CRITERIOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Mesa redonda. 18 de septiembre de 2.014.

Introducción

Buenas tardes. Debo en primer lugar agradecer al Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba la invitación para participar en esta mesa redonda, a la que acudo convencido de que voy a salir de ella con las ideas más claras gracias, no solo a las intervenciones de los otros componentes de la misma, sino también a las aportaciones de todos ustedes.

¿Con qué puedo yo contribuir? Mi propósito no es otro que el de hacer una recapitulación acerca de los criterios que viene sosteniendo la Audiencia Provincial de Córdoba, a cuya sección especializada en Violencia de Género pertenezco, sobre diversos aspectos que pueden resultar más polémicos o de mayor interés por la frecuencia con la que se suscitan en la práctica del foro.

No será exhaustiva mi exposición, porque la propia forma que adopta esta intervención, una más dentro de una mesa redonda, lo desaconseja, ni tampoco puedo pretender dejarles, si me permiten la expresión, "con los ojos como platos", porque ninguna novedad significativa, después de haber tomado parte en el curso, pueden esperar desde el punto de vista doctrinal. No persigo, pues, sorprenderles, sino todo lo contrario, proporcionarles algunas certidumbres. Información sobre lo que pueden esperar si acuden, en el seno de un procedimiento sobre violencia de género, ante la Audiencia de Córdoba.

1- QUEBRANTAMIENTOS DE CONDENA O DE MEDIDAS CAUTELARES

Es relativamente frecuente, como seguramente podrán comprobar en la práctica, el caso de que, tras un episodio castigado penalmente como violencia de género, la víctima acceda al regreso de quien, por razón de una resolución judicial vigente, lo tiene prohibido. Ello comporta la comisión de un delito tipificado en el artículo 468 del Código Penal.

Quizá les sorprenda que comience con una infracción contra la administración de justicia, pero considero que está indisolublemente ligada al bien jurídico al que se refiere el bloque normativo diseñado para proteger a las mujeres contra la violencia de género y, por añadidura, solo comprendiendo los resortes que suelen mover a las personas afectadas por dichos comportamientos puede explicarse que, según expondré a continuación, la justicia penal actúe sin tener en cuenta el consentimiento

de quien directamente resulta concernida por el delito y, por consiguiente, ignorando su derecho a la autodeterminación.

a. CON EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.

i. Irrelevante (SAP, Penal sección 3 del 18 de junio de 2014 (ROJ: SAP CO 560/2014) Sentencia: 300/2014 | Recurso: 701/2014.

"…el Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008, el Tribunal Supremo acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal ", y ello según cita la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009 en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé, lo que viene a mantener también la sentencia de 24 de febrero de 2009 cuando establece que "no cabe, por lo tanto, aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria".

Incluso para el caso de quebrantamiento de medidas cautelares, en que la alegación del consentimiento de la víctima en ciertas sentencias antiguas el Tribunal Supremo excluía la posibilidad del delito, lo que ha sido abandonado por la Sala Segunda en la actualidad (v.gr. en el Auto de 27 de marzo de 2014 ROJ: ATS 3898/2014 679/2014 | Recurso: 11049/2013), según el cual la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Cierto que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto.

b. ENCUENTROS CASUALES.

i. Hacen desaparecer el elemento subjetivo del injusto, pero ello solo lo puede apreciar el Juez de lo Penal. sección 3 del 02 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP CO 1718/2013) Sentencia: 310/2013 | Recurso: 770/2013.

"sin perjuicio de reconocer que la concurrencia de dicho elemento subjetivo es una inexcusable exigencia del principio de culpabilidad que normativamente está reflejado en el art. 5 del C.P ., y que la ausencia del mismo produce la destipificación de lo que podríamos denominar "encuentros o aproximaciones casuales" (SS. A.P. de

Córdoba de 6 de julio de 2009 , y 2 de noviembre de 2011), lo cierto y relevante es que la sentencia apelada expresamente declara (tiene reiteradamente establecido el T.S., entre otras S. de 2 de noviembre de 2011, que cualquier elemento fáctico que se halla en las sentencias penales, aunque se encuentren en lugares distintos al adecuado -declaración expresa y terminante de hechos probados -es aprovechable a efectos de integrar y completar dicha declaración) que "no se trata de un mero encuentro casual"

2- DISPENSA DE LA DECLARACIÓN COMO TESTIGO (artículo 416. 1 Ley Enjuiciamiento Criminal) respecto al cónyuge o persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación análoga a la conyugal.

Hace algunos días (en el diario EL PAÍS correspondiente al día 11 de septiembre) he podido leer, una vez más, una protesta sobre el incremento de los casos de violencia de género en los cuales el fiscal se ve obligado a retirar la acusación porque la mujer se niega a declarar contra su esposo, los cuales han aumentado un 36,6% desde 2.007 y suponen ya más de la mitad (56,8%) de las causas de retirada de cargos, según la memoria anual de la fiscal de sala coordinadora de violencia sobre la mujer.

Lo considera la Fiscalía un grave problema que impide probar los hechos por los que sostiene la acusación, abocándola a retirarla al no poder utilizar el testimonio de la víctima. No nos corresponde como sala sentenciadora el papel de acusadores, pero sí la verificación de las consecuencias de tal decisión de la mujer, en los términos que, a continuación, expongo.

a. **NO PERMITE LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES DE LA VÍCTIMA. sección 1 del 18 de julio de 2012 (ROJ: SAP CO 1616/2012) Sentencia: 644/2012 | Recurso: 506/2012**.

"…Nada cabe extraer de la declaración del acusado y respecto a la presunta víctima la posición mantenida en el acto del juicio de no declarar no autoriza a que se puedan introducir en el juicio sus declaraciones anteriores, ni al amparo del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues no hay contradicción alguna que aclarar, ni del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues no hay imposibilidad de declarar por parte de ella como testigo".

b. **NO PUEDE ACUDIRSE AL TESTIMONIO DE REFERENCIA** sección 1 del 13 de julio de 2012 (ROJ: **SAP CO 1608/2012**) Sentencia: 629/2012 | Recurso: 488/2012**.**

"Hay que tener presente la doctrina jurisprudencial que veda la posibilidad de acudir al testimonio de referencia si el directo, en este caso el de la denunciante o, incluso, el del propio acusado, es en la práctica factible, aunque no se hubiera producido por causas distintas de la pura imposibilidad

material. Porque la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que "sólo será posible utilizar con virtualidad el testimonio de referencia cuando no es posible la práctica de la prueba testifical directa, salvo caso de prueba sumarial anticipada o de la imposibilidad material de la comparecencia del testigo presencial al juicio oral (véanse, por todas, SS.T.S. 852/2000 de 19 de septiembre EDJ2000/27870, 1035/2001 de 4 de junio EDJ2001/15390 y 304/2008 de 5 de junio EDJ2008/97485, citadas por la más reciente de 11 de marzo de 2010, EDJ 2010/21426).

c. **CASOS DE INAPLICABILIDAD DE LA DISPENSA SEGÚN ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2.013, según el cual la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.**

i. **Premisas para poder acogerse a la dispensa de la declaración. sección 1 del 24 de junio de 2013 (ROJ: SAP CO 830/2013) Sentencia: 260/2013 | Recurso: 12/2011.**

"(debe haber) renunciado con anterioridad a la acusación particular que hasta ese momento había ejercitado contra el mismo en línea con el acuerdo sobre esta materia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24.4.2013 que excluye la aplicación de la excusa que dicho precepto dispone en casos de convivencia pero ejercitando la acusación particular, y cuando se ha roto la relación.

3- ELEMENTO INTENCIONAL EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Con ocasión de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que fueron planteadas al Tribunal Constitucional contra preceptos penales que castigan delitos de violencia de género, uno de los pivotes sobre los que giraban muchas de ellas discutía la premisa de la que parte la Ley de protección integral, la de que cualquier acto de violencia realizado por un hombre contra su pareja, cualquiera que fuera su gravedad, comporta una agresión machista y, por ello, es merecedor de un castigo de mayor gravedad.

No podemos olvidar que los orígenes de tal convencimiento están en documentos internacionales muy anteriores a la Ley de protección integral sobre violencia de género. Así, por ejemplo, ya en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 se reconoce

que constituye “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre”.

Con todo, esta perspectiva de género, que informa la regulación vigente, ha dado lugar a diferentes criterios, considerando algunas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra la de Córdoba, que existe un elemento distintivo de los delitos de violencia de género, la situación de dominación, subyugación, intento de sumisión o de desigualdad por parte del varón hacia la que es o ha sido su cónyuge o mujer ligada a él por análogos lazos de afectividad aun sin convivencia, que puede deducirse de los hechos objetivos probados. Así pues.

a. **ES POSIBLE ALEGAR SU AUSENCIA, PERO LA VALORACIÓN, BASADA EN PRUEBA PERSONAL, LA REALIZA EL JUZGADO DE INSTANCIA.** sección 1 del 25 de noviembre de 2013 (ROJ: **SAP CO 1648/2013**) Sentencia: 435/2013 | Recurso: 777/2013.

“esta Sala tiene reiteradamente establecido respecto de lo que cabe denominar el elemento finalístico de este tipo de conductas, que se ha de exigir para que concurran los tipos de violencia de género que se esté ante manifestaciones de situación de subordinación, dominación o discriminación de la mujer por quien es o ha sido su pareja. Efectivamente nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 24.11.2009 lo ha venido a exigir y esta Sala reiteradamente se ha alineado con esa interpretación (sentencias de 12.5.2010, 8.6.2010 y 13.9.2010, entre otras). Así, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 10.11.2011, recurso 822/2011 se trata de sancionar "aquellas conductas que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación y el sojuzgamiento por el agente sobre la esposa o pareja o los otros familiares que cita el precepto, pues nada define mejor el maltrato familiar que la relación de dominio ejercitado mediante actos de violencia física o psíquica para imponer la supremacía del sujeto activo" (así se reseñaba en la Sentencia de 29 de diciembre de 2.011, rollo 690/11). Si no se apreciara el factor intencional a que anteriormente hemos hecho referencia, podría ser factible una calificación del hecho punible distinta, que podría llevar a considerar procedente la aplicación del precepto mencionado por el recurrente. Ahora bien, la ponderación de las circunstancias en que la discusión se produce ha de ser la premisa en relación con la cual se pueda efectuar la aplicación de las consideraciones anteriores, siendo para ello determinante que la ausencia de ánimo de

dominación pueda inferirse de lo que en el acto del juicio quedó efectivamente probado”

b. **NO ES NECESARIO QUE SE HAGA CONSTAR EL ELEMENTO INTENCIONAL EN LOS HECHOS PROBADOS, PERO TAMPOCO CABE PRESUMIR LA CONCURRENCIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. sección 1 del 01 de septiembre de 2010 (ROJ: SAP CO 919/2010) Sentencia: 631/2010 | Recurso: 512/2010.**

“una presunción "iuris tantum" en materia de violencia de género , y que, según pudiera interpretarse de su tenor, se concretaría en que ha de presumirse la conducta violenta del compañero sentimental, entendemos que hacia su compañera…choca frontalmente con los postulados de un Estado de Derecho como es nuestro país y con los principios inspiradores del proceso penal, fundamentalmente el de presunción de inocencia y de in dubio pro reo, de tal forma que toda condena penal, también en materia de violencia ejercida sobre la mujer, ha de ser basada en prueba válida, practicada en juicio, motivada y suficiente a esos efectos, descartando la existencia de dudas”.

c. **NO CORRESPONDE A LA ACUSACIÓN LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA MISMA, PERO el acusado podría probar la ausencia de componentes de diferencia de género, y que el hecho se produce al margen de situaciones de desigualdad o machismo, lo que entra dentro de la afirmación que permite probar que el acto no es de género, sino que tiene otros componentes diferenciales que permitirían derivar el hecho a falta.**

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2.010 (ROJ: STC 41/2010) considera que en estos delitos el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1177/2009 de 24 de noviembre (ROJ: STS 7482/2009), referida a unas agresiones iniciadas por la mujer, sostiene el no automatismo en la aplicación de los tipos de violencia de género, a la luz del artículo 1.1 de la LO 1/2004, admitiendo excepciones a la punición más grave cuando "la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista”.

En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2.010 (ROJ: STS 5467/2010) establece que los tipos penales

que castiga la violencia de género depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados, incluso por el propio reconocimiento del mismo. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta.

Sin embargo, otra sentencia la 1376/2011 de 23 de diciembre (ROJ: STS 8962/2011) vuelve a exigir "un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina". Es a esta tesis jurisprudencial a la que se adscribe la Audiencia de Córdoba.

4- RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA A LA CONYUGAL.

Tras una fase inicial en la que nuestro ordenamiento limitaba su protección al ámbito doméstico, se llegó a la convicción de que no era la protección de la paz familiar el bien jurídico a salvaguardar, sino lo que el legislador optó por denominar "relación de afectividad".

Si partimos de la base de que añade que la misma existe "con o sin convivencia", la equiparación al modelo conyugal se torna inviable y nos conduce a buscar elementos distintivos dentro de la constelación casi infinita de posibilidades que la realidad de las relaciones entre hombres y mujeres ofrece.

a. Naturaleza propia. sección 3 del 24 de junio de 2014 (ROJ: SAP CO 572/2014) Sentencia: 313/2014 | Recurso: 726/2014.

"es preciso cierto grado de compromiso entre las personas a las que se refiere el artículo 171 del Código, (partiendo)… de la base de que el grado de asimilación a la relación conyugal no se ha de medir tanto por la existencia o no de un proyecto de vida en común…, sino por la comprobación de que comparte con aquélla la naturaleza de la afectividad que es donde la redacción legal pone el acento; a saber, la propia de una relación personal e íntima que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad por intensa que sea".

b. Distinción de situaciones similares. sección 3 del 27 de mayo de 2014 (ROJ: SAP CO 513/2014) Sentencia: 255/2014 | Recurso: 601/2014.

"no puede quedar sólo en la calificación de una mera convivencia con esporádicos roces o tocamientos sexuales sin entidad para configurarla como una relación de afecto semejante a la derivada del matrimonio. En

este sentido conviene traer a colación lo que establece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011, cuando establece como, a través de las necesarias reformas operadas en el Código Penal por Leyes Orgánicas 14/99 y 11/2003, se ampliaron los sujetos pasivos del tipo penal, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas, y aún sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales aparecidos. Dichas modificaciones tienen una sustancial importancia en relación al supuesto en estudio, por cuanto en la actualidad por LO 1/2004 se ha ampliado sustancialmente el supuesto de hecho típico. En el momento presente, y es cuestión que no ofrece duda (tanto por la propia redacción del Código Penal como la interpretación jurisprudencial al respecto) en el tipo penal se encuentran recogidos como sujetos pasivos, tanto los cónyuges matrimoniales como las parejas "more uxorio", lo que usualmente se conoce como pareja de hecho. Y se ha pretendido, claramente, incluir otros supuestos de hecho que con anterioridad quedaban, en los que se denota una especial vinculación o unión más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho (y mucho menos en lo matrimonial) por falta de ese elemento de convivencia que era la determinante de una estabilidad, de un proyecto de futuro y de una vocación hacia la creación de una unidad familiar”.“…los artículos 153, 173.2 y 171.4…no tienen como finalidad dispensar una especial protección a la institución matrimonial, sino justamente sancionar la aparición en la relación sentimental que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación. Las relaciones de pareja constituyen, como refiere la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona con las que suele producirse la aparición de la violencia de género. Con ello tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo, esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre las componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiere designarse”.

c. **Situaciones excluidas** Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor.

5- VIOLENCIA HABITUAL

a. NO EQUIVALE TANTO A PLURALIDAD DE ACTOS, COMO A ESTADO DE AGRESIÓN PERMANENTE, sección 3 del 06 de junio de 2014 (ROJ: SAP CO 586/2014) Sentencia: 274/2014 | Recurso: 641/2014.

"no se analiza un acto o hecho concreto que puede ser sometido a enjuiciamiento como ocurre generalmente, sino que lo que se somete a la valoración de la prueba es si se acredita una sucesión en el tiempo de actos tal que llevan a la convicción del juez de que la víctima lo es, no solo por un hecho concreto, sino por la reiteración de los actos, por leves que sean, en su caso, lo que provoca la necesidad de su castigo"**.**

b. RELEVANCIA DE LA CONCRECIÓN DE CADA UNO DE LOS ACTOS DE VIOLENCIA. sección 1 del 28 de diciembre de 2011 (ROJ: SAP CO 1242/2011) Sentencia: 862/2011 | Recurso: 31/2010.

"cuando se analiza si se ha acreditado el maltrato habitual en cualquiera de sus modalidades (física o psíquica) no se analiza un acto o hecho concreto que puede ser sometido a enjuiciamiento como ocurre generalmente…(sino) la habitualidad (que) debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico- formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que estas actuarían como prueba de habitualidad, que también podría demostrarse por otras (vías)".

6- LA PENA DE ALEJAMIENTO.

a. PREVISTA LEGALMENTE, DE IMPOSICIÓN PRECEPTIVA, sección 1 del 20 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP CO 1701/2013) Sentencia: 425/2013 | Recurso: 440/2013.

" (es) preciso partir de la consagración de la constitucionalidad de este precepto penal merced a la desestimación de la cuestión resuelta por Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2010 (recurso 8821/205 , EDJ 2010/205564). En ella se responde al claro obstáculo que, para el ejercicio del derecho a elegir residencia y moverse por el territorio supone la imposición preceptiva de la prohibición de acercamiento respecto de la víctima del delito".

b. EXCEPCIÓN. sección 1 del 24 de septiembre de 2012 (ROJ: SAP CO 1665/2012) Sentencia: 764/2012 | Recurso: 612/2012

"(hay tener presente) la Sentencia del Tribunal Supremo 1023/2009 de 23 de octubre , referida a un supuesto de condena por una conducta de malos tratos sin resultado lesivo…, en el que por razón de las relaciones de pareja existentes entre agresor y agredida, venía a integrar el delito del artículo 153 del Código Penal , que sería de malos tratos en el seno de la pareja,

señaló que la remisión que el número 2 del artículo 57 hace del número 1 no comprende los malos tratos, en cuanto que éste habla de delito de lesiones.

Conclusión

He preferido obviar determinadas cuestiones que no ofrecen diferencias sustanciales respecto de otras ramas del proceso penal, como la valoración de la declaración de la víctima, cuando es única prueba de cargo o la imposibilidad de invocar un error en la valoración de la prueba personal practicada ante el Juzgado de lo Penal a la hora de apelar la Sentencia dictada por éste, conforme a una constante e invariable jurisprudencia, que, no por sabido, deja de aparecer, sin embargo, en prácticamente todos los recursos presentados ante la Sala, abocados como están al fracaso.

En fin, espero que hayan sido mis comentarios, a falta de amenidad, al menos útiles para su ejercicio profesional. Estoy, desde luego, abierto a cualquier pregunta que estimen necesario formularme, si el moderador lo entiende oportuno.

Muchas gracias por su atención y su paciencia.