

Juan Ángel Maccagno Bini

**ANÀLISI DEL PROCEDIMENT PENAL
DE LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE**

TREBALL DE FI DE GRAU

Dirigit per la Sra. Verónica Galiana Saura

Grau de Dret



**UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI**

Tarragona

2021

Durant la meva primera manifestació del 8M vaig llegir una pancarta que deia: «No vull ser valenta, vull ser lliure». Aquest estudi el vull dedicar a totes les dones de la meva vida que m'han ajudat a ser lliure.

Aquest TFG s'ha desenvolupat en la modalitat Treball de Recerca.

La recerca es presenta seguint les normes per a autors previstes a la Revista: «*Anuario de Filosofía del Derecho*», que s'edita des de 1954 pel servei de publicacions del Ministeri de Justícia i actualment es publica en coedició pel Ministeri de Justícia i la Agència Estatal Boletín Oficial del Estado i que recull contribucions científiques originals i de referència principalment relacionades amb l'àrea de Filosofia del Dret i Filosofia Política.

<https://www.filosofiadelderecho.org/wp-content/uploads/2019/12/AFD-Instrucciones-autores-y-autoras.pdf>

RESUM

El present treball s'ocupa d'analitzar el procediment penal de la violència de gènere. En concret, les conseqüències negatives que resulten en la víctima d'aquesta relació amb el sistema jurídic-penal, conegut com a victimització secundària, i la recent interpretació del Tribunal Suprem de la dispensa establerta a l'article 416.1 de la Llei d'Enjuiciament Criminal; dues qüestions de vital interès en el context actual per la lluita contra la violència de gènere. La finalitat d'aquest treball és l'anàlisi d'aquestes qüestions i la cerca d'alternatives que permetin evitar aquesta doble victimització.

Paraules clau: *violència de gènere, igualtat, revictimització, dispensa, habitualitat, maltractament, procediment penal.*

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa de analizar el procedimiento penal de la violencia de género. En concreto, las consecuencias negativas que resultan en la víctima de esta relación con el sistema jurídico-penal, conocido como victimización secundaria, y la reciente interpretación del Tribunal Supremo de la dispensa establecida en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; dos cuestiones de vital interés en el contexto actual para la lucha contra la violencia de género. La finalidad de este trabajo es el análisis de estas cuestiones y la búsqueda de alternativas que permitan evitar esta doble victimización.

Palabras clave: *violencia de género, igualdad, revictimización, dispensa, habitualidad, maltrato, procedimiento penal.*

ABSTRACT

This work focuses on analysing the criminal procedure for gender-based violence. Specifically, the negative consequences suffered by the victim because of their relationship with the criminal justice system, what we call secondary victimisation, and the recent interpretation made by The Supreme Court of the exemption established in article 416.1 of the Ley de Enjuiciamiento Criminal; two issues of vital interest in the current context for the fight against gender-based violence. The aim of this work is to critically analyse these issues and to search for alternatives to avoid the secondary victimisation.

Key words: *gender-based violence, equality, revictimization, exemption, habituality, mistreatment, criminal procedure.*

ÍNDIX

1. INTRODUCCIÓ.....	5
2. EVOLUCIÓ DE LA NORMATIVA I DADES OFICIALS	6
2.1. Evolució de la Normativa	6
2.1.1. Llei Orgànica 3/1989, de 21 de juny, d'actualització del Codi Penal.....	6
2.1.2 Llei Orgànica 14/1999, de 9 de juny, de modificació del Codi Penal de 1995 en matèria de protecció a les víctimes de maltractament i de la Llei d'Enjudiciament Criminal.	7
2.1.3. Llei Orgànica 11/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers.	7
2.1.4. Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.	8
2.1.5. Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març, per la qual es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal.....	8
2.2. Dades Oficials.....	8
3. DEL MALTRACTAMENT PUNTUAL	10
4. DE L'HABITUALITAT DE L'ARTICLE 173.2 DEL CODI PENAL	11
4.1. Nombre d'actes violents acreditats	12
4.2. Proximitat entre els actes violents	13
4.3. Concurrencia de diferents subjectes passius	13
4.4. Independència de l'enjudiciament o no dels actes violents en procediments anterioris	14
5. EL PROCEDIMENT PENAL	14
6. DE LA DISPENSA DE L'ARTICLE 416.1 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CRIMINAL	19
6.1. Els Vots Particulars.....	21
7. VICTIMITZACIÓ SECUNDÀRIA	23
8. CONCLUSIÓ	27
9. BIBLIOGRAFIA	28

1. INTRODUCCIÓ

La violència de gènere és una dura i trista realitat de la nostra societat. A Espanya, la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, en el seu article primer, defineix com a objecte de la llei «la violència que, com a manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder entre homes i dones, s'exerceix sobre aquestes per part dels qui siguin o hagin estat els seus cònjuges o de qui estiguin o hagin estat lligats a elles per relacions similars d'afectivitat, tot i sense convivència»¹ (traducció pròpia).

És a dir, existeix violència de gènere, segons el nostre ordenament jurídic, quan una dona és víctima d'agressions (siguin físiques o psicològiques) per part del seu cònjuge, excònjuge, o qualsevol altre tipus de relació afectiva, sense necessitat que existeixi o hagi existit convivència i sempre que l'agressor sigui un home.

No obstant, organismes com les Nacions Unides estenen aquesta definició i concreten que la violència de gènere, o contra la dona, és «tot acte de violència que resulti, o pugui tenir com a resultat, un dany físic, sexual o psicològic per a la dona, incloses les amenaces de tals actes, la coacció o la privació arbitrària de la llibertat, tant si es produeixen en la vida pública com en la privada» (traducció pròpia).

Abans de continuar, dedicaré unes línies a definir què entenem per violència domèstica, concepte que, en moltes ocasions, es confon o es pretén equiparar a la violència de gènere i que no és objecte d'estudi en aquest treball. L'Organització Mundial de la Salut defineix la violència domèstica com «el maltractament o agressions físiques, psicològiques, sexuals o d'altra índole, infligides per persones del medi familiar i dirigida generalment als membres més vulnerables de la mateixa: nens, dones i ancians» (traducció pròpia). Per tant, la violència domèstica consisteix en tota acció o omissió d'un o diversos membres de la família, que resulta en tensions, vexacions o altres situacions similars entre els diferents membres de la família, independentment de si són homes o dones.

La motivació principal per l'estudi del tema escollit és l'interès personal en la lluita per l'erradicació de la violència de gènere. Aquesta és un fenomen que forma part de la nostra societat des de fa segles i que no es tracta de fets aïllats sense relació entre si. Es tracta d'una violència estructural, instaurada i intercalada en tots els estaments de la nostra societat, que es produeix sobre les dones pel simple fet de ser dones i que és el resultat i la pitjor conseqüència d'una societat desigual i patriarcal on les dones han viscut, i viuen, sota el domini dels homes.

L'estudi que desenvoluparé al llarg d'aquestes pàgines consisteix en una anàlisi del procés penal d'una víctima de violència de gènere i s'estructura en la present introducció, seguida de sis títols i una conclusió final. En el primer títol analitzaré l'evolució de la normativa des de la introducció del delictes de violència intrafamiliar fins a l'actualitat, mencionant les principals aportacions de cada llei i aportant dades oficials

¹ Existeix un consens generalitzat a l'Estat Espanyol respecte a la necessitat d'ampliar el concepte de violència de gènere previst al nostre ordenament jurídic, per tal d'adaptar-lo al Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra la dona i la violència domèstica (BOE núm. 137, 6 de juny 2014). En concret, es pretén ampliar les disposicions preventives, processals, punitives i protectores de la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, així com la resta de l'ordenament jurídic per poder comprendre totes les formes de violència contra les dones, el "sexting" o nous mètodes d'assetjament.

relatives a la violència de gènere. En el segon títol diferenciaré el maltractament puntual (regulat a l'article 153 del Codi Penal) de l'habitual (regulat a l'article 173 del Codi Penal). El títol tercer està dedicat a definir el concepte d'habitualitat de l'article 173.2 del Codi Penal, ja que la normativa no aporta una definició com a tal, sinó que estableix una sèrie de pautes que l'òrgan judicial ha de tenir en compte per poder apreciar-la o no. El títol quart es tracta d'una anàlisi del procés penal com a tal, és a dir, diferenciar les fases d'instrucció i enjudiciament i què es realitza en cadascuna d'aquestes. En el cinquè títol analitzaré la nova doctrina del Tribunal Suprem respecte de dispensa contemplada en l'article 416.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, que ha modificat completament el criteri fins ara establert i que afecta directament a les víctimes de violència de gènere. El títol sisè i últim, previ a les conclusions, està dedicat a l'anàlisi de la victimització secundària o revictimització i ocupa aquesta posició en l'estudi perquè, com veurem, s'analitzen els danys que pateix la víctima d'un delictes de violència de gènere a partir de la relació amb el sistema jurídic-penal, que és el que hem analitzat anteriorment. Finalment, es presentaran les conclusions a les quals he arribat després de l'estudi realitzat.

2. EVOLUCIÓ DE LA NORMATIVA I DADES OFICIALS

2.1. Evolució de la Normativa

2.1.1. Llei Orgànica 3/1989, de 21 de juny, d'actualització del Codi Penal.

S'introdueix l'article 425, tipificant per primera vegada el delictes de violència intrafamiliar, tal com exposa s'exposa al preàmbul de la llei «respondiendo a la eficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo».

«El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

- Subjecte passiu: cònjuge o persona a la qual estigués unida per anàloga relació d'afectivitat;
- Habitualitat necessària;
- Violència física, únicament.

La present llei va entrar en vigor el 12 de juliol de 1989, vint dies després de la seva publicació al Butlletí Oficial de l'Estat (22 de juny de 1989), tal com estableix l'article 2.1 del Codi Civil, a falta d'una disposició expressa en aquesta.

L'assassinat d'Ana Orantes, l'any 1997 va posar la violència de gènere en el pla del debat social a Espanya, on fins aleshores, es tractava aquest fenomen com a maltractament en l'àmbit domèstic. L'any 1998, el defensor del poble va realitzar un informe en el qual afirmava que, històricament, el maltractament a les dones en l'àmbit familiar havia mancat d'interès social i jurídic, a causa del paper reservat tradicionalment per la dona i el 17 de desembre de 1999 l'ONU instaura el Dia Internacional d'Eliminació de Violència contra la Dona.

2.1.2 Llei Orgànica 14/1999, de 9 de juny, de modificació del Codi Penal de 1995 en matèria de protecció a les víctimes de maltractament i de la Llei d'Enjudiciament Criminal.

El Pla d'acció aprovat per l'Acord del Consell de Ministres de 30 d'abril de 1998 incloïa entre les seves mesures determinades accions legislatives encaminades a la modificació del Codi Penal i de la Llei d'Enjudiciament Criminal per tal d'aconseguir l'erradicació de les conductes delictives constituents en maltractaments, així com atorgar una major i millor protecció a les víctimes d'aquestes conductes.

Així doncs, es trasllada l'article anteriorment esmentat (425) al 153 i es realitzen les següents modificacions:

- S'afegeix com a subjecte passiu als fills del cònjuge o convivent;
- Defineix el concepte d'habitualitat: «Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores»;
- Afegeix la violència psíquica;
- S'afegeix un nou article, el 544 bis, a la Llei d'Enjudiciament Criminal, introduint mesures de caràcter preventiu a adoptar durant la tramitació del procés per tal de facilitar la immediata protecció a la víctima.

La present llei va entrar en vigor el mateix dia de la seva publicació al Butlletí Oficial de l'Estat (10 de juny de 1999), tal com es va establir a la disposició final única d'aquesta.

2.1.3. Llei Orgànica 11/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers.

Trasllada l'article mencionat anteriorment (153) al 173, integrant-se al Títol VII «De los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral». Aquest canvi suposa el reconeixement de la integritat moral com a bé jurídic a protegir, a més de la integritat física i psíquica.

El tipus penal, a més, afegeix els germans per naturalesa, adopció o afinitat, propis del cònjuge o convivent, a les persones emparades en qualsevol altra relació per la qual es trobin integrades en el nucli de la convivència familiar i a les persones que per la seva especial vulnerabilitat es trobin sotmeses a custòdia o guarda en centres públics o privats.

La present llei va entrar en vigor l'1 d'octubre de 2003, l'endemà a la seva publicació al Butlletí Oficial de l'Estat (30 de setembre de 2003), tal com es va establir a la disposició final segona d'aquesta.

L'any 2003 es produeix el primer assassinat per violència masculista comptabilitzat a les dades oficials i el mateix any el Congrés aprova la modificació de la Llei d'Enjudiciament Criminal que crea les ordres de protecció per les víctimes de violència de gènere. L'any 2004 el Congrés aprova per unanimitat la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

2.1.4. Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

«La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Així inicia l'exposició de motius de la llei que va suposar un punt d'inflexió en la lluita contra la violència de gènere. La seva aprovació va suposar la creació dels Jutjats de Violència sobre la Dona, qui coneixeran de la instrucció i, si escau, de la decisió de les causes penals en matèria de violència sobre la dona, així com d'aquelles causes civils que estiguin relacionades.

S'especifiquen, a més, obligacions en el sistema educatiu per a la transmissió de valors respecte de la dignitat de les dones i la igualtat entre homes i dones.

La present llei va entrar en vigor el 28 de gener de 2005, trenta dies després de la seva publicació al Butlletí Oficial de l'Estat (29 de desembre de 2004), amb excepció dels títols IV i V, que van entrar en vigor sis mesos després, tal com es va establir a la disposició final setena d'aquesta i va ser aprovada per unanimitat amb tots els vots a favor al Congrés dels Diputats, convertint-se en la primera llei integral contra la violència de gènere a Europa.

2.1.5. Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març, per la qual es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal.

Es reforça la protecció especial per a les víctimes de violència de gènere i s'adeqüen els tipus penals després de la desaparició de les faltes. A més, s'eximeix el requisit de la denúncia prèvia del perjudicat per a les infraccions relacionades amb la violència de gènere.

- S'incorpora el gènere com a motiu de discriminació en l'agreujant quart de l'article 22;
- S'amplia l'àmbit de la mesura de llibertat vigilada;
- No s'exigirà el requisit de denúncia prèvia per la persecució del nou delictes d'assetjament;
- Únicament serà possible la imposició de penes de multa en aquest tipus de delictes quan consti acreditat que entre agressor i víctima no existeixen relacions econòmiques derivades d'una relació conjugal.

La present llei va entrar en vigor l'1 de juliol de 2015, tal com es va establir a la disposició final vuitena d'aquesta.

2.2. Dades Oficials

Abans de donar per finalitzat aquest títol, és necessari aportar una sèrie de dades facilitades pel Ministeri d'Igualtat per corroborar la vital necessitat de seguir combatent per l'erradicació de la violència de gènere:

- El nombre de víctimes mortals per violència de gènere a Espanya en mans de parelles o exparelles des de l'1 de gener de 2003 fins avui en dia (a 20 de maig de 2021) ascendeix a un total de 1091.



Fitxa estadística de víctimes mortals per violència de gènere. Font: Ministeri d'Igualtat, Delegació del Govern Contra la Violència de Gènere.

- Tot i haver disminuït en un 8,4% l'any 2020, el nombre de víctimes de violència de gènere era de 29215. La taxa de víctimes de violència de gènere va ser 1,4 per cada 1000 dones de 14 o més anys.

Violencia doméstica y violencia de género - Año 2020

		Violencia de género	Violencia doméstica
Victimas	1,2	29.215	8.279
Personas denunciadas	1,3	29.135	5.578
Personas condenadas	3,4	25.436	5.180
Personas absueltas	3,4	3.489	715

1. Se refiere a asuntos incoados en el año de referencia
2. En violencia de género solo se puede referir a mujeres. En violencia doméstica se puede referir tanto a hombres como a mujeres
3. En violencia de género solo se puede referir a hombres. En violencia doméstica se puede referir tanto a hombres como a mujeres
4. Se refiere a sentencias firmes en el año de referencia, que pueden haberse incoado ese mismo año o en anteriores

Font: Institut Nacional d'Estadística.

- Víctimes mortals per violència de gènere l'any 2021 segons característiques relacionades amb la tutela institucional:

Denuncia previa/continuación del proceso por parte de la víctima	Número	%
TOTAL	13	100.0
Con una o más denuncias previas	2	15.4
Interpuestas por la víctima	2	100.0
Interpuestas por otros	0	0.0
Sin denuncias previas	11	84.6
TOTAL casos con denuncia previa	2	100.0
Continuación del proceso	1	50.0
No continuación del proceso	1	50.0
No consta	0	0.0

Fitxa estadística de víctimes mortals per violència de gènere. Font: Ministeri d'Igualtat, Delegació del Govern Contra la Violència de Gènere.

- Del total de dones de 16 o més anys residents a Espanya, el 14,2% han patit violència física i/o sexual per part d'alguna parella, actual o passada, en algun moment de la seva vida. L'1,8% ha patit violència física i/o sexual d'alguna parella en els últims dotze mesos.

Anàlisi del Procediment Penal de la Violència de Gènere

	A lo largo de la vida		Últimos 12 meses	
	% sobre el total de mujeres residentes en España de 16 o más años	Número estimado de mujeres que sufren violencia	% sobre el total de mujeres residentes en España de 16 o más años	Número estimado de mujeres que sufren violencia
1. Física	11,0%	2.234.567	1,0	194.478
2. Sexual	8,9%	1.810.948	1,3	269.852
3. Física y/o sexual	14,2%	2.905.489	1,8%	374.175
4. Emocional	23,2%	4.744.106	5,4%	1.101.661
5. Control	27,0%	5.500.704	6,6%	1.355.620
6. Económica	11,5%	2.350.684	2,0%	407.793
7. Miedo	13,9%	2.827.243	3,7%	761.844
8. Psicológica (emocional, control, económica, miedo)	31,9%	6.517.062	10,6%	2.164.006
9. Violència total (3+8)	32,4%	6.605.825	10,8%	2.197.691

Resultats obtinguts a la Macroenquesta de Violència contra la Dona realitzada l'any 2019.

Font: Ministeri d'Igualtat, Delegació del Govern contra la Violència de Gènere.

3. DEL MALTRACTAMENT PUNTUAL

Un cop analitzada l'evolució de la normativa i conegudes algunes dades oficials respecte a la violència de gènere, dedicarem aquest títol a analitzar el delictes de maltractament puntual, per tal de diferenciar-lo del maltractament habitual, que analitzarem en el títol següent.

El delictes de maltractament puntual es troba regulat a l'article 153 del Codi Penal i es tracta d'un delictes contra la integritat personal que sorgeix com a resposta a aquesta relació de poder que exerceix l'home sobre la dona.

Aquest tipus penal diferencia dos conceptes diferents que ja hem definit anteriorment: el punt primer regula la violència de gènere i el punt segon la violència domèstica.

El primer punt, relatiu a la violència de gènere, exigeix els següents requisits:

- Que la lesió no sigui habitual;
- Que aquesta lesió consisteixi en un maltractament psíquic o lesió de menor gravetat a les previstes en l'apartat segon de l'article 147 del Codi Penal o que colpegi o maltracti d'obra a altre sense causar-li lesió;
- Que el subjecte passiu sigui o hagi estat esposa o dona que estigui o que hagi estat lligada a ell per una anàloga relació d'afectivitat tot i no existir convivència.

Aquest apartat també és aplicable quan la víctima sigui una persona especialment vulnerable i convisqui amb l'autor. Es preveuen penes de presó de sis mesos a un any o treballs en benefici de la comunitat de 31 a 80 dies.

Cal destacar que s'estableix una diferència en la pena en comparació a les lesions de l'article 147 del Codi Penal. En aquest cas, la pena alternativa no és de multa, sinó de treballs en benefici de la comunitat.

L'apartat segon se situa en l'àmbit de la violència domèstica, que no entra en el camp d'estudi d'aquest treball i, per tant, no analitzarem.

L'apartat tercer regula quatre supòsits agreujants de la conducta. Estableix una sèrie de circumstàncies la presència de les quals suposa la imposició de la pena en la seva meitat superior. Aquestes circumstàncies són:

- Que el delictes es realitzi en presència de menors. Perquè sigui possible l'apreciació d'aquest agreujant el menor que presenciï els fets ha de ser una persona diferent de la víctima. A més, és necessari que el menor tingui capacitat cognitiva i volitiva per a comprendre els fets;
- L'ús d'armes. N'hi ha prou amb l'ús intimidatori d'armes, encara que no s'usi l'arma en si per a causar la lesió. El fet de mostrar-la ja produeix suficient intimidació per permetre l'aplicació d'aquest agreujant;
- Que la lesió es produeixi en el domicili comú o de la víctima;
- Que la lesió es produeixi infligint una pena prevista en l'article 48 del Codi Penal² o una mesura cautelar o de seguretat de la mateixa naturalesa.

L'apartat quart preveu, no obstant tot el que hem esmentat, que el jutge o Tribunal, raonant en sentència i en atenció a les circumstàncies personals de l'autor i les concurrents en la realització del fet, pugui imposar una pena inferior en grau. Aquesta previsió que realitza el legislador resulta bastant contradictòria, ja que, com hem vist fins ara, el mateix legislador estableix una sèrie de circumstàncies agreujants que farien aplicar la pena en la seva meitat superior.

4. DE L'HABITUALITAT DE L'ARTICLE 173.2 DEL CODI PENAL

La Llei Orgànica 3/1989, de 21 de juny, va introduir la regulació del delictes de maltractament habitual. Tot i configurar-se com un element essencial i diferenciador, el concepte d'habitualitat no apareixia definit en el Codi Penal i, a més a més, mancava de tota classe de criteri interpretatiu. No és fins a la reforma introduïda per la Llei Orgànica 14/1999, de 9 de juny, que es fixen aquests criteris. Així doncs, havent definit el delictes, es va disposar que per a l'apreciació d'aquesta habitualitat es tindrien en compte el nombre d'actes violents que resultin acreditats i la proximitat temporal entre aquests, amb independència que aquesta violència s'hagi exercit sobre la mateixa persona o sobre les diferents víctimes que l'article contempla i que els actes violents hagin estat o no objecte d'enjudiciament en procediments anteriors.

Com podem observar, no es tracta d'una definició com a tal del concepte d'habitualitat, sinó que el que fa el precepte és fixar les pautes que han de tenir-se en consideració per l'òrgan judicial a l'hora d'acreditar o no aquesta habitualitat requerida. Aquestes pautes varen ser recollides en l'apartat tercer de l'article 173 del Codi Penal i romanen intactes en l'actualitat.

² «1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.»

A continuació, analitzarem els elements configuratius de l'habitualitat requerida per l'article 173 del Codi Penal.

4.1. Nombre d'actes violents acreditats

El concepte obert d'habitualitat i la falta de concreció dels actes violents acreditats (siguin físics o psíquics) han tingut com a resultat l'aparició de dues línies interpretatives al respecte: una interpretació formal i una interpretació material.

La primera d'aquestes es descarta per concretar i quantificar el nombre d'agressions en l'espai temporal en la que aquestes es produeixen. Podem observar que existeix una tendència jurisprudencial en associar el concepte d'habitualitat a la comissió d'un mínim de tres actes violents acreditats:

- Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 1^a). Sentència número 662/2002, de 18 d'abril, ponent: Julián Artemio Sánchez Melgar. Fonament de Dret Quart: «que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor».

Doctrina consolidada:

- o Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 1^a). Sentència número 640/2017, de 28 de setembre, ponent: Pablo Llerena Conde;
 - o Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 1^a). Sentència número 1151/2009, de 17 de novembre, ponent: Luciano Varela Castro;
 - o Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 1^a). Sentència número 280/2015, de 12 de maig, ponent: Luciano Varela Castro.
- Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 1^a). Sentència número 752/2004, de 7 de juny, ponent: Gregorio García Ancos. Fonament de Dret Primer: «Con remisiones constantes a sentencias de diversas Audiencias Provinciales se argumenta de modo principal que para que exista ese requisito de la habitualidad como elemento principal del tipo, es imprescindible que, cuanto menos, se hayan producido tres actos de violencia no siendo suficiente con dos como, según su tesis, se produjeron en el presente supuesto»;
 - Fiscalía General de l'Estat, Circular 1/1998, de 24 d'octubre: «En el sentido expuesto, será suficiente -aunque no siempre necesario como veremos- con la existencia de tres o más sentencias condenatorias anteriores por hechos que guarden conexión entre sí para acreditar dicha habitualidad».

També es va arribar a apel·lar que el criteri que reclama la presència de tres accions violentes podia sustentat-se en l'analogia aplicació del concepte d'habitualitat recollit a l'article 94 del Codi Penal³, encara la mateixa circular de la Fiscalía General de l'Estat que acabem de mencionar va rebutjar aquesta interpretació⁴.

La segona d'aquestes línies interpretatives advoca per prescindir del requisit numèric a l'entendre que el realment rellevant per apreciar l'habitualitat és que la

³ «A los efectos previstos en la sección 2.^a de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

⁴ «Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el art. 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras».

repetició o freqüència dels actes violents porti a la víctima a viure en un estat d'agressió permanent. Així doncs, com assenyala Núñez Casado (2010, pàg. 131):

«El comportamiento realmente prohibido es aquel que sea idóneo para vulnerar el bien jurídico que se protege [...] y este bien jurídico no se lesiona por la mera suma de actos violentos concretos, sino por la creación de un clima de violencia y angustia provocado por esa reintegración, que desemboca en un sentimiento de miedo, humillación e inferioridad».

4.2. Proximitat entre els actes violents

La finalitat d'aquesta exigència és corroborar el caràcter constant i continu de la situació violenta en la relació entre subjectes. La qüestió que hem de plantejar-nos és l'espai temporal que pot existir com a màxim entre les diferents agressions amb les quals pretenem acreditar l'existència d'aquesta habitualitat.

Tal com afirma Pérez Rivas: «la casuística a este respecto es variada -e incluso contradictoria-». S'ha pogut observar com en alguns casos s'acredita aquesta proximitat entre actes violents en un interval de vuit dies, mentre que en altres casos aquest interval comprèn un mes, tres mesos, sis mesos, un any i fins i tot tres anys. De l'estudi realitzat per Pérez Rivas de les dades extretes dels expedients de la fiscalia de Santiago, es conclou que resulta incompatible l'exigència d'habitualitat en el maltractament en aquells episodis violents que s'espaiïn en un període superior a tres anys⁵. En qualsevol cas, correspondrà a l'òrgan judicial determinar si l'espai temporal que existeix entre els actes violents permet afirmar l'existència d'aquest clima de terror continuat o si, al contrari, existeixen períodes d'estabilitat que facin decaure aquest ambient violent.

4.3. Concurrència de diferents subjectes passius

El tercer element que hem de tenir en compte per apreciar l'habitualitat exigida pel tipus penal és la pluralitat de subjectes sobre els quals poden recaure els actes violents.

La Fiscalia General de l'Estat, en la seva circular 2/1990, d'1 d'octubre, va rebutjar la possibilitat que poguessin tenir-se en consideració global els actes de violència soferts pels subjectes passius del tipus. No obstant, va decidir rectificar aquest criteri en la Circular 1/1998, de 24 d'octubre, afirmant que sí que és possible sumar els actes violents que recaiguin sobre diferents membres de la família sempre que convisquin en el mateix domicili i que, de tals actes, es derivi aquest clima de violència que hem anomenat anteriorment. Així doncs, es va establir el següent:

«la Circular 2/1990 -fruto del anterior marco jurídico- sostuvo que no cabe sumar los maltratos aislados a diferentes miembros de la familia para inducir de ello la habitualidad que el tipo exige. Tal afirmación debe ser matizada: sí cabrá sumar los actos violentos que recaigan sobre diferentes miembros de la familia, para apreciar la habitualidad, cuando determinadas circunstancias que habrán de ser valoradas en cada

⁵ Vid. PÉREZ. N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)» Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, Vol. 15, N° 30, Julio-Diciembre de 2016, pp. 173-178. ISSN: 1692-2530.

caso, tales como la convivencia en el mismo domicilio familiar de las víctimas, impliquen la existencia de un clima de violencia doméstica que suponga una perturbación que afecte al desarrollo de todos en el núcleo familiar».

D'aquesta afirmació es deriva, precisament, l'actual redacció de l'article 173.3 del Codi Penal que deixa clar que l'apreciació de l'habitualitat té lloc amb independència que aquesta violència s'hagi exercit sobre la mateixa o sobre les diferents víctimes de les compreses en el mateix article.

4.4. Independència de l'enjudiciament o no dels actes violents en procediments anteriors

Tal com estableix l'article 173.3 del Codi Penal, serà indiferent per apreciar l'habitualitat que els actes violents integrats en el delictes de maltractament habitual hagin estat objecte d'enjudiciament en procediments anteriors. Però això no va ser sempre així. Fins a la reforma portada a terme per la Llei Orgànica 14/1999, de 9 de juny, es considerava que aquesta rúbrica vulnerava el principi «non bis in idem». Amb anterioritat a aquesta reforma, la Circular 1/1998, de 24 d'octubre, de la Fiscalia General de l'Estat, ja va esmentar que, al contrari, el principi «non bis in idem» no es vulnerava amb l'aplicació d'aquest precepte perquè el bé jurídic protegit pel delictes de maltractament habitual és la integritat moral de la víctima, a diferència del bé jurídic protegit en les diferents accions violentes que integren el tipus (com és la integritat física o psíquica de la víctima). No obstant, tal com indica el Tribunal Suprem en la Sentència 105/2007, Sala del Penal, Secció 1ª, de 14 de febrer de 2007, ponent: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Fonament de Dret Tercer:

«Para que se produzca una nueva condena por violencia habitual es preciso que se acrediten nuevos hechos, posteriores a aquellos y distintos temporalmente de ellos, que demuestren la reiteración del comportamiento violento».

5. EL PROCEDIMENT PENAL

Un cop diferenciats els delictes de maltractament puntal i habitual, passarem a analitzar el procediment penal que sorgeix arran d'aquests delictes i que és d'interès per l'anàlisi d'aquest estudi per poder entendre, més endavant, la importància de la dispensa de l'article 416.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal i el fenomen de la victimització secundària.

Abans d'iniciar l'anàlisi, cal destacar que les víctimes de violència de gènere gaudeixen d'una sèrie de drets en el procediment, amb la finalitat que aquestes puguin posar fi a la relació violenta amb el seu agressor i recuperar el seu projecte de vida. Aquests drets són universals, en el sentit que totes les dones que hagin patit o pateixin algun acte de violència de gènere tenen garantits els mateixos, amb independència del seu origen, religió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social. Alguns d'aquests drets són:

1. Dret a l'assistència jurídica gratuïta amb independència dels recursos existents per litigar, tal com preveu l'article 2 g) de la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'Assistència

- Jurídica Gratuïta, que comprèn l'assessorament i orientació gratuïts previs al procediment, la defensa i representació gratuïts per l'advocat i procurador en el procés judicial, l'exempció del pagament de tasses judicials, així com el pagament de dipòsits necessaris per a la interposició de recursos, l'assistència pericial gratuïta en el procés a càrrec del personal tècnic adscrit a òrgans jurisdiccionals i l'obtenció gratuïta o reducció del 80% dels drets aranzelaris dels documents notarials;
2. Dret a l'assistència social íntegra, tal com preveu l'article 19 de la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, que inclou serveis socials d'atenció, emergència, suport i acollida i recuperació integral;
 3. Drets en matèria de cotització a la Seguretat Social, tal com preveu l'article 21 la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, que inclou la subscripció del conveni especial amb la Seguretat Social per part de les treballadores víctimes de violència de gènere que hagin reduït la seva jornada laboral amb disminució proporcional del salari, la suspensió de l'obligació de cotitzar durant un període de sis mesos per les treballadores autònomes que cessin la seva activitat per fer efectiva la seva protecció o el seu dret a l'assistència social íntegra, la consideració com a períodes de cotització efectiva del temps de suspensió de la relació laboral per les treballadores per compte d'altri i del temps de suspensió de l'obligació de cotitzar per les treballadores per compte propi quan cessin en la seva activitat;
 4. Drets en matèria de prestacions de la Seguretat Social, tal com preveu el Text Refós de la Llei General de la Seguretat Social, aprovat pel Real Decret Legislatiu 1/1994, de 20 de juny, que inclou el dret a la pensió de jubilació anticipada de les dones que extingeixin el seu contracte de treball a conseqüència de ser víctimes de violència de gènere i reuneixin els requisits i el dret a la pensió de viudetat en els supòsits de separació i divorci de les dones víctimes de violència de gènere que acreditin els requisits exigits tot i no ser creditors de la corresponent pensió compensatòria;
Entre d'altres⁶.

La denúncia per maltractament pot interposar-se tant per la mateixa víctima com per qualsevol tercer que tingui coneixement del succés o successos. En moltes ocasions, les denúncies provenen dels cossos de la policia o d'informes mèdics en els quals s'indica l'origen de les lesions. Per últim, assenyalar que la denúncia pot formalitzar-se tant de forma verbal com escrita, així com personalment o per mitjà de mandatari (amb poder especial), tal com recull l'article 265 de la Llei d'Enjudiciament Criminal.

Formalitzada la denúncia, el jutge o funcionari procedirà immediatament a la comprovació dels fets denunciats, a no ser que aquests no es corresponguin amb la tipificació de cap delictes o que la mateixa denúncia fos notòriament falsa.

Abans de continuar, hem d'assenyalar que la majoria de procediments relatius a la violència de gènere es duen a terme mitjançant l'anomenat judici ràpid. Aquest procediment es va introduir al nostre ordenament jurídic per mitjà de la reforma de la Llei 38/2002, de 24 d'octubre, de reforma parcial de la Llei d'Enjudiciament Criminal. Així doncs, l'article 795.1.2º a) estableix que s'aplicarà aquest procediment a la instrucció i

⁶ «Guía de los Derechos de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género»
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/GUIADERECHOS22052019.pdf>

l'enjudiciament de: «delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal».

Davant d'un cas de violència de gènere, l'article 544 ter de la Llei d'Enjudiciament Criminal preveu l'aplicació d'una ordre de protecció, sempre que resulti necessària. Aquesta protecció s'acostuma a sol·licitar per la mateixa víctima en el mateix moment en què interposa la denúncia⁷ (encara que també pot sol·licitar-la d'ofici el jutge, les persones que tinguin amb la víctima una de les relacions establertes per l'article 173.2 del Codi Penal⁸ o el Ministeri Fiscal).

Un cop rebuda la sol·licitud, el jutge de guàrdia convoca les parts (víctima o representant legal, presumpte agressor i Ministeri Fiscal) a una audiència urgent que haurà de realitzar-se en un termini màxim de 72 hores⁹. Aquesta audiència podrà substanciar-se simultàniament amb la prevista a l'article 505 de la Llei d'Enjudiciament Criminal¹⁰ i en ella es practicaran totes les diligències d'instrucció que resultin necessàries, com poden ser l'oferiment d'accions a la víctima, la declaració de l'investigat, la declaració dels testimonis o dels forenses i totes les que siguin necessàries per a l'aclariment dels fets.

Cal remarcar que el jutge haurà d'adoptar les mesures necessàries per evitar la confrontació entre el presumpte agressor i la víctima, els fills o la resta de membres de la família.

⁷ Article 544 ter. 3. Llei Enjudiciament Criminal: «La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas».

⁸ «[...] o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados [...]»

⁹ «Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado. Asimismo, será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso, la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud».

¹⁰ «1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza.

En los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de esta ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.

2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al investigado o encausado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del investigado o encausado no detenido o su libertad provisional con fianza».

Celebrada l'audiència, el jutge resoldrà a través d'interlocutòria el que procedeixi sobre la sol·licitud de l'ordre de protecció, així com del contingut i vigència de les mesures que s'incorporin, que poden ser tant de caràcter penal com civil, tal com estableix l'article 544 ter 5 de la Llei d'Enjudiciament Criminal¹¹.

L'ordre de protecció és notificada a les parts, i comunicada pel lletrat de l'Administració de Justícia immediatament a la víctima i a les administracions públiques competents per a l'adopció de les mesures de protecció establertes. A més, l'agressor serà informat que la violació de qualsevol d'aquestes mesures poden comportar el seu ingrés a presó, així com la constitució de la comissió d'un nou fet delictiu independent de trencament de condemna (article 468 del Codi Penal¹²).

Un cop realitzades les diligències d'instrucció i resolta l'ordre de protecció, es celebra la compareixença establerta a l'article 798 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, on el jutge escoltarà les parts personades i el Ministeri fiscal i dictarà resolució amb algun d'aquests continguts:

1. Un auto en forma oral incoant el judici ràpid, a l'entendre que les proves són suficients per demostrar la comissió del delictes. Cal assenyalar que en aquest moment la persona imputada pot reconèixer els fets i dictar-se una sentència de conformitat;
2. Un procediment de diligències prèvies, ja que entén que les diligències practicades són insuficients i que s'ha de continuar investigant per conèixer amb claredat els fets esdevinguts. En aquest cas el procediment continua com a diligències prèvies d'un procediment abreujat;
3. Un sobreseïment provisional o lliure, és a dir, arxivar el cas en entendre's que, o no existeixen indicis de maltractament, o que els fets denunciats no tenen suposen la comissió d'un delictes.

Escoltades les parts, el jutge procedirà a prendre la decisió que consideri més oportuna. Si acorda l'obertura del judici oral, es dictarà de forma oral una interlocutòria motivada no susceptible de recurs.

Obert el judici oral, si no s'ha constituït acusació particular, el Ministeri Fiscal presentarà immediatament el seu escrit d'acusació o la formularà de forma oral. L'acusat podrà, en el mateix acte, conformar-se o presentar de forma immediata el seu escrit de defensa, o també, formular-la de forma oral. Cal assenyalar que la Llei d'Enjudiciament Criminal¹³ permet al jutge fixar un termini màxim de cinc dies si l'acusat ho sol·licita per la presentació de l'escrit de defensa.

¹¹ «5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública».

¹² «1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada».

¹³ Article 800.2: «Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes».

En canvi, en cas d'haver-se constituït acusació particular sol·licitant l'obertura del judici oral, el jutge emplaçarà a aquesta i al Ministeri Fiscal perquè presentin els seus escrits en un termini improrrogable no superior a dos dies.

La celebració del judici oral requereix l'assistència de l'acusat i del seu advocat. El judici inicia amb la lectura dels escrits d'acusació i defensa i, seguidament, s'obrirà un torn d'intervencions on les parts poden exposar el que considerin oportú sobre qüestions relatives a la competència judicial, la vulneració de drets fonamentals, causes de suspensió o nul·litat d'actuacions o el contingut i finalitat de les proves proposades.

Abans d'iniciar-se la pràctica de la prova, la defensa, si l'acusat està conforme, podrà sol·licitar al jutge que dicti sentència de conformitat seguint l'escrit d'acusació que contingui la pena més alta. Si el jutge entén que la qualificació és correcta i la pena procedent, dictarà sentència de conformitat, un cop la defensa manifesti la seva conformitat. La sentència de conformitat es dictarà oralment i es declararà oralment la seva fermesa quan el fiscal i les parts, coneguda la decisió, expressin la seva decisió de no recórrer.

En cas de no existir conformitat, la pràctica de la prova es realitzarà de forma concentrada, en les sessions consecutives que siguin necessàries. Un cop finalitzada la pràctica de la prova, el jutge requerirà a l'acusació i a la defensa perquè manifestin si ratifiquen o modifiquen les conclusions dels escrits inicialment presentats. Un cop elevades les conclusions a definitives, si l'acusació canvia la tipificació penal dels fets o s'aprecia un major grau de participació, el jutge considerarà l'ajornament de la sessió fins a un límit de deu dies (a petició de la defensa) perquè pugui presentar adequadament les seves alegacions.

Si les acusacions qualifiquessin els fets com a delictes castigats amb una pena que excedeix de la competència del jutge, aquest es declararà incompetent, finalitzant el judici i el lletrat de l'Administració de Justícia remetrà les actuacions a l'Audiència competent.

Per últim, el jutge dictarà sentència condemnatòria o absolutòria i en cas de dictar-se sentència condemnatòria el jutjat corresponent de l'execució penal farà efectiva la pena imposada.

La sentència es dictarà en els tres dies següents a la finalització de la vista¹⁴. El jutge podrà dictar sentència de forma oral en l'acte del judici. Si el Ministeri Fiscal i les parts, coneguda la decisió, expressen la decisió de no recórrer, el jutge declararà la fermesa de la sentència en el mateix acte i es pronunciarà sobre la suspensió o substitució de la pena imposada. La sentència no pot imposar una pena més greu que la sol·licitada per les acusacions, ni condemnar per un delicte diferent quan aquest canvi comporti una mutació substancial dels fets enjudiciats. Contra aquesta sentència podrà interposar-se recurs d'apel·lació dintre dels cinc dies següents a la notificació d'aquesta.

¹⁴ Article 789.5 de la Llei d'Enjudiciament Criminal: «Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer el Secretario judicial remitirá al mismo la sentencia por testimonio de forma inmediata».

6. DE LA DISPENSA DE L'ARTICLE 416.1 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CRIMINAL

L'article 416.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal estableix:

«Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia».

Aquest precepte compta amb un llarg historial jurisprudencial al qual va sumar-se, el 10 de juny de 2020, una nova resolució del Tribunal Suprem (STS 2493/2020 - número de resolució 389/2020, ponent: Julián Artemio Sánchez Melgar) que canvia per complet el criteri establert respecte de la dispensa a l'obligació de declarar de les víctimes en casos de violència de gènere. Aquest canvi de 180 graus resulta digne d'anàlisi en el present estudi, ja que afecta directament els casos relatius a la violència de gènere, on la víctima acostuma a ser l'únic testimoni dels fets i, fins ara, gaudia de la possibilitat d'acollir-se a aquest dret.

El magistrat ponent assenyala: «es incompatible (el derecho de dispensa) con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos casos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial».

Per tant, el que ve a dir el Tribunal Suprem és que quan la víctima que hagi denunciat es personi posteriorment com a acusació particular, renuncia al seu dret de dispensa i renunciat aquest dret no és possible recobrar el seu contingut, tenint així l'obligació de declarar.

Analitzem més a fons les qüestions més importants d'aquesta resolució. En el seu Fonament de Dret vuitè s'estableix quin és el punt substancial que a abordar per la resolució de la qüestió sobre la dispensa: «[...] como hemos visto, la sentencia recurrida (y la de primera instancia) consideran que no era aplicable la dispensa de la mujer, víctima de estos hechos [...] En este caso, dicha mujer fue precisamente la denunciante, es decir, quien activo el proceso penal frente a su pariente, por lo que tanto prestó declaración en este sentido ante la Guardia Civil, como ante el Juzgado de Instrucción, activando las actuaciones penales».

En aquest cas, la denunciant no és un tercer, sinó la víctima del delictes. I en aquest fet recau el pes d'aquesta interpretació. El Tribunal Suprem considera diferent el cas en

què el testimoni no està involucrat en la investigació que es porta a terme. Si així fos, la dispensa cobraria tot el seu fonament respecte d'aquest testimoni. En canvi, en ser víctima dels fets pot trobar-se el dilema d'haver de manifestar detalls que poden comprometre o perjudicar el seu parent.

I com dèiem, la màxima diferència s'assoleix en els casos de violència de gènere, on la dona denúncia a la seva parella com a autor dels fets. En aquests casos, la dispensa a declarar, estableix: «carece de fundamento, y así lo hemos declarado en multitud de resoluciones judiciales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien precisamente declara para denunciar a su agresor».

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem, Sala del Penal, Secció 1ª, 625/2007, de 12 de juliol, ponent: Enrique Bacigalupo Zapater, indica en el seu Fonament de Dret únic: «que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no le es aplicable el art. 416.1º LECriminal, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección».

El Tribunal Suprem justifica el canvi de postura en sis raons:

1. Com ja hem avançat, el dret a la dispensa és incompatible amb la posició de denunciant com a víctima dels fets, màxima en els casos de violència de gènere¹⁵;
2. Si la persona denunciant que es constitueix en acusació particular no ostenta la facultat de dispensa, el seu estatut ha de ser el mateix en abandonar tal posició, sense que existeixi fonament perquè reaparegui un dret al qual s'havia renunciat amb anterioritat¹⁶;
3. Perquè quan la víctima decideix denunciar el seu agressor, tot i no estar obligada (article 261.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal¹⁷), és perquè no hi ha espai perquè es produeixi una col·lisió entre el deure de declarar i les conseqüències dels vincles familiars i de solidaritat que uneixen al testimoni amb l'acusat. És a dir, la víctima ja ha resolt el conflicte derivat del vincle amb l'agressor que li permetia abstenir-se de declarar en contra seva;
4. El testimoni-víctima no pot ser coaccionat en l'actuació posterior en prestar testimoni, essent lliure de declarar amb el que disposa el seu estatut de testimoni.

¹⁵ Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 991). Sentència número 389/2020, de 20 de juliol, ponent: Julián Artemio Sánchez Melgar. Fonament de Dret Onzè: «[...] la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial».

¹⁶ Tribunal Suprem (Sala del Penal, Secció 991). Sentència número 389/2020, de 20 de juliol, ponent: Julián Artemio Sánchez Melgar. Fonament de Dret Onzè: «Esto es lo que expresaba la STS 449/2015, de 14 de julio: tal derecho de dispensa «había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular». En efecto, al renunciar al ejercicio del derecho de dispensa, primeramente, por la interposición de la denuncia y después constituyéndose en acusación particular, una vez resuelto el conflicto que, constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho».

¹⁷ «Tampoco estarán obligados a denunciar: 1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad».

Tal com proclama l'article 715 de la Llei d'Enjudiciament Criminal¹⁸, l'única declaració que s'ha de tenir en compte a efectes del delictes de fals testimoni és la realitzada en el judici oral;

5. Perquè mantenir l'anterior criteri i permetre acollir-se, o no, a la dispensa, a voluntat de la persona concernida permetria acceptar successivament i de forma indefinida la possibilitat que una mateixa persona pogués tenir un estatus o un altre, segons la seva voluntat; fet no admissible, resultant d'aplicació el principi dels actes propis i sense que puguin convertir-se aquests delictes en perseguibles a instància de part quan són delictes perseguibles d'ofici;
6. Per últim, perquè la dispensa és una excepció i com a tal, ha de ser interpretada restrictivament, i, per tant, ha d'acceptar-se únicament en els casos que la fonamenten.

En definitiva, el que busca aquest nou criteri és una adequada protecció de la víctima, en tant que la dispensa es fonamenta en la resolució d'un conflicte del testimoni-parent. S'entén doncs, que una vegada el testimoni ha resolt aquest conflicte (primer denunciant i després constituint-se com a acusació particular) mostra clarament la renúncia a la dispensa que la llei ofereix.

6.1. Els Vots Particulars

És interessant analitzar els vots particulars, tres en total, que es formulen contra la modificació jurisprudencial adoptada a la sentència analitzada. El més breu de tots, formulat pel magistrat Excel·lentíssim Sr. Don Andrés Palomo del Arco, entén que el criteri establert pot originar esquerdes amb la connexió que existeix entre la dispensa i l'incís final de l'article 24 de la Constitució Espanyola¹⁹. Afirmar, a més a més, que, encara que el vot majoritari pretengui evitar que la víctima pateixi qualsevol mena de coacció per no declarar, el canvi jurisprudencial és insuficient i no assegura que la víctima no pugui ser coaccionada d'igual manera per realitzar una declaració el contingut de la qual sigui favorable per l'acusat.

El segon vot particular, emès pel magistrat Excel·lentíssim Sr. Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, no s'allunya gaire del vot anterior i comparteix la preocupació per buscar una solució per a les víctimes que denuncien i posteriorment s'acullen al dret a no declarar, però afirma que és un problema complex que ha d'abordar el legislador i que la sentència majoritària no justifica ni respon suficientment els problemes jurídics que planteja el dret a la dispensa. Segons el magistrat, el canvi es justifica en els següents arguments:

1. Que el denunciant que s'absté deixa sense contingut la denúncia;
2. Que l'estatut processal del denunciant o acusador particular ha de ser el mateix durant tot el procediment sense que existeixi fonament perquè reneixi un dret renunciat;
3. Que si la víctima denuncia, ja no hi ha espai per la col·lisió entre el deure de declarar i els vincles de solidaritat entre víctima i acusat;
4. Que l'estatut processal de la víctima no pot quedar a expenses de la seva voluntat.

¹⁸ «Siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio».

¹⁹ «La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Arguments que considera molt dèbils. Primer, perquè considera que la denúncia té sentit encara que la denunciant faci ús de la dispensa, ja que són dues institucions diferents i, encara que la denunciant no declari, pot existir prova suficient que permeti la condemna. Segon, perquè no entén per què l'estatut de l'acusació particular ha de ser el mateix durant tot el procés, preguntant-se que si desistís de la seva acció, s'hauria d'obligar-la a continuar sent part del procés perquè tal posició no canviés. Tercer, afirma que no és cert que el conflicte entre els vincles familiars i el dret a la dispensa desapareguin amb la formulació de la denúncia o la constitució de la víctima en part acusadora. Per últim, i tal com afirmava l'anterior vot particular, assenyala que excloent la dispensa pot eliminar-se la coacció sobre la víctima, però pot substituir-se per la coacció a obtenir un testimoni favorable per l'acusat.

A continuació, el magistrat es centra en el que entén és un dels arguments centrals de la sentència majoritària: la dispensa manca de fonament quan els testimonis siguin víctimes el fet enjudiciat o quan és o ha estat acusació particular. Entén que una afirmació com aquesta pot crear confusió provocant que es denegui el dret a la dispensa a tota mena de víctimes i afirma que, des de sempre, s'ha reconegut a totes les víctimes vinculades familiarment amb el responsable el dret a la dispensa.

Adverteix, també, que la sentència majoritària no explica com esquivar la reserva de llei que proclama l'article 53.1 de la Constitució Espanyola²⁰ i assenyala, que, encara que la sentència limiti l'abast del seu pronunciament al supòsit concret de l'exclusió de la dispensa per a qui ha estat acusació particular, l'argumentació utilitzada obre la porta a plantejament més ambiciós que poden donar lloc a posicionaments contradictoris de jutges i tribunals que han d'evitar-se. A més a més, recorda que les interpretacions als límits d'un dret constitucional han de ser restrictives, criteri que entén la sentència majoritària no respecta.

Finalment, aquest vot particular afirma que no es justifica suficientment l'afirmació que fonamenta la sentència majoritària (que un cop es fa el pas de denunciar o constituir-se en acusació particular no té sentit recobrar un dret del qual voluntàriament s'ha prescindit), ja que no percep el dret a la dispensa com un dret únic per tot el procés, sinó que el considera un dret que neix cada vegada que es crida a declarar al testimoni. Per a entendre millor aquesta idea el compara amb la inviolabilitat del domicili, afirmant que, si el propietari d'un habitatge consent que la policia entre a casa seva per registrar-la, aquest consentiment no s'estén a futures intervencions, que requeriran novament el consentiment o d'autorització judicial.

El tercer i últim vot particular és emès pel magistrat Excel·lentíssim Sr. Don Antonio del Moral García, al qual s'adhereix el magistrat Excel·lentíssim Sr. Don Pablo Llarena Conde. Considera que el canvi de criteri de la sala no genera certesa i que, per tal de fer-ho, són necessàries modificacions legislatives que la sentència majoritària no preveu. Discrepa en dues línies argumentals amb l'opinió majoritària:

1. Assegura que l'anterior doctrina s'ajustava millor a l'abast constitucional del dret en joc per evitar així el perill de renúncies desinformades d'un dret constitucional i que, amb l'actual doctrina, posar en la tessitura d'incórrer en un delictes de fals testimoni o desobediència únicament agreujarà el conflicte;

²⁰ «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a».

2. Sobre la conveniència dels canvis jurisprudencials, afirma que són necessaris, plausibles i imprescindibles, però que necessiten una prudent autocontenció per assegurar una seguretat jurídica.

En definitiva, la normativa actual presenta problemes i les solucions que aporta la jurisprudència poden ser discutibles, encara que intentin contribuir a erradicar les conseqüències i l'efecte contraproductent que comportaria la no interposició de la denúncia o acollir-se al dret de la dispensa a no declarar. Recordem que tal decisió podria provocar la imputació d'un delictes de desobediència o de fals testimoni, ja que, com s'ha assenyalat en els vots particulars, un elevat percentatge de víctimes podria declarar en fals per protegir el seu agressor o perquè està sent coaccionada.

Existeix unanimitat en relació amb la necessitat de reformar l'article 416 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, tal com indica Beltrán.²¹ Les iniciatives proposades al Congrés i al Senat arran de l'aprovació d'un Pacte d'Estat en matèria de violència de gènere incideixen en l'eliminació de la dispensa de l'obligació de declarar contra el cònjuge o parella de les víctimes de violència de gènere. No obstant, s'adverteix que aquesta supressió hauria de produir-se dintre de les previsions de l'article 24.2 de la Constitució, arribant a preveure, per tal d'evitar revictimitzacions (concepte que abordarem en el títol setè), que el testimoni s'introdueixi sense subjecció a jurament o promesa de dir la veritat.

D'altra banda, altres sectors advoquen pel manteniment de la dispensa i incideixen en millorar l'acompanyament especialitzat a la víctima durant tot el procediment, tenint en compte l'especial vulnerabilitat d'aquesta. Així com s'aporta com a alternativa el reconeixement de la dispensa en un únic moment, la fase policial, suprimint-la de la fase d'instrucció i enjudiciament per tal d'evitar alterar la decisió de la víctima.

Per últim, cal recalcar que ambdues postures coincideixen en propiciar, sempre que sigui possible, que la dona no declari en múltiples ocasions al llarg de tot el procediment, per tal d'evitar aquesta revictimització, ja que actualment és possible que la víctima hagi de prestar declaració primer a la policia, després en fase d'instrucció i per últim en plenari. Una solució proposada és la possibilitat de gravar la declaració en el moment de la denúncia i, fins i tot, que es pugui procedir a la prova preconstituïda, evitant així que la víctima es vegi obligada a reproduir amb total literalitat el que va declarar en el moment de la denúncia.

7. VICTIMITZACIÓ SECUNDÀRIA

«A partir de la denuncia, las víctimas de cualquier delito deben enfrentar numerosas situaciones en el ámbito de la justicia que las hace sufrir. Largas esperas en pasillos, interminables recorridos por diversas oficinas, nuevas citaciones que con frecuencia las llevan a arrepentirse de haber denunciado».²²

Un cop analitzats el procediment penal i l'actual doctrina del Tribunal Suprem respecte de l'aplicació de la dispensa, és necessari dedicar una part d'aquest estudi a la

²¹ Vid. BELTRÁN, A., «Víctima de violencia de género y la dispensa del art.416 LECRIM: Evolución Jurisprudencial», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, pp.41-41. ISSN: 1132-9955.

²² Vid. ROZANSKI, C., «Abuso sexual infantil, ¿Denunciar o silenciar?», Argentina, Editorial B Argentina S.A., 2003, p.111. ISBN: 950-1 5-2278-4.

victimització secundària o revictimització, un fenomen que sorgeix un cop la víctima es veu immersa en el procés i el qual encara passa molt desapercbut per la nostra normativa.

Quan analitzem la violència de gènere és inevitable trobar-se amb una sèrie de conceptes específics per aquest camp que han sorgit al llarg dels anys a través de l'estudi d'aquesta. La victimització secundària o revictimització n'és un d'ells. Podria definir-se com la relació que resulta entre la víctima i el sistema jurídic-penal després de la comissió d'un delictes i els efectes que pel mateix pas del procediment es produeixen en la víctima.

Aquests efectes, o més aviat, danys (psicològics, socials i judicials), sorgeixen, segons Albertín per:

- «Donar prioritats a la cerca de la realitat del succés delictiu oblidant l'atenció a la víctima o despersonalitzant el seu tracte;
- La falta d'informació sobre l'evolució del procediment, sobre la sentència i sobre el destí del victimari;
- La falta d'un entorn d'intimitat i protecció;
- Excessius tecnicismes jurídics;
- Desconeixement dels rols professionals per part de la víctima;
- L'excessiva lentitud en el procediment judicial i la seva interferència amb el procés de recuperació i readaptació de la víctima;
- El judici oral: la narració del delictes, la posada en dubte de la seva credibilitat i el sentiment de culpabilitat» (traducció pròpia).²³

Una persona pateix una victimització primària a conseqüència d'un delictes. Un cop aquest es produeix, la víctima en moltes ocasions assisteix a l'arrest de l'agressor, afronta un procés judicial, el pertinent judici oral i la seva sentència, conduint així a un procés de victimització secundària. Autors com Rivera, citat per Gutiérrez, Coronel i Pérez, atribueixen l'aparició d'aquest fenomen al desconeixement per part d'autoritats i funcionaris encarregats de l'atenció de les víctimes dels drets que aquestes gaudeixen.²⁴

Però, no és únicament el desconeixement d'aquests drets el que pot produir aquesta doble victimització. La congestió dels òrgans judicials afavoreix l'aparició d'aquesta, ja que els procediments s'allarguen de forma excessiva, prolongant una resposta desitjada per les víctimes i el desig de finalitzar una etapa que deriva d'un fet traumàtic, per tal de poder seguir endavant.

Segons l'estudi de Dunkel-Shetter, revisat per Aguiar, Correia i Vala, la percepció sobre la innocència de la víctima és un altre influent en els processos de victimització secundària. En aquests, les víctimes percebudes com a innocents generen una major compassió i, fins i tot, poden rebre major suport i empatia per part de les institucions sigui policials, judicials o mèdiques, que aquelles percebudes com a no innocent.²⁵

Aquest estudi s'associa amb la teoria Creença d'un Món Just ("Believe in a Just World"), segons la qual algunes persones assenyalen a les víctimes com a responsables

²³ Vid. ALBERTIN, P., «Psicología de la victimización criminal», En SORIA, M. y SAIZ, D., «Psicología Criminal» (coord.), España, Editorial Pearson Educación, 2006, pp.245-276. ISBN: 9788483223062.

²⁴ Vid. RIVERA, A., «La Victimología ¿Un problema criminológico?», En GUTIÉRREZ, M., CORONEL, E. y PÉREZ, C., «Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria» Perú, Liberabit, 2009, p.52. ISSN: 1729-4827.

²⁵ Vid. DUNKEN-SCHETTER, C., «Elements of supportive interactions: When are attempts to help to effective?» En S. Spacapan & S. Oskamp, 1992, pp.83-114.

de la seva pròpia victimització, ja que creuen o necessiten creure que vivim en un món just on hom obté el que es mereix.

Morash i Newburn coincideixen en el fet que en delictes de violació, les víctimes, que en la seva majoria són dones, són pressionades per la policia i pel sistema judicial com si fossin elles les culpables de la seva pròpia victimització, qüestionant la veracitat dels seus relats.²⁶ Afegeixen que en els delictes d'agressió sexual que es produeixen entre cònjuges, jutges, policies i fiscals tendeixen a responsabilitzar a la víctima d'haver provocat l'incident violent, ja que consideren que aquest es podria haver evitat modificant la seva conducta. A tot això, es sumen una sèrie de factors socials i culturals que augmenten l'impacte de la victimització secundària, especialment en casos de violació, que és vista per molts com una deshonra i la víctima és, en moltes ocasions, pressionada per guardar silenci.

Rochel assenyala alguns factors que influeixen en l'aparició d'un ambient de maltractament i revictimitzant en l'àmbit judicial, com són:

- Falta d'informació a la víctima del procediment i dels temps processals;
- La frustració de les expectatives quan no s'aconsegueix la condemna desitjada;
- L'obligació de la víctima de donar la seva versió dels fets en presència de l'agressor;
- Lentitud processal;
- La mateixa subjectivitat dels professionals i les seves condicions de treball;
- La tipificació d'alguns delictes penals i la definició del subjecte passiu d'aquests;
- Intervencions iatrogèniques, és a dir, produeixen un dany inesperat.²⁷

Aquesta fredor del procediment i de les diverses institucions a les quals la víctima ha de fer front al llarg de tot el procés la converteixen en un simple número d'expedient. El paper de la policia no es centra en l'atenció de la víctima, sinó en la cerca d'una veritat objectiva dels fets, on es sacrifica el seu dolor per tal d'aconseguir aquesta informació. Tal com passa durant l'interrogatori, on no es tenen en compte els aspectes cognitius o afectius de la víctima, basant-se únicament en els aspectes contextuals del delicte.

A tot això, hem de sumar la duració del procés penal, que acostuma a ser extensa i esgotadora, exigint a la víctima que recordi reiteradament els fets tal com varen succeir, sense tenir en compte el pas del temps, la distorsió pròpia de la realitat segons l'afectivitat del moment, els mateixos efectes de la burocràcia, els inconvenients materials i laborals derivats de les múltiples compareixences que provoquen en la víctima i la reacció a entorns físics i socials desconeguts.

Un altre aspecte important és la narració dels fets per part de la víctima durant el judici, ja que la defensa, per tal de restar credibilitat a aquest testimoni, exerceix pressió o posa en dubte la seva veracitat realitzant preguntes que poden assenyalar la víctima com a responsable de la seva pròpia victimització. Però també la fiscalia, que pot enfocar la

²⁶ Vid. MORASH, M., «Understanding Gender, Crime, and Justice: Understanding Gender» (2005) i NEWBURN, T., «Criminology» (2007), En GUTIÉRREZ, M., CORONEL, E. y PÉREZ, C., «Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria» Perú, Liberabit, 2009, p.52. ISSN: 1729-4827.

²⁷ Vid. ROCHEL, S., «Revictimización y Justicia. Abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino» (2005), Tesis de Postgrado. Universidad Buenos Aires, Argentina, En ORDUZ, F., «Victimización y Violencia Sexual en el Conflicto Armado en Colombia», *Subjetividad y Progresos Cognitivos*, 2015, pp.176. ISSN: 1666-244X.

seva intervenció en culpabilitzar o no a l'agressor, realitzant preguntes a la víctima podent arribar a deshumanitzar-la.

Pel que fa a la sentència, la decisió és, segurament, el moment més important i esperat de tot el procés, ja que suposa el final, en part, d'aquesta traumàtica experiència. Recalco «en part» perquè el procés judicial és una ínfima part del trauma que suposa ser una víctima de violència de gènere. Però, a vegades, aquest final no resulta tan alliberador com s'havia imaginat. La decisió de jutges o tribunals pot generar un impacte negatiu en la víctima. Sentiments d'injustícia, incertesa, vulnerabilitat, etc. són més que habituals. Posteriorment a la sentència, no es brinda informació a la víctima sobre la posada en llibertat del seu agressor, ni es realitza un seguiment de les seves necessitats.

Aquesta victimització secundària derivada del procés penal genera habitualment una pèrdua de confiança en el sistema jurídic. Aleshores, com podem evitar-la?

La victimització secundària roman com un fenomen psicològic i social que no rep la suficient atenció per part del nostre sistema jurídic. Per prevenir que l'actuació del conjunt de professionals al llarg del procés provoqui en la víctima aquesta victimització doble s'ha de reduir al màxim les molèsties derivades de les intervencions a realitzar, així com brindar a aquests professionals una formació i especialització des d'una perspectiva de gènere.

Existeixen diferents alternatives que poden ajudar a abolir aquest fenomen, o com a mínim, disminuir el seu impacte en l'àmbit psicològic, social i fins i tot econòmic en les víctimes. Marchiori proposa les següents mesures:

1. Respectar degudament la denúncia de la víctima. La policia acostuma a ser la primera institució a tenir coneixement de la situació i en establir contacte amb les persones que han patit el fet delictiu. Per aquest motiu, és la institució que es troba en la posició d'avaluar quines són les necessitats més urgents de la víctima, com poden ser les emergències de caràcter mèdic. La rapidesa de les seves actuacions pot, no només evitar greus patiments a la víctima, sinó també crear una major confiança en les institucions. La recepció de la denúncia és una part vital en la relació víctima-institucions, ja que es tracta del trencament del silenci, base per l'esclariment dels fets i la recuperació de la víctima;
2. Facilitar la informació. Generalment, la víctima no disposa de tota la informació relativa a l'administració de justícia, el procés penal i els mecanismes jurídics (interrogatoris, proves pericials, els temps que el procés estableix o la cronologia del procés). No obstant, la víctima té dret a estar informada del procés de denúncia i del funcionament del sistema judicial;
3. Facilitar la realització de proves pericials, que són fonamentals per l'esclariment dels fets i la identificació de l'autor; importància que ha de traslladar-se a la víctima. En casos d'exàmens mèdics és necessari que sigui acompanyada (si pot ser per la seva família o un professional de la salut que ajudi a guanyar confiança) i explicar-li el valor dels estudis. Aquests estudis hauran de realitzar-se en infraestructures adequades per aquest tipus de peritatge;
4. Realitzar els testimonis-interrogatori de forma que no constitueixin noves victimitzacions qüestionant l'actuació de la víctima: si va resistir-se o no, si es va defensar, etc. La informació sobre la finalitat dels interrogatoris permet a la víctima no percebre el sistema penal com a persecutori. En el cas d'interrogatoris a menors, han de realitzar-se sempre en presència de persones que els protegeixin i auxiliïn;

5. Crear sales d'espera diferents de la de l'imputat. Si bé aquest és un aspecte que té més a veure amb la infraestructura arquitectònica en la qual es desenvolupa l'activitat dels processos, és cert que en moltes ocasions la víctima pateix greus amenaces per part de l'imputat del delictes, la seva família o advocat mentre es troben a la mateixa sala d'espera. Per tant, és evident i convenient que víctima i imputat puguin estar en sales separades;
6. Conèixer la decisió del Tribunal. La víctima té el dret a ser informada sobre la decisió que ha pres el Tribunal, és a dir, sobre la decisió de la sentència. Així com s'envia una còpia d'aquesta al servei penitenciari, pot, o més aviat, hauria d'enviar-se una còpia a la víctima o als seus familiars;
7. Informar sobre la sortida de l'agressor del centre penitenciari. Generalment aquesta posada en llibertat no és coneguda per la víctima o pels seus familiars, fet que pot provocar noves victimitzacions i, fins i tot, actuacions venjatives. És necessari brindar informació a la víctima sobre el compliment de la sentència i sobre la llibertat del seu agressor, sigui condicional o total;
8. Agraïment del jutge a la víctima per la seva cooperació, que en moltes ocasions és la persona que permet conèixer el fet delictiu i el seu autor.²⁸

8. CONCLUSIÓ

Arribats al final d'aquesta anàlisi cal remetre's al seu inici. He començat les pàgines d'aquest estudi partint de la base que la violència de gènere és un fenomen que s'ha intercalat a totes les capes de la nostra societat. Una violència sistemàtica que es produeix sobre les dones pel simple fet de ser dones i que no entén de fronteres, classes o àmbits socials. La violència de gènere és la pitjor conseqüència d'una societat patriarcal on les dones han viscut, i viuen, sota el domini dels homes.

L'objectiu d'aquest estudi ha consistit a elaborar una anàlisi del procediment penal d'una víctima de violència de gènere. Així doncs, s'ha analitzat l'evolució normativa des de la tipificació de la violència intrafamiliar i s'han aportat una sèrie de dades que reforcen la necessitat de seguir lluitant per erradicar aquesta cruel realitat.

En relació amb la dispensa establerta per l'article 416.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal, hem pogut observar que el criteri fins ara establert pel Tribunal Suprem ha patit un important revés. Així doncs, la víctima de violència de gènere que posteriorment a la denúncia es persona com a acusació particular en el procés, està obligada a declarar, en entendre's que es resol el conflicte amb el seu agressor en el moment en què decideix interposar la denúncia deixant sense justificació el dret a dispensar-se de declarar. Aquesta reducció dels fets sembla ser una resposta sobtada i insuficient, ja que no estableix cap mecanisme per evitar la coacció de la víctima en el moment de declarar i es tem que, negant-li aquest dret, aquesta pugui concórrer en un delictes de fals testimoni o de desobediència si finalment es nega a fer-ho.

Pel que fa a la victimització secundària, com hem assenyalat, fa referència a la relació que resulta entre la víctima i el sistema jurídic-penal després de la comissió del delictes i els danys que es produeixen en ella. L'aparició d'aquest fenomen s'atribueix a la congestió dels òrgans judicials, la falta d'informació i formació i a la lentitud processal

²⁸ Vid. MARCHIORI, H., «Los Procesos de Victimización. Avances en la Asistencia a Víctimas». En *Panorama Internacional sobre Justicia Penal. Política criminal, derecho penal y criminología*. (2007), pp.176-179. ISBN: 9789703244140.

que caracteritza el procediment judicial. Els danys que sorgeixen d'aquesta relació generen una pèrdua de confiança en el sistema. Per tal d'evitar-ho s'ha de respectar la denúncia de la víctima, facilitar la informació relativa al procés, realitzar les proves pericials en infraestructures que permetin a la víctima expressar-se amb tranquil·litat i evitar preguntes que es centrin en l'actuació de la víctima. Evitar aquesta doble victimització és responsabilitat de tots agents que formen part del procés jurídic-penal i és una tasca que, aparentment, pot semblar fàcil, però que no ho és, ja que parlem d'un fenomen que ha passat desapercebut durant molt de temps i del qual encara existeix un gran desconeixement.

Per concloure aquest estudi, m'agradaria recalcar un cop més que la violència de gènere és un fenomen social que ha penetrat profundament a totes les capes de la nostra societat. En moltes ocasions s'utilitza la figura d'un iceberg per representar-la, perquè el que generalment veiem són les últimes i les pitjors conseqüències d'una violència estructural que per a molts és invisible. És essencial, per tant, que més enllà de l'aplicació efectiva del dret penal, s'implantin mesures de prevenció i educatives per tal que les noves generacions puguin créixer fora d'uns paràmetres patriarcals i masclistes, així com proporcionar a les generacions que hem crescut sota aquests, les eines necessàries per reeducar-nos. Perquè el masclisme, els estereotips i la violència formen part del nostre dia a dia, i hem de fer tot el possible per erradicar-los.

9. BIBLIOGRAFIA

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882. Referencia: BOE-A-1882-6036. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. [Disposición derogada]. Publicado en: «BOE» núm. 148, de 22/06/1989. Referencia: BOE-A-1989-14247. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1989/06/21/3>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en: «BOE» núm. 138, de 10/06/1999. Referencia: BOE-A-1999-12907. Publicado en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/06/09/14>

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Publicado en: «BOE» núm. 234, de 30/09/2003. Referencia: BOE-A-2003-18088. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/09/29/11>

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 29/12/2004. Referencia: BOE-A-2004-21760. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: «BOE» núm. 77, de 31/05/2015.

Referencia: BOE-A-2015-3439. Disponible en:
<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>

Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Referencia: FIS-C-1990-00002. Fecha: 01/10/1990. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-1990-00002>

Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Referencia: FIS-C-1998-00001. Fecha: 24/10/1998. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-1998-00001>

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014. Referencia: BOE-A-2014-5947. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

Gobierno de España, Ministerio de Igualdad. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>

«Guía de los Derechos de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género» Ministerio de Igualdad, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/GUIADERECHOS22052019.pdf>

SENADO, «Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad» (543/000002), de 4 de agosto de 2017, Núm. 134, p.103.

GONZÁLEZ, C., «Sobre historia de las mujeres y violencia de género». Universidad del País Vasco. En *Clio y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango* n.º 5 (2008), pp. 14-23. ISSN: 1698-4374.

ONECA, J., «El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco» *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Año 1965, pp.473-496. ISSN: 0210-3001.

MARÍN, E., «El marco normativo de la violencia de género: un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (enero de 2017), págs. 93-126. ISSN: 1132-9955.

PÉREZ, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)» *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, Vol. 15, N.º 30, Julio-Diciembre de 2016, pp. 173-178. ISSN: 1692-2530.

BELTRÁN, A., «Víctima de violencia de género y la dispensa del art.416 LECRIM: Evolución Jurisprudencial», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, pp.41-41. ISSN: 1132-9955.

ROZANSKI, C., «Abuso sexual infantil, ¿Denunciar o silenciar?», Argentina, Editorial B Argentina S.A., 2003, p.111. ISBN: 950-1 5-2278-4.

ALBERTIN, P., «Psicología de la victimización criminal», En SORIA, M. y SAIZ, D., «Psicología Criminal» (coord.), España, Editorial Pearson Educación, 2006, pp.245-276. ISBN: 9788483223062.

RIVERA, A., «La Victimología ¿Un problema criminológico?», En GUTIÉRREZ, M., CORONEL, E. y PÉREZ, C., «Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria» Perú, Liberabit, 2009, p.52. ISSN: 1729-4827.

MORASH, M., «Understanding Gender, Crime, and Justice: Understanding Gender» (2005) i NEWBURN, T., «Criminology» (2007), En GUTIÉRREZ, M., CORONEL, E. y PÉREZ, C., «Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria» Perú, Liberabit, 2009, p.52. ISSN: 1729-4827.

ROCHEL, S., «Revictimización y Justicia. Abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino» (2005), Tesis de Postgrado. Universidad Buenos Aires, Argentina, En ORDUZ, F., «Victimización y Violencia Sexual en el Conflicto Armado en Colombia», *Subjetividad y Progresos Cognitivos*, 2015, pp.176. ISSN: 1666-244X.

MARCHIORI, H., «Los Procesos de Victimización. Avances en la Asistencia a Víctimas». En *Panorama Internacional sobre Justicia Penal. Política criminal, derecho penal y criminología*. (2007), pp.176-179. ISBN: 9789703244140.