



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

ESTUDI SOBRE L'APLICACIÓ DE LA LLEI INTEGRAL PER LES AUDIÈNCIES PROVINCIALS

**ESTUDI SOBRE
L'APLICACIÓ DE LA
LLEI INTEGRAL CONTRA
LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE
PER LES
AUDIÈNCIES PROVINCIALS**

**GRUP D'EXPERTS I EXPERTES EN VIOLÈNCIA DOMÈSTICA I DE
GÈNERE DEL CGPJ (Setembre 2.009)**

Aquest estudi ha estat realitzat pel Grup d'Experts en Violència Domèstica i de Gènere del CGPJ, integrat pels magistrats Pilar Alhambra Pérez, Vicente Magro Servet, M^a Jesús Millán de las Heras, María Tardón Olmos, María Isabel Tena Franco i Francisca Verdejo Torralba, així com pels magistrats i lletrats del CGPJ Joaquín Delgado Martín i Paloma Marín López. Aquesta última l'ha coordinat.

Ha estat aprovat per l'esmentat Grup d'Experts en la seva reunió del 10 de setembre del 2.009.

Vull expressar el meu agraïment als magistrats i magistrades que integren el Grup d'experts de l'Observatori contra la Violència Domèstica i de Gènere. Gràcies al seu esforç i dedicació comptem amb un estudi de gran utilitat per a una primera aproximació a la interpretació i aplicació de la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere.

Després de quatre anys des de l'entrada en funcionament dels òrgans judicials especialitzats, és imprescindible conèixer com estan aplicant els nostres tribunals la nova normativa específica en violència de gènere en l'àmbit de la parella - normes processals i substantives, penals i civils- amb la finalitat de conèixer la resposta judicial i realitzar un diagnòstic que serveixi per a possibles propostes de millores organitzatives o legislatives.

L'“Estudi sobre l'aplicació de la Llei Integral contra la Violència de Gènere per les Audiències Provincials” és el resultat de l'anàlisi d'una mostra significativa de sentències dictades per les Seccions penals especialitzades en Violència sobre la Dona de les Audiències Provincials. Els indicadors emprats en l'estudi permeten desvelar aspectes importants de

l'activitat judicial; així com les controvèrsies jurídiques sorgides en relació amb la interpretació d'algunes normes.

Aspectes tots ells d'interès. Per exemple, els relatius a l'apreciació judicial del testimoniatge de la víctima com a única prova de càrrec; o les diferents interpretacions jurisprudencials sobre l'eficàcia del consentiment de la víctima en el trencament de les prohibicions judicials d'aproximació o comunicació. També s'aborda la repercussió i incidència en aquesta matèria de normes processals generals, com per exemple la dispensa de declarar del testimoni parent; i l'estudi es complementa amb dades sobre el nombre de sentències absolutòries o de condemna, delictes i penes més comunament aplicades i incidència de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal en aquest fenomen delictiu.

En definitiva, aquest treball té la virtualitat de presentar una primera radiografia de la resposta judicial després de la Llei Orgànica 1/2004, que no només desfà allò imaginari o generalitzacions mancades de suport fàctic com el de les eventuals "denúncies falses" de les dones; sinó que també, i de manera principal, ofereix elements objectius per extreure conclusions útils per al diagnòstic i la proposta de millores. Un compromís i un deure institucional que l'article 9.2 de la Constitució Espanyola imposa a tots els poders públics, quan ens obliga a combatre els obstacles que impedeixen o dificulten la igualtat i llibertat real i efectiva d'homes i dones.

***Inmaculada Montalbán Huertas
Vocal del Consell General del Poder Judicial
Presidenta de la Comissió d'Igualtat i de l'Observatori contra la
Violència Domèstica i de
Gènere.***

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓ.....	5
II. RESULTATS DE L'ESTUDI.....	12
II.1. DISTRIBUCIÓ DE LES RESOLUCIONS.....	12
II.2. SENTIT DE LA DECISIÓ JUDICIA.....	13
II.3. SOBRE ELS TIPUS PENALS OBJECTE DE CONDEMNA I D'ABSOLUCIÓ.....	14
II.4. MOTIUS D'ABSOLUCIÓ.....	17
II.4.1. Introducció.....	18
II.4.2. Supòsits en què no és possible determinar les raons de l'absolució.....	19
II.4.3. Absolució per falta de prova suficient (amb declaració de la víctima).....	22
II.4.4. Absolució per falta de proves (sense declaracions de la víctima).....	23
II.4.5. Absolucions per delictes de trencament de condemna i de mesura cautelar, per existir consentiment de la víctima.....	24
II.4.6. Absolució basada en l'absència de l'element finalístic.....	25
II.4.7. Altres causes.....	26
II.4.8. Sentències dictades en única instància per les Audiències Provincials.....	27
II.5. VALORACIÓ DE LA DECLARACIÓ DE LA VÍCTIMA COM A ÚNICA PROVA DE CÀRREC.....	32
II.5.1. Introducció.....	32
II.5.2. Anàlisi de conjunt.....	33
II.5.3. Especial referència al contingut de les sentències.....	34
II.5.4. A manera de resum.....	37
II.6. VINCULACIÓ DE L'ARTICLE 1 DE LA LLEI ORGÀNICA 1/2004, DE 28 DE DESEMBRE DE MESURES DE PROTECCIÓ INTEGRAL CONTRA LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE AMB ELS TIPUS PENALS.....	39
II.6.1. Introducció.....	39
II.6.2. Anàlisi dels diferents criteris interpretatius.....	40
II.7. CIRCUMSTÀNCIES MODIFICATIVES DE LA RESPONSABILITAT CRIMINAL TINGUDES EN COMPTE EN LES SENTÈNCIES DE LES AUDIÈNCIES PROVINCIALS.....	52
II.7.1. CIRCUMSTÀNCIES ATENUANTS.....	52
II.7.1.1. Addicció a substàncies.....	53
A) General.....	53
B) Embriaguesa.....	54

II.7.1.2. Reparació dels danys.....	54
A) General.....	54
B) Circumstància molt qualificada.....	55
II.7.1.3. Confessió	56
II.7.2. CIRCUMSTÀNCIES AGREUJANTS.....	57
II.7.2.1. La circumstància de parentiu.....	57
A) Circumstància inherent al tipus penal.....	58
B) Circumstància modificativa.....	58
C) La seva incidència en els supòsits de falta d'afectivitat.....	59
II.7.2.2. La reincidència.....	60
II.7.2.3. L'abús de confiança.....	61
II.7.2.4. L'abús de superioritat.....	62
II.7.3. CIRCUMSTÀNCIES EXIMENTS.....	63
II.7.3.1. L'alteració psíquica.....	64
II.7.3.2. La intoxicació.....	64
II.8. APLICACIÓ DE L'ARTICLE 468 CP: EFECTES DEL CONSENTIMENT DE LA VÍCTIMA EN LA REPRESA DE LA CONVIVÈNCIA, EXISTINT UNA ORDRE D'ALLUNYAMENT (PENA O MESURA).....	66
II.8.1. Introducció	66
II.8.2. Anàlisi dels diferents criteris interpretatius.....	68
II.9. APLICACIÓ DE L'ANÀLOGA RELACIÓ D'AFECTIVITAT" SENSE CONVIVÈNCIA PER A INCLOURE O EXCLOURE L'APLICACIÓ DE LA LLEI INTEGRAL.....	73
II.9.1. Introducció	73
II.9.2. Interpretació de l'expressió "anàloga relació d'afectivitat, fins i tot sense convivència".....	74
II.9.3. Anàlisi dels diferents criteris interpretatius.....	75
II.10. PENES IMPOSADES DIFERENTS A LA DE PRESÓ.....	78
II.10.1. Introducció	78
II.10.2. Penes fixades en el text legal que s'imposen en els preceptes penals de major aplicació en la violència de gènere.....	79
II.10.3. Pressupòsits de base.....	80
II.11. SOBRE LES SUPOSADES DENÚNCIES FALSES DE LES DONES.....	85
II.11.1. Introducció	85
II.11.2. Anàlisi de les sentències objecte d'estudi en aquesta matèria	88
II.12. MOTIUS DE NUL·LITAT, EN CAS QUE S'APRECIÏN.....	94
II.12.1. En relació amb la dispensa de declarar.....	94
II.12.2. Denegació de prova en primera instància i falta de suspensió del judici.....	98
II.12.3. Altres motius de nul·litat.....	99
III. CONCLUSIONS.....	100

I. INTRODUCCIÓ

En els darrers anys, el Grup d'Experts en Violència Domèstica i de Gènere del Consell General del Poder Judicial ha assumit l'estudi i l'anàlisi de resolucions judicials relatives a les manifestacions més greus d'aquesta violència, amb l'objectiu de millorar el coneixement d'una de les facetes -la resposta judicial- del fenomen criminal que es va agrupar inicialment sota el nom genèric de "violència domèstica" i el qual, específicament, amb posterioritat, s'ha visibilitzat i tipificat com a "violència de gènere", en aquest cas en l'àmbit de la relació de parella o exparella.

Aquesta específica tasca s'ha centrat, fins ara, en l'anàlisi de les sentències dictades pels Tribunals del Jurat d'Espanya, relatives a homicidis o assassinats consumats entre membres de la parella o exparella, cristallitzant en tres estudis. Les dues primeres han sortit a la llum durant el 2.008, i la tercera recentment, al mes de juliol del 2.009.

La primera va fer referència a la totalitat de sentències dictades pels Tribunals del Jurat en el període comprès entre el 2.001 i el 2.005. La segona, iniciant estudis de periodicitat anual en aquesta matèria, va assumir l'estudi de les dictades l'any 2.006. La tercera va abordar l'estudi de les sentències dictades en aquest àmbit l'any 2.007, tant pels Tribunals del Jurat com per les Audiències Provincials. Totes elles han conclòs de forma inequívoca que també la violència amb resultat de mort en l'àmbit de la parella o exparella és, fonamentalment, violència de gènere: el 94,49% dels autors dels homicidis i assassinats consumats, enjudiciats i sentenciats entre el 2.001 i el 2.005, han estat homes. Aquest percentatge arriba al 97% dels casos sentenciats l'any

2.006, i descendeix fins al 77% dels supòsits sentenciats l'any 2007 pels òrgans esmentats.

Durant la realització dels primers estudis, el Grup d'Experts va acordar que, un cop transcorregut un determinat període d'aplicació de l'última reforma legislativa en aquesta matèria, la Llei Orgànica 1/2.004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere (en endavant, Llei Integral), que introdueix canvis de gran importància en la forma de fer cara a aquesta violència específica, s'haurien d'efectuar periòdicament estudis sobre alguns aspectes de la seva aplicació, per tal de conèixer la resposta judicial davant aquest fenomen criminal.

L'estudi que ara es presenta correspon a la primera aproximació que hem efectuat a l'aplicació judicial de la Llei Integral, i inclou la influència en el resultat d'aquesta aplicació de normes processals que ja existien prèviament, a partir d'una mostra representativa de resolucions.

Inicialment vam haver de centrar-nos en dos aspectes: la selecció de la mostra objecte d'estudi i les matèries que l'integrarien.

Pel que fa al primer aspecte, comptàvem amb la inestimable col·laboració del Centre de Documentació Judicial (Cendoj), que té una magnífica base de dades de resolucions judicials que posava a la nostra disposició.

Pel que fa al concret objecte d'estudi de les sentències corresponents a la mostra seleccionada, des del primer moment ens vam plantejar centrar-nos exclusivament en alguns dels aspectes de la seva aplicació, sabent que aquest estudi no esgotaria els diferents problemes que han sorgit en aquesta tasca. Aquests problemes es podran abordar en posteriors estudis.

Tanmateix, la base de dades del Cendoj presentava dues limitacions.

La primera era que només podia oferir resolucions d'òrgans col·legiats; en concret, i en relació amb el present estudi, sentències de les Audiències Provincials, dictades en apel·lació (en aquest cas, ja sigui contra sentències de judicis de faltes, o contra sentències dels Jutjats Penals que haguessin

enjudiciat delictes), o dictades en única instància, respecte dels delictes que suposen una pena privativa de llibertat superior a cinc anys.

Les sentències dictades en apel·lació permeten conèixer l'aplicació de la Llei Integral pels Jutjats de Violència sobre la Dona, respecte dels judicis de faltes, i pels Jutjats Penals, encarregats del gruix de l'enjudiciament dels delictes de violència de gènere, però només quan el relat de fets provats, les argumentacions jurídiques i la part dispositiva completa de la sentència dictada en primera instància es recullin en la sentència d'apel·lació, la qual cosa no es produeix en tots els casos. Això té rellevància, ja que les sentències d'apel·lació constitueixen el 95,48% de la mostra objecte d'estudi. Sí permetia, en tot cas, conèixer l'aplicació en profunditat de la Llei Integral en els delictes més greus de violència de gènere, l'enjudiciament dels quals correspon, en única instància, a les Audiències Provincials.

La segona limitació era que el Cendoj encara no compta amb el 100% de les resolucions dictades per òrgans col·legiats.

No obstant això, partint del fet que la base de dades del Centre de Documentació Judicial permetia comptar amb la major informació possible que pogués obtenir-se pel que fa a aquestes resolucions, i descartant-se la realització d'un treball de camp en la totalitat o en una part representativa d'òrgans jurisdiccionals, se li va sol·licitar la tramesa de totes les que es trobessin a les seves bases penals, corresponents a òrgans col·legiats (Audiències Provincials) en matèria de violència de gènere, en el període comprès entre l'1 de gener del 2.007 i el 31 de març del 2.008. D'aquesta manera, preteníem conèixer l'aplicació de la Llei Integral, consolidada un cop transcorregut un determinat temps des de la seva entrada en vigor, evitant incorporar interpretacions inicials que no s'haguessin mantingut en el temps. De la mateixa manera, i partint del fet que en molts casos la resposta judicial es produïa, sobretot amb anterioritat, amb dilacions no desitjades, preteníem limitar al màxim la tramesa de resolucions que, dictades després de l'entrada en vigor dels Títols IV i V de la Llei Integral, fessin referència a fets produïts amb anterioritat, la qual cosa exigeix aplicar la llei vigent en el moment dels fets. L'estudi, tal com s'ha indicat, pretenia conèixer l'aplicació de la Llei Integral, la qual cosa només es podia efectuar a partir de resolucions que enjudiciessin fets comesos després de la seva entrada en vigor.

Tot i que el criteri temporal seleccionat pretenia evitar la recepció de resolucions que no haguessin de ser objecte d'estudi, pels criteris indicats, algunes de les rebudes han hagut de ser excloses a posteriori, ja que s'ha comprovat que no enjudiciaven fets susceptibles de subsumir-se en la nova regulació.

Un cop rebudes totes les resolucions penals que es trobaven en les bases de dades del Cendoj en aquesta matèria en el període esmentat, vam sol·licitar a la Secció d'Estudis Sociològics i Estadístics del Consell General del Poder Judicial que fixés la metodologia adequada que permetés arribar a una mostra d'estudi suficient que es pogués considerar fiable i representativa de la tasca de les Seccions Penals Especialitzades en Violència sobre la Dona de les nostres Audiències Provincials.

La fitxa tècnica de la mostra de sentències que s'analitzarien, elaborada per l'esmentada Secció, valorava el nombre de resolucions dictades en el període objecte d'estudi (7.691, segons la informació resultant dels butlletins judicials estadístics en el moment de recepció de les resolucions) i el de sentències rebudes (1.653). Per determinar la grandària de la mostra, de manera que la selecció que es realitzés oferís el major nivell de confiança possible, la Secció d'Estudis Sociològics i Estadístics va establir que 580 sentències atorgarien un nivell de confiança del 99% i un error mostral del 2%, una xifra que es considera extraordinàriament representativa.

Un cop fixat el nombre de la mostra, la distribució provincial de la xifra total es va realitzar atenent dos paràmetres: el nombre total de sentències penals dictades a tot Espanya per violència de gènere (en grau d'apel·lació contra faltes i delictes de violència de gènere i en única instància per les Audiències Provincials) i el de sentències dictades en cada Audiència Provincial, en ambdós casos referides al període indicat. Per efectuar un càlcul al més ajustat possible a ambdós paràmetres i per motius d'arrodoniment, la mostra final es va fixar en 606 sentències. El repartiment provincial de la mostra va ser el resultat de dividir aquesta xifra entre el pes que té cada província en resolucions i sentències.

Per tal d'obtenir aleatòriament els nombres concrets de sentències objecte d'anàlisi en cada província, es partia del fet que les sentències trameses

pel Centre de Documentació Judicial estaven numerades correlativament per ordre provincial de l'1 al 1653. Les sentències seleccionades són el resultat d'haver calculat tants nombres aleatoris per trams com mostra tingui assignada la respectiva província.

La mostra objecte d'estudi va quedar fixada de la manera següent:

	<u>Mostra</u>		<u>Mostra</u>
ÀLABA	3	LA RIOJA	2
ALBACETE	1	LAS PALMAS	19
ALACANT	50	LLEÓ	5
ALMERIA	10	LUGO	1
ASTÚRIES	15	LLEIDA	4
ÀVILA	2	MADRID	151
BADAJOS	3	MÀLAGA	3
ILLES BALEARS	0	MÚRCIA	14
BARCELONA	105	NAVARRA	4
BURGOS	6	OURENSE	0
CÀCERES	1	PALÈNCIA	0
CADIS	21	PONTEVEDRA	10
CANTÀBRIA	7	SALAMANCA	0
CASTELLÓ	3	SANTA CRUZ DE TENERIFE	13
CIUDAD REAL	6	SEGÒVIA	0
CÒRDOVA	1	SEVILLA	12
CORUNYA (LA)	6	SÒRIA	0
CONCA	2	TARRAGONA	2
GIRONA	19	TEROL	0
GRANADA	18	TOLEDO	3
GUADALAJARA	0	VALÈNCIA	25
GUIPÚSCOA	3	VALLADOLID	6
HUELVA	3	BISCAIA	21
OSCA	1	ZAMORA	1
JAÉN	5	SARAGOSSA	19
		TOTAL	606

L'estudi es va iniciar, per tant, sobre 606 sentències. Al llarg d'aquest s'han exclòs 76, ja sigui perquè el pronunciament no corresponia a la violència de gènere regulada per la Llei Integral, o perquè els fets s'havien executat abans de la seva entrada en vigor. El coneixement que es pretenia obtenir, tal com s'ha indicat, era respecte a l'aplicació de la Llei Integral, no respecte a la resposta judicial davant la violència de gènere abans d'aquesta última modificació. Aquesta, temps enrere, havia estat abordada en estudis anteriors, encomanats al Laboratori de Sociologia Jurídica de la Universitat de Saragossa. És per això que finalment han estat 530 les sentències analitzades. Aquest nombre manté, segons la Secció d'Estudis Sociològics i Estadístics, un nivell de confiança del 99% i un error mostral del 2,145%. Per això permet polsar, amb grans dosis de fiabilitat, l'aplicació judicial de la Llei Integral a tot Espanya, respecte dels aspectes objecte d'estudi.

L'objecte de la investigació es va centrar en els aspectes següents:

1. Tipus penals objecte de condemna o absolució, amb l'exclusiva finalitat de poder referir-hi els diferents aspectes abordats.
2. Els motius de l'absolució.
3. La valoració de la declaració de la víctima quan es presentava com a única prova de càrrec en judici oral.
4. Analitzar quines resolucions exigien o exclouien un element subjectiu en els tipus penals, l'ànim de discriminar, que el legislador no havia incorporat a la descripció dels diferents tipus penals però del qual es coneixia que alguns Tribunals reclamaven com a element del tipus, fonamentant-ho en l'article 1 de la Llei Integral.
5. Les concretes circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal apreciades en les sentències de condemna.
6. Els efectes del consentiment de la víctima en la represa de la convivència, existint prohibició d'aproximació (pena o mesura), de cara a la punició o absolució pel tipus de l'article 468 del Codi Penal.

7. La interpretació de l'“anàloga relació d'afectivitat” sense convivència, a la qual fan referència alguns tipus penals, per incloure o excloure l'aplicació de la Llei Integral.

8. Les penes imposades en les sentències de condemna diferents de la privativa de llibertat.

9. La possible referència a l'existència de denúncies falses en les resolucions dictades.

10. L'existència de motius de nul·litat en les sentències dictades en primera instància, en cas que l'Audiència Provincial n'aprecii.

II. RESULTATS DE L'ESTUDI

II.1. DISTRIBUCIÓ DE LES RESOLUCIONS

De les 530 sentències que han integrat la mostra total objecte d'estudi, 34 (un 6,42%) corresponen a apel·lacions contra sentències dictades en judicis de faltes; 472 (un 89,06%) corresponen a apel·lacions contra sentències dictades en procediments abreviats pels Jutjats Penals, i 24 (un 4,53%) són sentències dictades en única instància per les Audiències Provincials.



II.2. SENTIT DE LA DECISIÓ JUDICIAL

El sentit del pronunciament final de l'enjudiciament d'infraccions penals vinculades a la violència de gènere, expressat en les resolucions de les Audiències Provincials, és de condemna, respecte d'una o diverses infraccions, en un 84,91%, corresponent a 450 sentències. Hi ha un 1,89% (corresponent a 10 sentències) que declaren la nul·litat de la sentència apel·lada. La resta -70 sentències, un 13,20%- correspon a sentències absolutòries.

31 de les sentències estudiades (un 5,85% del total) contenen tant un pronunciament de condemna, respecte de determinades infraccions, com d'absolució, respecte d'altres. Incorporant aquesta matisació, les dades numèriques i percentuals són les següents:



II.3. SOBRE ELS TIPUS PENALS OBJECTE DE CONDEMNA I D'ABSOLUCIÓ

El delicte pel qual s'ha formulat acusació en major nombre de casos i que, per això, ha estat en major grau objecte de condemna o d'absolució és el que defineix l'article 153 del Codi Penal, que tipifica el menyscabament psíquic o la lesió que no requereixi tractament mèdic o quirúrgic o el maltractament d'obra sense causar lesió. Respecte als tipus penals objecte de condemna en les 450 resolucions d'aquest tipus, un 59,33% (267) de les sentències condemnatòries ho són per aquest delicte, que pot concórrer amb d'altres. Pel que fa a les sentències absolutòries, un 65,35% del seu total absolen d'aquest delicte, sense perjudici de condemnar o absoldre per altres infraccions.

El segon delicte, en termes quantitius, objecte de condemna en major nombre de casos és el d'amenaçes lleus, un 21,78% (98 sentències), seguit del de trencament de pena o mesura cautelar, dictades per a la protecció de les víctimes de violència de gènere, un 10,22% (46 sentències).

Pel que fa als pronunciaments absolutoris, aquests dos últims delictes són, així mateix, els que, també en segon i tercer lloc, han merescut pronunciaments d'aquest tipus, però invertint-se l'ordre: el segon delicte, en termes quantitius, que més pronunciaments absolutoris ha comportat és el de trencament de pena o mesura cautelar dictades per a la protecció de les víctimes de violència de gènere, un 25,74% (26 sentències), del total d'absolutòries, seguit del d'amenaçes lleus, un 22,77% (23 sentències).

Altres tipus delictius han resultat d'aplicació en un percentatge molt inferior. Així, el delicte de violència habitual és objecte de condemna en el 6,22% de sentències condemnatòries, i d'absolució en l'11,88% del total de les d'aquest tipus. Molt més enrere, l'acusació per delicte de lesions –incloent els

supòsits de més significació, amb resultat de deformitat- suposa un 4% de les condemnes i un 0,99% -1 sentència- de les absolucions. Un altre 2,67% de les sentències de condemna ho són, almenys, per delictes de coaccions lleus, infracció que suposa un 5,94% del total de les absolucions.

Les condemnes per delictes d'homicidi suposen un 1,11% dels pronunciaments d'aquest tipus.

Por sota de l'1% es troben les condemnes per delictes contra la llibertat i indemnitat sexuals (un 0,89%, que, malgrat això, suposen un 2,97% del total de les absolutòries) i els relatius a la privació arbitrària de llibertat (un 0,44%, que suposa un 1,98% del total de les de tipus contrari).

També es troben per sota del llindar de l'1% les absolucions pel delictes d'homicidi, concretament una única sentència, equivalent a un 0,99% del total de les absolutòries.

De vegades, la limitació abans indicada, respecte a l'absència d'incorporació en les sentències dictades en apel·lació del relat de fets declarats provats, no permet conèixer, mentre aquest es trobi absent, els fets pels quals va ser condemnat l'autor o respecte dels quals va obtenir un pronunciament absolutori, la qual cosa apareix reforçada per la diversificació en la denominació dels tipus delictius que efectuen les sentències (delictes de violència de gènere, delictes de violència contra la dona, delictes de violència domèstica de l'article 153.1 CP, delictes de violència en l'àmbit familiar, lesions en l'àmbit familiar, delictes agreujats de violència de gènere, delictes de maltractament, delictes agreujats de violència domèstica psíquica habitual, delictes de violència domèstica simple i agreujat, etc.), sense explícita referència a un tipus penal o a un precepte concrets. Això resulta extensiu als supòsits de condemna o d'absolució pel delictes de l'article 468 del Codi Penal, en els quals la falta d'incorporació del relat de fets provats, quan es produeix, impedeix conèixer si el pronunciament, sigui quin sigui, va referir a trencament de pena o a trencament de mesura cautelar.

Els quadres següents reflecteixen el nombre de sentències, amb els seus percentatges corresponents, que s'han pronunciat en la mostra analitzada, per

condemnar o per absoldre, sobre els delictes de violència de gènere.

També recullen els pronunciaments sobre faltes, que en molts casos reflecteixen la menor gravetat atribuïda en seu judicial als fets denunciats i que, en d'altres, acompanyen la condemna per altres delictes.

1 - TIPOS PENALES											
TIPOS PENALES CONDENA					TIPOS PENALES ABSOLUCIÓN						
1.1) - ART. 153	267	1.9) - Lesiones al feto			1.13) - ART. 153	66	1.21) - Lesiones al feto				
1.2) - ART. 171	98	1.10) - contra la libertad e indemnidad sexuales	4		1.14) - ART. 171	23	1.22) - contra la libertad e indemnidad sexuales	3			
1.3) - ART. 172	12	1.11) - Privación arbitraria libertad	2		1.15) - ART. 172	6	1.23) - Privación arbitraria libertad	2			
1.4) - ART. 468	46	1.12) - Otros (Desglosar)			1.16) - ART. 468	26	1.24) - Otros (Desglosar)				
1.5) - ART. 173	28	FALTAS			1.17) - ART. 173	12	FALTAS				
1.6) - Homicidio	5	617	47	D. Allanamiento	1	617	2	DANOS	1		
1.7) - Aborto		620	53	D. AMENAZAS	5	618	1	1	Delito Hurto:	2	
1.8) - Lesiones	15	625	3	D. LESIONES	3	620	26	563:	1	Delito INJURIAS:	1
				D. continuado de daños	1						

1 - TIPOS PENALES													
Porcentaje calculado sobre sentencias CONDENATORIAS					Porcentaje calculado sobre sentencias ABSOLUTORIAS								
TIPOS PENALES CONDENA					TIPOS PENALES ABSOLUCIÓN								
1.1) - ART. 153	59,33%	1.9) - Lesiones al feto			1.13) - ART. 153	65,35%	1.21) - Lesiones al feto						
1.2) - ART. 171	21,78%	1.10) - contra la libertad e indemnidad sexuales	0,89%		1.14) - ART. 171	22,77%	1.22) - contra la libertad e indemnidad sexuales	2,97%					
1.3) - ART. 172	2,67%	1.11) - Privación arbitraria libertad	0,44%		1.15) - ART. 172	5,94%	1.23) - Privación arbitraria libertad	1,98%					
1.4) - ART. 468	10,22%	1.12) - Otros (Desglosar)			1.16) - ART. 468	25,74%	1.24) - Otros (Desglosar)						
1.5) - ART. 173	6,22%	FALTAS			1.17) - ART. 173	11,88%	FALTAS						
1.6) - Homicidio	1,11%	617:	10,44%	Allanamiento	0,22%	1.18) - Homicidio	0,99%	617:	1,98%	DANOS	0,99%		
1.7) - Aborto		620:	11,78%	D. AMENAZAS	1,11%	1.19) - Aborto		618	0,99%	0,99%	Delito Hurto:	1,98%	
1.8) - Lesiones	3,33%	625:	0,67%	D. LESIONES	0,67%	1.20) - Lesiones	0,99%	620:	25,74%	563:	0,99%	Delito INJURIA	0,99%
				D. continuado de daños	0,22%								

Val a dir, finalment, que en l'anterior relació no s'han computat, com a infraccions penals objecte d'aquest estudi, quan existeixen pronunciaments relatius als delictes de resistència o desobediència a l'autoritat, en els casos d'absència de reproducció del relat de fets provats, algunes, com la falta de danys, de les quals es pot deduir raonablement, en aquests supòsits, la seva exclusió del camp de protecció directa de la Llei Integral.

II.4. MOTIUS D'ABSOLUCIÓ

Conèixer els motius de l'absolució -d'especial incidència quantitativa en les resolucions dictades pels Jutjats Penals- constituïa una finalitat important de l'estudi que es presenta. Per a això, en la fitxa elaborada es van preveure, inicialment, diversos factors que podien conduir a aquest pronunciament. Específicament, es pretenia conèixer la incidència de l'ús de la dispensa de declarar que, entre determinats parents, possibilita l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal i que, a partir de la visibilització de la violència de gènere, ha adquirit un significat específic del qual manca quan els béns protegits per l'ordenament jurídic són d'una altra naturalesa.

Per a això, es va diversificar tant com es va poder el ventall de possibilitats que sorgien de l'aplicació de l'esmentat precepte, incloent un apartat, relatiu a falta absoluta de proves, que permetia recollir els pronunciaments que es referissin a aquest aspecte, des dels supòsits en què la víctima no hagués volgut denunciar, iniciant-se les actuacions per l'existència d'altres indicis, fins als casos en què el Tribunal valorés la inexistència de proves, malgrat l'activitat d'instrucció desplegada anteriorment i que hagués fonamentat l'obertura del judici oral.

La fonamentació de l'absolució en altres motius, per exemple per l'aplicació del principi "*in dubio pro reo*", no es va recollir expressament com a tal en la fitxa, sense perjudici que pogués aflorar en els comentaris efectuats a les sentències analitzades.

Els resultats obtinguts en aquesta matèria de l'estudi efectuat són:

2 - INDAGAR MOTIVOS ABSOLUCIÓN	
2.A) - ART. 416 LECRIM 2.A.1) - Absolución por acogerse dispensa no declarar en J.Oral	11
2.A.2) - Se prioriza silencio J.Oral sobre la denuncia inicial	2
2.B) - Retracciones en J.Oral respecto de anterior denuncia motivan absolución	4
2.C) - Por constar sólo la declaración inculpativa de la víctima, sin corroboraciones periféricas	12
2.D) - En su caso, por falta absoluta de pruebas	13

II.4.1. Introducció

És realment difícil trobar en l'actualitat un ordenament jurídic que, com l'espanyol, hagi contemplat en la seva normativa interna, amb major fidelitat, els principis i mandats dels diferents Instruments i Tractats Internacionals que en els darrers trenta anys, aproximadament, s'han ocupat de la lluita per a l'eliminació de la violència exercida sobre les dones, eliminant fins a la seva formal supressió els espais d'impunitat de qualsevol actuació que pugui resultar expressió de la violència de gènere i dissenyant un sistema de protecció més complet per a les dones víctimes d'aquest tipus de violència.

L'estudi en profunditat dels fets que configuren els delictes i faltes que constitueixen l'expressió de la violència de gènere evidencia una realitat específica que, fins ara, tot i que no s'ha trobat la clau per eradicar-la a curt termini, sí permet el coneixement, perfectament, dels seus perfils més característics. Una realitat social que explica perquè les víctimes d'aquestes agressions "col·laboren" amb els seus agressors, facilitant-los la seva actuació, encobrint-los, defensant-los, i assumint uns riscos inexplicables per a un observador extern i aliè al procés, que no es dona en cap altre àmbit de relació humana.

De la mateixa manera, en cap altre tipus de delictes no apareix la circumstància que la víctima no es limita a perdonar el seu agressor: més enllà d'això, es culpa de la seva pròpia agressió, i, immersa en el que s'anomena "el cicle de la violència", es mou en una situació permanent d'agressió-denúncia-penediment-agressió, que suposa, en molts casos, que la víctima s'acabi trobant en un autèntic carreró sense sortida: interposa una denúncia, la retira,

es retracta, s'acull a la dispensa de declarar contra el seu agressor, que preveu per als parents la legislació processal... En fi, una autèntica cursa d'obstacles per a una víctima tan especialment vulnerable com la que generen aquests delictes, que pot portar-la a apartar-se del procediment.

Tot això té, evidentment, el seu reflex directe en el resultat de les causes penals derivades d'aquests fets, que, òbviament, s'han de subjectar als principis irrenunciables en la matèria i garantir la plenitud dels drets dels qui poguessin resultar imputats per algun d'aquests delictes, singularment el dret a la presumpció d'innocència que consagra l'article 24.2 de la Constitució espanyola.

De la mateixa manera, l'específica naturalesa d'aquests delictes, moltes vegades comesos en la intimitat d'agressor i víctima, fa que, en aquests casos, només es pugui comptar, anant bé, amb una complexa prova indiciària o únicament amb les declaracions de la víctima.

De la conjuminació d'aquestes actituds i exigències deriven la majoria de les sentències absolutòries que aquí s'han examinat, que corresponen majoritàriament a sentències dictades per les Audiències Provincials en la resolució de recursos d'apel·lació. Només 6 de les sentències absolutòries han estat dictades per aquests últims òrgans en fase d'enjudiciament.

II.4.2. Supòsits en què no és possible determinar les raons de l'absolució

Primerament s'ha d'advertir que en un important nombre de supòsits no es poden determinar quines han estat les causes que han portat a l'absolució total o parcial dels acusats, en les sentències de diferents Audiències Provincials que resolen els recursos d'apel·lació, ja sigui perquè les raons en les quals la fonamenten són molt escarides, o perquè aquestes raons se centren en altres aspectes sotmesos a debat. És el que succeeix en 23 de les sentències analitzades.

En 13 de les sentències d'aquest grup, la causa per la qual no es pot arribar a determinar el motiu que ha portat a decretar l'absolució és que la

desestimació dels recursos s'ha sustentat, exclusivament, en la doctrina constitucional derivada de la Sentència del Tribunal Constitucional número 167/2.002. A partir d'aquesta, els criteris restrictius que introdueix sobre l'extensió del control del recurs d'apel·lació s'han vist reafirmats i reforçats en resolucions posteriors del mateix Tribunal, com les Sentències números 41/2.003, de 27 de febrer; 68/2.003, de 9 d'abril; 118/2.003, de 16 de juny; 189/2.003, de 27 d'octubre; 192/2.004, de 2 de novembre, 65/2.005, de 14 de març, 338/2.005, de 20 de desembre, o 11/2.007, de 15 de gener.

Conforme a aquesta doctrina, malgrat l'extensa possibilitat revisora del Tribunal d'apel·lació, quan s'ha dictat una sentència absolutòria en la primera instància i se sol·licita en l'alçada la condemna de l'acusat, aquesta no es pot acordar prenent com a base les declaracions de testimonis, perits i acusats si el Tribunal no ha presenciats aquestes proves sota els principis de publicitat, immediació i contradicció, i la pretesa condemna s'ha de basar en una nova valoració d'aquests elements probatoris que porti a modificar els fets provats. Es tracta, doncs, d'adaptar la interpretació constitucional del dret a un procés amb totes les garanties a les exigències de l'article 6.1 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats públiques, en la interpretació que fa d'aquest el Tribunal Europeu de Drets Humans. Aquest afirma que, quan l'òrgan d'apel·lació s'ha de pronunciar globalment sobre la culpabilitat o innocència de l'acusat, l'apel·lació no es pot resoldre sense un examen directe i personal de l'acusat que nega haver comès el fet.

És per això que, el nostre Tribunal Constitucional, en sentències com les esmentades, entre moltes d'altres, aprecia la vulneració del dret al procés amb totes les garanties quan es produeix, sense pràctica de nova prova, la revocació en segona instància d'una sentència penal absolutòria i la seva substitució per una altra condemnatòria, després de realitzar una nova valoració i ponderació dels testimoniatges d'acusats i testimonis en la qual es fonamenta la modificació del relat de fets provats. I això prenent com a base que la condemna requereix que la nova valoració d'aquests mitjans de prova s'efectuï amb un examen directe i personal dels acusats i testimonis, en un debat públic en el qual es respecti la possibilitat de contradicció.

Cal recordar, i això és encara més important, que, en la majoria de les sentències d'aquest tipus s'entén que la repetició de proves no seria legalment possible, d'acord amb les restriccions que imposa l'article 790.3 de la Llei Processal Penal. Aquest precepte, en efecte, preveu que, en el recurs d'apel·lació, el recurrent podrà proposar la pràctica de les diligències de prova *“que no va poder proposar en la primera instància, de les propostes que li van ser indegudament denegades, sempre que hagués formulat en el seu moment l'oportuna protesta, i de les admeses que no van ser practicades per causes que no li siguin imputables”*.

Fins i tot, el Tribunal mateix determina, en la seva recent Sentència de la Sala Primera, de 21 de maig del 2.009, en el recurs d'empara 8.457/2.006, després de reiterar la doctrina que s'acaba d'enunciar, que la immediació no es pot substituir pel visionament per part del Tribunal d'apel·lació de l'enregistrament audiovisual del judici oral celebrat en la primera instància. I això, quan la immediació, en relació amb les proves caracteritzades per l'oralitat, és a dir, les declaracions, sigui quin sigui el concepte en el qual es presten, suposa el contacte directe amb la font de prova, el seu examen personal i directe, que implica la concurrència temporal i espacial de qui declara i davant qui es declara.

Per tant, l'única possibilitat d'alteració dels fets provats, en aquests casos, no es pot realitzar substituint l'òrgan d'enjudiciament en la valoració dels mitjans probatoris, l'apreciació dels quals requereix immediació, sinó que s'ha de projectar sobre la correcció o coherència del raonament emprat en la valoració de la prova. Així, la funció del Tribunal d'apel·lació no consisteix a enjudiciar el resultat obtingut, sinó a efectuar el control extern del raonament lògic que ha seguit per arribar-hi. És a dir, només podrà deixar-se sense efecte l'apreciació de les proves personals practicades en la instància quan el raonament probatori assolit per la persona que jutja *a quo*, o vulneri el dret a la tutela judicial efectiva, o arribi a una conclusió que resulti absurda, o quan la decisió judicial sigui irracional o incongruent en relació amb els fets allà declarats provats, o, si s'escau, si la decisió judicial dictada fos arbitrària.

En 9 de les sentències analitzades, la impossibilitat de determinar les raons de l'absolució deriva del fet que, en recórrer únicament el condemnat, la motivació de la sentència d'apel·lació se centra en l'examen dels motius del recurs, sense entrar a valorar les raons que han determinat la seva absolució parcial respecte de la resta d'infraccions penals per les quals estava acusat en la primera instància i que ningú qüestiona.

D'altra banda, en una altra de les sentències analitzades no es pot arribar a conèixer el motiu de l'absolució perquè, com que s'invoquen només infraccions processals en el recurs, la sentència d'alçada només examina aquests motius, sense entrar en les qüestions de fons.

II.4.3. Absolució per falta de prova suficient (amb declaració de la víctima)

Dins d'aquest grup de sentències absolutòries, 24 de les examinades se sustenten en el fet que, tot i existir declaracions de la víctima, no s'estima que puguin constituir prova de càrrec amb capacitat d'acreditar els fets enjudiciats. A aquesta conclusió arriben perquè estimen que aquestes no reuneixen les condicions que permetin tenir-les com a prova apta per fonamentar, per si mateixes, una sentència condemnatòria, no apareixent corroborades per altres mitjans de prova hàbils.

En 3 d'aquestes sentències es fa al·lusió a l'existència d'una prèvia situació conflictiva entre les parts.

També en aquest grup apareixen 2 sentències en les quals es fa al·lusió a la ja esmentada doctrina constitucional derivada de la STC 167/2.002, com obstacle per estimar un recurs d'apel·lació contra sentències absolutòries. Examinen, però, la valoració de la prova que s'ha efectuat en la sentència d'instància, confirmant-la.

En 8 casos, l'enteniment que no han resultat suficientment acreditats els fets objecte de l'acusació correspon a la valoració de la sentència dictada en apel·lació per l'Audiència Provincial, revocant la sentència condemnatòria del Jutjat Penal.

II.4.4. Absolució per falta de proves (sense declaracions de la víctima)

Són supòsits en què la denunciant s'acull a l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, sense que es considerin la resta de proves -que es concreten, en tots els casos, en el testimoniatge de referència dels Polícies que van actuar-, suficients per acreditar els fets. Això succeeix en 10 de les sentències analitzades.

Referent a això, cal recordar que l'article 416.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal disposa que *“estan dispensats de l'obligació de declarar: 1).- els parents del processat en línia directa ascendent i descendent, el seu cònjuge, els seus germans consanguinis o uterins i els laterals consanguinis fins al segon grau civil, així com els parents naturals als quals fa referència el número 3 de l'art. 261”* (ascendents i descendents).

De forma unànime, s'ha estimat, a més, que aquesta exclusió també s'ha d'estendre a les persones unides a l'acusat per anàloga relació d'afectivitat a la conjugal, equiparació que ha estat admesa de forma expressa en la jurisprudència més recent de la Sala Segona del Tribunal Suprem, entre d'altres, en la sentència número 134/2.007, de 22 de febrer.

La finalitat d'aquest precepte no és protegir l'imputat dins del procés, com en alguna antiga sentència d'aquesta Sala s'havia deixat entreveure i que podria ser rellevant en un altre tipus de delictes. En el procés penal, i sense entrar ara en l'oportunitat de la seva reforma en els supòsits de delictes vinculats a la violència de gènere, es troba en la protecció del testimoni parent en situació de conflicte entre l'obligació de declarar la veritat i el seu possible *interès* en ocultar o silenciar a l'administració de justícia la situació de maltractament per l'*amor* o per altres raons personals i familiars del testimoni. Es considera en aquest context que no es pot sotmetre persones tan properes a l'acusat a la tessitura d'haver de declarar la veritat del que coneixen que pogués incriminar-lo, o veure's en la situació de poder mentir per protegir-lo i incórrer en un delictes de fals testimoni.

Es tracta, doncs, d'un dret personal del testimoni en el procés, que l'eximeix de l'obligació general que tenen tots els que resideixin al territori

espanyol de declarar tot el que sàpiguen sobre el que se'ls demani i de dir la veritat, d'acord amb el que estableixen els articles 410 i 433 de la Llei d'Enjudiciament Criminal.

En relació amb la incidència en fase d'enjudiciament del precepte esmentat, també cal recordar que, segons una recent línia jurisprudencial ja consolidada, (Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem número 129/2.009, de 10 de febrer, que ratificava el que assenyala l'anterior de la mateixa Sala, de 27 de gener del 2.009), quan la testimoni víctima dels fets opti, de conformitat amb l'esmentat precepte processal, per abstenir-se de declarar contra l'acusat, no es podran valorar les seves declaracions sumarians, independentment de la forma com s'hagin practicat, no sent possible la seva incorporació a la fase de plenari mitjançant la seva lectura en el judici oral. Tampoc mitjançant els testimonis de referència que van conèixer el desenvolupament dels fets a través de les manifestacions de la persona que compareix en judici i exerceix aquesta dispensa, entenent l'alt Tribunal que, en aquest cas, es produiria la neutralització del seu efecte en el procés penal.

En 9 de les sentències aquí examinades, de diferents Audiències Provincials (Alacant, Barcelona, Madrid, Múrcia, Las Palmas, Tarragona i Sevilla), l'absolució ha derivat d'haver estimat nul·la la declaració de la víctima prestada en el judici oral, en el qual no es va respectar el seu dret a acollir-se a la dispensa de prestar declaració, de conformitat amb els articles 416.1 i 707 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, valorant que la resta de proves practicades no constitueixen prova suficient per sustentar les condemnes pronunciades pels Jutjats Penals.

II.4.5. Absolucions per delictes de trencament de condemna i de mesura cautelar, per existir consentiment de la víctima

En alguns casos, les absolucions deriven de diverses qüestions que tenen a veure amb la falta d'acreditació del coneixement per part de l'acusat de la resolució que imposa la pena o mesura cautelar de prohibició d'aproximació de comunicació amb la víctima. També, si s'escau, que s'hagi iniciat la fase

d'execució i, per tant, de la liquidació de la condemna en la qual s'indiqui la data d'inici i finalització de la pena, o de la notificació a l'afectat de les conseqüències de l'incompliment. Totes elles han estat incloses en els apartats d'absolució per falta de proves, amb o sense declaració de la víctima, segons el que hagi resultat en cada cas.

Però també hi ha 4 sentències -de les Audiències Provincials de Tarragona, Santa Cruz de Tenerife i Madrid-, en les quals el pronunciament absolutori deriva del fet que la represa de la convivència, malgrat l'existència de la prohibició d'aproximació, es produeix amb el consentiment de la víctima.

II.4.6. Absolució basada en l'absència de l'element finalístic

En aquest apartat s'inclouen, almenys, de forma expressa i determinant del pronunciament, 5 sentències (4 de l'Audiència Provincial de València i 1 de la de Barcelona). En elles l'absolució pels delictes de maltractament de l'article 153.1 i amenaces de l'article 171.4, ambdós del Codi Penal, es deriva del fet de considerar no acreditat que els fets es produïssin en el context d'una situació de domini o com a conseqüència d'un ànim discriminatori per part de l'acusat.

Quatre d'aquests casos (tres de l'Audiència Provincial de València i un de la de Barcelona) són agressions recíproques. En el cinquè, també de l'Audiència Provincial de València, s'arriba al pronunciament absolutori perquè no consta amb precisió el marc en el qual es van produir els fets: en la sentència d'instància es recull com a fet provat que l'acusat va proferir expressions amenaçadores com

“si no recupero l'escopeta, ja veureu tu i la teva mare”.

I la sentència de l'apel·lació refereix que:

“sense perjudici del contingut equívoc de l'expressió proferida, que és susceptible d'interpretacions diverses, ja que no consta amb precisió el marc en el qual es van produir, no sent descartable que es digués en el context d'una discussió, fruit

de l'ànim reivindicatiu de l'acusat, com a conseqüència de l'oposició de la denunciante a la petició que demandava...”.

II.4.7. Altres causes

Existeixen 4 sentències que no es poden enquadrar en cap dels grups abans esmentats.

La primera és la Sentència número 112/2.007, de 17 de maig, de la Secció 3a de l'Audiència Provincial d'Astúries. Revoca la sentència del Jutjat Penal que condemnava l'acusat com a autor d'un delictes de maltractament de l'article 153.1 del Codi Penal, absolent-lo perquè entre una sessió de judici i una altra havien transcorregut tres mesos, perquè les lesions van ser molt lleus i no semblava que fossin causades intencionadament, i, a més, per no ser manifestació de la discriminació de l'acusat envers la víctima, la seva exdona, de la qual entenia va ser la que va provocar la discussió quan va anar a casa de l'acusat a recollir les seves coses.

La segona és la Sentència número 83/2.007, de 19 d'abril, de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Valladolid. Confirma l'absolució de l'acusat pel delictes de maltractament i la seva condemna com a autor d'una falta de lesions perquè entén que no han quedat suficientment aclarides les circumstàncies de la relació que li unia amb la víctima. Es tracta d'un menor, de 17 anys, que un any abans de l'agressió havia mantingut una relació sentimental amb la denunciante, sense haver-se introduït dades que permetessin equiparar-la a la matrimonial.

La tercera sentència és la número 283/2.008, de 12 de març, de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, que també confirma l'absolució del Jutjat Penal a l'acusat pel delictes d'amenaques que se li imputava, en entendre que les expressions proferides no poden integrar aquest delictes. Així, es declara provat que, durant una discussió telefònica, l'acusat va dir a la denunciante

“Aniré a per tu sense miraments. Aniré al Jutjat”

i, posteriorment, li havia enviat un SMS, dient-li

“T’has tirat terra als ulls”.

La sentència de l’apel·lació raona que no pot parlar-se de delictes d’amenaques ja que entén que falta el requisit essencial d’aquesta infracció penal, és a dir,

“l’anunci d’un mal futur, injust, possible, determinat i dependent de la voluntat de la persona que l’emet”.

Una última sentència, de la Secció 2a de l’Audiència Provincial de Las Palmas, la número 171/2.007, de 14 de juny, revoca la del Jutjat Penal que condemnava l’acusat per un delictes de maltractament. L’Audiència l’absol perquè ella, que s’havia acollit en el judici oral a la dispensa de prestar declaració de l’article 416 de la Llei d’Enjudiciament Criminal, interposa recurs contra la sentència d’instància. En el recurs diu que ha mentit i que en realitat el que va passar és que van discutir i ella es va lesionar donant-se un cop a la barbata amb la porta, (segons el relat de fets provats ella presentava traumatisme a nivell cervical esquerre i mentonià, juntament amb crisi d’ansietat) de forma accidental, atès el grau de nerviosisme que tenia quan ell li va dir que la deixava. Davant d’això, la Sala acorda la celebració de vista en la qual ella es ratifica en l’escrit i dicta sentència per la qual l’absol, deduint testimoniatge contra la denunciante.

II.4.8. Sentències dictades en única instància per les Audiències Provincials

Com ja s’ha indicat anteriorment, la major part de les sentències que en aquest apartat, dedicat a conèixer els motius d’absolució, s’han examinat són les dictades resolent recursos d’apel·lació contra sentències de Jutjats Penals. Però també existeixen 6 sentències dictades en tràmit d’enjudiciament, 5 d’elles de la Secció 27a de l’Audiència Provincial de Madrid i 1 de la Secció 20a de l’Audiència Provincial de Barcelona. Cal fer una breu referència individualitzada a cadascuna d’elles.

1).- Sentència de la Secció 27a de l’Audiència Provincial de Madrid, número 8/2.008, de 26 de març, que condemna l’acusat com a autor d’un

delicte de maltractament en l'àmbit familiar, dels articles 153.1 i 3 del Codi Penal, absolent-lo d'un delicte de coaccions, pel qual també l'acusava el Ministeri Fiscal, única acusació personada el dia del judici oral (va haver acusació particular desistida uns dies abans de la celebració d'aquest acte, que acusava pel delicte de detenció il·legal, la qual cosa va justificar el coneixement en única instància de l'Audiència Provincial). En el moment de la celebració del judici oral, la víctima, que no havia pogut ser localitzada perquè havia marxat a Romania, d'on era nacional, no compareix al judici oral. Només s'estima acreditada l'existència del primer delicte, per les declaracions de l'acusat, les de referència dels agents del Cos Nacional de Policia que van al domicili després dels fets, i per l'existència de les lesions, objectivades pel comunicat d'assistència facultativa i per l'informe mèdic forense. No s'entén acreditat el de coaccions, ja que la imputació que la va fer pujar al cotxe contra la seva voluntat només era afirmada per un agent de Policia Municipal, que referia que un grup de persones que es trobaven pel carrer els van abordar i els van explicar que una persona volia segrestar la víctima, emportant-se-la en un cotxe, i que l'actuació de la gent ho va impedir.

2).- Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 5/2.008, de 29 de febrer, que, d'una banda, absol l'acusat d'un delicte de maltractament en l'àmbit familiar, de l'article 153.1 del Codi Penal, condemnant-lo com a autor d'una falta de lesions, perquè no considera acreditat que mantinguessin una relació de parella que es pugui enquadrar en aquest tipus penal, ja que la denunciante mateixa afirmava que eren fonamentalment amics, i que de vegades mantenien relacions sexuals, però dins d'una relació oberta on cadascú anava a la seva. D'altra banda, absol l'acusat dels delictes de coaccions, detenció il·legal i falta d'amenaques, que també se li imputaven, perquè no considera acreditades aquestes infraccions. Entén la sentència que aquestes només se sustenten en les declaracions de la víctima, que va presentar una carta de l'acusat, havent determinat una prova pericial cal·ligràfica que la va fer la denunciante mateixa, la qual cosa entela la seva credibilitat, i que, a més a més, va afirmar que unes persones van veure els fets, sense proposar-les mai com a testimonis.

3).- Sentència, també de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 13/2.007, de 30 de maig, que condemna l'acusat com a autor d'un delicte de lesions agreujades de l'article 148.1 i 4 del Codi Penal, absolent-

lo del delictes de maltractament habitual, del qual també era acusat, únicament per l'acusació particular. L'absolució es fonamenta en el fet que l'acusació s'ha sustentat únicament en l'expressió

“i tenint en compte episodis anteriors de naturalesa semblant, uns no denunciats i d'altres sí, com va denunciar Rosa el 25 de maig del 2.002 estant recollits en l'atestat número 327/02 MT de la Policia Local”,

no concretant-se, per això, ni dates ni circumstàncies, ni detalls sobre episodis concrets, ni tampoc cap esment a l'existència d'un clima de dominació, terror o violència en l'escrit d'acusació. Deriva d'això que una eventual condemna vulneraria el principi acusatori. Assenyala, a més a més que, apart dels fets concrets objecte de condemna, res no s'ha acreditat respecte al maltractament continuat que s'invoca, valorant que, en aquest cas, no poden constituir les declaracions de la víctima i de la filla prova suficient per enervar la presumpció d'innocència.

4).- Sentència de la mateixa Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 4/2.008, de 29 de febrer, que condemna l'acusat com a autor de dos delictes de maltractament dels articles 153.1 i 3 CP, i l'absol d'un delictes de detenció il·legal, d'un altre d'amenaques, i d'una falta d'injúries i vexacions. L'absolució d'aquestes dues últimes infraccions penals es fonamenta en el fet que constitueixen els mateixos fets que es qualifiquen com un dels delictes de maltractament pels quals se'l condemna, ja que estem davant una única acció integrada per la següent successió:

“Discussió en el curs de la qual, l'acusat insulta la víctima i li diu que l'ha de matar, i li dona una bufetada, tirant-la a terra”.

I, respecte al delictes de detenció il·legal, l'absolució es basa en el fet que el relat d'ella resulta precipitat i confús, en molts aspectes i, alhora, poc versemblant respecte del presumpte tancament, sobre la forma com es produeix, i sobre si li ha impedit en algun moment entrar o sortir de casa, ja que, entre altres aspectes,

“acaba reconeixent que ell, per entrar a casa, li ha de demanar a ella que li obri la porta o que li llenci la clau per la finestra”.

5).- Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 1/2.008, de 31 de gener, que condemna l'acusat per un delictes de maltractament, de l'article 153.1 CP, i l'absol dels delictes de violació, detenció il·legal i amenaces, que també se li imputaven. L'acusat i la víctima tenen una relació de parella relativament curta, quedant ella embarassada, però acaben la relació i ell se'n va a viure amb la seva nova parella. Quant la denunciante es troba en el seu vuitè mes d'embaràs, truca a l'acusat per telèfon, citant-se amb ell en un lloc proper al seu domicili. Es traslladen al lloc esmentat i mantenen relacions sexuals i, quan ell està nu al llit i ella dutxant-se, apareix la seva nova parella, que, en veure la situació, abandona precipitadament el lloc, trencant la seva relació. L'acusat, intentant justificar-se davant la seva nova parella, demana a la denunciante que la truqui per explicar-li que ha anat per parlar dels temes de la nena, però ella el que fa és trucar-li per dir-li que han mantingut relacions sexuals. Ell la colpeja, i fins i tot la mossega. La sentència conclou, per l'abundància de detalls expositius, la precisió en el relat de l'agressió, i les evidències lesives resultants, que s'ha produït, en efecte, l'agressió, condemnant pel delictes de maltractament. Però estima que no hi ha proves respecte a la resta de delictes, perquè pel que fa a aquests, que es basen en el fet que la denunciante afirma que l'ha portat al pis per força, agafant-la pels cabells i cridant que la mataria si no feia el que volia, i que allà la viola, entén que

“no existeixen en aquestes declaracions prou garanties de veracitat, perquè el seu relat està ple de contradiccions i d'incoherències, i li manca precisió i detalls relatius a la manera com es produeixen aquests fets, respecte dels quals, no només no hi ha corroboracions derivades de cap element perifèric o objectiu, sinó que tots els senyals externs i evidències derivades dels diferents testimonis (l'exparella de l'acusat, que fins i tot afirma que ella es trobava a la dutxa cantant; un veí que els veu caminant normalment pel carrer quan es dirigeixen al domicili, etc.) el que fan es restar credibilitat al seu relat”.

6).- Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 461/2.007, de 9 de maig, que absol l'acusat d'un delictes de maltractament de l'article 153 CP, d'un altre d'agressió sexual, d'un altre de maltractament habitual, d'un altre de trencament de condemna, i d'un altre de tinença il·lícita d'armes (tenia al cotxe una porra extensible que no és considerada una arma en el Reglament d'Armes). L'absolució és fonamenta en el fet de no atorgar credibilitat a la denunciant, de la qual es considera acreditat que és dependent de la cocaïna, perquè ella mateixa ho ha admès, posant de manifest diverses contradiccions entre el relat que efectua en la fase sumarial i el que després relata en el judici oral, entenent, a més, que no es pot descartar en les seves denúncies i declaracions l'existència de mòbils espuris, ja que tenen una acarnissada contesa per la custòdia del fill comú i el dret del pare a visitar-lo, valorant que:

“aquest testimoniatge sembla tenir com a finalitat obtenir avantatges en un eventual procés judicial entre ambdues parts respecte de la custòdia del fill comú, i no oferir al tribunal la realitat del que va succeir”.

Respecte al delictes de trencament de condemna, l'absolució es produeix perquè es tracta d'una prohibició d'aproximació i comunicació imposada en una sentència de la qual no s'ha acreditat que sigui ferma.

II.5. VALORACIÓ DE LA DECLARACIÓ DE LA VÍCTIMA COM A ÚNICA PROVA DE CÀRREC

L'anàlisi numèrica de les resolucions a les quals fa referència aquest estudi queden reflectides en el quadre següent¹:

3 - VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO	
CONDENA EN:	ABSUELVE EN:
3.1) - JI/JVM/Penal	3.5) - JI/JVM/Penal
3.2) - Confirma condena AP	3.6) - Confirma absolución AP
3.3) - Absuelve AP	3.7) - Revoca y condena AP
3.4) - AUDIENCIA PROVINCIAL	3.8) - AUDIENCIA PROVINCIAL
83	7
72	6
9	4
28	

3 - VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO	
CONDENA EN:	ABSUELVE EN:
3.1) - JI/JVM/Penal	3.5) - JI/JVM/Penal
3.2) - Confirma condena AP	3.6) - Confirma absolución AP
3.3) - Absuelve AP	3.7) - Revoca y condena AP
3.4) - AUDIENCIA PROVINCIAL	3.8) - AUDIENCIA PROVINCIAL
15,66%	1,32%
13,58%	1,13%
1,70%	0,75%
5,28%	
Porcentaje calculado sobre TOTAL de Sentencias.	

II.5.1. Introducció

Un problema fonamental que plantegen els delictes comesos en l'àmbit de la parella i, específicament, en el de la violència de gènere, és que, com ja s'ha indicat, acostumen a ocórrer en la intimitat de la llar o de la parella mateixa, sense testimonis aliens que puguin corroborar les declaracions que presten les víctimes.

¹ En el quadre resultant s'aprecia l'omissió en l'emplenament de les fitxes que han servit com a base per al present estudi en dos casos, corresponents al desglossament dels 83 supòsits en què els Jutjats Penals han condemnat en aquests supòsits.

A més, en molts casos es cometen delictes que no deixen vestigis, com succeeix amb les amenaces o els maltractaments que no causen lesió, per la qual cosa no es té una dada objectiva, com ara un informe de lesions, que corrobore la versió que ofereix la perjudicada.

Si a tot això s'afegeix que entre víctima i agressor existeix o ha existit un vincle afectiu i que poden concórrer altres vincles, com fills, o dependències de diferent tipus, etc., les circumstàncies que envolten la declaració de la víctima, si apareix com a única prova de càrrec apta, dificulten el dictat d'una sentència condemnatòria.

En determinades ocasions, en les resolucions analitzades s'observa que el que té en compte l'Audiència és la immediació que ha assistit al Jutge *a quo* a l'hora de valorar la declaració de la víctima. En aquests casos, quan considera que no ha existit cap contradicció en la valoració i que aquesta s'ha portat a terme de conformitat amb les regles de la lògica i de la sana crítica, confirma la sentència d'instància.

Juntament amb això, també s'ha de tenir en compte la doctrina del Tribunal Constitucional, arran de la Sentència 167/2.002, abans esmentada, que comporta la dificultat de revocació de les sentències absolutòries dictades pels Jutjats Penals quan es basen en declaracions orals de les parts i testimonis, com acostuma a passar en els casos de violència de gènere, convertint, d'alguna manera, en una única instància la primera instància penal.

II.5.2. Anàlisi de conjunt

Del total de sentències analitzades, en 148 es valora la declaració de la víctima com a prova de càrrec, tot i que en 114 d'elles concorren corroboracions perifèriques que acrediten el contingut d'aquesta declaració. En la resta, és a dir, en 34, la manifestació de la víctima és l'única prova practicada, de les quals, en 14, serveix per condemnar i, en 11, per absoldre. En les altres 9 es valoren altres aspectes en la sentència de l'Audiència dictada en segona instància, com la immediació del Jutge *a quo* o l'absència de declaració de la víctima en el judici

oral, per la qual cosa no es té tant en compte la prova de càrrec consistent en la declaració de la víctima com aquests altres aspectes.

II.5.3. Especial referència al contingut de les sentències

De les sentències condemnatòries que estimen la declaració de la víctima com a única prova de càrrec suficient per enervar la presumpció d'innocència que empara l'acusat, destaca la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Las Palmas, número 47/2.007, de 31 de gener, quan assenyala:

“Per als supòsits en què la víctima i el testimoni són la mateixa persona, el TS ha assenyalat que la declaració de la persona que reuneix aquesta doble condició és prova per desvirtuar la presumpció d'innocència sempre que reuneixi determinats requisits: absència d'incredibilitat subjectiva, versemblança, persistència en la declaració sense ambigüitats ni contradiccions (STS 16-2-1998, 23-3-1999 i 2-10-1999). I en el mateix sentit, de manera reiterada, el TC -(SS 201/89, 160/90, 229/91 i 64/94) entre d'altres- estableix que la declaració de la víctima d'un delictes practicada normalment en el judici oral amb les necessàries garanties processals té consideració de prova testifical i, com a tal, pot constituir vàlida prova de càrrec en la qual basar la convicció del jutge per a la determinació dels fets del cas, si bé per a això serà necessari que no es doni una incredibilitat subjectiva derivada d'un constatat mòbil espuri, com ressentiment, venjança, etc., que existeixi versemblança que és tant com exigir que sigui prolongada en el temps, plural i sense ambigüitats ni contradiccions, estant obligats els Tribunals, com a conseqüència de tot això, a realitzar un examen i crítica acurada i profunda sobre la fiabilitat de les seves manifestacions.

Referent a això, la Jutgessa d'instrucció fa expressa referència als motius que condueixen a valorar la declaració de la denunciante: contundència i persistència en el relat fàctic.

Sobre això l'apel·lant al·lega que la versió mantinguda per la denunciant en l'acte del judici no coincideix amb la manifestada en el moment d'interposar la denúncia. No obstant això, ambdues són coincidents en allò substancial, ja que en la denúncia inicial es fa referència al fet que el denunciat insultava i amenaçava constantment i que, entre altres frases, li va manifestar que “no servia per a res, ni com a dona, ni com a mare, ni com a persona”.

Per modificar totes les conclusions, racionals i lògiques, d'altra banda, caldria fer una nova valoració de la prova, possibilitat vedada en aquesta alçada, tal com hem argumentat anteriorment, ja que ha estat el Jutge d'instància qui ha tingut l'oportunitat de veure i escoltar la denunciant i valorar en consciència aquesta declaració, la qual cosa determina la desestimació del motiu així com de l'al·legada vulneració del principi de presumpció d'innocència (article 24 CE) perquè no existeix prova de càrrec”.

Aquesta sentència, dictada en un judici de faltes, potser expressa de forma clara els requisits intrínsecs i extrínsecs de la declaració de la víctima com a prova de càrrec única i apta per enervar la presumpció d'innocència que empara l'acusat. També expressa les dificultats que té el fet de fer una revisió d'aquesta sentència en la segona instància, ja que la declaració de la víctima ha estat valorada pel Jutge *a quo*, de conformitat amb les normes de la lògica i de la sana crítica i partint de la immediació de la qual gaudeix, resultant, per això, molt difícil que en la segona instància es modifiqui el relat de fets o la valoració de la prova.

Tanmateix, això no vol dir que la immediació s'alci com a estendard de l'arbitrarietat, sinó que la valoració de la prova ha de ser lògica i s'ha de basar en dades objectives com la contundència, la persistència i la versemblança del relat fàctic d'acord amb el relat de la víctima al llarg de tota la causa.

Destaquen en aquest sentit dues sentències condemnatòries de les que han constituït objecte d'estudi. La primera, de la Secció 1a de l'Audiència

Provincial d'Alacant, número 56/2.007, de 23 de gener, quan en enjudiciar un delict d'amenaques, la declaració de la víctima ha estat l'única prova de càrrec fins i tot en contra del testimoniatge del gendre de l'acusat, que va dir que el telèfon estava despenjat i va sentir la conversa. La segona, de la Secció 3a de l'Audiència Provincial d'Almeria, número 54/2.007, de 19 de febrer, que estima que la declaració de la víctima en un delict d'amenaques i en una falta d'injúries serveix com a prova de càrrec suficient per enervar la presumpció d'innocència que empara l'acusat, fins i tot en contra de la declaració d'aquest i de la seva companya sentimental. Tot això posa de manifest que la declaració de la víctima, en determinats casos, pot servir com a prova de càrrec única i suficient per fonamentar una sentència condemnatòria, fins i tot en contra de la declaració d'altres testimonis de descàrrec que al Jutge no li ofereixin prou credibilitat com per desvirtuar la seva declaració.

Per acabar, en aquest sentit, cal fer referència a la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de València, número 350/2.007, de 14 de novembre. L'apel·lació s'alçava contra la valoració de la sentència d'instància que assenyalava que la testimoni de càrrec havia faltat a la veritat, prenent com a base el fet d'haver continuat convivint amb l'acusat després de la presumpta agressió. L'Audiència Provincial exposa que la sentència d'instància ho valora com

“una manifestació més de la subjugació i temor patit per la víctima, doncs així ho explica ella mateixa i així es desprèn dels actes posteriors demostratius de la voluntat clara de denunciar el que va succeir. El mer retard en la recerca de l'auxili judicial o el manteniment de la vida familiar a pesar de l'acte il·lícit, és una conducta freqüent en aquesta mena de situacions, atesa la transcendència personal i parental que suposa l'aflorament de la privacitat familiar i el temor consegüent a les reaccions de l'agressor”.

Afegint:

“la testimoni ha estat clara i reiterativa en les seves diferents deposicions, no existint cap raó per posar en dubte el significat de la literalitat de les seves paraules a causa d'una imaginària

voluntat mentidera, que no compta amb cap aval probatori ni concorda amb la lògica del comportament humà”.

D'altra banda, hi ha sentències que consideren que la declaració de la víctima, sense altres corroboracions perifèriques, no constitueix suficient prova de càrrec per sustentar una sentència condemnatòria i procedeixen a declarar l'absolució de l'acusat per falta de proves. En aquest cas destaca la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Biscaia, número 30/2008, de 26 de gener, que revisa una sentència absolutòria dictada pel Jutjat Penal per un delictes de violència de gènere i una falta d'amenaques. L'Audiència Provincial confirma la sentència dictada perquè

“apurant la satisfacció del dret a la tutela judicial efectiva, no s'evidencia en els arguments explicitats en la sentència apel·lada un error que hagi de ser objecte de rectificació en aquesta alçada (...)”

Té en compte per al pronunciament absolutori, a més a més, la circumstància que

“la víctima interposés la denúncia sis dies després dels fets”.

II.5.4. A manera de resum

De l'anàlisi anterior, es poden distingir els delictes que per la seva pròpia naturalesa deixen vestigis, com els delictes de lesions, en els quals el comunicat mèdic, com a prova de càrrec, juga un paper important, juntament amb la declaració de la víctima i la possible declaració d'altres testimonis. En aquest cas ja no es tracta d'un supòsit en què la declaració de la víctima constitueixi l'única prova de càrrec, sinó d'una prova rellevant juntament amb altres proves que la corroboren directament o perifèricament.

D'altra banda, els delictes com les amenaces, el maltractament físic sense causar lesió, les agressions sexuals sense deixar vestigis, etc. normalment es recolzen en la declaració de la víctima com a única prova de càrrec, ja que normalment tenen lloc en la intimitat de la llar i sense que hi hagi altres

testimonis que acreditin la realitat del que succeeix. En aquests casos la immediació del Jutge *a quo* i una correcta valoració de la prova, de conformitat amb les regles de la lògica i de la sana crítica, poden sustentar una sentència condemnatòria, fins i tot en contra d'altres proves de descàrrec, com poden ser les declaracions d'altres testimonis.

Tanmateix, com que els fets tenen lloc normalment en la intimitat de la parella, és convenient en aquests casos comptar, juntament amb la declaració de la víctima, amb algun tipus de corroboració perifèrica, encara que sigui la declaració d'algun testimoni de referència, com ara algun familiar que hagi pogut sentir alguna expressió o a qui la víctima hagi explicat els fets posteriorment, o algun veí o agent de policia que hagi anat al lloc dels fets justament després que ocorreguessin i que hagi vist la situació en la qual es trobava el domicili, la víctima o l'agressor. Tot això per sustentar una sentència condemnatòria, ja que la sola declaració de la víctima s'ha considerat en les sentències estudiades, en diversos casos, insuficient per dictar una sentència condemnatòria.

En els casos en què aquesta declaració s'ha valorat com a prova única per enervar la presumpció d'innocència que empara l'acusat, la Sala d'apel·lació ha confirmat la sentència prenent normalment com a base la immediació del Jutge *a quo*, sempre, és clar, que aquesta sentència estigui ben motivada, hagi valorat la declaració de la víctima d'una forma exhaustiva i no hagi incorregut en contradicció.

II.6. VINCULACIÓ DE L'ARTICLE 1 DE LA LLEI ORGÀNICA 1/2.004, DE 28 DE DESEMBRE DE MESURES DE PROTECCIÓ INTEGRAL CONTRA LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE AMB ELS TIPUS PENALS

La majoria de les resolucions de les Audiències Provincials no examinen aquesta qüestió, la qual cosa significa que la qüestió relativa a la integració o no de l'element finalístic en els delictes de violència de gènere no ha estat, en aquests casos, suscitada per les parts. Quan sí ha estat objecte de debat o quan les Audiències Provincials han examinat aquesta qüestió d'ofici, la qual cosa ha succeït en un 17% de les resolucions que constitueixen la mostra d'estudi, en un 66% de supòsits s'han decantat per entendre que l'article 1 de la Llei Integral defineix un element subjectiu en els delictes de violència de gènere.

II.6.1. Introducció

Els articles 33 i següents de la Llei Orgànica 1/2.004, de 28 de desembre, modifiquen figures delictives relacionades amb la violència de gènere: el delictes de lesions -article 148, 4a i 5a CP-; el delictes de maltractaments ocasionals -article 153 CP-; el delictes de trencament de condemna i mesura cautelar -article 468 CP, en aquest cas referit també a la violència domèstica-; i les figures d'amenaçes i coaccions lleus, -articles 171.4 i 172.2 CP-.

D'altra banda, l'article 1.1 de la mateixa Llei defineix com a objecte del nou text legal "actuar contra la violència que, com a manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones, s'exerceix sobre aquestes per part dels que siguin o hagin estat els seus cònjuges o dels que estiguin o hagin estat lligats a elles per relacions similars d'afectivitat, fins i tot sense convivència".

L'element descriptiu que recull l'article 1.1 de la Llei Integral no ha estat incorporat a la redacció d'aquests tipus penals.

No obstant això, la redacció de l'esmentat precepte ha propiciat una interpretació restrictiva per part de determinades Audiències Provincials i Jutjats respecte a les figures delictives relacionades amb la violència de gènere, ja que exigeixen prova de la concurrència d'un element subjectiu o voluntat de l'autor "de degradar, subjugar o dominar" la víctima. Aquesta interpretació és oposada a la que es realitzava abans de l'entrada en vigor de Llei Integral.

Les sentències objecte del present estudi reflecteixen diverses postures interpretatives: unes consideren que és suficient per merèixer el retret penal que es porti a terme la conducta típica per l'home envers la seva esposa o la dona que estigui o hagi estat lligada a ell per relació similar d'afectivitat, fins i tot sense convivència; d'altres, en canvi, consideren que és necessari provar un element subjectiu: la voluntat de l'autor "de degradar, subjugar o dominar" la víctima; una tercera sosté una posició intermèdia, establint que aquest ànim de degradar i dominar es presumeix amb la realització dels actes delictius que exerceix l'home sobre la dona amb motiu d'una relació afectiva de parella, però admetent aquesta presumpció prova en contra.

II.6.2. Anàlisi dels diferents criteris interpretatius

De vegades, diferents interpretacions conviuen dins de l'àmbit d'una mateixa Comunitat Autònoma, com és el cas de Catalunya.

La Sentència de la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Girona, número 471/2.007, de 6 de novembre, es fa ressò de la contradicció que existeix en les diferents Seccions Penals d'Audiències Provincials de Catalunya, ja que algunes Audiències exigeixen que es demostrï la situació de domini al si de la qual té lloc la violència. Es critica en la resolució analitzada la interpretació esmentada, ja que s'entén que:

“aquesta tesi parteix d’una lectura equivocada o esbiaixada de l’exposició de Motius de la Llei de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, així com d’una contemplació equivocada del substrat fàctic del precepte. En efecte, en tot moment es fa referència a l’existència d’una intolerable violència masclista de subordinació de la dona a l’home que es vol combatre amb duresa; és per això que es parla de violència de gènere que capacita o legitima a judici del legislador, per procedir a un increment dels mínims de les penes amb les quals castiga aquestes conductes; ara bé, s’oblida per part de les sentències que al·ludeixen aquest tipus de fonamentació el fet que també existeix un altre tipus de violència reprobable que és la que es manifesta entre membres de la família diferents de la relació pròpia del matrimoni o assimilada, sense que entre ells hi hagi necessàriament una relació de subordinació, violència aquesta que troba el seu major retret en l’atemptat a la pau familiar i que mereix un càstig més gran que el d’una simple falta entre altres dues persones sense més llaços d’unió. I, d’una altra banda, si bé és cert que en la violència habitual castigada en l’art.173.2 del Codi Penal, la situació de subordinació, de domini i de submissió de la víctima, intolerables en tot cas, pot trobar acomodatament en l’exigència típica de l’habitualitat, en l’art. 153 del Codi Penal es castiguen violències determinades i concretes, per la qual cosa no forma part del tipus de cap manera la submissió de la víctima, que per la seva pròpia definició, no existeix en les agressions puntuals”.

La Secció 20a de l’Audiència Provincial de Barcelona se situa en una línia interpretativa oposada. Segons la Sentència número 154/2.007, de 13 de febrer, respecte de l’article 153 CP:

“no s’exigeix un dol específic d’actuar contra l’esposa o companya sentimental "pel fet de ser dona", n’hi ha prou amb que s’executi l’acció descrita pel tipus quan entre l’agressor i la víctima es doni o s’hagués donat la relació establerta per la

norma, i que de l'entorn de circumstàncies s'infereixi que existia, tot i que fos puntualment, una situació de domini de l'home sobre la dona, comprenent-se, evidentment, dins del delictes "la primera vegada" que l'home agredís l'esposa o companya".

En la Sentència de la mateixa Secció de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 314/2.007, de 13 de març, també s'exigeix "acreditar una actitud" tendents a convertir l'àmbit familiar en un microcosmos regit per la dominació de l'home sobre la dona. I la Sentència d'aquesta mateixa Audiència i Secció, número 363/2.007, de 28 de març, requereix que els fets es produeixin en un context d'abús de poder i de domini de l'home sobre la dona, exteriorització de la discriminació de la dona i de les relacions de poder de l'home envers la dona. Finalment, en la Sentència de la mateixa Secció de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 243/2.007, de 6 de març, s'afirma també, respecte al delictes de l'article 153:

"Com ja ha tingut oportunitat aquesta Sala de pronunciar-se en altres ocasions, el que ha pretès el legislador en la redacció actual de l'art. 153 del CP és l'eradicació de la violència en l'àmbit familiar, entès com a nucli de convivència, protegint l'àmbit familiar de la dominació o subjugació d'algun dels subjectes que comprèn"; "Es justifica, per tant, l'exasperació del càstig en consideració al bé jurídic protegit que és la preservació de l'àmbit familiar, sancionant-se així els actes que exterioritzen una actitud tendent a convertir aquell àmbit en un microcosmos regit per la por i la dominació, perquè, en efecte, res defineix millor el maltractament familiar que la situació de domini i de poder d'una persona sobre la seva parella i els menors convivents (STS núm. 927/ 2000 de 24 de juny). En el cas d'interlocutòries i tal com consta en els fets provats de la resolució recorreguda que es manté inalterable: " ... en el decurs d'una discussió motivada per l'arribada tardana de l'acusat al seu domicili, la seva esposa Mariana el va colpejar amb un cinturó responent l'acusat a aquesta agressió llançant-li un biberó i donant-li un cop de peu al mentó.."

.. Així ho reconeix la denunciante en l'acte de la vista oral en manifestar "... el seu marit va arribar begut, ella estava empenyada i li va donar amb un cinturó i ell li va llençar un biberó a la cara..". D'això es dedueix que va haver una agressió mútua sense que hagi pròpiament una "víctima" tractant-se d'un supòsit de baralla mútuament acceptada, en la qual els intervinents són alhora agressors i agredits. En el cas d'actuacions i com que falta la situació de dominació per part d'un dels excònjuges sobre l'altre, en una interpretació teleològica s'ha de condemnar el recurrent com a autor d'una falta de lesions de l'Art. 617 1r del CP".

Existeixen també criteris interpretatius diferents dins de la Comunitat Valenciana.

La Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial d'Alacant, número 78/2.008, de 4 de febrer, resumeix la posició de la Secció sobre aquesta qüestió:

"... la representació de l'apel·lant discuteix la concurrència de circumstàncies per aplicar l'article 153.1 del Codi Penal, ja que no s'ha acreditat la intencionalitat d'atemptar contra (la) condició femenina de la víctima, semblant-li més apropiat la subsumció dels fets en la modalitat atenuada de la falta de l'article 617 del mateix text legal. En resum, el recurs indica que no s'ha produït en aquest cas una situació de domini o superioritat d'un integrant de la parella sobre l'altre o dels membres entre els quals es produeix el fet punible, que no constitueix element del tipus del delictes previst i penat en l'art. 153 del vigent Codi Penal, en el qual s'han tipificat conductes que abans eren constitutives de meres faltes tenint en compte les relacions de parentiu existents entre agressor i víctima, en molts dels casos sense que calgui convivència entre ells, tenint en compte que en l'Exposició de Motius de la LO 11/2003 s'argumenta en aquest sentit que els delictes relacionats amb la violència domèstica han estat objecte en aquesta reforma d'una

atenció preferent, per tal que el tipus delictiu abasti totes les seves manifestacions i perquè la seva regulació compleixi el seu objectiu en els aspectes preventius i repressius. Això no obsta perquè en casos molt precisos i excepcionals s'aprecii absència d'aquesta motivació per excloure'ls de la tipologia agreujada desplaçant-los a la modalitat inferior de la falta, com ha declarat aquesta Sala quan el canvi de clau d'un establiment comercial no tenia altre mòbil que la regularització de desavinences econòmiques entre els cònjuges en tràmit de dissolució de guanys; o el fet de donar una bufetada per reduir les ànsies i el nerviosisme que la carència de substància estupefaent provocava en la companya. Fora d'aquestes situacions aïllades i puntuals, com es diu actualment, ha de resplendir l'objecte final de la llei, que sorgeix com a resposta a situacions en les quals s'atempta contra la dignitat femenina, per raó del seu sexe, tractant de resoldre actuacions violentes, físiques o psíquiques, comeses contra elles per part dels homes amb els quals mantenen o han mantingut una relació afectiva o d'intimitat, similar a la matrimonial, de la qual resulti la manifestació de la discriminació, desigualtat i superioritat de l'home sobre la dona (art. 1 LO 1/2004, de 28 de desembre, de protecció integral contra la violència de gènere), imposant unes modalitats delictives agreujades, amb el lloable propòsit d'eradicar aquestes reprovables i inadmissibles conductes menyspreadores del sexe femení. I les agressions d'home a dona en l'àmbit d'aquesta relació sentimental constitueixen, generalment, una manifestació d'aquesta superioritat de l'home i supeditació de la dona, que amb més motiu haurà d'apreciar en aquest cas, atesa la proliferació d'actes similars esdevinguts amb anterioritat entre les parts contendents, pels quals ha estat condemnat l'apel·lant recentment, que denoten una absoluta falta de respecte a la condició de la seva dona i un atac permanent a la seva dignitat femenina orientats a mantenir-la sotmesa a la seva voluntat; resultant totalment justificada l'aplicació del tipus penal especial discutit en el recurs”.

D'altra banda, segons la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Castelló, número 33/2.008, de 24 de gener, l'article 1 de la Llei Orgànica 1/2.004 ha d'integrar els tipus penals i, en conseqüència:

“no procedeix aplicar l'art. 153, sinó la mera falta de l'art. 617 CP, en els casos de baralla mútuament acceptada, en els quals són els dos membres de la parella o de la relació familiar els que empren la violència amb motiu de dissensions i baralles entre iguals i desconnectades totalment d'aquestes situacions d'abús de poder, submissió o subjugació per raó del gènere o, més en general, del més dèbil pel més fort pròpies de la violència domèstica i de gènere”.

També exigeix acreditar la concurrència del pressupòsit de l'article 1 de la Llei Integral la Secció 1a de l'Audiència Provincial de València. En la Sentència número 184/2.007, de 15 de juny, sembla optar per la postura interpretativa eclèctica, quan afirma:

“la realitat és que tot i que no és necessari que consti provada la causa de l'agressió, correspon a l'acusat demostrar el seu origen si al·lega que l'acció violenta no té aquesta arrel. Això és així perquè el tipus d'agressió perpetrat evidencia per si mateix un exercici de domini sobre la dona i d'exteriorització del menyspreu i de la superioritat amb la qual actua l'agressor, sense cap reserva a l'hora de violentar físicament i moralment la denunciant en plena via pública. Si no apareix en la causa aquest motiu al qual al·ludeix el recurrent, s'entén que és perquè precisament la seva conducta no té una altra causalitat que no sigui el seu propi ànim discriminatori envers la dona, a la qual no respecta com a tal ni com a persona pel motiu que fos”.

Tanmateix, en les sentències analitzades de data posterior, sí s'exigeix la prova de l'esmentat pressupòsit. Segons la Sentència d'aquesta Audiència i Secció, número 221/2.007, de 10 de juliol, afirmar que els actes de violència de gènere comporten sempre l'existència de l'ànim discriminatori:

“xoca amb el que recull el nou article 87 ter de la Llei Orgànica del Poder Judicial que afirma que "Quan el Jutge apreciés que els actes dels quals té coneixement, de forma notòria, no constitueixen expressió de violència de gènere, podrà inadmetre la pretensió, remetent-la a l'òrgan judicial competent", la qual cosa implica la dificultat de conèixer quins actes són els que notòriament no constitueixen violència de gènere". I que "per apreciar la concurrència del delictes avui analitzat, no n'hi ha prou amb la mera presència d'una agressió material, sinó que a això s'ha d'afegir el plus que suposa que això respongui a una situació de domini, d'abús de la superioritat d'un dels cònjuges, en definitiva que respongui a una situació de discriminació”.

Posteriorment, en la Sentència de la mateixa Secció de l'Audiència Provincial de València, número 130/2.008, de 22 d'abril, es planteja si, en els casos d'absència de discriminació, s'hauria de condemnar per l'apartat 2 de l'article 153 [referent a la violència domèstica], enlloc de degradar de forma immediata a falta la qualificació jurídica dels fets, afirmant que:

“per aplicar aquest precepte de recollida caldria, en tot cas, que quedés constatat també, sense incloure la discriminació envers la dona (153.1), que la conducta reprotxada entrés en l'àmbit domèstic d'especial tutela materialitzat en les conductes típiques per qui sent membre del grup familiar o assimilat col·loca a l'altre en una situació de membre dèbil dins de la relació entre ambdós. Si no es demostra aquesta situació esdevé inexorable l'aplicació de la falta”.

L'audiència Provincial de Las Palmas, en les sentències analitzades, es posiciona clarament en la línia de les Audiències que sí exigeixen integració de l'article 1 en els tipus penals. Requereix que s'acrediti en cada cas concret la situació de prevalença o situació de desigualtat entre home i dona que aquell manifesta pel fet de ser ella dona, exercint sobre aquesta una relació de poder

perquè la considera mancada dels drets mínims de llibertat, respecte i capacitat de decisió. Segons la Sentència de la Secció 1a de l'esmentada Audiència, número 76/2.007, de 9 de febrer, també respecte a l'article 153, apartat 1r CP, s'ha d'evitar una aplicació automàtica d'aquest agreujament punitiu quan concorri simplement l'element objectiu relatiu al sexe d'agressor i víctima, entenent que, en cas de portar-se a terme, es produiria una doble vulneració de principis constitucionals: la presumpció d'innocència i el principi d'igualtat dels articles 24 i 14 de la CE, respectivament. I, així, s'afirma:

”Començant pel dret fonamental a la presumpció d'innocència, aquest desplega tots i cadascun dels seus efectes al llarg del procés penal, sent consubstancial al aquest que la persona que sostingui l'acusació acrediti la concurrència de tots i cadascun dels elements del tipus penal de manera que, si l'agreujament punitiu previst en l'apartat 1r de l'art. 153 del CP se sustenta, com s'ha dit, en una situació de prevalença de l'home sobre la dona, no només es pot sinó que necessàriament s'ha de provar en el cas concret aquesta situació de prevalença, ja que d'altra manera el legislador estarà establint una presumpció iure et de iure en contra del reu que seria manifestament contrària a l'esmentat dret fonamental a la presumpció d'innocència. Ni tan sols aquesta situació de prevalença es pot configurar com a iuris tantum perquè es vulneraria aquest dret fonamental, ja que el que resulta essencial a aquest és que es presumeix, llevat de prova en contra, que l'acusat no ha realitzat la conducta que se li imputa o que la que ha realitzat no s'ajusta al tipus penal, i cal que ho acrediti qui sostingui el contrari, i no a la inversa”;

Afegint que

“L'altre principi constitucional que aquest Tribunal considera vulnerat si es fa una aplicació automàtica de l'agreujament punitiu previst en l'apartat 1r de l'art. 153 del CP és el d'igualtat reconegut en l'art. 14 de la CE, el qual es consideraria infringit en un doble àmbit: d'una banda s'estaria

discriminant l'home pel fet de ser-ho, i de l'altra la dona en presumir el legislador sense possibilitat de prova en contra que es tracta d'un ésser sotmès i dominat per l'home sempre que hi hagi una agressió del primer envers la segona”.

També la Secció 3a de l'Audiència Provincial de Lleó, en la Sentència número 8/2.007 de 26 de febrer, exigeix per apreciar el delictes d'amenaques de l'article 171.4 i 6 CP:

“la concurrència d'un ànim que sigui manifestació de la discriminació, de la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones, ja que en cas contrari només procediria la falta d'amenaques lleus”.

L'Audiència Provincial de Saragossa, en la mateixa línia, es posiciona amb els Tribunals que requereixen que es provi aquesta situació de dominació de l'home sobre la dona. En la Sentència de la Secció 1a, número 447/2.007, de 19 de desembre, s'afirma que cal demostrar:

“una situació de prevalença de l'home sobre la dona per imposar la seva voluntat sobre ella dins de la relació que mantenen ja com a divorciats, situació que és la que sanciona la violència de gènere”.

D'altra banda, en l'única Sentència de l'Audiència Provincial d'Osca que integra el material objecte d'aquest estudi, de la Secció 1a, número 224/2.007, de 28 de desembre, no s'exigeix prova d'aquest element finalístic quan afirma:

“Pel que fa al segon dels fets pel qual es condemna l'apel·lant, aquest considera que, atesa l'escassa gravetat que ell aprecia en aquesta conducta, aquesta podria haver estat qualificada com a constitutiva d'una falta d'amenaques i no del delictes homòleg, a la qual cosa cal objectar que, després de la reforma de l'art. 171 del Codi Penal operada per la Llei Orgànica 1/2004 de 28 de desembre sobre mesures de protecció integral contra la violència de gènere, tant les amenaces greus com les lleus són constitutives de delictes si el subjecte actiu és o ha estat

cònjuge o company sentimental de la víctima, sent d'aquesta manera impossible que en aquest àmbit familiar es puguin qualificar les amenaces com a constitutives d'una simple falta. Per tant, i ja que també en aquest cas considera la Sala que la condemna de l'acusat ha estat irreprotxablement argumentada per la persona que jutja d'instància, la Sentència recorreguda ha de ser confirmada per la seva pròpia i oportuna fonamentació”.

La Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid exclou també sense embuts un element finalístic o normatiu necessitat de prova en els tipus penals analitzats. Resum de la seva doctrina es conté en la següent cita de la seva Sentència número 374/2.007, de 30 d'abril. El recurrent al·legava que no podia produir-se el delictes de maltractament pel qual resultava condemnat, ja que no existia la situació de prevalença entre agressor i víctima que, segons la seva argumentació, el tipus penal exigeix. L'Audiència Provincial rebutja l'argument:

“Aquest Tribunal ha de rebutjar aquest plantejament. El propòsit finalístic que s'invoca no constitueix cap dels elements del tipus penal aplicat -maltractament en l'àmbit de la violència de gènere, de l'art. 153.1-, que no exigeix, en conseqüència, la prova que les raons últimes en l'actuació del subjecte, alienes al procés penal, com en la resta de les infraccions penals -així, al dret penal li resulta aliena la destinació que l'autor d'un delictes de robatori pretengui donar al botí de la seva acció depredadora-, sinó que, objectivament, i de forma intencionada i voluntària, ha perpetrat l'acció que el legislador ha considerat constitutiva de l'il·lícit penal, i li ha aparellat una pena determinada. És al legislador, doncs, a qui va adreçat el mandat d'actuar contra la violència de gènere que, conforme a la ja dilatada experiència jurídica i als diferents Tractats Internacionals subscrits pel nostre país, constitueix una expressió, la més cruel, de la manifestació d'una concepció de la dona com a subordinada a l'home, i subjecta a la seva obediència i submissió, en les seves relacions de parella, pel manteniment de la qual s'exerceix, precisament, una violència que, per això, requereix una resposta penal específica, més

greu i especialitzada pel que fa als instruments que han de destinar-se a la més eficaç protecció de les víctimes.

En conseqüència, aquest element finalístic no constitueix un requisit fàctic que necessiti prova, en la configuració del tipus penal; n'hi ha prou amb l'acreditació de l'acció expressiva de la violència, i les relacions de parella, vigents o passades, entre agressor i víctima, -elements que sí han resultat convenientment acreditats- perquè s'estimi la procedència del delicte pel qual el recurrent ha estat condemnat”.

En la Sentència de la mateixa Secció de l'Audiència Provincial de Madrid, número 477/2.007, de 18 de juny, s'insisteix en aquesta argumentació, afirmant que l'article 153 del Codi Penal:

“des del punt de vista del tipus objectiu, necessita l'acció de causar menyscabament psíquic o físic constitutiu de falta per qualsevol mitjà o de colpejar o maltractar d'obra sense causar lesió; i en segon terme, que la víctima sigui una de les persones compreses en l'art. 153 en relació amb el 173.2 CP. Des del punt de vista subjectiu, el tipus només requereix el dol entès com a ànim genèric (de) menyscabar o atemptar contra la integritat corporal o salut física o mental d'aquesta, tant si això es volgut directament per l'agent com si aquest s'ha representat la possibilitat del resultat (dol eventual). No exigeix el tipus cap altre ànim especial o diferent relacionat amb la prova de les raons últimes en l'actuació del subjecte, que són alienes al procés penal, com en la resta de les infraccions penals, sinó que únicament s'acrediti que objectivament i de forma intencionada i voluntària, ha perpetrat l'acció que el legislador ha considerat constitutiva de l'il·lícit penal, i li ha aparellat una pena determinada”.

L'Audiència Provincial de Biscaia, en idèntica posició a la de Madrid, també exclou que l'expressió de l'article 1 de la Llei Integral constitueixi requisit del tipus objecte de prova. Assenyala la Sala, en la seva Sentència de la

Secció 6a, número 299/2.007, de 26 d'abril, que:

“El precepte penal no exigeix que aquests elements subjectius siguin objecte de prova en l'acte plenari, sinó que donen resposta a l'article 1.1 de la LO 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la violència de gènere, que estableix com a manifestacions de la seva presència, tot acte de violència de l'home sobre la dona amb la qual existeix o ha existit una relació de parella, de la qual cosa es dedueix que aquests elements subjectius constitueixen una presumpció iuris et de iure, no precisant de prova en l'acte del judici oral, sinó que es presumeix pel fet que un home lesiona, menyscaba psíquicament, colpeja o maltracta, encara que sigui sense causar lesió, una dona amb la qual ha tingut una relació conjugal o similar d'afectivitat, fins i tot sense convivència, conducta que per si sola implica aquesta posició de poder o de superioritat d'ell sobre ella”.

El que abans s'ha assenyalat posa de manifest que són diversos els criteris interpretatius mantinguts per les nostres Audiències sobre aquesta qüestió en el període examinat, abans que es pronunciés sobre aquest aspecte el Tribunal Constitucional. Això ha comportat respostes dispars a aquests problemes, podent resultar afectat el principi de seguretat jurídica.

II.7. CIRCUMSTÀNCIES MODIFICATIVES DE LA RESPONSABILITAT CRIMINAL TINGUDES EN COMTE EN LES SENTÈNCIES DE LES AUDIÈNCIES PROVINCIALS

Les sentències analitzades revelen l'escassa incidència que tenen les diferents circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal en els pronunciaments de condemna en els delictes de violència de gènere. El resultat del seu examen és el següent:

5- CIRCUMSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL TENIDAS EN CUENTA EN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL			
5.1) - AGRAVANTES	5.2) - ATENUANTES	5.3) - EXIMENTES	5.4)-EXIMENTES INCOMPLETAS
5.1.1) - Alevosía	5.2.1) - Adicción sustancias	5.3.1) - Alteración Psíquica	
5.1.2) - Abuso de superioridad	5.2.2) - Arrebató	5.3.2) - Intoxicación plena	0,89%
5.1.3) - Precio....	5.2.3) - Confesión	5.3.3) - Alteración conciencia	0,89%
5.1.4) - Motivos racistas....	5.2.4) - Reparación daño	5.3.4) - Defensa propia	
5.1.5) - Ensañamiento	5.2.5) - Parentesco	5.3.5) - Estado de necesidad	
5.1.6) - Abuso de confianza	5.2.6) - Análogica	5.3.6) - Medio insuperable	
5.1.7) - Prevalimiento carácter público (*)		5.3.7) - Cumplimiento deber o Ejerc.L.Dº	
5.1.8) - Reincidente			
5.1.9) - Parentesco			
Porcentaje calculado sobre sentencias CONDENATORIAS			

II.7.1. CIRCUMSTÀNCIES ATENUANTS

És reduït el nombre de sentències que estimen la concurrència de circumstàncies atenuants: 17 per addicció a substàncies (3,78%), 15 aplicant l'atenuant analògic (3,33%), 4 per reparació dels danys (0,89%), 1 per confessió (0,22%) i 1 per arravatament (0,22%). Destaquen les següents.

II.7.1.1. Addicció a substàncies

A) General

L'addicció d'una persona a begudes alcohòliques, drogues tòxiques, estupefaents, substàncies psicotròpiques o d'altres que produeixin efectes anàlegs pot provocar diferents conseqüències sobre la seva responsabilitat penal: pot determinar la concurrència d'un eximent complet, quan resulti acreditat que l'autor pateix una anomalia o alteració psíquica a causa del consum prolongat i intens de substàncies, de manera que no sigui capaç de comprendre la il·licitud de la seva conducta o d'actuar conforme a aquesta comprensió (article 20.1a CP), o quan es trobi en estat d'intoxicació plena o síndrome d'abstinència que li impedeixi comprendre la il·licitud del fet o actuar conforme a aquesta comprensió (article 20.2a CP). També pot actuar com eximent incomplet, en els casos d'intoxicació semiplena o síndrome d'abstinència no totalment inhabilitant (article 21.1a CP), o, si s'escau, com a circumstància atenuant, quan el culpable actuï a causa de la seva greu addicció a aquestes substàncies, és a dir, en els casos d'addicció prolongada en el temps i intensa a substàncies que perjudiquen greument la salut.

En les sentències estudiades s'aplica la circumstància atenuant consistent en l'addicció a substàncies en 17 supòsits, és a dir, en el 3,78% de les resolucions. Cal destacar que s'estima en un nombre inferior de casos que en les sentències dictades per Tribunal de Jurat i per les Audiències Provincials en casos d'homicidi i/o assassinat en l'àmbit de la parella o exparella: en les corresponents a l'any 2007 era apreciada en un 14% de les resolucions (5 casos). En tot cas, la seva incidència en els delictes de violència de gènere és escassa.

Més endavant s'examinen els supòsits en els quals l'addicció a les begudes i substàncies determinen un eximent, complet o incomplet.

B) Embriaguesa

En l'àmbit objecte d'estudi, la defensa al·lega freqüentment la concurrència d'aquesta circumstància atenuant en relació amb l'embriaguesa. No obstant això, aquesta acostuma a ser desestimada perquè no concorre prova dels seus fonaments fàctics: no s'acredita la ingesta prèvia d'alcohol, o bé no consta que aquesta ingesta hagi afectat la capacitat de voler i entendre de l'acusat. Així es pronuncia la Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 13/2.007, de 30 de maig, davant l'al·legació de la defensa sobre concurrència d'un atenuant analògic d'embriaguesa, que rebutja, afirmant que

“respecte a l'embriaguesa només consten les manifestacions del processat en l'acte del Judici Oral, quan diu que abans dels fets va sortir a donar un tomb amb la Sra. i que havien estat a bars i pres uns setze o disset quintos (cerveses) i que estava afectat perquè a ell se li assenta molt malament la beguda”. No obstant això, la Sra. manifesta que en efecte van sortir a donar un tomb, però que van prendre en total quatre cerveses i que el processat no anava begut. La filla Maria Milagros és contundent i diu que el seu pare no anava begut. Els Polícies Locals núm. ... i neguen que el processat anés begut...”

II.7.1.2. Reparació dels danys

A) General

L'article 21.5a CP recull la circumstància atenuant consistent en *“haver procedit el culpable a reparar els danys ocasionats a la víctima, o disminuir els seus efectes, en qualsevol moment del procediment i abans de la celebració de l'acte del judici oral”*. Com es pot observar, no fa referència al penediment o altres mòbils, sinó que exigeix un esforç per part de l'imputat per reparar els danys causats pel delictes o per disminuir els seus efectes.

El fonament d'aquest atenuant radica en motius de política criminal, per fomentar la satisfacció de les necessitats de la víctima. Com afirma l'esmentada Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, de 30 de maig del 2.007,

“són principalment raons de política criminal orientades a la protecció de les víctimes de tota mena de delictes, les que sustenten la decisió del legislador d'establir una atenuació en la pena en consideració a actuacions de l'autor del delicte, després de cometre'l, consistents en la reparació total o parcial, tot i que sempre ha de ser significativa dels danys ocasionats per la conducta delictiva”.

Aquesta circumstància ha estat estimada en 4 sentències, la qual cosa suposa un 0,89% de les resolucions estudiades. Específicament, la Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, ja esmentada, de 30 de maig del 2007, en un procés per delicte de lesions, aprecia aquesta circumstància perquè l'acusat, un cop produïda la punxada en el costat, procedeix a socórrer activament la víctima, avisant al 112, esperant a la Policia i auxiliant-la fins que arriba el servei mèdic, malgrat la negativa de la víctima, apreciand igualment l'atenuant de confessió.

B) Circumstància molt qualificada

Aquesta circumstància pot ser apreciada com a molt qualificada en els casos en què el subjecte té un comportament que es pot considerar superior al normal que qualsevol persona hagués portat a terme per reparar els danys o per disminuir els efectes del delicte.

En aquest sentit, la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Granada, número 152/2.007, de 9 de març, en conèixer d'un recurs d'apel·lació en un procés per un delicte de coaccions, estima parcialment el recurs i aprecia la concurrència de la circumstància atenuant molt qualificada de reparació dels danys perquè l'acusat, immediatament després de realitzar la seva acció coactiva, va intentar posar-hi fi despenjant-se fins al pati comú de l'edifici per

intentar obrir la porta des de l'exterior. Aquesta acció, segons la Sala,

“no només permetria minorar el retret penal exigible, en els termes que estableix el paràgraf últim de l'article 172 del Codi Penal, sinó que integra de manera qualificada la circumstància atenuant de reparació dels danys que preveu l'article 21,5a del mateix Codi, tot això amb la corresponent conseqüència de rebaixar en dos graus la pena privativa de llibertat objectivament atribuïda al delicte...”.

II.7.1.3. Confessió

Aquesta circumstància, regulada amb un caràcter eminentment objectiu en el vigent Codi Penal, concorre quan el culpable ha procedit, abans de conèixer que el procediment es dirigeix contra ell, a confessar la infracció a les autoritats (article 21.4t CP). Té com a finalitat atorgar un tracte més favorable als autors del delicte que faciliten la seva investigació.

En les sentències objecte d'aquest estudi només s'aprecia en un cas, és a dir, en un 0,22% de les resolucions analitzades. Aquest percentatge revela la important diferència quantitativa de la seva apreciació davant les sentències dictades per Tribunal de Jurat en casos d'homicidi/assassinat en l'àmbit de la parella o exparella: en les corresponents a l'any 2.006, era estimada en un 36% dels casos, mentre que en les del 2.007 (l'estudi de les quals també incloïa les dictades per les Audiències Provincials) ho era en un 26%. Aquesta diferència està directament relacionada amb la gravetat del delicte comès.

La Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, de 30 de maig del 2.007, abans esmentada, estima, com s'ha indicat anteriorment, la concurrència d'aquest atenuant en un procés per delicte de lesions, perquè

“ha quedat provat amb la testifical dels Polícies locals que van acudir a la trucada del processat, que aquest els va rebre i els

va explicar el que havia succeït, reconeixent els fets, acompanyant-los a l'habitació on es trobava la seva dona i lliurant-los el ganivet; comportament que satisfà l'atenuant de confessió, que com passa amb el de reparació dels danys, és predominantment objectiu (STS 1737/2002, de 20 de desembre, i 700/2002, de 18 d'abril)".

II.7.2. CIRCUMSTÀNCIES AGREUJANTS

La circumstància agreujant aplicada en més casos en les resolucions condemnatòries objecte d'estudi és la de reincidència (21 sentències, és a dir, un 4,67%), seguida de la de parentiu (13 sentències, un 2,89% d'elles). A part de les anteriors, només s'ha aplicat la circumstància d'abús de superioritat (1 sentència) i la d'abús de confiança (també en 1 sentència). Com es pot observar, també és reduït el nombre de sentències que estimen la concurrència de circumstàncies agreujants. Específicament, l'agreujant de parentiu, en l'aplicació que d'ell han efectuat les sentències analitzades, suscita algunes qüestions d'interès.

II.7.2.1. La circumstància de parentiu

La concurrència d'una relació de parentiu entre l'autor i la víctima té diferents efectes en el Dret Penal, atesa la naturalesa del bé jurídic protegit per cada tipus criminal: de vegades té efectes agreujants de la pena (delictes que tenen un contingut de caràcter personal), altres vegades els seus efectes són atenuants (figures delictives que no protegeixen un bé jurídic individual). Fins i tot pot determinar l'exclusió de la responsabilitat (excusa absolutòria de l'article 268.1 CP).

Quan concorre en l'àmbit de la violència de gènere, tal com defineix la Llei Orgànica 1/2.004, el parentiu actuarà sempre com a agreujant perquè ens

trobem amb delictes que tenen un contingut eminentment personal. No obstant això, aquest agreujament pot concórrer de dues formes diferents: com a element tingut en compte pel tipus penal mateix per definir el tipus penal o per agreujar la pena; o com a circumstància modificativa de la responsabilitat que desplega efectes com a agreujant.

A) Circumstància inherent al tipus penal

Examinant la primera possibilitat, quan el tipus penal de la Part Especial del Codi té en compte el parentiu en la descripció típica de la infracció, no es pot apreciar la circumstància de l'article 23 com a agreujant. Per exemple, cal assenyalar el delicte de maltractament habitual en l'àmbit de la violència domèstica o de la violència de gènere (article 173.2 del Codi Penal) o determinats articles en delictes contra la llibertat sexual (articles 180.1, 4a, 192.1 ... CP). El principi *ne bis in idem* impedeix sancionar dues vegades una mateixa conducta, així com extreure del mateix fet una doble conseqüència punitiva.

En aquest sentit, la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció 27a, de 30 de maig del 2007, abans esmentada, no aprecia la concurrència de la circumstància de parentiu, en un cas de condemna per l'article 148.1 i 4 CP, ja que apareix expressament en la descripció de l'apartat 4. Cal recordar que l'article 148.4 CP estableix que *“les lesions previstes en l'apartat 1 de l'article anterior podran ser castigades amb la pena de presó de dos a cinc anys, atès el resultat causat o risc produït:...4.- Si la víctima fos o hagués estat esposa o dona que estigués o hagués estat lligada a l'autor per una anàloga relació d'afectivitat, fins i tot sense convivència”*.

B) Circumstància modificativa

En la resta de supòsits, resulta aplicable la circumstància mixta de l'article 23 del Codi Penal que, tal com s'ha indicat anteriorment, sempre agreuja la

responsabilitat dels tipus penals en violència de gènere. En les sentències objecte del present estudi s'aprecia com a agreujant en 13 casos i en cap cas com a atenuant.

L'esmentat article 23 CP disposa que *“és circumstància que pot atenuar o agreujar la responsabilitat, segons la naturalesa, els motius i els efectes del delicte, ser o haver estat el perjudicat cònjuge o persona que estigui o hagi estat lligada de forma estable per anàloga relació d'afectivitat, o ser ascendent, descendent o germà carnal o per adopció de l'ofensor o del seu cònjuge o convivent”*.

La Sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de Biscaia, número 114/2.007, de 27 de desembre, entre d'altres, condemna l'acusat com a autor d'un delicte de lesions de l'article 150 CP, amb la concurrència de l'agreujant de parentiu. Com raona la sentència mateixa,

“el subjecte actiu del delicte, abusant de la confiança i comunitat de sentiments que generava la relació de parella, amb absolut menyspreu a la vida comú passada i a la filla d'ambdós fruit d'aquesta unió, va agredir físicament la seva parella”.

C) La seva incidència en els supòsits de falta d'afectivitat

Diferents sentències analitzades apliquen l'agreujant de parentiu en situacions de falta d'afectivitat. Abans de la reforma del Codi Penal de l'any 2.003, la jurisprudència entenia que aquesta circumstància quedava exclosa com a agreujant en els casos en què la relació de parella tenia un grau de deteriorament que no podria presentar un fonament suficient per justificar una major reprovabilitat a l'autor (Ple no jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 18 de febrer del 1.994, que va ser recollit en nombroses sentències), si bé la jurisprudència mateixa matisava la seva posició entenent que no tot deteriorament de les relacions sentimentals extingia per si mateix la possibilitat de la seva aplicació.

La reforma de l'article 23 CP que va tenir lloc per la Llei Orgànica 11/2.003, de 29 de setembre, referida a mesures concretes en matèria de

seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers, va determinar una *objectivació* de la circumstància mixta de parentiu. Per expressa determinació legal, concorrerà aquesta circumstància encara que hagi desaparegut el matrimoni o la relació d'anàloga afectivitat, sempre que els fets estiguin relacionats amb aquesta convivència, directament o indirectament (Sentència del Tribunal Suprem de 14 d'octubre del 2.005).

En aquest sentit, la Sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de Biscaia, número 114/2.007, de 27 de desembre, argumenta que

“es pretén intensificar la resposta penològica a situacions que desembocaven en gravíssims atemptats dins del cercle familiar (violència de gènere). El legislador va objectivar la circumstància i va minimitzar, fins anul·lar-la, la necessitat que el vincle matrimonial o assimilat persistís, i tot això per raons de política criminal que, atès el sentiment general de la societat, feia necessari posar fre a les violentes i agressives manifestacions entre parelles que conviuen o havien conviscut, intentant que tingués en l'autor del fet un efecte dissuasori”.

En aquest mateix sentit s'expressa la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Valladolid, número 35/2.008, de 3 de març, que condemna l'acusat com a autor d'un delictes d'homicidi concorrent, entre d'altres, l'agreujant d'haver estat l'acusat cònjuge de la víctima, ja que la sentència de divorci era de 3 de febrer del 2.006 i els fets succeeixen l'1 de març del mateix any.

II.7.2.2. La reincidència

Segons l'article 22.8, 2n CP, *“hi ha reincidència quan, en delinquir, el culpable hagi estat condemnat executòriament per un delictes comprès en el mateix Títol d'aquest Codi, sempre que sigui de la mateixa naturalesa”*. El Codi Penal vigent recull la reincidència denominada específica, que concorre amb la

presència de tres requisits: que l'autor hagi tornat a delinquir; que en aquell moment el subjecte hagués estat ja executòriament condemnat; i que la condemna s'hagués dictat per un delictes comprès en el mateix Títol, i que sigui de la mateixa naturalesa, és a dir, que els delictes han de ser iguals o similars (ha de concórrer atac contra un bé jurídic protegit igual).

Cal destacar que aquesta circumstància és la que té una major aplicació en les sentències objecte del present estudi, ja que s'ha estimat en 21 resolucions, és a dir, en un 4,67% de les condemnatòries, la qual cosa demostra, en un principi, un grau moderat de reiteració per part dels autors de delictes enjudiciats en l'àmbit de la violència de gènere.

II.7.2.3. L'abús de confiança

L'article 22.6è CP contempla la circumstància d'“obrar amb abús de confiança”, que consisteix que l'autor abusa d'una relació de confiança o de familiaritat en el tracte, faltant d'aquesta manera als deures de lleialtat i fidelitat. L'abús d'aquesta relació és ja tingut en compte en la concurrència de la circumstància de parentiu, la qual cosa determinaria una dificultat d'aplicació d'aquest agreujant en matèria de violència de gènere.

No obstant això, s'ha de tenir en compte que en algun cas s'aprecia aquesta circumstància en els delictes contra les dones. En aquest sentit, la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Valladolid, número 35/2.008, de 3 de març, estima la concurrència d'aquest agreujant perquè

“si bé és cert que H. i C. estaven divorciats, també és cert que conviuen a la mateixa casa i que dels testimoniatges dels fills i amics s'acredita que existia entre ambdós una relació de confiança, ella continuava fent-li el menjar a ell, sortien a passejar junts i Cristina l'acompanyava al metge”,

Afegint, més endavant, que

“concorren doncs tots els requisits que configuren aquest agreujant. Vivien junts al mateix domicili, si bé en habitacions separades, hi havia confiança entre ells, en la forma que ha donat com provada el Jurat, i H. es va aprofitar d'això per tenir més facilitat en la comissió dels fets, disminuint la possibilitat de defensa d'ella, que precisament per aquella confiança no esperava rebre aquella agressió”.

II.7.2.4. L'abús de superioritat

Aquesta circumstància agreujant, prevista en l'article 22.2 CP, no pot ser apreciada en els supòsits en què el desequilibri de forces sigui imprescindible per cometre el delictes, ja sigui perquè es tracti d'un element del tipus, o perquè les circumstàncies concretes del delictes impliquin que necessàriament s'ha de realitzar d'aquesta manera. A aquests efectes, s'ha de tenir en compte que l'article 67 CP estableix que *“les regles de l'article anterior no s'aplicaran a les circumstàncies agreujants o atenuants que la llei hagi tingut en compte en descriure o sancionar una infracció, ni les que siguin d'aquesta manera inherents al delictes que sense la concurrència d'elles no es podria cometre”.*

La Sentència de la Secció 3a de l'Audiència Provincial de Jaén, número 60/2.007, de 14 de març, no estima aplicable aquesta circumstància en un delictes de maltractament habitual de l'article 173.1 CP perquè no existeix en el supòsit enjudiciat cap prova de la concurrència de la circumstància agreujant de referència, ja que no consten els seus elements constitutius. I afegeix que

“més aviat podria dir-se que la comissió del delictes de maltractaments habituals ha suposat l'aprofitament de l'agressor de la seva posició dominant respecte a la víctima, dotada d'una escassa autoestima i una falta de resposta contundent als seus atacs, tot i que en determinats casos es defensés d'ells o els denunciés. Significatiu resulta que F. no comparegués al Judici de Faltes per amenaces, o que, com es va dir, reprengués la convivència amb el seu marit després de la condemna del Jutjat Penal i d'aquesta Sala”.

Així mateix, cal destacar la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Valladolid, número 35/2.008, de 3 de març, que aprecia, en un delictes d'homicidi, la concurrència d'abús de superioritat derivada de l'ús d'arma blanca per part de l'agressor, que redueix la possibilitat de defensa per part de la víctima. Segons l'esmentada sentència,

“aquest agreujant pot sorgir pel nombre d'atacants que agredeixen una víctima i debiliten per això la defensa d'aquesta última, o pels mitjans emprats que disminueixen la possibilitat de defensa. Mentre la traïdoria anul·la tota possibilitat de defensa, ja que consisteix en un atac a traïció o cara a cara però de forma ràpida i inesperada, l'abús de superioritat disminueix la possibilitat de defensa (no l'anul·la). El Jurat ha apreciat la concurrència de l'agreujant d'abús de superioritat pel mitjà emprat per H. en l'agressió, un ganivet, la qual cosa va implicar per al Jurat una desproporció important entre els mitjans emprats per l'agressor i els que podia tenir la víctima per defensar-se. Com va raonar i va donar per provat el Jurat, H. tenia una situació de força avantatjosa, pel mitjà emprat per l'agressió, un ganivet, minvant així (no anul·lant) els mitjans de defensa de la víctima. És evident, doncs, que l'ús per part de l'acusat d'un ganivet va augmentar molt la capacitat ofensiva de l'atacant generant una desproporció de forces entre agressor i víctima”.

II.7.3. CIRCUMSTÀNCIES EXIMENTS

Cap de les sentències analitzades estima la concurrència d'un eximent complet. És a dir, no existeix, en la mostra objecte d'estudi, cap supòsit d'alteració psíquica o d'addicció a alcohol o a altres substàncies que hagi determinat la inimputabilitat de l'autor del delictes.

D'altra banda, els eximents incomplets s'estimen en molt pocs supòsits: el d'alteració psíquica en 4 casos (0,89% de les sentències condemnatòries), i el d'intoxicació en altres 4 resolucions (0,89% de les mateixes sentències).

II.7.3.1. L'alteració psíquica

S'acaba d'assenyalar que aquesta circumstància només s'ha apreciat com a eximent incomplet en 4 sentències. Això revela, en la mostra representativa objecte d'estudi, l'escassa incidència de les malalties psíquiques sobre la imputabilitat de l'autor en els delictes de violència de gènere.

Aquest resultat coincideix amb les conclusions dels estudis anteriorment efectuats sobre les Sentències dictades pels Tribunals del Jurat en supòsits d'assassinats o homicidis en l'àmbit de la parella o exparella: en les dictades l'any 2.006, es va considerar com a eximent complet en un 3% dels casos, i com a eximent incomplet en un altre 3% dels supòsits; les sentències dictades l'any 2.007 (any en el qual també es van incorporar a l'estudi les resolucions dictades en aquest àmbit per les Audiències Provincials) no el van apreciar com a eximent complet en cap cas, considerant-lo com a eximent incomplet en 5 supòsits (14%).

II.7.3.2. La intoxicació

La intoxicació plena per addicció a begudes alcohòliques, drogues tòxiques, estupefaents, substàncies psicotròpiques o d'altres que produeixin efectes anàlegs no s'ha estimat com a circumstància eximent en cap cas en les sentències analitzades, apreciand-se com a eximent incomplet en 4 resolucions, la qual cosa suposa un 0,89% sobre el total de sentències condemnatòries.

Novament revela l'escassa incidència de l'addicció a l'alcohol i les drogues sobre la imputabilitat de l'autor en la violència de gènere, tant a nivell d'eximents com en el cas dels atenuants. Aquesta afirmació coincideix, així mateix, amb les conclusions derivades de l'anàlisi de les sentències dictades pels Tribunals del Jurat i per les Audiències Provincials (la d'aquestes últimes, respecte a les dictades l'any 2.007) abans esmentades, en les quals es va apreciar només com a circumstància atenuant en un 9% de les sentències dictades l'any 2.006 i en un 14% de les dictades l'any 2.007.

II.8. APLICACIÓ DE L'ARTICLE 468 CP: EFECTES DEL CONSENTIMENT DE LA VÍCTIMA EN LA REPRESA DE LA CONVIVÈNCIA, EXISTINT UNA ORDRE D'ALLUNYAMENT (PENA O MESURA)

De les 72 sentències que s'han pronunciat sobre l'article 468 del CP, una mica més de la meitat han abordat els efectes del consentiment de la víctima en la represa de la convivència, existint una ordre d'allunyament, ja sigui com a pena, o com a mesura cautelar.

II.8.1. Introducció

La prohibició al (presumpte) agressor d'apropament a la víctima pot ser imposada:

1r. Bé com a mesura cautelar.

2n. Bé com a pena a l'empara de l'article 48 del Codi Penal en els supòsits de condemna per delictes relatius a la violència de gènere, i pels vinculats a la violència domèstica.

Aquesta diferenciació es trasllada al Codi Penal, en l'article núm. 468.2 del qual, ubicat sistemàticament en el Capítol VIII, Títol XX del Llibre II del Codi Penal, es castiga el trencament de pena o de mesura cautelar. L'actual redacció de la conducta típica s'introdueix per la Llei Orgànica 1/2.004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere. Es castiga en aquest tipus penal amb la pena de presó de 6 mesos a 1 any a les persones que trenquin una pena de les que contempla l'article 48 del Codi penal o una mesura de seguretat de la mateixa naturalesa imposades en processos en els quals l'ofès sigui alguna de les persones a les quals fa referència l'article 173.2 del mateix Codi.

Fins al moment de l'entrada en vigor de l'article 468.2 CP, en la seva redacció actual, no s'havia produït el debat jurídic sobre si el consentiment de l'ofès podia afectar d'alguna manera la consumació de la conducta típica. Aquest debat es va introduir a partir de la Sentència del Tribunal Suprem número 1.156/2.005, de 26 de setembre, que va expressar algunes consideracions noves. La sentència feia referència a les conseqüències de la decisió de la persona beneficiària de la mesura cautelar d'allunyament de mantenir relació o convivència amb el subjecte al qual se li havia imposat la mesura sobre l'efectivitat d'aquesta, arribant a la conclusió de negar rellevància penal als supòsits en què el trencament es produís amb consentiment de la persona beneficiària de la mesura cautelar o en els casos que hagués dubte sobre la seva voluntat de mantenir l'esmentada mesura. El Tribunal Suprem va afirmar que, en aquests casos, decau *de facto* la mesura cautelar, i que, en aquests supòsits, la conducta és atípica.

Aquesta postura va ser modificada en sentències posteriors de l'alt Tribunal (SSTS números 69/2.006, de 20 de gener, i 10/2.007, de 19 de gener). En aquesta última, s'estableix:

“L'accés a casa el dia 29 d'octubre es va produir amb l'aquiescència de la dona, a l'argument de la qual no s'acull el recurrent, perquè és conscient que el consentiment de l'ofesa en aquest cas no podria eliminar l'antijuridicitat del fet. Primer, perquè el consentiment estava condicionat o viciat per “pressions de la família” segons indiquen els fets provats; i, segon, perquè la vigència del bé jurídic protegit no queda enervada ni entelada pel consentiment de la dona, ja que és el principi d'autoritat el que s'ofèn amb el delictes de trencament de mesura. És cert que aquesta mesura s'acorda per raons de seguretat en benefici de la dona, per a la protecció de la seva vida i integritat corporal -que tampoc no són béns jurídics disponibles per part d'aquesta- però en qualsevol cas, no és el bé jurídic que directament protegeix el precepte”.

La doctrina del Tribunal Suprem s'ha anat matisant fins adoptar la seva Sala Segona l'acord, en Sala General celebrada el 25 de novembre del 2.008, que fa referència a la interpretació de l'article 468 CP en els casos de mesures cautelars d'allunyament en els quals s'hagi provat el consentiment de la víctima. En aquest, rotundament, conclou:

“El consentiment de la dona no exclou la punibilitat als efectes de l'article 468 del CP”.

Aquest acord no jurisdiccional va ser aplicat en la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem, de 29 de gener del 2.009, en la qual es recull:

“D'altra banda, pel que fa al fons de l'assumpte, és a dir, a la rellevància que pugués tenir el consentiment de l'esposa per a l'exclusió d'aquest delictes de l'art. 468 CP en els casos de mesura cautelar (o pena) contra el marit consistent en prohibició d'allunyament, l'assumpte va ser tractat en una reunió de ple no jurisdiccional, celebrada el passat 25 de novembre, en la qual, per una majoria de 14 vots a 4, es va acordar que “el consentiment de la dona no exclou la punibilitat als efectes de l'art. 468 CP”; tot això prenent com a base la idea clau de la irrellevància en dret penal del perdó de la persona ofesa per la infracció criminal, principi que només té la seva excepció en els denominats delictes privats, que és quan expressament la llei penal així ho preveu”.

II.8.2. Anàlisi dels diferents criteris interpretatius

La rellevància del consentiment de la víctima en la represa de la convivència, existint prohibició d'aproximació (pena o mesura), ha estat considerada de diferents formes per les Audiències Provincials, conferint o negant eficàcia extintiva en la consumació de l'acció típica en el delictes de trencament de condemna i/o mesura cautelar.

Un grup de les sentències analitzades manté que el consentiment no té rellevància extintiva en l'acció típica. Entre aquestes sentències, destaquen:

1a. La Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 66/2.008, de 14 de gener. Considera que el consentiment de la víctima no confereix eficàcia extintiva a la mesura cautelar. Valora que no resulta traslladable la posició del Tribunal Suprem, mantinguda en la primera resolució esmentada, als supòsits en què la prohibició d'apropament tingui naturalesa de pena: en fase d'execució, el seu temps queda determinat en sentència ferma i ha de ser esgotat fins a la seva extinció. Per això la voluntat de la persona protegida no pot tenir cap incidència ni en la durada ni en l'extinció de la condemna, ja que aquesta, com la resta de penes, és d'obligat compliment.

Aquesta sentència ofereix el que anomena un "*curs legal per pal·liar el conflicte*" que pot derivar-se del dictat d'una sentència que imposi una pena d'allunyament, quan se sol·licita un indult parcial, juntament amb la petició simultània de la suspensió d'execució de l'esmentada pena. Aquesta és una previsió de l'article 4.4 CP, fins que el Govern es pronunciï sobre això, que, en aquests casos, pot evitar la separació forçosa de la parella quan aquesta sigui contrària a la seva mútua voluntat.

2a. La Sentència de la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Girona, número 533/2.007, de 12 d'octubre. Considera que el consentiment no té rellevància per reprendre la convivència quan existeix una pena d'allunyament perquè aquesta és precisament la conducta que castiga l'article 468.2 CP.

3a. La Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 497/2.007, de 5 de juliol. Entén que el consentiment no és rellevant en relació amb les finalitats exculpatòries quan es tracta d'un incompliment de l'allunyament adoptat com una pena.

4a. La Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de València, número 132/2.008, de 24 d'abril. Considera que el consentiment de l'ofès és irrellevant per a considerar consumada la conducta de trencament de mesura cautelar, si bé en aquest cas el pronunciament no constitueix la raó última de la resolució, sinó que el Tribunal ho indica *obiter dictum*.

5a. La Sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de Biscaia, número 152/2.007, de 27 de febrer, que considera que:

“L'aplicació de l'article 468 CP a supòsits de naturalesa de l'enjudiciat tracta de preservar tant la protecció de la víctima com l'efectivitat i el respecte que mereixen les resolucions judicials, l'observança de les quals, d'alguna manera, ha de quedar sotmesa a la voluntat de l'imputat, no existint cap previsió en el precepte relativa a que el consentiment de la víctima exclogui la comissió del tipus, tractant-se d'un delictes de resultat adient” ... “sense que hi hagi argumentacions sobre aspectes com ara l'existència d'un perdó o d'autoritacions puntuals de la víctima perquè l'imputat pugui vulnerar la mesura i visitar-la”.

“Reconèixer que el consentiment de la perjudicada pogués suposar la impunitat de la conducta equivaldria a exposar-la a eventuals coaccions o pressions amb la finalitat que deixés sense efecte allò judicialment acordat, en quedar a la seva lliure determinació la seva vigència, coaccions i pressions que cabalment són les que el legislador ha volgut desterrar establint prohibicions com la trencada”.

D'altra banda, atorguen rellevància al consentiment de la víctima les següents:

1a. La Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 397/2.007, de 24 d'abril. En aquest cas raona l'Audiència com a motius d'absolució:

a. La doctrina del Tribunal Suprem que estima atípica la conducta infractora d'una mesura cautelar de prohibició d'aproximació quan s'ha reprès voluntàriament la convivència entre l'obligat per la mesura cautelar i la persona protegida per aquesta.

b. La mesura cautelar havia estat imposada pel temps que durés la instrucció del procediment i, en el moment quan es va reprendre la convivència no existia constància que estigués vigent, ja que no constava testimoniatge o

certificació del Secretari del Jutjat que indiqués que en aquella data no hagués finalitzat la instrucció.

2a. La Sentència de la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Tarragona, número 180/2.007, de 14 de maig, que reproduïx part dels raonaments jurídics de la mateixa Secció, establerts en la Sentència de 6 d'abril del 2.006, i que cita expressament. Assenyala:

“Tal com exposàvem en l'esmentada resolució (6 d'abril del 2.006) si bé no es pot partir d'una mena de clàusula general de destipificació atenent al consentiment de la persona protegida o del seu desinterès en l'efectivitat de les mesures de protecció ordenades, això no suposa que pugui desconèixer-se la distinta valoració que mereix la conducta de la persona que conscientment vulnera una ordre d'allunyament, que la de la persona que actua amb l'autorització lliure i expressa de la víctima per no respectar-la, tot i que no s'hagués modificat judicialment la mesura.

En aquests supòsits tan excepcionals, no es pot identificar el dol específic que ha de concórrer en l'autor dels fets, tal com recullen les Conclusions de la Reunió de Magistrats d'Audiències Provincials amb competències exclusives en matèria de violència de gènere, celebrada a Madrid, al desembre del 2005, que consideren que aquests supòsits han de quedar impunes.

Naturalment, aquesta decisió resulta controvertida, però estan en consonància amb la doctrina establerta en la sentència del Tribunal Suprem de 26 de setembre del 2005 que, en efecte, com afirma la part apel·lada, no marca una distinció sobre el seu abast atesa la naturalesa cautelar o punitiva de la mesura imposada.

En aquesta sentència s'efectua una valoració del supòsit trencador atesa l'especificitat de la mesura contemplada, en relació amb l'escenari en el qual desenvolupa la seva eficàcia, mereixedor d'especial protecció constitucional, i si bé raona

que la vigència o anul·lació de la mesura o de la pena no pot quedar a l'albir de la persona en la protecció de la qual s'atorga, conclou que la decisió més prudent és compatibilitzar la seva naturalesa pública amb el respecte al marc inviolable de la seva decisió lliurement autodeterminada”.

II.9. APLICACIÓ DE L'“ANÀLOGA RELACIÓ D'AFECTIVITAT” SENSE CONVIVÈNCIA PER A INCLOURE O EXCLOURE L'APLICACIÓ DE LA LLEI INTEGRAL

La majoria de les resolucions analitzades que aborden aquest aspecte es decanten per l'aplicació de la Llei Integral als supòsits de festejament o a les noves relacions sentimentals que sorgeixen en la nostra societat. No obstant això, la doctrina de les diferents Audiències Provincials ofereix solucions diverses a l'hora de subsumir o excloure la violència sorgida en aquest àmbit en el radi de protecció específica que s'introdueix amb la Llei integral.

II.9.1. Introducció

La Llei Orgànica 1/2.004, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, va mantenir, en la redacció dels articles 153, 171, 172 i 173.2 del Codi Penal, l'equiparació entre la relació conjugal i l'“anàloga relació d'afectivitat” que els seus precedents legislatius ja havien establert respecte a la relació que ha d'existir entre el subjecte actiu i passiu del delicte. L'esmentada Llei també va recollir dues importants novetats introduïdes en la reforma operada per la Llei Orgànica 11/2.003: d'una banda, va mantenir la supressió de l'exigència expressa d'estabilitat en la relació i, d'altra banda, la inclusió de l'expressió “fins i tot sense convivència”.

II.9.2. Interpretació de l'expressió “anàloga relació d'afectivitat, fins i tot sense convivència”

Segons el que es deriva del text legal mateix, els tipus penals esmentats recullen com a subjectes actius i passius tant els cònjuges com les parelles "*more uxorio*", la qual cosa usualment es denomina parella de fet. D'això no hi ha cap dubte. Però, inclou només aquests supòsits?

De l'estudi de les sentències dictades per les Audiències Provincials es deriva que un dels punts que més discrepàncies interpretatives ha originat en l'aplicació de la Llei Integral ha estat l'expressió legal "fins i tot sense convivència", afegida a l'“anàloga relació d'afectivitat”. Amb això, s'ha pretès, clarament, incloure altres supòsits de fet en els quals existeix una especial vinculació o unió més allà de la simple amistat però que no quedaven immersos en una unió de fet per falta d'aquest element de convivència. Amb la nova terminologia introduïda, s'ha pretès englobar les situacions fàctiques, cada vegada més freqüents, en les quals l'especial vinculació de parella, de fidelitat, d'unitat, de vocació de futur, no tenien el mateix tracte perquè no existia convivència sota el mateix sostre i que són igualment situacions que es poden tutelar ja que existeix aquesta especial relació que després transcendeix allò personal, passant per allò familiar i arribant a l'àmbit social.

Algunes de les sentències estudiades remarquen que el grau d'assimilació a la relació conjugal no s'ha de mesurar tant per l'existència o no d'un projecte de vida en comú sinó per la comprovació que comparteix amb aquella la naturalesa de l'afectivitat que és on la redacció legal posa l'accent; és a dir, la pròpia d'una relació personal i íntima que traspassa amb nitidesa els límits d'una simple relació d'amistat, per més intensa que sigui. En aquest sentit es pronuncia la Sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de Biscaia, número 31/2.007, de 22 de gener, amb cita de la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial d'Àvila, número 202/2.005, de 20 de desembre, afegint que no ha d'obstar que en la relació no existissin “plans de futur”, ja que, en aquest cas, això va poder respondre a múltiples causes, fins i tot alienes a la voluntat dels interessats, tal com la realitat social posa de manifest, no implicant aquest aspecte minva de la intensitat en la relació ni en l'afectivitat que l'acompanya.

La Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 466/2.007, d'11 de juny, entre d'altres, assenyala que determinar en quins supòsits la relació pot obtenir aquesta qualificació, per l'existència de circumstàncies de fet que permetin advertir aquest plus que acredita la serietat, estabilitat i vocació de permanència de la relació, és una qüestió de fet subjecta a la necessària acreditació dins del procés penal.

A més, algunes de les sentències estudiades es fan ressò que, en els diferents Seminaris dels Jutjats de Violència sobre la Dona i dels Magistrats destinats en Seccions d'Audiències Provincials especialitzades en violència sobre la dona, s'han adoptat criteris uniformes, conforme als quals en els esmentats preceptes estarien incloses les parelles, però sempre que en la relació existeixi una evident vocació d'estabilitat, i no n'hi ha prou per complir aquestes exigències les relacions de mera amistat ni les trobades puntuals i esporàdiques.

II.9.3. Anàlisi dels diferents criteris interpretatius

A) Les sentències examinades en aquest estudi no apliquen la Llei Orgànica 1/2.004, perquè es considera que no concorre l'anàloga relació d'afectivitat, en els següents supòsits fàctics:

- Una relació de 15 dies en la qual la víctima i l'acusat dormien en un caixer (Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial d'Alacant, número 101/2.007, de 2 de febrer).
- Una relació de parella que està començant (Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial d'Alacant, número 99/2.007, de 2 de febrer).
- Una relació de festejament respecte a la qual no consta que existeixi entre els subjectes un compromís que permeti equiparar-la a la "comunitat de vida en interessos" característica del matrimoni o de la parella de fet *more uxorio* (Sentència de la Secció 3a de l'Audiència Provincial d'Astúries, número 108/2.007, de 15 de maig).
- Una relació afectiva de 3 mesos durant la qual l'acusat visitava la víctima amb freqüència a casa seva i van mantenir esporàdiques relacions sexuals (Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 37/2.007, de 9 de gener).

- Una relació sentimental respecte a la qual no s'acredita la seva intensitat ni el seu grau d'intimitat, confiança i compromís (Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Valladolid, número 83/2.007, de 19 d'abril).

- Una relació sentimental respecte a la qual no es prova la freqüència amb la qual la víctima i l'acusat es veien, ni la intensitat de la relació, ni l'existència o no de projecte en comú (Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 824/2.007, d'11 d'octubre).

B) Les sentències examinades en aquest estudi apliquen la Llei Orgànica 1/2.004, perquè es considera que sí concorre anàloga relació d'afectivitat, en els següents supòsits fàctics:

- Una relació de festejament, amb els seus corresponents vincles sentimentals entre les parts, de més de 2 anys i mig de durada reconeguda per l'acusat i la víctima, amb independència de si ha existit o no convivència i/o relacions sexuals (Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, s/n, rotlle d'apel·lació 625/2.006, de 10 de gener del 2.007).

- Una relació de festejament, fins i tot sense el propòsit de compartir la vida en un futur. Al contrari, qualifica d'excloïbles una mera relació d'amistat amb alguna trobada amorosa esporàdica o una relació sexual esporàdica sense més implicacions afectives (Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Granada, número 175/2.007, de 9 de març).

- Una relació de festejament durant més d'1 any, seriosa i estable, en la qual es presentaven davant la resta de persones com a parella (Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 432/2.007, de 31 de maig).

- Una relació d'afectivitat d'1 mes i mig admesa per l'acusat. Aquest tenia les claus del domicili de la víctima i pernoctava allà de tant en tant. La família de la víctima entenia que la relació existent entre aquesta i l'acusat era de festejament (Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 466/2.007, d'11 de juny).

- Una relació de festejament estable d'1 any i mig de durada (Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de València, número 136/2.007, de 29 de maig).

- Una relació sentimental d'una durada reconeguda per l'acusat d'1 mes i mig que va ser de convivència perquè van compartir habitatge fins i tot amb la filla menor de la víctima (Sentència de l'Audiència Provincial de València, Secció 1a, núm. 35/2.008, de 12 de febrer del 2.008).

- Una relació sentimental amb convivència respecte a la qual el grau de d'equiparació a la relació conjugal no es mesurava per l'existència o no d'un projecte de vida en comú, sinó per la comprovació de que comparteix amb aquella la naturalesa de l'afectivitat que és on la redacció legal posa l'accent: és a dir, la pròpia d'una relació personal i íntima que traspasa amb nitidesa els límits d'una simple relació d'amistat, per més intensa que sigui (Sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de Biscaia, número 31/2.007, de 22 de gener).

- Una relació sentimental amb convivència limitada als caps de setmana paral·lelament a una altra relació matrimonial (Sentència de la Secció 6a de l'Audiència Provincial de Biscaia, número 493/2.007, de 14 de juny).

- Una relació sentimental d'una durada reconeguda per l'acusat d'1 any, sense convivència però amb persistència temporal en les trobades personals i amb viatges en comú (Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 907/2.007, de 8 de novembre).

II.10. PENES IMPOSADES DIFERENTS A LA DE PRESÓ

L'anàlisi de les sentències objecte d'estudi reflecteix els següents resultats en aquesta matèria:

8 - PENAS IMPUESTAS DIFERENTES DE LA DE PRISIÓN			
8.1) - TBC	28	8.9) - Privación derecho conducir	
8.2) - MULTA	23	8.10) - Privación derecho de armas	333
8.3) - Privación derecho a residir o acudir	10	8.11) - Inhabilitación absoluta	7
8.4) - Prohibición volver aprox. Víctimas o perjudicad	356	8.12) - Suspensión empleo o cargo	1
8.5) - Prohibición aprox. Fam/otros	16	8.13) - Inhabilitación especial	
8.6) - Suspensión régimen visitas		- Inhab.patria potestad	
8.7) - Prohibición comunicación Víctima	285	- Inhab.sufragio	
8.8) - Prohibición comunicación Fam/otros	10	- Inhab.profesión, empleo o cargo	
		8.14) - Pérdida condición beneficiario pensión de viudedad	
		8.15) - Control medidas por medios electrónicos	1

8 - PENAS IMPUESTAS DIFERENTES DE LA DE PRISIÓN			
8.1) - TBC	6,22%	8.9) - Privación derecho conducir	
8.2) - MULTA	5,11%	8.10) - Privación derecho de armas	74,00%
8.3) - Privación derecho a residir o acudir	2,22%	8.11) - Inhabilitación absoluta	1,56%
8.4) - Prohibición volver aprox. Víctimas o perjudicad	79,11%	8.12) - Suspensión empleo o cargo	0,22%
8.5) - Prohibición aprox. Fam/otros	3,56%	8.13) - Inhabilitación especial	
8.6) - Suspensión régimen visitas		- Inhab.patria potestad	
8.7) - Prohibición comunicación Víctima	63,33%	- Inhab.sufragio	
8.8) - Prohibición comunicación Fam/otros	2,22%	- Inhab.profesión, empleo o cargo	
		8.14) - Pérdida condición beneficiario pensión de viudedad	
		8.15) - Control medidas por medios electrónicos	0,22%

Porcentaje calculado sobre sentencias CONDENATORIAS

II.10.1. Introducció

La pena que el jutge, jutgessa o tribunal penal imposi a l'acusat per violència de gènere es converteix en el resultat que es deriva de la inicial denúncia i del manteniment de la declaració de la víctima des de la instrucció fins a l'acte del judici oral, valorada en conjunt amb la resta de la prova

practicada en el judici oral, quan són considerades de càrrec. No obstant això, la plasmació del resultat penològic de l'estudi de sentències d'Audiències Provincials sobre violència de gènere ofereix matisos d'interès que abordem a continuació.

II.10.2. Penes fixades en el text legal que s'imposen en els preceptes penals de major aplicació en la violència de gènere

A l'hora de comprovar el resultat de les sentències estudiades cal analitzar les penes que s'imposen en el Codi Penal en els delictes que més s'apliquen en la violència de gènere, que s'esmenten a continuació, per tal d'examinar després quina ha estat l'estadística que dona:

a) Delictes de maltractaments puntuals, amenaces lleus i coaccions lleus: articles 153.1, 171.4 i 172.2 CP.

Pena de presó de sis mesos a un any o de treballs en benefici de la comunitat de trenta-un a vuitanta dies i, en tot cas, privació del dret a la tinença i portament d'armes d'un any i un dia a tres anys, així com, quan el Jutge o Tribunal ho estimi adient a l'interès del menor o incapac, inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment fins a cinc anys.

b) Delicte de maltractament habitual: article 173.2 CP:

Pena de presó de sis mesos a tres anys, privació del dret a la tinença i portament d'armes de dos a cinc anys i, si s'escau, quan el jutge o tribunal ho estimi adient a l'interès del menor o incapac, inhabilitació especial per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment durant un període d'un a cinc anys, sense perjudici de les penes que poguessin correspondre als delictes o faltes en les quals s'haguessin concretat els actes de violència física o psíquica.

c) Delicte de trencament de pena de les contemplades en l'article 48 del CP o de mesura cautelar o de seguretat de la mateixa naturalesa, imposades en processos criminals en els quals l'ofès sigui alguna de les persones a les quals fa referència l'article 173.2: article 468 CP.

Tot i que tècnicament no és un delicte de violència de gènere, s'inclou en l'estudi, resultant ser, com s'ha indicat amb anterioritat, un dels tipus penals més aplicats en la violència que pateixen les dones per part dels seus marits, parelles o xicots, actuals o anteriors, pel fet de ser dones.

Es preveu la pena de presó de sis mesos a un any.

II.10.3. Pressupòsits de base

Com que els anteriors són els tipus penals de major aplicació en aquest àmbit, sobre ells girarà l'estudi de l'aplicació corol·lària de les penes que corresponguin als fets provats que són objecte de posterior condemna.

- a) Respecte als delictes definits en els articles 153, 171 i 172 CP, existeixen un total de 377 condemnes davant 95 sentències absolutòries pels mateixos tipus penals.
- b) Sempre que es dicti una condemna per un d'aquests delictes, les penes preceptives que s'han d'imposar sempre són:

1.- Presó o Treballs en Benefici de la Comunitat (TBC), com a pena principal.

S'han dictat un total de 388 penes de presó en la mostra objecte d'estudi. Pel que fa a l'altra pena principal alternativa, en 28 casos s'ha imposat la de treballs en benefici de la comunitat, la qual cosa suposa un 6,22% del total de sentències condemnatòries. Això demostra que s'opta per la pena de presó com a pena principal.

En qualsevol cas, la imposició d'aquesta pena exigeix el consentiment del condemnat (article 49 del CP); per tant, o s'obté el consentiment en l'acte del judici en el cas que s'opti per imposar-la en sentència, o es recorre la pena de presó imposada, sol·licitant la pena de treballs en benefici de la comunitat expressament.

2.- Pena d'allunyament (prohibició d'aproximació a la víctima), preceptiva de conformitat amb l'article 57.2 CP (que també ho és per als delictes de violència domèstica), que disposa que s'acordarà, en tot cas, l'aplicació de la pena prevista en l'apartat 2 de l'article 48 per un temps que no superarà els deu anys si el delicte fos greu o de cinc si no fos tan greu, sense perjudici d'allò que disposa el paràgraf segon de l'apartat anterior, que preveu que la durada d'aquesta pena sigui, com a mínim, superior en un any a la privativa de llibertat.

Per tant, resulta preceptiva la imposició de la pena de l'article 48.2 CP, que assenyalava que *“la prohibició d'aproximar-se a la víctima, o als familiars d'aquesta o a altres persones que determini el jutge o tribunal, impedeix al condemnat apropar-se a ells, independentment del lloc on es trobin, així com apropar-se al seu domicili, als seus llocs de treball i a qualsevol altre que sigui freqüentat per ells, quedant en suspens, respecte dels fills, el règim de visites, comunicació i estada que, si s'escau, s'hagués reconegut en sentència civil fins al total compliment d'aquesta pena”*.

A més, respecte a la suspensió del règim de visites que es recull en l'article esmentat, una important novetat, introduïda per la Llei Orgànica 15/2003, va ser que la pena privativa de drets consistent en la prohibició d'aproximació a la víctima o a altres persones comporta la conseqüència jurídica de suspensió *“ex lege”* del règim de visites, comunicació i estada respecte dels fills fixat en sentència civil. La suspensió automàtica del règim de visites durarà fins al total compliment de la pena imposada de prohibició d'aproximació. Però només s'aplica respecte del règim de visites que estigués ja acordat, no per la posterior sentència civil que pugui dictar-se. En les sentències analitzades, no s'ha dictat cap pena de suspensió del règim de visites prèviament acordat.

La pena de prohibició d'aproximació a la víctima s'ha imposat expressament en 356 de les sentències analitzades, si bé en algun supòsit la sentència de l'Audiència Provincial no ha recollit la decisió judicial completa de la sentència dictada pel Jutjat Penal, la qual cosa podria significar la seva imposició en un nombre superior de casos. Juntament amb la pena d'allunyament del condemnat a la víctima, en 16 dels casos analitzats s'ha afegit la prohibició d'aproximació del condemnat també a familiars de la víctima o a altres persones per ella designades.

3.- Privació del dret a la tinença i portament d'armes.

S'han dictat un total de 333 penes d'aquesta naturalesa.

c) Com a accessòries optatives es recullen:

1.- Prohibició de comunicació amb la víctima. L'article 57.1 CP, en relació amb l'article 48.3 del mateix Codi, assenyala que "*La prohibició de comunicar-se amb la víctima, o amb els familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal, impedeix al condemnat establir amb elles, per qualsevol mitjà de comunicació o mitjà informàtic o telemàtic, contacte escrit, verbal o visual*". Aquesta pena només és potestativa per al jutge o tribunal, ja que, a diferència de la pena d'allunyament, la de prohibició de comunicació és facultativa perquè el legislador apel·la que els jutges "*podran imposar-la, si s'escau*".

S'han dictat un total de 285 penes d'aquesta naturalesa, així com altres 10 de prohibició de comunicació a familiars o altres persones designades per la víctima.

Sent aquesta pena potestativa, la seva imposició s'efectua en menor nombre que la d'allunyament, que resulta preceptiva.

2.- Prohibició del dret de residència en un lloc concret, que coincidirà amb el del domicili de la víctima o el seu lloc de treball, a tenor de l'article 57.1 CP, en relació amb l'article 48.1 del mateix Codi.

Té un radi d'acció més ampli que la pena d'allunyament mateixa, que s'acostuma a fixar entre 200 i 500 metres, mentre que aquesta abasta una determinada localitat, la qual cosa eixampla els marcs de prohibició d'apropament més allà d'uns metres de distància.

Així, l'article 48.1 CP assenyala com a contingut d'aquesta pena: *“La privació del dret a residir o anar a determinats llocs impedeix al condemnat residir o anar al lloc on hagi comés el delicte, o al lloc on resideixi la víctima o la seva família, en el cas que fossin diferents”*.

S'han dictat un total de 10 penes d'aquesta naturalesa.

3.- La d'inhabilitació per a l'exercici de la pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment.

S'han dictat un total de 7 penes d'aquesta naturalesa.

- d) Pel que fa a la pena de multa, apareix expressament prohibida la seva imposició en els tipus delictius de violència de gènere, incloent el trencament de mesura cautelar o pena de l'article 468.2 CP. Fins i tot està vetada la possibilitat de la seva substitució, ja que l'article 88.1.3r CP estableix que *“Si el reu ha estat condemnat per un delicte relacionat amb la violència de gènere, la pena de presó només podrà ser substituïda per la de treballs en benefici de la comunitat. En aquests supòsits, el Jutge o Tribunal imposarà addicionalment, a part de la subjecció a programes específics de reeducació i tractament psicològic, l'observança de les obligacions o deures previstos en les regles 1a i 2a de l'apartat 1 de l'article 83 d'aquest Codi”*.

S'han dictat un total de 23 penes d'aquesta naturalesa, però referides a faltes.

- e) Penes accessòries: En l'article 56 del CP es contempla que:

“1. En les penes de presó inferiors a deu anys, els jutges o tribunals imposaran, atesa la gravetat del delicte, com a penes accessòries, una o diverses de les següents:

1r. Suspensió de feina o càrrec públic.

2n. Inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de la condemna.

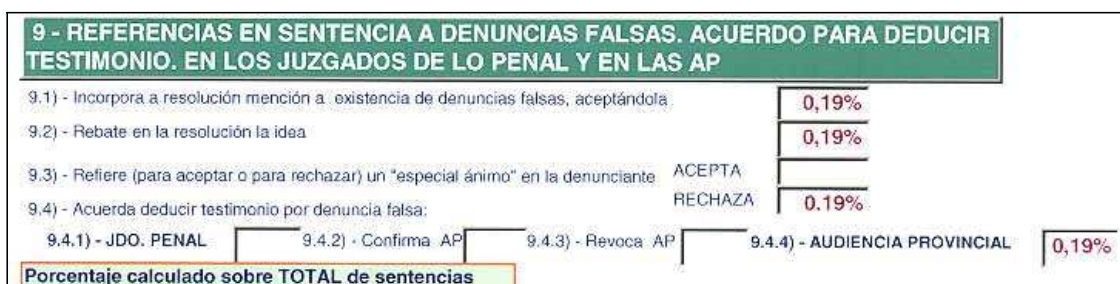
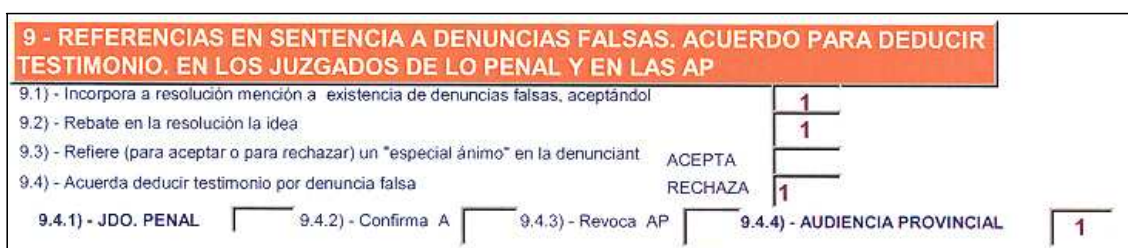
3r. Inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic, professió, ofici, indústria o comerç o qualsevol altre dret, si aquests haguessin tingut relació directa amb el delictes comès, havent-se de determinar expressament en la sentència aquesta vinculació, sense perjudici de l'aplicació del que preveu l'article 579 d'aquest Codi”.

En 7 sentències s'ha acordat la inhabilitació absoluta del condemnat, i en 1 la suspensió de feina o càrrec.

- f) Control de la pena de prohibició d'aproximació per mitjans electrònics. Apareix en una única sentència, tot i que realment no es tracta d'una pena, sinó d'una mesura de control del seu compliment. Per això no és preceptiva la seva imposició en sentència, podent-se adoptar com a mesura de l'executòria penal.

II.11. SOBRE LES SUPOSADES DENÚNCIES FALSES DE LES DONES

El gràfic següent, realitzat a partir dels pronunciaments de les sentències dictades després de la celebració dels corresponents judicis orals a les quals fan referència, evidencia la inconsistència de l'al·legació que les dones denuncien en fals en moltes ocasions ser víctimes de violència masculista.



II.11.1 Introducció

Tot i que el delictes de denúncia falsa no és un delictes de violència de gènere, estant, al contrari, enquadrat dins dels delictes contra l'Administració de Justícia (Títol XX del Llibre II del Codi Penal), s'ha considerat necessari, en aquest primer estudi sobre l'aplicació que realitzen els Tribunals de Justícia de

la Llei Integral, analitzar l'existència de pronunciaments en les resolucions judicials que poguessin reflectir la incidència de les suposades denúncies falses que, des d'alguns sectors, s'han atribuït a les dones.

El Capítol V del Títol XX del Llibre II del Codi Penal, integrat pels articles 456 i 457, fa referència als delictes d'acusació i denúncies falses així com al de simulació de delictes.

L'article 456.1 CP tipifica el delicte d'acusació i denúncia falsa, assenyalant que el comenten *“Els que, amb coneixement de la seva falsedat o temerari menyspreu a la veritat, imputessin a alguna persona fets que, en cas de ser certs, constituïrien infracció penal, si aquesta imputació es fes davant un funcionari judicial o administratiu que tingués el deure de procedir a la seva indagació”*. El seu apartat 2 disposa que *“No es podrà procedir contra el denunciador o acusat fins després d'una sentència ferma o actuació també ferma, de sobreseïment o arxivament del Jutge o Tribunal que hagi conegut de la infracció imputada. Aquests manarà procedir d'ofici contra el denunciador o acusat sempre que de la causa principal resultin prou indicis de la falsedat de la imputació, sense perjudici que el fet també es pugui perseguir prèvia denúncia de l'ofès”*.

D'altra banda, l'article 458 CP, enquadrat en el Capítol VI, tipifica el delicte de fals testimoni, que el comet *“El testimoni que faltés a la veritat en el seu testimoniatge en causa judicial”*.

Les estadístiques judicials no recullen els diferents delictes que són objecte d'investigació pels Jutjats d'Instrucció, als quals correspon instruir, entre d'altres, els delictes comesos contra l'Administració de Justícia. Aquesta específica concreció només es troba en els butlletins estadístics per als delictes relacionats amb la violència domèstica i amb la violència de gènere regulada per la Llei Integral. Cap butlletí estadístic judicial recull els delictes sentenciats pels Jutjats Penals o per les Audiències Provincials.

És per això que, l'aproximació que cal efectuar a la possible comissió d'un delicte d'acusació o denúncia falsa és a través dels supòsits en què l'òrgan jurisdiccional -que ha absolt la persona que estava acusada de cometre un delicte- acorda, un cop ha valorat que existeixen indicis suficients de la falsedat

de la imputació inicialment efectuada, deduir testimoniatge de les actuacions perquè el Jutjat d'Instrucció investigui la possible comissió del nou delictes apreciat.

Naturalment, el dret fonamental a la presumpció d'innocència impedeix - com passa amb tots els delictes- valorar la deducció de testimoniatge per a la investigació d'uns fets com a equivalent a haver executat el fet que passa a investigar-se. Com en el resta de supòsits, la presumpció d'innocència no acaba fins que no es dicta una sentència ferma.

A més, la decisió de deduir testimoniatge, molt especialment en aquests casos, ve matisada per l'especificitat de la conducta processal de les víctimes de violència de gènere, que, com s'ha assenyalat anteriorment, es troben, fins que aconseguen sortir definitivament del cercle de la violència, en una situació d'agressió-denúncia-penediment-agressió. Moltes vegades, la divergència entre el testimoniatge inicial i el mantingut en judici oral, quan té rellevància penal, pot ubicar-se més en l'àmbit del delictes de fals testimoni (retractant-se de la inicial denúncia per evitar les conseqüències del procés penal sobre la seva parella o exparella) que en el de denúncia o acusació falsa. En aquest sentit, la deducció de testimoniatge que pot acordar l'òrgan d'enjudiciament permet la investigació de la possible comissió d'un o altre delictes, sense prejudicar el resultat final de les actuacions (sobreseïment, arxivament, absolució o condemna per un o altre delictes).

Aquesta deducció de testimoniatge suposa, efectivament, la possible rellevància penal de les divergències existents entre la denúncia inicial i el que finalment ha quedat acreditat en judici oral. Però fins que una sentència de condemna pel delictes d'acusació o denúncia falsa no sigui ferma, tothom - incloses, naturalment, les denunciants de delictes vinculats a la violència de gènere- és titular del dret a la presumpció d'innocència i, per tant, a rebre el tracte i consideració d'innocents.

II.11.2. Anàlisi de les sentències objecte d'estudi en aquesta matèria

L'estudi efectuat sobre la mostra representativa de resolucions judicials que es pronuncien en matèria de violència de gènere regulada per la Llei Integral permet concloure que les afirmacions que, en determinats sectors, s'efectuen sobre el fet que les dones que denuncien delictes de violència de gènere ho fan en fals no té cap fonament, tant en la pretesa generalització de les *denúncies falses* que justificarien considerar-ho com un fenomen estès, com, fins i tot, com a supòsit dotat d'una mínima rellevància singularitzada.

Efectivament, de les 530 resolucions estudiades, només una, equivalent a un 0,19% del total, fa referència directament a un supòsit que podria enquadrar-se en aquest àmbit, sense perjudici de permetre altres lectures possibles.

Es tracta de la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Las Palmas, número 171/2.007, de 14 de juny, que resol en apel·lació un recurs contra una sentència condemnatòria dictada pel Jutjat Penal núm. 2 de Las Palmas.

El Jutjat Penal havia condemnat l'acusat, com a autor d'un delictes de maltractaments en l'àmbit familiar, per haver colpejat en diverses ocasions la seva companya sentimental durant una discussió i haver-la empès fortament, causant-li "lesions consistents en traumatisme a nivell cervical esquerre i mentonià, i crisis d'ansietat". La denunciante, que havia mantingut la seva denúncia en fase d'instrucció, en l'acte del judici oral es va acollir a la dispensa de l'obligació de declarar que preveu l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal. El Ministeri Fiscal es va interessar en la lectura de les seves declaracions sumariales i va mantenir la petició de condemna. El Jutge Penal, que va haver de ponderar, juntament amb les declaracions inicials, almenys el comunicat de lesions inclòs en les actuacions (la qual cosa es dedueix de la sentència d'apel·lació, que fa referència a la "resta de proves practicades en judici"), va condemnar l'acusat, tal com s'ha dit.

Contra la sentència de condemna van interposar recurs tant el condemnat com, curiosament, la denunciante (qui, òbviament, no era part processal perjudicada per aquesta), interessant l'absolució del primer.

De comú acord ambdues parts van fonamentar els seus respectius recursos en l'“evident valoració errònia de la prova” efectuada en la sentència objecte d'impugnació perquè, segons assenyalava la denunciant mateixa, sorprenentment, per primera vegada al llarg del procediment, aquesta havia mentit en la seva denúncia inicial.

L'Audiència Provincial estima el recurs “no perquè l'actuació del Jutjat Penal” no hagués valorat correctament la prova practicada en judici, sinó perquè la Sala havia tingut la possibilitat de gaudir de la immediació de la nova declaració de la denunciant interessada en la vista. En aquesta, la denunciant va manifestar que el dia que va interposar la denúncia va tergiversar els fets i els va exagerar perquè estava molt empenyada amb l'acusat. També va afegir que el denunciat no l'havia colpejat en cap moment, i que *“la lesió a la barbata se la va fer amb una porta ella mateixa, de forma accidental, atès el seu estat de nerviosisme per la discussió amb ... i la intenció d'ell de no continuar amb la relació”*.

D'aquesta declaració de la denunciant, efectuada després de la condemna del seu company sentimental, malgrat haver-se acollit ella en judici oral a la dispensa de l'article 416 de la Llei Processal, la Sala deriva dues conclusions:

- la primera, el retret a la denunciant

“lamentant que es faci servir un procediment judicial pensat per protegir les víctimes de violència de gènere, com un “arma” contra l'integran de la parella que no atén les exigències sentimentals de l'altra part”.

- la segona, conseqüència que no podia ser desconeguda per les assistències lletrades de les parts, la Sala acorda

“deduir testimoniatge de les actuacions per si la denunciant, la Sra. ... hagués incorregut en delictes de denúncia falsa ... ateses les seves manifestacions, tant en l'escrit de recurs d'apel·lació com en la vista celebrada davant aquesta Sala”.

Altres resolucions aborden aquestes particularitats, però arriben a conclusions ben diferents.

Així, per exemple, la Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 513/2.007, de 26 de juny, que confirma la sentència d'instància. La sentència del Jutjat Penal núm. 3 de Getafe no havia atorgat eficàcia a les declaracions de la víctima en el plenari, que va assenyalar que havia mentit en judici altres vegades, i va condemnar l'acusat, com a autor d'un delictes de maltractaments en el domicili comú, basant-se en les seves declaracions, juntament amb el comunicat mèdic de lesions i l'informe mèdic forense. La defensa recorre en apel·lació, al·legant una pretesa infracció del precepte penal que tipifica el delictes pel qual havia resultat condemnat, invocant la falsedat de la denúncia i que els fets havien succeït per la provocació de l'esposa. La Sala rebutja el motiu d'apel·lació, destaca la correcció de la valoració probatòria de la sentència apel·lada i rebutja igualment l'aplicació del subtipus privilegiat de l'apartat 4 de l'article 153 del Codi Penal, ja que entén que no concorre una menor gravetat perquè el recurrent va colpejar la seva esposa amb els punys a la cara i al ventre, estant ella embarassada, i estimant que, també en aquest aspecte, la valoració d'instància va ser correcta i encertada.

També la Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 797/2.007, de 8 d'octubre, aborda la nova declaració exculpatòria de la víctima, no només sense derivar contra aquesta la deducció de testimoniatge per a la investigació d'un possible delictes, sinó confirmant el pronunciament de condemna del Jutjat Penal.

En aquest cas, la Sala confirma la condemna pel delictes d'amenaçes, tot i ser cert que la víctima va exculpar el seu marit en judici oral,

“manifestant que ell no la va amenaçar, i que el ganivet que portava a la mà el va agafar per tallar el pa, pronunciant-se en termes similars l'acusat”,

ja que el jutge *a quo* va comptar amb proves addicionals: d'una banda, amb les declaracions de dos testimonis presencials que, en el moment dels fets, compartien pis amb ambdós i que van explicar que l'acusat, esgrimint un ganivet, va amenaçar de mort la seva esposa; d'altra banda, amb el testimoniatge d'un agent de la Guàrdia Civil, que va explicar que, en arribar al domicili on vivia la parella, va trobar a la víctima sota el llit plorant i molt nerviosa.

Aquesta mateixa sentència rebutja la pretesa infracció per indeguda inaplicació de l'article 130.5 del Codi Penal, postulant la defensa l'extinció de la responsabilitat criminal davant el perdó de la víctima. Sense perjudici que l'al·ludit perdó sembla clarificar el relat exculpatori de la víctima en judici oral, la Sala assenyala:

“Centrada així la qüestió, està clar que el primer motiu no pot prosperar, ja que el perdó de l'ofès conforme l'art. 130.5 del Codi Penal constitueix una de les causes per les quals s'extingeix la responsabilitat penal únicament en els supòsits en què la llei així ho preveu, entre els quals no està contemplat el delictes d'amenaça lleus objecte d'acusació i condemna, que es tracta d'una infracció de caràcter públic perseguible d'ofici per a la prossecució de la qual és indiferent el perdó de l'ofesa”.

Altres sentències fan referència a les al·legacions de la defensa del recurrent sobre mòbils espuris en la denúncia formulada, les quals rebutgen.

Així, la Sentència de la Secció 4a de l'Audiència Provincial de Girona, número 253/2.007, de 5 de juny, aborda aquesta al·legació plantejada per la defensa, juntament amb una altra addicional que aquesta introdueix, que no pot considerar-se aliena a l'anterior: la suposada “preeminència inconstitucional que s'atorga a les manifestacions de la dona amb destrucció de les normes generals sobre la distribució de la càrrega de la prova”.

Respecte a aquest últim aspecte, la Sala es pronuncia amb contundència:

“I pel que fa a l'afirmació de la preeminència de la valoració de la declaració de la dona sobre la de l'home, reconduint-se la distribució de la càrrega de la prova de forma que és l'acusat qui ha de demostrar la seva innocència i no l'acusació, simplement dir que és falsa. Aquesta regla no existeix ni tampoc no ha estat aplicada. El fet que el Jutge de la instància hagi donat credibilitat a la versió de la perjudicada

davant la de l'acusat i els testimonis aportats a la seva instància s'explica amb claredat en els raonaments de la seva sentència, dels quals parlarem més endavant quan analitzem la valoració de la prova, en la qual cap d'ells sosté que pel fet del seu sexe se li ha de donar més fiabilitat”.

Posteriorment, després de recordar que la valoració dels testimoniatges no es regeix per criteris numèrics ni quantitius, sinó per principis de credibilitat, aborda l'al·legació sobre mòbils espuris:

“Aquesta atenció que reclamem és la que ha tingut el Jutge “a quo” que reconeix que va estar especialment atent quan la perjudicada va explicar la conversa que havia mantingut amb el fill de l'acusat referida a que podria retirar la denúncia si es sentís econòmicament recompensada. En efecte, aquesta al·legació ha trobat una explicació no només suficient sinó lògica ateses les normes de l'experiència que, malgrat haver patit el delictes, no es tenia especial interès en mantenir la denúncia si es pagava pels danys soferts. Això no implica una coacció il·legítima, sinó una reflexió sobre la vertadera vàlua personal de la denúncia i del procediment penal”.

De la mateixa manera, la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de València, número 136/2.007, de 29 de maig, aborda aquesta qüestió tangencialment. Aquesta resolució estudia l'al·legació del recurrent, relativa a un suposat error valoratiu de la jutgessa del Jutjat Penal núm. 3 de València. El recurrent havia estat condemnat com a autor d'un delictes de l'article 153 del Codi Penal, per haver agredit la seva xicota, amb la qual havia mantingut una relació de festejament durant un any i mig, retorçant-li els canells i propinant-li un cop de puny a la cama. El Fonament Jurídic 2n de la sentència d'apel·lació rebutja les al·legacions, per compartir el Tribunal els “*encertats criteris i la racionalitat del judici deductiu que realitza*” de la sentència apel·lada, afegint:

“sense que l'interessat discurs del recurrent i les partidistes conjetures que aventura sobre l'ànim que guia la denunciament puguin prevaler sobre les encertades conclusions assolides per la jutgessa”.

D'altra banda, la Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 361/2.007, de 26 d'abril, confirma la sentència dictada pel Jutjat Penal núm. 8 de Madrid, que condemnava l'acusat per un delictes d'amenaques. Aquest havia enviat una carta a la seva companya sentimental, la qual l'acabava de deixar, en la qual, entre altres consideracions, expressava: "Ecogido el jamonero no quiero azerte daño pero tu decides voi a estar esperando" (sic). La víctima, en l'acte del judici oral, va intentar treure importància als fets, manifestant que no li havia produït especial intranquil·litat. L'Audiència exposa:

“És cert que la Sra. .. va tenir en el plenari una actitud clarament exculpatòria per l'actuació del recurrent, la qual cosa ja s'albirava quan, en comparèixer en el Jutjat de Violència sobre la Dona, va manifestar que volia retirar la seva denúncia, actitud molt freqüent, com mostra l'experiència pràctica en supòsits de violència de gènere i intrafamiliar, per les vinculacions afectives, socials, familiars i econòmiques que uneixen víctima i agressor ... D'altra banda, tot i que la denunciante al·ludeixi, de forma vaga i imprecisa, a l'existència de determinades pressions per part del seu germà -fins i tot, sembla que de la policia, quan diu que “entre tots a la Comissaria van començar a menjar-li el cap”- per formular la denúncia, la qual cosa no resisteix una anàlisi merament objectiva, sobretot quan també afirma que va haver d'ingressar en una Casa d'Acolliment, lloc al qual només pot portar el temor a patir alguna agressió i que contradiu aquesta tranquil·litat que diu que tenia en aquells moments”.

II.12. MOTIUS DE NUL·LITAT, EN CAS QUE S'APRECIÏN

En general, es pot afirmar que la nul·litat d'actuacions es decreta en un nombre molt limitat de les sentències objecte de l'estudi, destacant les que tenen a veure amb l'aplicació de la dispensa de declarar de l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal.

II.12.1. En relació amb la dispensa de declarar

De conformitat amb l'article 416 LECR, estan dispensats de l'obligació de declarar els parents del processat en línia directa ascendent i descendent, el seu cònjuge, els seus germans consanguinis o uterins i els laterals consanguinis fins al segon grau civil, així com els parents naturals als quals fa referència el número 3r de l'article 261 del mateix text processal. En aquests casos, el Jutge instructor advertirà al testimoni que es trobi comprès en el paràgraf anterior que no té obligació de declarar en contra del processat, però que pot fer les manifestacions que consideri oportunes, consignant-se la contestació que donés a aquesta advertència. En aquest sentit, la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Las Palmas, número 106/2.007, de 3 de maig, destaca l'obligació de la víctima (citada com a testimoni) de comparèixer al judici (articles 410 i 702 LECR), sense perjudici que aquesta (un cop hagi comparegut) pugui acollir-se al dret a no declarar (a l'empara de l'esmentat article 416 LECR), raonant que

“el cas és que el delicte que s'enjudicia és un delicte perseguible d'ofici, i no es poden deixar en mans de la denunciant les conseqüències punitives dels fets que va denunciar i que podrien ser constitutius del delicte pel qual s'acusa”.

Una part important dels motius de nul·litat als quals al·ludeixen les sentències analitzades versen, tal com s'ha indicat, sobre l'aplicació de l'article 416.1r de la Llei d'Enjudiciament Criminal.

En uns casos, les sentències analitzades declaren la nul·litat perquè no s'ha donat compliment al que disposa l'article 416.1r LECR, quan aquest resultava aplicable.

Cal destacar, primerament, la Sentència de la Secció 20a de l'Audiència Provincial de Barcelona, número 364/2.007, de 28 de març, en la qual ni el Jutge Penal ni el Jutge d'Instrucció van donar compliment a l'article 416 LECR, constant que davant el Jutge d'Instrucció la víctima va manifestar que no volia denunciar el seu marit. Afegeix la sentència que

“el Tribunal Suprem en diverses sentències només permet la valoració d'una testifical d'un parent que està inclòs entre els esmentats en l'article 416.1 de la LECR. i no se li ha fet l'advertència sobre això, quan la víctima espontàniament hagi anat a la Comissaria de Policia o al Jutjat d'Instrucció a denunciar els fets que contra aquesta ha comès el parent acusat (S. T.S. 20- 10-04, entre d'altres)... En el present cas, l'esmentada testimoni no va anar a denunciar l'acusat a la Comissaria i, a més, en la declaració que va fer en el Jutjat va manifestar que no volia denunciar el fet ni el seu marit”.

En la mateixa línia, la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Múrcia, número 25/2.007, de 22 de febrer, aborda un supòsit similar:

“no ha estat advertida de l'art. 416 de la LECR ni, almenys, de que no incorria en responsabilitat penal per no declarar, i consta en les actuacions que davant la Jutgessa instructora va manifestar el seu dret a acollir-se a l'article primerament esmentat, sense que figuri que després, davant el Jutge Penal, renunciés a aquest dret, la qual cosa determina que les seves declaracions davant el Jutjat són nul·les i no tenen cap valor, ja que els esmentats articles estan concebuts per protegir el reu i no per perjudicar-lo i d'ells es desprèn l'absència de l'obligació de declarar”.

I afegeix que

“aquesta mateixa doctrina està present en quatre sentències del Tribunal Europeu, com són les recaigudes en el cas Kostovski, de 20 de novembre del 1.989, el cas Windisch, de 27 de setembre del 1.990, el cas Delta, de 19 de desembre del mateix any, i el cas Isgró, de 19 de febrer del 1.991. En totes elles s’aprecia que davant situacions d’aquestes característiques (allà a l’inrevés: falta d’advertència en la instrucció i negativa a declarar en el plenari), l’acusat no va comptar amb un procés just i es va violar així l’apartat 1 de l’article 6 del Conveni sobre Drets Humans. I aquest és el criteri del nostre Tribunal Suprem, així en les sentències d’11 d’abril del 1.996 i de 26 de maig del 1.999”.

En un altre cas, la nul·litat es declara perquè es va aplicar indegudament l’esmentat article 416.1r LECR, i això quan en el moment del judici s’havia trencat la relació entre víctima i acusat. En aquest àmbit s’ha de destacar la Sentència de la Secció 27a de l’Audiència Provincial de Madrid, número 21/2.008, de 16 de gener, segons la qual,

“com sigui que la víctima, la Sra. M., parella de fet de l’acusat en el moment dels fets, reconeix en l’acte del judici oral que en el moment quan se celebra el judici ja ha acabat la seva relació sentimental amb l’acusat, i no viu amb ell, s’ha de concloure que estava en conseqüència obligada a declarar, sense poder-se acollir a l’article 416 LECR. atès que ja no mantenia cap relació anàloga a la conjugal amb l’acusat. I com que la Jutgessa Penal l’ha excusat de declarar, s’ha limitat el dret a la prova del Ministeri Fiscal, impedint-li practicar una prova que era necessària i pertinent, de fàcil i possible pràctica, i d’innegable influència en la decisió del plet. Això suposa una vulneració del dret constitucional a les proves pertinents que reconeix l’art. 24.2 CE, que porta, amb estimació del recurs, a declarar la nul·litat d’allò actuat a partir del començament del judici oral, per tal que aquest es reproduïxi davant un altre Jutge Penal reparant-se l’omissió de la prova testifical produïda”.

Per acabar, en una sentència es declara la nul·litat de la sentència i del judici celebrat davant el Jutjat Penal. Es tracta de la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Las Palmas, número 165/2.007, de 14 de juny, que aborda un supòsit en el qual la víctima va declarar davant el Jutge d'Instrucció (en presència i amb intervenció dels Advocats de la defensa i de l'acusació), però que posteriorment va fer valer en judici la dispensa de l'article 416 LECR. Aquesta sentència analitza el problema relatiu a si, en aquests casos de silenci de la denunciante, és procedent la lectura de la seva declaració inicial en l'acte del judici oral, a l'empara dels articles 714 i 730 de la Llei d'Enjudiciament Criminal. El Jutjat Penal va estimar que no, ja que va entendre que no concorre el supòsit de l'article 730 LECR. Tanmateix, l'Audiència considera que sí que s'hauria d'haver procedit a aquesta lectura, raonant que

“la introducció en l'acte del judici de la declaració de la víctima (denunciante) de violència de gènere, per la via de l'art.714 LECR, no perjudica gens el dret de defensa, ja que aquesta va respondre a les preguntes que li va poder formular el Lletrat de l'imputat, garantint-se així el principi de contradicció. I el seu silenci en l'acte del judici oral pot i ha de ser valorat pel Jutge o Tribunal com una forma de contradicció, encara que sigui tàcita, amb la seva posició activa inicial, consistent en la interposició, voluntària, de la denúncia, i tenint en compte ambdós (primera declaració i silenci posterior), així com la resta de proves practicades en l'acte del judici oral, formar la seva convicció, absolut o condemnant l'acusat, dependent del cas”.

En aquest cas, i tenint en compte la falta de lectura de la declaració de la víctima prestada en instrucció, es declara la nul·litat del judici i de la posterior sentència, per tal que se celebri nou judici, per un Jutge diferent, en el qual, en cas que la denunciante faci ús de la dispensa de l'obligació de declarar (article 416 LECR), es procedeixi a donar lectura a la seva declaració en fase d'instrucció, valorant el Jutge que sentència, amb llibertat de criteri, totes les proves practicades en aquest acte.

II.12.2. Denegació de prova en primera instància i falta de suspensió del judici

La Sentència de la Secció 27a de l'Audiència Provincial de Madrid, número 559/2.007, de 29 de juny, declara la nul·litat del judici perquè es van denegar indegudament dues proves proposades per la recurrent, produint-se indefensió: el testimoniatge d'una companya de feina que va estar amb la víctima i va observar els senyals del seu cos unes hores després dels fets, i l'informe pericial psicològic que permetés valorar la seva credibilitat, sol·licitant novament la pràctica d'ambdues proves en apel·lació davant la Sala. L'Audiència estima el recurs perquè les proves proposades per l'ara recurrent eren pertinents, necessàries, i possibles, i la seva denegació li va produir indefensió, ja que va privar-la de la possibilitat d'acreditar elements que resultaven transcendents per l'adequada resolució del procés. No obstant això, la sentència no ordena la pràctica d'aquestes proves davant l'Audiència, sinó que decreta la nul·litat del judici oral i de la sentència

“perquè això resulta vedat, en aplicació de la normativa i doctrina exposades, per tal d'evitar la divisió de la valoració probatòria que es produiria si s'integrés el resultat d'unes proves practicades en l'apel·lació amb el d'altres, de caràcter personal, practicades en la instància, i, excloses, per tant, de la necessària immediació, la qual cosa impediria a aquesta Sala formar una correcta convicció per calibrar la seva consistència i fiabilitat, d'una banda. Però, d'altra banda, i especialment, per tal de no desvirtuar el dret a la doble instància de l'acusat, de qui, absolut en la sentència que s'impugna, es pretén la seva condemna per aquest Tribunal. (En el mateix sentit, les sentències de l'Audiència Provincial d'Astúries 103/2006, de 25 d'abril, i de la Secció 17a de l'Audiència Provincial de Madrid 349/2006, de 6 d'abril)”.

Cal destacar, així mateix, la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Las Palmas, número 106/2.007, de 3 de maig, que decreta la nul·litat de la sentència absolutòria (dictada pel Jutjat Penal) perquè no es va accedir a la suspensió del judici per la incompareixença de la testimoni-víctima. D'altra banda, i tal i com s'ha expressat anteriorment, aquesta resolució destaca l'obligació de la víctima (citada com a testimoni) de comparèixer al judici, sense perjudici que aquesta (un cop compareix) pugui acollir-se al dret a no declarar (a l'empara de l'article 416 LECR).

II.12.3. Altres motius de nul·litat

Les sentències estudiades també contenen una sèrie heterogènia de supòsits en els quals s'estima un motiu de nul·litat.

En primer lloc, la Sentència de la Secció 1a de l'Audiència Provincial d'Alacant, número 90/2.008, de 7 de febrer, decreta la nul·litat de la sentència i del judici oral perquè s'havia presentat l'escrit de defensa dins de termini.

D'altra banda, la Sentència de la secció 3a de l'Audiència Provincial de Cadis, número 5/2.007, d'11 de gener, estima la nul·litat del judici per defectes de citació.

Per acabar, la Sentència de l'Audiència Provincial de Conca número 85/2.007, de 23 d'octubre, decreta la nul·litat del judici perquè entén que va dictar sentència un Jutjat de Primera Instància i Instrucció, quan el competent era un Jutjat de Violència sobre la Dona perquè es tractava de violència de gènere.

III. CONCLUSIONS

PRIMERA.- *Distribució de les resolucions.*

La major part de pronunciaments de les Seccions Especialitzades en Violència sobre la Dona de les Audiències Provincials que han integrat la mostra objecte del present estudi (un 95,48%) corresponen a recursos d'apel·lació contra sentències dictades pels Jutjats Penals (un 89,06%) o pels Jutjats de Violència sobre la Dona, en judicis de faltes (un 6,42%).

SEGONA.- *Sentit de la decisió judicial.*

La major part de les resolucions que es dicten per les Audiències Provincials en aquest àmbit, ja sigui en fase d'apel·lació o en enjudiciament en única instància, són de condemna, la qual cosa succeeix en un 84,91% de les sentències que han constituït la mostra d'estudi.

Això s'assenyala en aquest moment, com en el cas de la conclusió anterior, per tal de contextualitzar les que venen a continuació.

TERCERA.- *Sobre els tipus penals objecte de condemna i absolució.*

El delictes de maltractament ocasional de l'article 153 CP és el tipus penal que és objecte d'enjudiciament en major mesura pels nostres Tribunals. A ell correspon un 59,33% (267 sentències) dels 450 pronunciaments de condemna i un 65,35% (66 sentències) dels absolutoris. Seguidament van els delictes d'amenaques lleus i de trencament de pena o mesura cautelar o de seguretat.

El delictes de violència habitual de l'article 173.2 CP continua sent d'aplicació residual: rep un 6,22% (28 sentències) dels pronunciaments de condemna i un 11,88% (12 sentències) dels absolutoris.

Per això, es pot concloure que la violència de gènere per la qual es formula acusació de forma generalitzada i que, per això, és objecte de sanció també de forma generalitzada es redueix als tipus que descriuen fets més lleus.

QUARTA.- *Sobre la forma de les sentències.*

La incorporació íntegra del relat de fets provats i de la decisió judicial en les sentències dictades en apel·lació per les Audiències Provincials permet conèixer amb exactitud els fets objecte d'acusació i valorar els pressupòsits dels raonaments que segueixen aquests Tribunals.

Al contrari, quan a la resolució de l'Audiència Provincial no s'incorpora el relat de fets declarat provat pel Jutjat Penal o la decisió judicial dictada en la seva integritat, resulta molt més difícil valorar el raonament de la sentència dictada en apel·lació.

CINQUENA.- *Terminologia de gènere.*

S'estableix la terminologia de "gènere" en les resolucions judicials, en coherència amb la positivització del concepte efectuada pel legislador.

No obstant això, en les resolucions s'empra una pluralitat de conceptes per referir el supòsit de fet tipificat (delictes de violència de gènere, delictes de violència contra la dona, delictes de violència domèstica de l'article 153.1 CP, delictes de violència en l'àmbit familiar, lesions en l'àmbit familiar, delictes agreujats de violència de gènere, delictes de maltractament, delictes agreujats de violència domèstica psíquica habitual, delictes de violència domèstica simple i agreujat, etc.). S'aconsella, per això, la identificació precisa, en les resolucions judicials, dels diferents tipus penals i el seu ús de manera uniforme.

SISENA.- *Sobre els motius de l'absolució.*

En un important nombre de supòsits, no es pot determinar quines han estat les causes que han portat a l'absolució total o parcial dels acusats, en les sentències de diferents Audiències Provincials que resolen els recursos d'apel·lació, ja sigui perquè les raons en què la fonamenten són molt escarides, o perquè se centren en altres aspectes sotmesos a debat.

Específicament, una part dels pronunciaments d'absolució s'ha sustentat, exclusivament, en la doctrina constitucional derivada de la STC 167/2.002, que no permet a les Audiències Provincials la condemna d'un acusat inicialment absolt, basant-se en una nova valoració de les declaracions de testimonis, perits i acusats efectuades en primera instància, si el Tribunal d'apel·lació no ha presenciats aquestes proves sota els principis de publicitat, immediació i contradicció.

SETENA.- *L'específica projecció de l'article 416 LECR sobre l'absolució en l'enjudiciament d'aquests delictes.*

La dispensa de l'obligació de declarar, en la redacció que es manté de l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal des del segle XIX, genera bona part de les sentències absolutòries dictades en matèria de violència de gènere.

La redacció del precepte crea distorsions en l'àmbit de la violència de gènere, ja que aquests delictes moltes vegades es comenten en la intimitat, adquirint, per tant, la declaració de la víctima especial rellevància. El manteniment de l'actual redacció del precepte aproxima aquests delictes, d'alguna manera, a la consideració de delictes privats.

VUITENA.- *La declaració de la víctima com a prova de càrrec.*

Del total de sentències analitzades, en 148 es valora la declaració de la víctima com a prova de càrrec, tot i que en 114 d'elles concorren corroboracions perifèriques que acrediten el contingut d'aquesta declaració. En la resta, és a dir, en 34, la manifestació de la víctima és l'única prova practicada, de les quals, en 14, serveix per condemnar i, en 11, per absoldre. En les altres 9 es valoren altres aspectes en la sentència de l'Audiència dictada en segona

instància, com la immediació del Jutge *a quo* o l'absència de declaració de la víctima en el judici oral, per la qual cosa no es té en compte tant la prova de càrrec consistent en la declaració de la víctima com aquests altres aspectes.

NOVENA.- *Sobre l'existència d'un element subjectiu en els delictes de violència de gènere.*

A partir de l'entrada en vigor de la Llei Integral, alguns òrgans jurisdiccionals han exigít, per tal d'entendre satisfetes les exigències legals dels tipus penals vinculats a la violència de gènere, un element subjectiu (ànim de degradar, subjugar o dominar) que abans no s'exigia en la interpretació dels tipus penals vinculats a la violència domèstica (ni ara tampoc).

La major part de les resolucions de les Audiències Provincials no examinen aquesta qüestió, la qual cosa significa que la qüestió relativa a la integració o no de l'element finalístic en els delictes de violència de gènere no ha estat, en aquests casos, suscitada per les parts. Quan sí ha estat objecte de debat o quan les Audiències Provincials han examinat aquesta qüestió d'ofici, la qual cosa ha succeït en un 17% de les resolucions que constitueixen la mostra d'estudi, en un 66% de supòsits s'han decantat per entendre que l'article 1 de la Llei Integral defineix un element subjectiu en els delictes de violència de gènere.

El conjunt de les sentències objecte del present estudi reflecteixen, per tant, diverses postures interpretatives: unes consideren que per merèixer el retret penal n'hi ha prou amb que es porti a terme la conducta típica per l'home envers l'esposa o dona que estigui o hagi estat lligada a ell per relació similar d'afectivitat, fins i tot sense convivència; no obstant això, altres consideren que cal provar un element subjectiu: la voluntat de l'autor "de degradar, subjugar o dominar" la víctima; una tercera sosté una posició intermèdia, establint que aquest ànim de degradar i dominar es presumeix amb la realització dels actes delictius que exerceix l'home sobre la dona amb motiu d'una relació afectiva de parella, però admetent aquesta presumpció prova en contra. Aquestes diverses postures han comportat -almenys fins que s'ha pronunciat sobre aquest aspecte el Tribunal Constitucional en Sentència 59/2.008, de 14 de maig- respostes dispars als mateixos problemes, podent resultar afectat el principi de seguretat jurídica.

Específicament, una conseqüència aplicativa apreciada en les resolucions que exigeixen la concurrència d'aquest element subjectiu és la de degradar la conducta a falta.

DESENA.- *Circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal.*

Les sentències analitzades revelen l'escassa incidència de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal en els pronunciaments de condemna en els delictes de violència de gènere, també, específicament, les vinculades a la influència de begudes alcohòliques o de drogues o substàncies estupefaents sobre la imputabilitat de l'autor (que s'ha apreciat en un 3,78% de les resolucions condemnatòries com a circumstància atenuant, i en un 0,89% com a eximent incomplet) o a l'alteració psíquica (apreciada com a eximent incomplet en un 0,89% d'aquestes resolucions).

Expressen, per tant, percentatges molt inferiors als apreciats en les sentències dictades en casos d'homicidi i/o assassinat.

La circumstància agreujant aplicada en més casos en les resolucions condemnatòries objecte d'estudi és la de reincidència (21 sentències, és a dir, un 4,67%), seguida de la de parentiu (13 sentències, un 2,89% d'elles). A més de les anteriors, només s'ha aplicat la circumstància d'abús de superioritat (1 sentència) i la d'abús de confiança (també en 1 sentència).

Cap de les sentències analitzades estima la concurrència d'un eximent complet.

ONZENA.- *Sobre el consentiment de la víctima en la consumació del delicte de trencament de pena o mesura cautelar.*

Es manté en les resolucions analitzades -dictades en període anterior a l'Acord no jurisdiccional de Sala General de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 25 de novembre del 2.008- el debat jurídic, introduït "ex novo" en la seva projecció en casos de violència de gènere, sobre la rellevància del consentiment de la

víctima en la consumació del delictes de trencament de pena o mesura cautelar respecte a mesures adoptades per a la protecció de les víctimes, molt especialment pel que fa referència a la mesura de prohibició d'aproximació (allunyament), oferint solucions interpretatives diferents.

DOTZENA.- *Aplicació del concepte “anàloga relació d’afectivitat”.*

La majoria de les resolucions analitzades que aborden la interpretació d’aquest concepte es decanten per l’aplicació de la Llei Integral als supòsits de festejament o a les noves relacions sentimentals que sorgeixen en la nostra societat. No obstant això, la dicció legal “anàloga relació d’afectivitat fins i tot sense convivència” és un concepte no jurídic, que permet que la doctrina de les diferents Audiències Provincials ofereixi solucions diverses a l’hora de subsumir o excloure la violència sorgida en aquest àmbit en el radi de protecció específica que s’introdueix amb la Llei Integral.

TRETZENA.- *Penes imposades.*

Si bé estan previstes, com a penes principals en els delictes vinculats a la violència de gènere, alternativament, la de presó i la de treballs en benefici de la comunitat, la primera resulta d’imposició generalitzada.

Una altra pena preceptiva en els delictes vinculats a la violència de gènere, com és la prohibició d’aproximació a la víctima, s’ha imposat expressament en 356 sentències de condemna (un 79,11%), si bé l’absència en alguns casos de reproducció íntegra de la decisió judicial de la sentència d’instància per part de l’Audiència Provincial podria haver ocultat un percentatge superior. Aquesta prohibició, referida a familiars o terceres persones, s’ha imposat expressament en 16 (un 3,56%) de les sentències de condemna.

La pena de privació del dret de tinença o portament d’armes s’ha aplicat, expressament, en 333 (un 74%) de les sentències de condemna, si bé cal reproduir l’excepció del paràgraf anterior.

La pena de prohibició de comunicació a la víctima, que és optativa, s’ha imposat en 285 (un 63,33%) sentències de condemna, i en 10 (un 2,22%) d’elles la prohibició s’ha estès a familiars o terceres persones. Cal reproduir aquí també l’excepció dels paràgrafs anteriors.

S'han dictat un total de 10 penes de prohibició del dret de residència en un lloc concret.

En les sentències analitzades, no s'ha dictat cap pena de suspensió del règim de visites prèviament acordat.

CATORZENA.- *Sobre les suposades denúncies falses.*

De les 530 resolucions estudiades, exclusivament una, equivalent a un 0,19% del total, fa referència directament a un supòsit que podria enquadrar-se en aquest àmbit, sense perjudici de permetre altres lectures possibles.

QUINZENA.- *Sobre la nul·litat d'actuacions.*

La nul·litat d'actuacions es decreta en un nombre molt limitat de les sentències objecte de l'estudi, destacant les que tenen a veure amb l'aplicació de la dispensa de l'obligació de declarar de l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal.
