

TRIBUNA



A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del artículo 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual)

Beatriz GIL VALLEJO

Abogada

Resumen

En una sociedad en la que ya "nada es para siempre", en un sistema en el que en el ámbito civil se considera la mediación como una verdadera herramienta de resolución de conflictos y en el que se ha llegado incluso a aceptar en los supuestos de quiebra económica familiar en los que se ha tocado fondo, lo que los americanos conocen como "fresh start" (recién aprobada la ley de segunda oportunidad Real Decreto Ley 1/2015 de 27 de febrero) y un sistema penal que permite la rehabilitación en todo tipo de delincuentes, el sistema actual excluye a los protagonistas de una crisis familiar contaminada por un proceso de violencia de género, de la posibilidad real de "volver a empezar".

I. INTRODUCCIÓN

Los abogados dedicados al derecho de familia nos encontramos actualmente con una situación que viene siendo habitual: una crisis de pareja que después de un largo periodo de deterioro en la relación y sin que ninguna de las partes sea capaz de poner fin a la misma —normalmente

relaciones con dependencia psicológica mutua o dependencia económica de la mujer— y que desemboca finalmente en un episodio de violencia que suele ser aislado siendo dicho episodio el detonante que provoca la ruptura «definitiva» y que desplaza la resolución del conflicto de la crisis de pareja del que sería su ámbito natural, el derecho civil, al derecho penal y más concretamente, al ámbito de violencia de género. Pero suele ocurrir, que, transcurrido un tiempo, o bien ambas partes quieran retomar su relación o bien, simplemente quieren reconducir la situación y alcanzar una solución global al conflicto.

La pregunta que reabre a reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 es si es eso posible en nuestro actual sistema. Si una vez iniciado el proceso en el ámbito de la violencia de género es un camino sin retorno en el que las propias partes implicadas pierden la capacidad de gestionar el conflicto y por ende, la capacidad de encauzar sus vidas y lo que es más importante, la de sus hijos. Y respecto a los hijos nos preguntamos si el hecho de que hayan sido testigos directos de la crisis familiar e incluso del episodio violento (y nos estamos refiriendo siempre a casos en los que ha habido un hecho aislado de violencia en el contexto de una crisis de pareja iniciada tiempo atrás) hace aconsejable que de forma obligatoria se les separe del padre en contra de la voluntad de los menores, o al contrario, si en los casos en que no lo han sido, se les ha de considerar igualmente víctimas y por tanto no se les puede obligar a tener que cumplir con un régimen de visitas con el progenitor que ha utilizado la violencia frente al otro.

El derecho tiene como finalidad la resolución a los conflictos. Sin embargo esta vertiente, propia del ámbito civil, se conjuga con los principios propios del derecho propio donde la norma posee un significado de retribución, si bien dicha función está unida las finalidades preventivas de nuestro ordenamiento penal, que combina, la prevención general e intimidatoria de la pena frente a la sociedad, con la prevención especial y resocializadora.

Y desde dicha perspectiva, como juristas, nos preguntamos si el sistema ordenamiento jurídico debe permitir la «resocialización» del condenado por un delito de violencia de género, entendiendo como resocialización la posibilidad de reconstrucción de las relaciones familiares que se vieron afectadas por el proceso, asumiendo en ese caso el riesgo de seguir padeciendo lo que se conoce como instrumentalización de la vía penal, o bien, debe blindarse toda puerta de salida al proceso penal iniciado, lo que a buen seguro, reducirá a cero toda tentación de dicha instrumentalización, si bien ello implicará negar la posibilidad de recuperar la gestión del conflicto que los propios implicados en el mismo desean solucionar.

1. Marco jurídico aplicable

Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 18 de marzo de 2014.

Convención de NU de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño.

LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia, del art. 39 CE, principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución Española.

Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

Código Civil y Código Civil Catalán.

Código Penal vigente: DELITOS aplicables en materia de violencia de género

El elenco de delitos del Código Penal vigente aplicables a la materia son los siguientes:

a) Delitos contra la integridad física

Produciendo Lesiones constitutivas de delito:

147 .1 CP Posibilidad de modalidad agravada atendiendo al resultado o riesgo producido: prevista en el art 148 para supuestos (entre otros) de que la víctima sea esposa o análoga relación

Produciendo lesiones no constitutivas de delito o sin producir lesiones (Maltrato de obra)

Art. 153.1 CP (su equivalencia se encuentra en los arts 147.2 y 3, ambos delitos leves y sólo perseguibles previa denuncia de la persona agravada).

b) Delitos contra la LIBERTAD

Art. 173.2 CP: Maltrato habitual

Art 171.4 CP: Amenaza «leve» (pero sin que pueda ser considerado como delito leve al llevar aparejada la pena de prisión de 6 m a un año. El tipo equivalente fuera del supuesto de violencia de género es el del art. 171.6 CP que si es delito leve).

Art 172.2 CP Coacciones «leves» (pero sin que pueda ser considerado como delito leve al llevar aparejada una pena de prisión de 6 m a un año. El tipo equivalente fuera del supuesto de violencia de género es el del art. 172.3 CP que si es delito leve).

Art. 173.4.CP Injurias leves: si es delito leve lleva aparejada la pena de localización permanente de 5 a 30 días o TBC de 5 a 30 días (despenalizado su equivalente básico) Solo este puede extinguirse por perdón de la victima

2. La interpretación del TS al concepto de violencia de género

El 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 reconoce en su Preámbulo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a ésta de su plena emancipación. Igualmente reconoce que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres, estando las mujeres y las niñas más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género.

El concepto normativo de violencia de género descansa en un elemento personal, otro objetivo y uno final, subjetivo (10). El elemento personal es que el agresor sea hombre y la víctima mujer, existiendo o habiendo existido entre ambos, un vínculo matrimonial o una relación similar de afectividad. El elemento objetivo es un acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, amenazas, coacciones o privación arbitraria de la libertad. El elemento subjetivo es que la violencia sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Sin embargo, la regulación penal omite toda referencia al contexto de dominación. Esta referencia a la situación de dominación, desigualdad y relaciones de poder es lo que ha sido objeto de discusión respecto a la necesidad o no concurrencia de este elemento subjetivo.

En sentencia de 22 de julio de 2010, el Tribunal Constitucional mantiene que no se exige la prueba del elemento intencional, sino que el acusado puede probar que hubo una intención distinta, o que los hechos y las circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género o de la desigualdad

(41). Pero es que con anterioridad, en sentencia de 14 de mayo de 2008, declaró la constitucionalidad del art. 153 CP sin exigir la presencia de ningún elemento subjetivo adicional, afirmando que «no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

El Tribunal Supremo no ha mantenido una Jurisprudencia uniforme, dictando Sentencias en las que parece exigir la concurrencia de ese elemento específico de dominación, y otras en las que no lo requiere. Así, en las sentencias de 25 de enero de 2008; 8 de junio de 2009 y 24 de noviembre del mismo año, mantuvo la necesidad de que se diera ese ánimo específico en el agresor para considerar que estábamos ante un delito de violencia de género.

En la sentencia de 30 de septiembre de 2010, el Tribunal Supremo modifica su criterio, y afirma que es indiferente que la motivación del agresor hubiera sido económica o de cualquier tipo, cuando lo cierto es que hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de diciembre de 2014 (STS 856/2014) en la que es Ponente Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE ha establecido un criterio objetivo, sin que haya que acudir ya a ningún ánimo ni intencionalidad específico. En ella se analiza la comisión o no por parte del acusado de (entre otros) un delito de maltrato del art. 153.1 CP. En el Fundamento de Derecho Cuarto desestima la pretensión del recurrente cuando afirma que no se ha dado esa especial situación de dominación victimizadora entre cónyuges o pareja, ya que la disputa se debía encuadrar en el ámbito del negocio que ambos compartían (un bar), y no en su propia relación de pareja. Comienza el Ponente afirmando que «es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio, una agresión en ese marco contextual *per se* y sin necesidad de prueba especial, está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos, reprobar». Vemos que, ya de inicio, deja zanjada la discusión en cuanto a la necesidad o no de ese elemento subjetivo específico reclamado por parte de la doctrina y de las Audiencias Provinciales.

De lo anterior se desprende que será cuanto menos difícil que una vez se activa el protocolo de violencia de género, ya en sede policial o judicial, el proceso iniciado acabe con una sentencia absolutoria por falta del elemento subjetivo de dominación machista o de género, por lo que prácticamente todo enfrentamiento entre hombre-mujer en el que haya existido el vínculo afectivo será juzgado por alguno de los delitos especiales propios del ámbito de violencia de género, quedando por tanto desde el primer momento el varón «marcado» por estar inmerso en este tipo de procesos y con las consecuencias que ello lleva aparejado.

3. Consecuencias derivadas de la responsabilidad penal en el ámbito de violencia de género y su impacto en el ámbito civil

La condena por un delito de violencia de género lleva aparejada (entre otras) las siguientes consecuencias, en el ámbito penal:

1.- Posibilidad de imponerse como **pena principal la privación del ejercicio de la patria potestad**, «cuando el Juez lo estime adecuado al interés del menor». La imposición de esta pena es potestativa, y está prevista en todos y cada uno de los delitos relacionados en violencia de género durante un plazo máximo de cinco años. La imposición de esta pena implica la pérdida de la titularidad de la patria potestad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, según establece el art. 46 del CP (tal vez sería más correcto técnicamente hablar de cese del ejercicio de la patria potestad que de la pérdida de titularidad).

La sentencia condenatoria penal podrá tener relevancia en el ámbito civil

La STS que examinó el RC 10315/10P se ocupó de la cuestión de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad señalando que dado el carácter facultativo de su imposición, como se desprende del art. 46 del CP, y siendo la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena, «es necesario exigir prueba —pericial o de otro tipo— a través de la cual constatar que la privación de

la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor en consecuencia, de no existir prueba o de ser esta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficia al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena».

2.- Por aplicación de lo previsto en el art. 57.2 del CP que remite obligatoriamente al art. 48.2 del CP, se impondrá como **pena accesoria obligatoria la prohibición de aproximación a la víctima «y» la suspensión del régimen visitas, comunicación y estancia reconocido en sentencia civil hasta cumplimiento de la pena**. (Si bien el TS ha reconocido la no obligatoriedad en el supuesto del maltrato de obra por no tratarse de lesiones a las que se refiere el art. 57.2 CP)

A pesar de que el precepto utiliza la conjuntiva «y» en el art. 48.2 lo cierto es que si bien se impone siempre la prohibición de aproximación a la víctima, la suspensión del régimen de visitas sólo se impone en los casos en que se reconoce también a los menores como víctimas de la violencia (especialmente en los supuestos en que la violencia se ha ejercido en su presencia si bien este hecho es de difícil prueba. Recordemos que en la mayoría de casos la única prueba incriminatoria es la propia víctima).

3.- Posibilidad de imponerse, como pena accesoria facultativa, la prevista en el apartado tercero del art. 46, consistente en la **prohibición de comunicación con la víctima o familiares que determine el juez**.

Recordemos que, en caso de imponerse, bien como pena principal o accesoria, alguna de las posibles que afecten a la patria potestad, régimen de visitas, o comunicación con los menores, no cabrá su suspensión, ya que la suspensión está prevista solo para las penas de privación de libertad. Y por otra parte, a tenor de lo previsto en el art 83.2 CP impone la obligación de condicionar la suspensión a la imposición de las siguientes medidas: prohibición de aproximación a la víctima — prohibición de residir o acudir a un determinado lugar y participar en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación—.

En consecuencia, y en líneas generales, por tanto, podemos afirmar que la sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, podrá tener relevancia en el ámbito civil, afectando a las

futuras relaciones familiares en el siguiente sentido:

— *Respecto a la que fue su pareja sentimental*: No podrá reanudarse la relación con la que fuera su pareja, ya que la condena lleva siempre aparejada la prohibición de aproximación a la que fuera su pareja, por un tiempo que no excederá de cinco años si el delito fuera menos grave (delitos a los que nos estamos refiriendo).

En caso de hacerlo, podrá incurrir en un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 del CP) . A estos efectos ha de recordarse el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008 que se pronunció en el sentido de que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP.

— *Respecto a los hijos (menores)*: En principio no tienen por qué verse restringidos o suspendidos los derechos del progenitor con los hijos (menores) salvo que en la condena se imponga motivadamente la pena principal facultativa de privación de la patria potestad, hecho que solo ocurrirá en supuestos graves, o se imponga como pena accesoria la suspensión del régimen de visitas, estancia o prohibición de comunicación.

Lo anterior se compadece con lo previsto en el art. 170 del Código Civil en el que está previsto que el progenitor pueda verse privado total o parcialmente de su potestad por sentencia dictada en causa criminal.

De lo anterior parece desprenderse que el progenitor sólo podrá verse privado de sus derechos respecto a los hijos en aquellos casos en los que haya existido un pronunciamiento expreso en sentencia penal.

A pesar de lo previsto legalmente, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

Por su parte, el Código Civil Catalán llega mucho más lejos, ya que el art. 233-11 establece que: «3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya *indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas*».

En consecuencia, en Cataluña, aun en el supuesto de que no se haya impuesto pena alguna limitativa de los derechos del progenitor con los hijos, éste por el hecho de ser condenado por un delito de violencia de género no podrá tener atribuida la guarda y custodia. Es más, incluso en el supuesto de que todavía no haya recaído sentencia firme en la causa penal, el progenitor encausado no podrá aspirar a que le sea atribuida la guarda y custodia en el ámbito civil.

Resulta por tanto evidente el impacto que tiene en el ámbito civil el mero hecho de estar incurso como «investigado» en un proceso de ámbito de violencia de género. No aclara el precepto si por «indicios fundamentados» habrá de entenderse que haya sido dictado como mínimo auto de acomodación al procedimiento abreviado, en los supuestos en que la tramitación no haya sido la propia del juicio rápido prevista para este tipo de delitos pero muchas veces de imposible tramitación.

Precisamente, la tramitación como diligencias previas y la

El progenitor custodio se encuentra en una disyuntiva

dilación del proceso, hace que en la práctica, en el momento en que se celebre el juicio oral, haya transcurrido un lapso de tiempo suficiente para que se haya avanzado en una posible resolución de la crisis y sus efectos, desde el ámbito de la mediación familiar, teniendo ambas partes interés en alcanzar un acuerdo amistoso y definitiva para poner fin al conflicto.

Es entonces cuando para «forzar» una salida del proceso penal, se venía pactando, en la práctica, la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte de la víctima, y su acogimiento, como testigo, a la dispensa prevista en el art. 416 LECrim., en su declaración en el juicio oral, dejando así huérfano de prueba incriminatoria el proceso, teniendo en cuenta que en el proceso-tipo al que nos estamos refiriendo la única prueba de cargo es la declaración en el acto de juicio de propia víctima. La reciente interpretación del art. 416 LECrim., por parte del Tribunal Supremo puede cerrar la puerta a esta «solución» forzada, y reabre por tanto el ya viejo debate respecto a la controvertida dispensa, cuestión a la que nos referiremos más abajo.

Como hemos expuesto, el impacto de una sentencia condenatoria en los derechos del progenitor con los hijos no sólo puede afectar a la patria potestad o guarda y custodia, sino también al régimen de visitas, estancia y comunicación, si bien la suspensión de estos derechos es facultativa y habitualmente sólo se imponen estas penas en los supuestos en que se considera a los menores como víctimas de la violencia machista. Esta cuestión en primer lugar invita a la reflexión respecto a si para ser considerados víctimas los menores han de haber presenciado el hecho o hechos violentos, o bien, por el hecho de formar parte del núcleo familiar en el que se ha ejercido la violencia, han de ser considerados como víctimas.

La realidad demuestra que no se les ha venido considerando víctimas si no han presenciado los hechos y por tanto el progenitor mantiene los derechos de estancia lo que genera otro problema constatado, como es la negativa de los menores, especialmente en edades adolescentes, a cumplir un régimen de visitas con un padre que ha sido condenado por maltratar a su madre, y ello porque a pesar de los esfuerzos del sistema por «preservar a los menores del conflicto» la realidad es que resulta imposible que estos no se vean contaminados por todo el proceso y finalmente, «tomen partido.» También puede ocurrir lo contrario, que se hayan suspendido los derechos del progenitor con los hijos y estos en cambio quieren mantener viva la relación.

En esos casos, el sistema ha de ser capaz de diferenciar los supuestos en que verdaderamente el menor se ha forjado su propia opinión al haber sido de una manera u otra, parte del conflicto, y de respetarla, o bien si está siendo «influenciado» por el progenitor custodio y que fue víctima de la violencia de género descartando la interpretación automática de la concurrencia de un S.A.P (Síndrome de alienación parental)

La despenalización del incumplimiento de obligaciones incluidas en convenio o resolución (art 618 del CP) ha desplazado al ámbito de la ejecución civil las cuestiones suscitadas relativas al incumplimiento del régimen de visitas, que tiene lugar especialmente en los supuestos en que el menor manifiesta al progenitor custodio su deseo de no realizar las visitas con el progenitor no custodio. En ese caso, el progenitor custodio se encuentra con la disyuntiva de cumplir una resolución judicial o atender la voluntad de su hijo. En los supuestos «tipo» en que el progenitor custodio es una mujer que ha sido víctima de violencia de género, su disposición a atender a la voluntad del menor será muy mayor y la pregunta es si en ese caso está incluso justificada, aunque no se haya contemplado en la sentencia penal medida alguna al respecto.

4. El tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico a la víctima de violencia de género en el ámbito penal

La dispensa del cónyuge no separado legalmente o de hecho o persona con la que se conviva en análoga relación de afectividad está prevista en distintas fases: la primera como exención de obligación de denunciar prevista en art. 261 LECrim. (Título I. De la denuncia), la segunda, en la fase de Instrucción, en el art. 416 de la LECrim. y por último, en la fase del Juicio Oral del art. 707 LECrim.

El fundamento más interesante de esta dispensa, que no derecho, no proviene del derecho sustantivo sino de su consideración procesal o constitucional-procesal, por lo que adquiere rango de fundamental desde el momento que el hecho de no comunicar al testigo la dispensa legal de declarar por razón de parentesco vulnera del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24 CE.

En el momento de la publicación de la Ley Integral y sin haberse puesto en marcha la aplicación de los preceptos que la misma contiene para la erradicación de la violencia de género, nada hacía presagiar que el art. 416-1 de la LECrim., pudiera llegar a constituir una verdadera llave para que la propia víctima, que había iniciado el proceso, abriera la «puerta de atrás de salida al proceso penal, por la que puede salir impune aquel al que ella misma había denunciado, lo que es más que posible teniendo en cuenta que el acogimiento a la dispensa por parte de la víctima conduce habitualmente al total vacío probatorio.

Ha de recordarse que es doctrina jurisprudencial consolidada que aunque la víctima haya declarado en fase de instrucción por haber declinado hacer uso de la dispensa, si posteriormente en el plenario cambiara de opinión y decidiera acogerse a la misma, no existe posibilidad de incorporar como material probatorio al acto del juicio oral por la vía de los arts. 714 o 730 de la LECrim., la declaración sumarial de esa víctima, por no encontrarnos en ninguno de los supuestos a que dichos preceptos se refieren.

De todos los debates surgidos en torno al contenido del arto 416, el que generaba más polémica era el relacionado con el momento procesal en el que se podía hacer uso de la dispensa del deber de declarar, momento este en que habría de valorarse la existencia de la relación conyugal o de análoga afectividad, esto es, si era el momento de los hechos, el momento de la declaración o el momento del juicio oral, o todos ellos o ninguno, tras la interposición de una denuncia por la víctima.

Esta polémica quedó definitivamente resuelta con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2013 que se pronunció en los siguientes términos: «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*».

La reciente Sentencia del TS de 14 de julio de 2015, (Ponente, Joaquín Jiménez García). ha modificado por tanto completamente el escenario que habitualmente se venía produciendo y hace imposible que las partes puedan «pactar» la finalización del proceso penal asegurándose una sentencia absolutoria por falta de prueba de cargo en ausencia de la única prueba incriminatoria (la testifical de la víctima).

En la misma se debate en torno al valor de la declaración de una víctima que tras la denuncia se constituyó como acusación particular, status procesal que mantuvo aproximadamente un año durante el cual su representación llegó a participar activamente en el procedimiento hasta que se retiró y renunció a las acciones penales y civiles que pudieran corresponderle. En el plenario, la misma manifestó que era la ex pareja del acusado y prestó declaración testifical sin que se le ofreciera la posibilidad de hacer uso de la dispensa del deber de declarar.

El Tribunal Supremo, tras recoger el contenido del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional al que hemos aludido, declara que en este escenario, en la medida en que la víctima ejerció la acusación particular durante un año, aunque luego renunciara al mismo, se convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar. Añade que su derecho a hacer uso de la dispensa había decaído con el ejercicio de la acusación particular, ya que si se resolviera de forma contraria y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. El ejercicio de la acusación particular durante un periodo de tiempo le novó su status al de testigo ordinario y la declaración prestada en el plenario sin haberle hecho la advertencia es válida como fuente de prueba.

Está por ver, en primer lugar, si dicha línea se consolida, para alcanzar la consideración de jurisprudencia, y en su caso, la interpretación de los tribunales en este primer periodo, hasta que ello ocurra, pues se suscitan algunas dudas. La primera de ella es que a tenor literal del acuerdo del Pleno la exención de la obligación de declarar no alcanza a los supuestos en los que el testigo esté personado como acusación particular, ya que habla de estar personado, no de haber estado personado. En cambio, de la reciente Sentencia del TS se desprende que el acceso a la dispensa se perdería cuando la víctima, en algún momento del procedimiento, se haya personado como acusación particular, aunque llegado el acto del juicio ya no ostente ese status por haber renunciado a ello.

¿Ha de excluirse por tanto el acceso a la dispensa a la víctima que en algún momento haya estado personada como acusación particular en cualquier caso?, ¿O sólo cuando esa acusación particular ha tenido una posición activa en el proceso?

Negar la dispensa a toda víctima que haya estado personada es en realidad tanto como negar la dispensa legalmente prevista a la práctica totalidad de las víctimas que denuncian, ya que desde el primer momento en que se activa el protocolo de violencia de género, ya en sede policial, por intervención en domicilio o denuncia en dependencias policiales, se ofrece a la víctima asistencia jurídica inmediata y especializada, por aplicación de lo previsto en el art. 20 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que establece que las mujeres víctimas de violencia que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, tendrán derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida (sin perjuicio de que, si con posterioridad se acreditara la existencia de recursos económicos, hubieran de abonar los honorarios de estos profesionales) . Lo habitual es entonces, que una vez se asigne a la víctima asistencia letrada, esta comparezca como acusación particular, especialmente, teniendo en cuenta el momento psicológico que vive la víctima.

Respecto a la valoración de la actividad de la acusación particular, a los efectos de discernir entre aquellas que han desplegado una verdadera actividad de las que no, (en el caso resuelto por la reciente Sentencia del TS la acusación particular realizó hasta cinco peticiones en el transcurso de un año) tampoco tiene en la práctica trascendencia alguna ya que la mayoría de actuaciones se

realizarán en el juzgado de instrucción en unidad de acto, hasta el señalamiento en el Juzgado de lo Penal, ya que los delitos de violencia contra la mujer se tramitan a través de los denominados juicios rápidos en los que el impulso procesal que la ley les asigna implica que se llegue al señalamiento del juicio tras haberse practicado una sola audiencia todas las diligencias de instrucción necesarias para la apertura del juicio oral.

En definitiva, puede concluirse, que, de aplicarse los postulados de la sentencia del TS, estaríamos negando prácticamente a las víctimas que denuncian, el ejercicio del derecho de acogerse a la dispensa, considerando que existe por su parte una renuncia implícita a la exención del deber de declarar, y los profesionales de la abogacía tendrán que asumir la responsabilidad de hacer entender a la víctima las consecuencias de sus actos, con la dificultad que representa hacerlo en las circunstancias psicológicas que envuelven esa primera fase.

5. El escenario dibujado tras la STS 14 de julio de 2015 y el impacto de la misma en la resolución del conflicto

Como es sabido, la mediación como mecanismo de resolución de conflictos ha tenido especialmente éxito en el campo del derecho de familia, habiéndose aprobado leyes de reguladoras de la mediación tanto en el ámbito de las CCAA incluso con anterioridad a la ley estatal de mediación aprobada el pasado 6 de julio de 2012.

Sin embargo, como hemos venido apuntando, la mediación promovida en el ámbito de familia, tendrá limitado su campo de actuación, en el supuesto de que se esté sustanciando un proceso penal paralelo.

En el ámbito autonómico, **el art. 233-6** del Código Civil de Cataluña, relativo a la Mediación familiar, en su apartado primero establece que: «Los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial, excepto en los casos de violencia familiar o machista».

Pero lo verdaderamente significativo es *la exclusión de la mediación en el ámbito de la violencia de género recogida expresamente en nuestro sistema, a tenor de la modificación operada por el art 44 de la Ley de Violencia de Género que adicionó el art. 87.5 Ter a la LOPJ.*

Teniendo en cuenta que tampoco resulta de aplicación el perdón del ofendido como mecanismo de la extinción de la responsabilidad criminal por aplicación del Art. 130.5 CP, ya que solo cabe su aplicación cuando se trata de delitos leves perseguibles a instancias del agravado o así lo prevea la ley, y el único supuesto de delito aplicable en esta materia actualmente es el de injurias leves del art. 173.4 del CP (habiendo sido despenalizadas las injurias leves fuera del supuesto de violencia de género), la salida del proceso penal «pactada» por las partes implicadas en el conflicto, por la vía de la dispensa del art. 416 de la LECrim., venía proporcionando, como ya hemos reiterado, la única posibilidad de alcanzar un pacto global al conflicto, pilotado por las propias partes implicadas.

En definitiva, de consolidarse la línea apuntada por el TS en su reciente sentencia, se cerrará definitivamente la puerta a la que venía siendo una solución tan anómala como habitual en la práctica forense.

6. Las posibles soluciones «lege ferenda»

Para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, cada vez hay más voces autorizadas que consideran preciso que se proceda a una modificación legislativa para incluir en el art. 416 LECrim. que esta dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto.

Esta modificación proporcionaría la necesaria seguridad jurídica por una parte y por otra evitaría la instrumentalización ocasional del proceso penal pues se despojaría a la víctima de la «llave» para abrirlo o cerrarlo.

Sin embargo, la otra cara de la moneda es que dejaría sin recursos a los implicados en el conflicto para poder ser parte activa de la resolución del mismo que afecta a un ámbito tan relevante como la familia.

Por lo tanto, como apuntábamos al inicio de este trabajo, la disyuntiva actual se encuentra entre optar por una de las dos opciones.

Es necesaria una revisión de la LO y una apertura a la Mediación en este ámbito

Son muchas las voces que se decantan por la primera posibilidad, teniendo en cuenta, por una parte, el despliegue de medios que conlleva la activación del protocolo de violencia de género, y por otra, la indeseada instrumentalización del proceso penal para alcanzar objetivos propios del ámbito civil.

La postura que defendemos desde aquí, sin embargo, y asumiendo el riesgo de ser considerada como políticamente incorrecta, es la de flexibilizar el sistema para poder diferenciar entre los diversos supuestos que se aglutinan bajo

el nombre genérico de «violencia de género» graduándolos y proporcionando un tratamiento diferente.

Consideramos posible que el ordenamiento jurídico de respuestas distintas a casos heterogéneos, y desde ese punto de vista, a estas alturas, todos somos capaces de distinguir entre la violencia de género sistemática y la violencia de género constituida por un hecho aislado y producido en el contexto del punto álgido de una ruptura sentimental, tras un periodo de desgaste y sin que ninguna de las dos partes haya sido capaz de poner fin a la situación, y siendo ambos reprobables, el sistema puede proporcionar soluciones diversas.

Por ello en nuestra opinión, consideramos que resulta necesaria una revisión de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la **posibilidad de abrir la puerta a la Mediación en esta ámbito desde la perspectiva del interés del menor, sin que ello sea contradictorio al postulado de «tolerancia cero a la violencia de género»** pues debe primar, al menos en determinados casos, el derecho de este a relacionarse con el progenitor así como el derecho a la solución pacífica del conflicto, pues esta solución es la única que verdaderamente preserva a los menores del conflicto parental.

Pero en todo caso, defendemos que ha de huirse de las soluciones estereotipadas y consideramos necesario que las resoluciones judiciales eviten la aplicación automática de la *ley aplicable* y descendan al supuesto concreto en profundidad. Al respecto se debe realizar una crítica a la forma en que habitualmente se desplaza la decisión jurisdiccional a los servicios técnicos adscritos a los juzgados siguiendo su criterio y ello a pesar de que en los informes se refleje que los mismos han sido elaborados con una o dos entrevistas como máximo realizadas a los progenitores y una a los menores.