

LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y DE LA MUJER

(Conferencia)

Excmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y Presidente de la Comisión Nacional de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Muy buenas tardes a todos, yo también agradezco a los Abogados del Estado el que me hayan dado la oportunidad de poder dirigirles unas palabras.

Me corresponde hablarles sobre la mujer y el menor, pero voy a referirme sobre todo a la mujer. El nuevo código penal, que entrará en vigor el próximo día 23 de diciembre, en realidad, modifica muy poco los tipos delictivos relativos a la protección de la mujer. Por eso me ha parecido más interesante hacer una referencia a las diversas etapas por las que han pasado los diversos tipos delictivos en el código penal. Así sabremos mejor donde estamos si sabemos de donde venimos.

La primera vez que el código penal se ocupa de este tema es en el año 1989. Así, introduce, en el art. 425, un tipo específico sobre lo que podríamos denominar maltrato familiar habitual. Hasta entonces existían, como no podía ser de otro modo, los delitos normales y corrientes, de los que podría ser víctima una mujer –asesinatos, violaciones, lesiones, vejaciones, injurias, etc.-. Pero no existía un delito específico de maltrato habitual dentro de la familia.

Aquel artº 425 castigaba al que ejerciera violencia física contra su cónyuge o contra la persona que conviviera habitualmente, siendo la pena de arresto mayor, es decir, de un mes a seis meses.

Dicho artículo se ha ido modificando hasta 25 veces en 15 años, debido a la incontinencia legislativa de nuestro legislador. La primera de ellas mediante el llamado código penal de la democracia de 1.995.

Había problemas interpretativos respecto de qué se entendía por habitualidad, y de si existía o no un concurso real con otros delitos. Por otra parte, los abogados defensores esgrimían que se estaba vulnerando el principio “nom bis in idem”, castigando dos veces la misma acción.

El código de 1.995 amplía los sujetos protegidos por la norma, incrementa notablemente la pena de 6 meses a 3 años, con lo que ello implica de poder aplicar la prisión preventiva- y aclara que se trata de un nuevo delito distinto y compatible con el resultado dañoso que se hubiera producido.

A pesar de las mejoras técnicas introducidas en 1.995, se pusieron de manifiesto la persistencia de los diversos problemas de aplicación, especialmente determinadas lagunas de punición.

Fueron varias las instituciones que se pronunciaron al respecto: El Instituto de la Mujer, el Defensor del Pueblo, incluso el Parlamento Europeo con su campaña sobre “tolerancia cero”.

Una de las grandes deficiencias observadas era que no se contemplaba la violencia psíquica –con los problemas de prueba a los que luego aludiré- ni que al exigirse una convivencia de forma estable, no se castigaba al marido ya separado o divorciado.

Pero de modo especial, se había producido en nuestro país una especie de alabonazo social colectivo con el caso Ana Orantes, una mujer granadina, separada de su esposo, y que fue quemada viva por éste, poco después de que hubiera aparecido en un programa de televisión relatando su historia de malos tratos continuos durante su convivencia.

Así las cosas, en el año 1.999 se introduce el castigo de la violencia psíquica, se castiga a quien sea o hay sido cónyuge o pareja de hecho, y, finalmente, se establecen unos criterios para apreciar la habitualidad.

Pero, como les decía, el gran problema de la violencia psíquica – hay estudios donde se dice que, muchas veces, es peor que la física- es el de su prueba.

Obviamente, este tipo de delitos no se cometen delante de un notario ni a la luz del día ante mucha gente, sino que se suelen cometer en la intimidad del hogar. Y esa intimidad puede suponer en muchos casos una “impunidad”, al no poder demostrar la mujer los hechos constitutivos de la violencia psíquica. Incluso, muchas veces los vecinos o amigos llamados a testificar a juicio alegan que no vieron nada, ni saben nada.

Todo ello contribuye a que la mujer agredida psíquicamente tienda a no denunciar ante la dificultad o imposibilidad de probar las vejaciones continuas, insultos, etc.

En estos casos, como es obvio rige la presunción e inocencia del art. 24.2 de la Constitución –todo el mundo es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y es el que afirma algo quien debe probarlo-, e incluso el principio “in dubio pro reo”, es decir, si el Juez tiene dudas, debe de absolver al acusado.

Pero tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, han declarado reiteradamente que sirve como prueba la sola palabra de la mujer, y que deberá ser el Juez quien, en su sentencia, motive porque ha creído la versión de la mujer – consistencia y vehemencia de su declaración, falta de vacilaciones, ausencia de contradicciones, etc.- y no la del agresor.

En el año 2.003 se vuelven a modificar de nuevo estos artículos, pero es en el año 2.004, mediante la Ley Integral contra la violencia de género, Ley 1/2004, donde se da un paso más importante.

Aparte de los aspectos penales, lo bueno de esta Ley es, precisamente, que es integral. Es decir, no contiene solo aspectos penales –modificación del código penal-, sino que también modifica la Ley de Sanidad, la Ley de Publicidad, crea el Observatorio de Violencia de Género, también modifica el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Desempleo, etc.

En el ámbito penal, introduce dos artículos sobre los que acaba de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

Uno es el art. 148.4 del código penal, donde viene a castigar más duramente –de 2 a 5 años de prisión, en vez de 6 meses a 3 años- al varón que lesione a su mujer, ex mujer o pareja o expareja de hecho. Es decir, el legislador establece una discriminación positiva –en el sentido de proteger más a la mujer víctima-. Hasta ahora siempre el Tribunal Constitucional había aceptado determinadas discriminaciones positivas a favor de la mujer, pero en otros ámbitos distintos del penal.

Pues bien, en su sentencia 41/2010, de 22 de Julio –reiterando otras- declara constitucional dicha discriminación.

¿Pero qué está ocurriendo? Pues que muchos de los jueces que tienen que aplicar dicho artículo, son reticentes a hacerlo –debido a la elevada pena que conlleva- y exigen un dolo específico en el agresor, un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en un ánimo de dominación o humillación de la mujer. Pero si vemos el tenor literal de dicho art. 148-4 no exige nada de eso. Dichos jueces se remiten a los artículos 1-1 y 1-3 de la Ley Integral 1/2004, donde se habla de una cultura machista y de una conducta del varón tendente a sojuzgar a la pareja o dominarla.

Pero, insisto, el art. 148-4 del código penal no contiene, por sí, ese dolo específico de dominación. Se trata de un concepto de sexo –varón contra mujer- y no de género- ánimo de dominación machista-.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/2005, no exige ningún ánimo especial, ni tampoco las Audiencias provinciales de Madrid o La Rioja, pero sí la mayoría de otras Audiencias. Por su parte el Tribunal Supremo viene manteniendo una postura vacilante, si bien últimamente parece inclinarse por cierto automatismo y no exigir un ánimo específico. Creo que lo más conveniente, Andrés (Martínez Arrieta, Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, presente en la mesa), es que se convoque una Sala General por el Tribunal Supremo y zanje definitivamente la cuestión.

El segundo artículo controvertido es el 57-2 del código penal, que establece con carácter obligatorio –es decir, no facultativo- el alejamiento del agresor respecto de la víctima. La sentencia 60/2010 de 7 de octubre del Tribunal Constitucional, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Provincial de las Palmas, declara constitucional dicho artículo, a pesar de que prescinde del examen de la gravedad y peligrosidad establecidos como criterios generales en el art 57-1, y prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad.

El problema real que se plantea es que al ser obligatorio el alejamiento, los jueces no pueden dejar de imponerlo. ¿Qué ocurre en la práctica? Pues que muchas mujeres pueden incurrir –y de hecho incurren como coautoras o inductoras -en un delito de quebrantamiento de condena por haber consentido que su marido entre en su casa a verla a ella, o a sus hijos, aún habiéndole perdonado por su actitud.

Cambiando de tema, además de las mencionadas reformas del código penal, hay que destacar la llamada orden de protección del año 2003. Mediante dicha reforma se atribuye a un único Juez –en concreto al Juez de Instrucción de guardia- el conocimiento no solo de los aspectos penales derivados del delito cometido –por ejemplo, acordar la prisión preventiva-, sino también las civiles: atribución de la vivienda, guardia y custodia de los hijos, pensión de alimentos, etc-.

Anteriormente esas cuestiones civiles eran resueltas por el Juez civil o de familia que conocía de la separación o del divorcio, lo que podía originar una disparidad de criterios y de decisiones judiciales –entre el Juez civil y el penal-.

En otro orden de cosas, es de destacar la llamada Ley de Juicios Rápidos de 2.002. Estos juicios rápidos se crearon para juzgar una serie de delitos de no muy complicada instrucción y que fueran flagrantes. Además, la propia ley se refiere a los delitos de violencia de género.

Estos juicios se celebran al día siguiente –o a lo sumo a los ocho días- de la comisión del delito, con todas las ventajas que conlleva a la hora de practicar “en caliente” determinadas pruebas, como la testifical de la propia víctima –mujer agredida en nuestro caso-, de los testigos presenciales, y del propio acusado, quien muchas veces se conforma con la pena solicitada por el Fiscal –si lo hace tiene una rebaja de un tercio de la pena-. De este modo tenemos una respuesta rápida por parte de la Justicia, con una sentencia –generalmente ya firme, pues ha habido conformidad- que se puede empezar a ejecutar ya.

También se modificó en 2003 la prisión provisional. Esta figura jurídica ha sido utilizada muchas veces por algunos Jueces como una pena anticipada, con los problemas que ello acarrea en un Estado de Derecho donde rige la presunción de inocencia –art. 24-2 de la Constitución-.

La reforma del 2003 viene a plasmar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prisión preventiva.

Así, considera que la prisión provisional tiene que tener un alcance estrictamente instrumental. Debe de aplicarse cuando un hecho revista los caracteres de un delito que tenga señalada pena igual o superior a dos años de prisión –o uno, si existen antecedentes penales- y que existan elementos de juicio suficientes para considerar autor de dicho delito al acusado. Además –y esto es lo novedoso- debe perseguir ciertos fines: a) evitar la fuga del acusado; b) evitar la ocultación o destrucción de las pruebas, y c) evitar la reiteración en el delito; es decir, que el acusado vuelva a actuar contra la víctima. Pues bien, precisamente la ley menciona a los delitos de maltrato familiar como uno de los supuestos de aplicación de la prisión preventiva.

Visto lo anterior, voy a centrarme en las novedades del nuevo Código Penal de 2010.

La circunstancia mixta de parentesco, prevista en el art. 23 sigue igual, Ya sabeis que, según la jurisprudencia, dicha circunstancia actúa como agravante en los delitos contra las personas –lesiones, etc-, y como atenuante en los delitos contra la propiedad.

El art 22-4, relativo a las circunstancias agravantes, cambia el término minusvalía por el de discapacidad.

Al referirse a las penas, el art. 33 contempla la privación de la patria potestad, así como otras figuras comunes contenidas en el Derecho civil autonómico.

La pena de prohibición del derecho a residir en determinados lugares ya existía, pero sólo para los delitos. Ahora se contempla también para las faltas. Y se dice que

puede referirse tanto al lugar de comisión del delito, como al lugar de residencia de la víctima o de sus familiares.

El artº 96-3 introduce la figura de la libertad vigilada, de la que no hablaré puesto que es objeto de otra ponencia.

Hablemos ahora de la protección del menor en el nuevo código penal.

Por lo general el código aumenta las penas de los delitos donde aparecen como víctimas menores de edad.

Hay muchos delitos cuyo tipo básico se agrava cuando la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

En las agresiones sexuales se sube la pena de 1 a 5 años, en lugar de 1 a 4 años; contemplándose además un tipo agravado cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por las circunstancias antes mencionadas.

El artº 183 introduce un nuevo delito contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años, castigándolo de 2 a 6 años.

Este es el tipo básico, pero hay varios tipos agravados. Si se empleare fuerza o intimidación la pena sería de 5 a 10 años. Si hubiera acceso carnal, bucal o anal, la pena sería de 8 a 12 años.

Finalmente, hay un tipo superagravado, si la víctima fuera menor de 4 años.

Se introduce un nuevo delito –art 183-bis- consistente en castigar al que a través de Internet, teléfono, etc., contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro para cometer un delito contra su indemnidad sexual.

También se elevan las penas en los supuestos de prostitución con un menor o incapaz, existiendo un tipo agravado si el menor tiene menos de 13 años.

Asimismo se eleva la pena de 1 a 5 años, y no de 1 a 4- en los supuestos de corrupción de menores utilizados con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Como delito nuevo también se contempla una especial protección, tanto de las mujeres como de los niños en los conflictos armados –arts. 607; 611; 612 y 613—

Finalmente, aprovecha el Código Penal, para modificar, en su disposición final segunda, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Modifica su artículo 4-4 para que, en los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito, estén legitimados para ejercer las acciones civiles pertinentes, tanto el Ministerio Fiscal como el ofendido y los perjudicados por el delito.

Y en su artº 7-3 define como intromisión ilegítima la utilización del delito por el condenado en sentencia firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho

económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.