995 concluye que cuando el delito era de exhibicionismo se condenaba siempre, en cambio en los casos de violación, la mitad son absoluciones existiendo un mayor número de condenas en los casos en los que la víctima no conocía al agresor, relacionando un mayor número de absoluciones en los casos en los que existían medidas de protección a la víctima.

La violencia sexual en la interpretación del Tribunal Supremo

La violación en el antiguo 429 del Código Penal: "La acción típica"

El tipo penal acuñado que configuraba la acción punible, giraba en torno a la acción de *yacer con mujer*, en alguna de las circunstancias que los tres párrafos indicaban. La Jurisprudencia de la Sala 2ª venía interpretándolo como la comisión de un coito vaginal, cuestión que no parecía tener apoyo ni en una interpretación gramatical, ni teleológica ni sociológica de la norma, y suponía la exclusión de las penetraciones de otra índole como las anales.

Teniendo en cuenta que todos los diccionarios de la lengua castellana explicaban dicho término *estar echada o tendida una persona o tener acceso carnal*, se planteó al alto Tribunal la cuestión, que ya había sido aceptada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en Sentencia de fecha 12 de enero de 1989, posteriormente revocada por el Tribunal Su-

premo, en un caso relativo a un asalto sexual con penetración. No obstante en Sentencia de 13 de Diciembre de 1990, se reitera el criterio en base a la siguiente consideración: *Y es que como se decía en la doctrina, esa interpretación es la mas adecuada, en tanto que el sujeto pasivo de la violación en el art. 429 anterior al vigente era solo la mujer, limitación que únicamente tiene sentido conectada con algo propio de ella que la distingue del hombre, que ha de polarizarse, incontestablemente, en la disimilitud anatómica y fisiológica que media entre ambos.*

Superada esta cuestión por la nueva redacción que se dio en la reforma urgente y parcial de la L.O. 3/89 de 21 de Junio, que describió la acción punible como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, se interpretó no incluida la penetración por objetos, que quedaba integrada en el art. 430.

Ahora, el vigente Código Penal, equipara la penetración con objetos al acceso carnal, en cuanto a su punibilidad, pero la jurisprudencia excluye la penetración con los dedos.

“La resistencia de la víctima”

Decía S. Soler en relación a la resistencia de la víctima para que pudiera considerarse un delito de violación, que dicha resistencia no debe confundirse con *la discreta energía, con la que el varón vence el pudor de la doncella que en realidad desea y consiente*, opinión en absoluto marginal ni singular, pues también Carrera expresaba que la simple negativa verbal no es bastante ya que el Juez puede quedar en la duda de

que la víctima que se oponía de palabra materialmente aceptaba. Planteada ante el Tribunal Supremo la cuestión de que exigir a la mujer víctima de una violación una actitud distinta a la de cualquier ciudadano que sufría un delito en iguales circunstancias (referente a la fuerza o la intimidación), es una discriminación por razón de sexo, la Sala 2ª lo acepta y en Sentencia de 24 de Junio de 1987 indica que se debe *evitar que, exigiéndose de la mujer actitudes heroicas en defensa de su honestidad y libertad sexual, por la vía indirecta de negar la realidad de una violación cuando tal heroísmo no haya sido puesto en práctica, se desemboque de hecho en un trato inconstitucionalmente discriminatorio de la misma, a la que se recortaría la tutela jurídico penal de los citados valores en comparación con la que se presta a los titulares de otros bienes jurídicos, nunca compelidos por cierto, a demostrar que sufrieron una agresión o un atentado absolutamente insuperables.*

No obstante ello algunas sentencias posteriores volvieron sobre la cuestión, indicando que la reacción de la víctima *debía hallarse tan alejada de la mera negativa verbal como de una resistencia desesperada y heroica*, Ss. 6 de abril de 1988, o la de 16 de Enero de 1991, que revocó la condenatoria de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial, absolviendo al entender que una situación en la que *dirigiéndose el acusado a una zona de naves industriales y una vez allí la conminó a que se estuviera quieta porque si no la pincharía, sacando un alfiler que dejó en el parasol, se resistió ella un*

poco, y el acusado la obligó a hacer una felación y la penetró sin eyacular, como hecho probado, carece de prueba suficiente sobre la intimidación ejercida. Incluso el Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 6 de Febrero de 1993 dice: así mismo, reconoce que ella no realiza resistencia, limitándose a solicitarle que no le diera besos, que trata de convencerle de que desista de su propósito, si bien para ello habla cándidamente, conducta totalmente ajena a la resistencia que se exige para la consumación del tipo, y que si bien no ha de ser heroica como apunta la acusación particular ha de ir mas allá de lo que los romanos calificaban como "vis grata puellae"; o resistencia encaminada mas a despertar la libido de la mujer que a oponerse a la relación sexual".

Otras resoluciones del T. Supremo posteriores avanzaron en el sentido de entender que la resistencia de la mujer no estaba en el tipo, ya que la protección del bien jurídico quedaría limitada a los casos en que la víctima tuviera valor para luchar contra su agresor⁴.

La figura agravada del art. 180

El nuevo Código Penal que presenta en su configuración una mayor gradación en las diversas agresiones sexuales, están encontrando en su aplicación el mismo tipo de dificultades interpretativas. De este modo existen contradicciones relevantes en el tratamiento que el alto Tribunal otorga a la utilización de armas blan-

cas en la intimidación de la agresión sexual, ya que mientras la Sentencia de 1 de Diciembre de 1997 indica que *el acusado que puso una navaja en el cuello de las víctimas con el fin de amenazarlas y que de este modo accedieran a sus deseos. Esta circunstancia implica por un lado, que el acusado utilizó un arma blanca, pues es evidente que el art. 180.5 no exige un uso que ocasione lesiones sino que pretende sancionar el peligro que implican. Por otro lado la navaja es un medio que hace posible incisiones relevantes, resulta claramente un medio peligroso en el sentido indicado.* La Sentencia de 22 de Diciembre de 1997, se desestimó la posibilidad de que la utilización de una navaja lo fuera, ya que éste había sido el medio para intimidar y por tanto se estaría ante una *doble incriminación.* Y en Sentencia de 21 de Febrero de 1998, mas reciente y abundando en esa idea indica: *Y en cuanto a la agravante del nº 5 del mismo artículo sí es cierto que puso un cuchillo que cogió de la cocina en el pecho a la mujer y que lo usó para cortar las ropas que esta vestía, pero no consta, en cambio que fuera un medio peligroso susceptible de causar la muerte o las graves lesiones que se describen en los artículos 149 y 150 del mismo Código, ni tampoco que lo usara contra la mujer, sino que lo dejó tras rasgarle el traje, sobre la mesilla cercana sin servirse de él, por lo que falta el requisito de su efectivo uso preciso para la agravación.* Este concepto sorprende al apartarse del acuñado por la propia Sala 2ª que ha venido estimando como en la Sen-

4. Ss. 4-5-92, 11-2-94, 6-7-94 y 11-3-94.

tencia de 22-12-94 *por armas han de entenderse tanto las de fuego como las denominadas blancas, entre las que se enumeran los cuchillos, las navajas, los puñales, entre otras, habiendo considerado también instrumento o medio peligroso a cualquier navaja salvo las de miniatura. No cabe pues negar que un cuchillo de postres es un arma blanca y en todo caso, un medio o instrumento peligroso*⁵. La misma sentencia de 21-1-98 tampoco considera aplicable el nº 1 del artículo 180. *Y en el caso presente aunque el grado de violencia empleado por el agente haya sido calificado empleado por el agente haya sido calificado por el tribunal de instancia como sobredimensionado e innecesario, no aparece que el exceso presentara aspectos que fueran especialmente vejatorios para la dignidad personal de la agraviada ni que fuera sometida, con la utilización de cuerdas paea inmovilizarla que en los hechos se describe, en un tratamiento significativamente degradante.*

Otros aspectos interpretativos del T. Supremo que perjudican a las mujeres

La circunstancia mixta de parentesco en relación con la excusa absolutoria

El art. 23, al igual que el anterior art. 11 del Código Penal se refiere al parentesco como circunstancia mixta, esto es, que puede agravar o atenuar la responsabilidad criminal según la incidencia que en el juicio de reproche del hecho, por ocasionar un

mayor o menor desvalor, pueda tener el vínculo familiar existente entre el sujeto activo (ofensor) y el pasivo (agraviado), sin que al respecto puedan señalarse reglas fijas, pues ha de atenderse, a las circunstancias particulares del caso, recogiendo el propio art. 11 los criterios que a tal fin han de tenerse en cuenta: dos de carácter objetivo la naturaleza y los efectos del delito, y otro subjetivo, los motivos del delincuente. Conjugando todos ellos podrá llegarse a determinar si la concreta relación familiar ha de ser utilizada para agravar o atenuar la pena o incluso, si debe ser considerada irrelevante.

Por la importancia que tiene en el caso presente hemos de referirnos al problema que se ha venido suscitando de antiguo en relación a si además del hecho objetivo del parentesco ha de concurrir o no en el caso concreto la relación de afecto personalmente constituye el verdadero fundamento de la atenuación o agravación ahora examinada. El Tribunal Supremo ha venido interpretando que no procede su aplicación, cuando existe no solo separación legal o de hecho, sino inclusive distanciamiento afectivo, en cambio en relación con la excusa absolutoria se ha sostenido el criterio contrario siendo estimada su procedencia en todos los casos en los que no exista sentencia firme de divorcio.

Aunque esta diferenciación ha quedado atenuada con lo dispuesto en el vigente art. 268, al excluir expresamente a los cónyuges separados legalmente, de hecho o en trámites de separación, nulidad o divorcio,

5. En igual sentido SS11-11-81, 31-3-89 y 12-11-90 entre otras

es interesante señalar el distinto tratamiento que ha tenido el parentesco en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que a nadie se le escapa que en los delitos entre cónyuges el sujeto activo suele ser el hombre y el pasivo la mujer. Así respecto de la circunstancia mixta ha manifestado el alto tribunal, en Sentencia 27-12-91: *de modo que no opere esta circunstancia mixta cuando la relación matrimonial haya cesado por resolución judicial de separación o simplemente de hecho sin resolución alguna e, incluso, cuando, persistiendo la convivencia, exista un distanciamiento afectivo debidamente acreditado. En conclusión, en los casos como el presente, en que hubo una agresión física del marido contra su esposa con resultado de lesiones, cuando ambos vivían judicialmente separados y se encontraban enemistados por los problemas económicos que tal separación les había originado, según dice la propia sentencia recurrida en su relación de hechos probados, al no existir afectividad entre los cónyuges, que es la verdadera razón de ser de la posible agravación de la pena en estos casos, ha de entenderse, conforme a la doctrina antes expuesta, que no cabe aplicar la mencionada circunstancia mixta.* Esta línea interpretativa se mantiene por el alto Tribunal, ampliándose incluso para los casos en los que aun existiendo convivencia, se dieran frecuentes discusiones entre los cónyuges, lo que indica una evidente *falta de cariño entre ellos*⁶.

Pese a que como se ve el parentesco se valora no a los efectos for-

males sino afectivos, otras Sentencia del Alto Tribunal, sostiene la postura contraria en cuanto al parentesco en la excusa absolutoria, así la Sentencia de 21 de Mayo de 1991 en su fundamento Jurídico primero: *La excusa absolutoria contenida en el número primero del artículo 564 del Código Penal, que es el precepto cuya violación denuncia el procesado declara exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil, a los cónyuges, por las defraudaciones que recíprocamente se causaren y es doctrina jurisprudencial constante la de que ha de estarse a los términos en que está concebido tal artículo sin extensiones ni recortes que lo desnaturalicen y la de que, hecho presupuesto normativo de la excusa el vínculo matrimonial, ha de tomarse tal cual es sin condicionamiento alguno, de donde resulta, de un lado, que la misma no puede aplicarse a los casos de vida marital extraconyugal y, de otro, que no cabe rechazar su vigencia y aplicabilidad cuando los cónyuges estén separados judicialmente, o de hecho, si no media sentencia de nulidad o divorcio, que es la que rompe la unidad matrimonial, por lo que este motivo debe estimarse desde luego en el supuesto de autos.*

La circunstancia mixta como agravante en los delitos contra la libertad sexual entre cónyuges

Algunas Audiencias Provinciales, dictaron sentencias en las que estimaban que la circunstancia mixta

6. Ss. T.S. de 13 de Octubre de 1993.

operaba como atenuante en la violación conyugal, al ser muy inferior el mal causado. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario de modo claro, como indica la Ss. 30-4-97 así como la anterior de 8 de Febrero de 1990.

El error de prohibición vencible

Una cuestión sorprende en el repaso de la jurisprudencia sobre agresiones sexuales conyugales y es la frecuencia, en algunos años, la totalidad de las sentencias que reducen la pena del marido a 1 año y 1 día hasta un máximo de 2 años y 4 meses al estimar que concurría en el agresor el error de prohibición vencible.

A modo de conclusión.

Mucho más podríamos extendernos en análisis de la evolución legis-

lativa y de su aplicación. Podríamos ver si todas las dudas que han llevado a innumerables Tribunales a lo largo y ancho de nuestro país a absolver a agresores de mujeres, son dudas razonables o responden a prejuicios ideológicos. Se continúan pidiendo reformas legislativas desde luego necesarias, pero queda claro que el derecho sin garantías es pura retórica jurídica. Mientras la interpretación y aplicación de la ley esté sujeta a criterios que son tan ajenos a nuestra realidad, la justicia supondrá una discriminación efectiva para cuya erradicación no hemos desarrollado garantías suficientes.

Por ello, quisiera cerrar esta reflexión recordando lo que dijo Elisabeth Odio, Ministra de Justicia de Costa Rica y Magistrada del Tribunal Especial para los crímenes de Bosnia Herzegovina: *Las mujeres somos tan distintas de los hombres como ellos de nosotras.*