



Juzgar y castigar ¿Con perspectiva de género?

Miren Nekane San Miguel Bergareche

Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia

Comenzamos estas líneas agradeciendo a Yolanda la invitación que nos permite publicar estas reflexiones, agradecimiento que es mayor si tomamos en cuenta la ingente cantidad de análisis técnicos y artículos de opinión de todo tipo que se han publicado en los últimos tiempos sobre la perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos en general, y de aquellos en que la mujer aparece como afectada en particular. Esta proliferación de opiniones y análisis publicados nos lleva a advertir de la dificultad de aportaciones novedosas en la cuestión, y a presentar (porque lo es) estas líneas como producto de reflexión sobre cuestiones cotidianas que se han suscitado al hilo de proclamas publicadas hasta la saciedad en los últimos tiempos.

No es nuevo para nosotras escuchar y leer que las resoluciones judiciales en general, y cuando se trata de aquellas que afectan a las mujeres en mayor

medida, son machistas, androcéntricas y, además, la única respuesta posible de una justicia heteropatriarcal y sin remedio de este mal. Tampoco es nuevo que gentes del mundo de la política y de los movimientos sociales se sumen sin matices a la descalificación generalizada hacia quienes ejercemos función jurisdiccional. En cuanto una resolución no es la esperada o la deseada para el sector de que se trate, esa desautorización y rechazo se produce desde siempre, y el efecto es mayor o menor en función del poder (ahora más mediático) de quien propicia la descalificación (que no la crítica; ojalá fueran críticas!!!). Lo que sí ha sorprendido en cierta medida, es que a las consignas que se han coreado, en primer lugar a la publicación de la sentencia de la A. Provincial de Navarra (no hace falta nombrar el affaire) y seguidamente en cada ocasión en que

se archivan diligencias en la fase de instrucción, o se absuelve al acusado de delito sexual se sumen al instante operadoras jurídicas y magistradas. Se proponen ya reformas legislativas que lleven a incrementar las penas, y a poner en duda principios y garantías procesales, al tiempo que se nos reprocha a quienes hemos de enjuiciar, que estamos lejos del sentir popular, y que ese divorcio entre las mujeres y la judicatura (que no justicia) ha de corregirse en traducción de más condenas y mayores penas. También se nos dice que somos ignorantes en la materia de igualdad y género: si hubiéramos contado con formación en perspectiva de género el resultado de los fallos de esas polemizadas resoluciones hubiera sido otro (parece ser que indefectible condena y elevada pena).

No sabemos si las reflexiones que a continuación exponemos, ayudarán a aclarar en alguna medida algún punto de un debate que no ha hecho más que comenzar. Era impensable hace poco tiempo aún que el cuestionamiento, desde el feminismo (en sus múltiples y diversas variantes ideológicas y posiciones diversas en la materia del castigo) alcanzara la amplitud (jurídica y mediática) que observamos. Desde muchos años de militancia feminista y de casi otros tantos de práctica jurídica y jurisdiccional, exponemos algunos puntos (no todos) al hilo de las consignas reiteradas públicamente en estos meses. La cuestión es compleja, afecta a valores y derechos básicos, y siempre quedan en el tintero matices y dudas que esperemos haya ocasión de ir perfilando.

Son tres los apartados en que hemos dividido el escrito: por un lado, una

somera referencia a los tipos penales en materia de ataque a la libertad sexual; en segundo lugar, algún apunte en materia de valoración del testimonio de las denunciantes como prueba en el plenario, y en tercer lugar, una referencia a desajustes que observamos en la instrucción judicial de las causas de violencia contra las mujeres. Finalizamos con una somera referencia a alguna novedad que se produce al inicio del curso que comenzamos estos días.

NO ES ABUSO, ES VIOLACIÓN

Esta consigna también sirve para cuestionar aspectos relevantes en el análisis de la previsión normativa para el castigo de estos tipos de delitos, y proponer cambios.

1.- Libertad, indemnidad, consentimiento.

La *exposición mediática* de la cuestión ha traído al recuerdo y a la memoria de muchos y muchas operadoras jurídicas (en la cátedra, la abogacía, la judicatura...) viejas dudas sobre el enunciado y contenido de los tipos penales, aspecto básico relacionado con la determinación y definición del bien jurídico que se trata de proteger castigando este *modo de acceso carnal a la persona*. Quienes leen estas líneas recuerdan, sin duda, que hasta el llamado C. Penal de la democracia (el promulgado en 1995) el valor a proteger en los tipos penales relacionados con la sexualidad, era la honestidad, fundamentalmente la de la mujer y los menores, y que el enunciado del Título VIII del Libro Segundo del C. Penal fue, en aquel 1995, el de “delitos contra la libertad sexual”. La



dificultad para encajar algunas de las conductas descritas como ataque a la libertad, llevó a que, por la L. O. 11/99 se pasase a enunciar que las conductas descritas en los cinco capítulos que conforman este título fueran consideradas como *ataques a la libertad e indemnidad sexual*. La doctrina discutió ampliamente sobre si la inclusión del concepto (bien jurídico) de la indemnidad era o no adecuado a los valores concernidos en estos delitos, pero sí que se asumió que hacía falta un plus en la concreción del bien jurídico atacado en determinadas conductas, porque únicamente como ataque a la libertad sexual resultaba difícil, por ejemplo, tipificar las agresiones a personas menores de edad que, en principio, no parecen sujetos de ese bien jurídico que es la libertad individual, y también porque algunas conductas como las referidas a personas privadas de la capacidad siquiera para oponerse al ataque (por varias y variadas razones) evidenciaban dificultad de concretar ese bien de la libertad como el único protegido penando esas conductas.

A estas dudas expuestas en su día, podemos añadir la dificultad que entraña definir como abuso el acceso a la persona que no consiente pero a la que no se intimida en el modo definido hasta ahora en la jurisprudencia, ni sobre la que no se ejerce violencia explícita. Cuando hace algunas semanas decíamos aquello de que abusar es usar en exceso, y que tras esa palabra subyace igualmente una determinada filosofía y modo de entender a la persona (mujer y criaturas menores de edad), no estábamos lanzando una *boutade*. El concepto de abuso, en sí mismo, entraña una cosificación de la persona (uso en exceso de esa ¿persona?) y en función de múltiples variantes en las diversas conductas a definir y determinar, el valor atacado será la libertad, pero también la dignidad de la persona humana, valor del que forma parte la libertad (al igual que otros derechos y bienes jurídicos). A la imprecisión del valor o derecho protegido, se añade la dificultad, con las actuales previsiones de los tipos penales, de determinación y taxatividad exigible para castigar conductas que, no habiéndose definido como violentas y/o intimidatorias, han servido para vencer esa ausencia del consentimiento para el mantenimiento de la relación sexual: ¿pasividad?; ¿limitación? (por edad, aturdimiento, intoxicación, enfermedad...?). El NO ES NO es otra de las consignas coreadas, pero que también exige una determinación normativa, porque, como recordaba la Profesora Faraldo, las relaciones sexuales no comienzan con un contrato firmado donde se establecen las condiciones y límites de la relación sexual. La propia definición de la *ausencia de consentimiento* en el delito de abusos sexuales conlleva dificultad para interpretarlo y aplicarlo. Quizás con el examen de las denuncias habidas en la materia y un análisis de las respuestas dadas desde la interpretación de los elementos y los tipos penales en vigor, (además de sonrojo que la lectura de algunas resoluciones judiciales nos produce) podría aportarnos *ideas* (que no ocurrencias) sobre la cuestión a solventar en materia de libertad y consentimiento.

Esta dificultad de determinar el ámbito del consentimiento no se resuelve con el recurso a la indemnidad como valor a proteger.

El concepto de indemnidad lleva ínsita la idea de daño o perjuicio, que parece ser imprescindible para considerarse producido el delito, y no siempre es así. Se ha extendido, también en la práctica judicial (por supuesto, en el sentir general de la población) que si una persona ha padecido un ataque de índole sexual (de cualquier intensidad) ha de tener un sufrimiento y una duración de ese efecto del daño en el tiempo.

No sé si somos conscientes de que esta creencia o posición cronifica la condición de víctima y va contra el fortalecimiento (ahora se dice empoderamiento) de la persona agredida. Afortunadamente no siempre una agresión produce ni tiene por qué producir un efecto lesivo añadido al desvalor ínsito en la acción del ataque. Y en esa línea, tampoco el valor de la indemnidad sexual sirve como bien jurídico a proteger en los ataques a persona menores de edad: en las ocasiones en que, en el supuesto de criaturas pequeñas no ha mediado ningún tipo de violencia, esa personita no es consciente de que ha sido *usada* y en ese momento no tiene ningún tipo de secuela. El diagnóstico de futuro y la afirmación de que el daño que psicólogos consideran se producirá irremediabilmente (cuando sean conscientes de los hechos) es lo que puede conllevar consecuencias, porque en no pocas ocasiones, el daño no se les produce como consecuencia del hecho o hechos típicos penalmente, sino por la acción posterior del sistema que les dice proteger (generando, de este modo, un

efecto iatrogénico de difícil corrección ulterior).

2.- Moral sexual.

- A cuestionar, igualmente, si tras el incremento (en cada reforma que se ha dado en estos tipos penales desde el año 1999) de la edad de la persona en relación con la inadmisión de su consentimiento, no se responde a una determinada concepción de la moral sexual; a una negación de autonomía para personas menores de dieciséis años (en este momento.- artículo 183 del CP) relacionada con ese concepto o idea de la moral sexual (cualquier conducta sexuada les hace daño y hay que reprimirla con el recurso al castigo) o/ a la vista de imprecisiones como las contenidas, por ejemplo, en el Art 183-bis (presenciar *actos de naturaleza sexual.....¿??*); del mantenimiento de delitos como el de exhibicionismo (artículo 185 del CP), o de términos como *corromper...*

3.- La dignidad como derecho.

- Hemos hecho referencia a la dignidad de la persona, además de la libertad sexual, como bienes jurídicos que habría de proteger el recurso a la pena en delitos de agresión sexual y violencia contra las mujeres, si bien pueden darse dificultades para concretar este bien jurídico como enunciado conforme la sistemática del C. Penal. La Constitución Española (artículo 10 y ATC 149/1999, entre otros) considera que la dignidad es el fundamento del orden político y de la paz social, pero no opera de forma autónoma (no está ubicada en el Capítulo II del Título Primero) como derecho fundamental (al contrario, por ejemplo, que en la Constitución Alemana, que lo considera como el derecho

fundamental principal: *La persona no puede ser reducida, bajo ninguna circunstancia, a mero objeto de la actuación del Estado; no debe ser sometida a un tratamiento y trato que cuestione su calidad de sujeto*) y esa valoración del TC dificulta enunciar la dignidad como bien jurídico a proteger recurriendo al castigo. El T. C. utiliza la dignidad de la persona (en algún supuesto) como criterio para determinar el contenido esencial de los derechos humanos, en situaciones en que esa persona es tratada como objeto, y en esa medida, el C. Penal español se va refiriendo a los bienes jurídicos a proteger recurriendo al castigo, como contenido o materialización de esa dignidad (libertad, integridad, indemnidad, intimidad, honor....) pero no a la dignidad en sí.

Asumiendo igualmente la dificultad para dotar de definición al valor básico (y se podría decir que supremo) de la dignidad del ser humano, podríamos partir de que conlleva (ya se ha indicado) la prohibición de instrumentalizar o cosificar a la persona, y ese valor o categoría de la persona no admite discriminación ni excepción por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, creencia, ni por edad (lo que *puede facilitar*, el excluir la indemnidad como valor de protección en menores, por ejemplo, que sí *tienen dignidad*).

Si asumimos que ciertas conductas descritas en el epígrafe indicado (Título VIII del Libro Segundo del C. Penal) *cosifican* a una persona, en tanto que objeto o instrumento para el placer del sujeto activo, la respuesta pasaría por evitar los efectos cuestionables y cuestionados del *recurso a la indemnidad*, que también tiene sus

efectos en el punto de la prueba de los hechos (como luego trataré de esbozar) afectando, en la investigación judicial a valores de la persona denunciante o afectada por los hechos en cuestión, y que son la fuente (en múltiples ocasiones) de la denominada victimización secundaria del proceso (y de la respuesta penal, nos atrevemos a plantear).

4.- Falocentrismo.

Otra de las cuestiones a repensar es la respuesta punitiva que, en este momento considera de la mayor entidad y gravedad a aquellos actos que culminan con la penetración en el cuerpo de la persona agredida, obviando que, en multitud de supuestos sometidos a nuestra valoración, se prueban actos que, sin ese elemento o requisito de la penetración son más degradantes para quien los ha padecido

(este aspecto quizás entronca más con los términos de la respuesta penal, y los baremos para medir la proporcionalidad de las penas).

Sectores de la doctrina opinan (opinión que compartimos) que mantener como conducta más gravemente penada aquella en que se ha probado la penetración (vía vaginal, anal o bucal) en el cuerpo de la persona agredida es producto de una mente (la del legislador) que aún considera(ba) que una mujer violada *pierde valor* (por múltiples y variados motivos) sin obviar que el modo de violación clásico era la penetración vaginal de un hombre a una mujer, y que el resto de modos de penetración (distintas partes del cuerpo y por medio

de otros *objetos*, además de por el pene) se incorporan al código penal (en cierto modo) más tardíamente. Ese acto de violar (*el clásico*) evidencia de modo gráfico la consideración de que el ataque de mayor intensidad que puede recibir una mujer viene por la fuerza del falo, alrededor del que gira buena parte del modo de entender la relación sexual; y no es ajena a esa percepción los efectos previsibles de la penetración en el cuerpo de una mujer (embarazo) por otro hombre que no sea el dueño de la mujer: recuérdese que hasta las fechas que indicamos no existía la violación dentro del matrimonio, puesto que la mujer estaba sujeta al cumplimiento del débito conyugal. Este tipo de reminiscencias pueden subsistir aún, y en todo caso, es imprescindible repensarlas, porque, reitero, en nuestra labor observamos conductas más degradantes que algunas “penetraciones”

La propuesta para una mirada no androcéntrica del enunciado de los tipos penales pasaría por repensar los bienes y valores que queremos proteger, determinándolos, y teniendo presente lo que debiera ser la última ratio en los sistemas de control social, que pasaría por dejar fuera del ámbito penal algunas conductas; exigiría definir con precisión (como corresponde a esta disciplina jurídica) los conceptos, pero igualmente analizando cada una de las palabras que se utilicen para la determinación de las conductas: No es baladí la cuestión, y el tema del lenguaje no es (solo) un aspecto de género gramatical: las palabras han ido recogiendo en su dicción y escritura (y por ende, en el significado que el imaginario colectivo les hemos dado) el pensamiento, la ideología y la historia que las ha ido determinando hasta hacerlas llegar a la mente humana con el significado que tienen (no es abuso).

5.- Perspectiva de género.

Como recuerda Naciones Unidas (entre otros organismos internacionales) el género (traducido así del *gender*) es un producto ideológico y cultural que otorga significados sociales a las diferencias biológicas entre los sexos, y afecta a todas las áreas de las relaciones humanas, a todas las parcelas y ámbitos de la sociedad (distribución de recursos, riqueza, trabajo, adopción de decisiones, poder político, y en esa medida a todos los derechos...). El concepto de género se refiere a la construcción de las identidades que prescribe a las personas, en función de su sexo, los comportamientos y los modos de ser, y en ese mandato de género, se nos obliga a identificarnos con alguno de esos sexos en nuestros modos, debiendo actuar y funcionar conforme esa exigencia cultural. También a la hora de transgredir (atacando bienes jurídicos que se protegen con el recurso a la pena) podemos afirmar que, fruto de ese modo de socialización establecido desde hace siglos, los comportamientos y maneras son muy diversas, lo que lleva a cuestionar la neutralidad a la hora de definir los elementos que integran determinados tipos penales, o lo que es más evidente, a la hora de determinar los elementos que conforman las circunstancias que modifican la responsabilidad penal (asumiendo que las circunstancias son las que adaptan la respuesta en función de las características del hecho condicionadas por el modo de proceder de unas y otras personas en base a su posición y situación respecto del hecho merecedor del reproche penal).

Una de las propuestas de la perspectiva feminista es la de desmontar la pretensión de neutralidad del derecho:

Juzgar y castigar

¿Con perspectiva de género?

utilizando una perspectiva parcial y subjetiva se hace ver que el derecho es parcial y subjetivo, que es de género masculino. Los tipos penales definen conductas que merecen ser reprimidas mediante el castigo, y la primera de las cuestiones que habrá de examinarse es si la descripción de esas conductas, comportamientos y modos responde a modos de comportarse masculinos. No ha sido igual la socialización de hombres y mujeres, y las acciones, reacciones y respuestas no son iguales. A las dudas ciertas de la dificultad de un enunciado neutro de los tipos penales, se une el cuestionamiento de si hacen falta figuras o tipos penales específicos para proteger bienes y derechos cuyos titulares son las mujeres, o quizás de modo más preciso: que siendo titulares hombres y mujeres se atacan de modo más generalizado los referidos a las mujeres y con conductas y actos de entidad diversa, en función del sexo de sujeto/a activa/o pasivo.

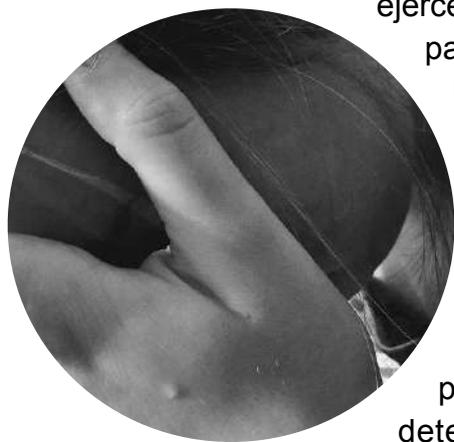
Los presupuestos de generalidad, neutralidad y taxatividad de los tipos penales no excluyen que, previamente a su enunciado, se analice cuál ha sido la respuesta penal que se ha dado a los ataques a la libertad y dignidad arriba enunciadas, y no únicamente desde la aplicación práctica y su interpretación androcéntrica, sino, partiendo de esa interpretación y aplicación, analizar si hubiera procedido otro tipo de previsión normativa.

6.- Violar sale gratis. -Es lo que nos dicen también las consignas coreadas hasta la saciedad, sin diferenciar si una absolución es fruto de la inexistencia del hecho

denunciado, de las dudas que surgen tras una cumplida prueba, o fruto de las deficiencias en la aportación que las partes procesales han de efectuar en materia de prueba....A ello se une que las elevadas penas de prisión a imponer sigan pareciendo leve retribución, pese a ser asumido que el C. Penal español es de los más duros (en cuanto a la extensión y calidad de las penas) de Europa; sin embargo, pocas veces nos hemos alzado contra la desmesura de las penas hasta que son (algunas) mujeres las que reclaman mayor contundencia en la previsión de penas. Hablamos de proporcionalidad, concepto de difícil traslación al Código cuando no se está de acuerdo (socialmente) en cuáles son los crímenes de mayor entidad, y cuando la práctica de legislar (desde hace años) y de aplicar el derecho penal da lugar a una idea únicamente retributiva de las penas, en base a la subjetividad del daño que se dice producido a quien ha padecido los efectos del delito: es el desvalor de la acción, y no el daño personal el que ha de servir de fundamento a la previsión de la pena en abstracto: la modulación de la respuesta penal, además de en adecuar la pena a las circunstancias del hecho, vendrá dada por el resarcimiento, pero no compartimos la idea de que, a mayor daño o dolor, mayor pena. El resarcimiento directamente proporcional a la entidad (grave) de la pena no deja de aparecer como un modo de venganza (retribución).

Como se ha apuntado al final del apartado anterior, nuestra mirada feminista en lo que al enunciado y determinación de

estos delitos se refiere, pasa por analizar los tipos penales actualmente en vigor, examinar cuál ha sido su aplicación, evolución en la previsión y efecto en la represión de las conductas que merecen ser castigadas y controladas con el recurso a la pena, pero partiendo siempre de qué valores y derechos son los que se tratan de proteger con el recurso a la pena (es innegable la carga ideológica que cada opción comporta). Analizar cada palabra a consignar en el tipo penal, e igualmente la redacción (géneros gramaticales, sintaxis, claridad, determinación, taxatividad...) porque el lenguaje y el modo de expresarnos (*"Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo"* aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008) *influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones*. Insistimos en que el lenguaje, oral y escrito, es un instrumento a través del cual todos los seres humanos codificamos y transmitimos los pensamientos y



ejercemos la comunicación, y además de esforzarnos en dar pasos y buscar alternativas para avanzar en el uso del lenguaje que represente, cada vez más, la realidad igualitaria que estamos obligadas a construir, ha de recordarse también que, en función de cómo está estructurado el lenguaje –complejidad, sencillez...- podemos tener una idea del nivel de pensamiento y entendimiento de la persona, en la misma medida en que es importante conocer las características lingüísticas de la población a la que va dirigido el mensaje, porque ello es determinante para la comprensión de ese mensaje: El enunciado, las palabras, el género gramatical y la sintaxis (que ya se ha indicado) han de ser objeto de un vuelco total (en relación con los actuales) porque el lenguaje transforma la conciencia humana, permite nuevas formas de pensamiento y adquisición de conocimientos, sin obviar que, en la evolución histórica del lenguaje, los significados de las palabras sufren un proceso de transformación; va variando el significado que damos a las palabras porque la relación entre la palabra y el pensamiento no es solo un hecho, es básicamente, un proceso,

y el mantenimiento de determinados enunciados en los tipos penales en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales sigue siendo heredero de aquellos códigos que consideraban a la mujer y a las y los menores con las connotaciones que se han esbozado en estas líneas.

YO SI TE CREO.- PRUEBA DE LOS HECHOS.

-Quienes cada día, y desde distintas posiciones en el proceso penal, hemos de analizar hechos que se presentan como ocurridos y con significancia penal, sabemos de la diferencia entre legislar y castigar; e igualmente, entre *creer* y *probar*.

Que toda/o ciudadana/o es inocente hasta que una prueba de cargo suficiente no demuestre que es autor/a (o partícipe en el grado que se determine) del hecho ilícito que se trata de enjuiciar es un principio recogido en la Constitución, como primera y principal

garantía que el procedimiento penal otorga a la persona acusada. Constituye un principio fundamental de la civilización, que tutela la inmunidad de la/os no culpables, pues en un Estado social y democrático de derecho, es esencial que la/os inocentes estén en todo caso, protegida/os frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que la/os culpables sean generalmente castigada/os. La condena de una persona inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social, y es por ello que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia, se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del ilícito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún, si ejerce la acusación. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el o la acusada, obligándole a ser quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa.

Este párrafo que hemos *colocado* en decenas de sentencias, ya no sirve para el imaginario colectivo ni para muchas abogadas, ni siquiera para algunas posiciones del Tribunal Supremo (véanse alguna de las últimas sentencias, analizadas y criticadas por miembros de esta Comisión Penal) y ello

pese a que, en su sentencia de 21 de mayo de 2010, el Tribunal Supremo manifiesta su prevención frente al hecho de que, en los supuestos en que se ha de acreditar una relación o relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, se atribuye a los tribunales una tendencia a postular un plus de credibilidad para quien aparece procesalmente como víctima del hecho, pero el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que supone que, cualquiera que sea la imputación, debe estar acreditada en todos sus elementos centrales, sin que sea posible sostener el argumento de que es necesario evitar la impunidad de acciones producidas sin testigos.

En estas líneas queremos resaltar algunos aspectos relacionados con el testimonio como prueba y cuando es la diligencia de mayor relevancia en el juicio oral.

Uno de los requisitos que ha venido exigiendo la jurisprudencia para examinar el testimonio incriminatorio en situaciones como la descrita someramente en el primero de los párrafos de este apartado, es la ausencia de *incredibilidad subjetiva*. Al margen de la dudosa construcción gramatical de ese requisito o enunciado (estamos ante una doble negación: ausencia, es decir, falta de..., incredibilidad, es decir no creíble; y si bien es cierto que no siempre la doble negación supone la afirmación- en ocasiones supone un reforzamiento de la negación- e igualmente que la doble negación puede ser examinada desde la perspectiva lingüística y la lógica. En fin!!!. “dudosísima redacción) todo esto es para decirnos que esa “credibilidad subjetiva” se inferirá de las relaciones

entre declarante y acusado, y que debemos descartar que el testimonio incriminatorio se daba a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Con todo respeto, la formulación de este requisito parece confundir un motivo para denunciar con un motivo para mentir. Además de estar enjuiciándose las relaciones de la persona con el denunciado, apuntamos: a) Se puede estar resentida (te han fastidiado la vida) porque el hecho ha ocurrido; b) no puedes ser amiga de quien así ha procedido (según tu percepción que expones en la denuncia); c) además te quieres vengar (el someter a alguien a un proceso penal es un modo eficaz de venganza) y realmente tienes interés en que le condenen. Todo eso, ¿lleva a mentir?. Lo que revela el argumento de la ausencia de incredibilidad subjetiva es la prevención ante el estereotipo (comportamiento de las mujeres en este tipo de denuncias) del tribunal: Es decir, primero examinamos a la persona, su psique y relaciones, y más adelante, veremos su relato.

Otro de los requisitos del testimonio, según esa extendida doctrina es *la persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de*

inveracidad. También con todo respeto, considero que un relato de esas características únicamente revela buena memoria retentiva. Por ello propongo acudir a las máximas de experiencia que nos explican los estudios de psicología forense experimental, y que nos han de servir para valorar aspectos del testimonio de las personas que, cada día escuchamos. Precisamos que, por máximas de experiencia nos referimos a definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos y que proceden de la experiencia. Se obtienen a partir de los casos particulares observados, de donde se infieren los elementos generales que, precisados de constancia, se informan, y en referencia concreta al testimonio de las personas que prestan testimonio en juicio, la psicología forense experimental nos dice que la memoria no es un registro mecánico de información, sino que es tremendamente activa, reconstructiva y está sometida a la influencia de variedad de factores que pueden llevar incluso a que las personas que testifican cometan errores (sobre esto volveremos en el siguiente apartado, al analizar la instrucción de este tipo de causas).

En todo caso, sí se observa cierta matización en alguna resolución del T.S. respecto de los parámetros expuestos durante tiempo prolongado por la jurisprudencia. Así, en la STS 263/2017 de 7 de abril, o en la STS de 17 de junio de 2014, leemos: *No se define (respecto de los parámetros indicados) un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones que han de ser ponderadas pues ayudan a acertar en la decisión. Son puntos de contraste que no*

se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, pese a ellos, no tiene dudas de la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

Un inciso al hilo de este modo de exposición: es evidente que seguimos obviando las recomendaciones de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico (cuya creación, composición y conclusiones son harto conocidas) en el sentido de que la transparencia exigible a las resoluciones judiciales y a las normas, requiere, inexcusablemente, de un lenguaje **claro** (la persona destinataria de la sentencia, ¿habrá entendido lo que se dice o se quiere decir?) y además, igualitario, no sexista, respetuoso, gramatical y sintácticamente correcto y de redacción eficaz. Quienes leen estas líneas valorarán si así procedemos, pero en todo caso, conviene realizar algunas precisiones en lo que al significado de las palabras se refiere, porque se habla de *credibilidad*, *verosimilitud*..., cuando para condenar no se trata de que el relato sea creíble o verosímil, sino cierto (más allá de toda duda razonable). Lo creíble (que puede o merece ser creído, según la definición de la DRAE) y lo verosímil (que tiene apariencia de verdadero; o que no ofrece carácter alguno de falsedad, también según la DRAE) no tiene por qué ser sinónimo de cierto (realidad probada). La vida nos muestra multitud de situaciones increíbles (algunas referencias sobre situaciones increíbles contenidas en la STS de 17-IV-2014) pero que han ocurrido, y la propia jurisprudencia ha considerado (STS de 21 de mayo de 2010) *que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos*

Juzgar y castigar

¿Con perspectiva de género?

momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, sólo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otras razones, no necesariamente conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible. O, como ya previó el legislador del siglo XIX, por la introducción, en la testigo de buena fe, de datos mediante la sugestión (involuntaria o no) o las dudas que se siembran en la persona que testimonia si es objeto de preguntas capciosas, por ejemplo.

Se nos dirá qué relación guarda toda esta exposición con la cuestión de la perspectiva de género en el enjuiciamiento. Pues bien, nuestro habitual modo de analizar el testimonio siguiendo las pautas hasta ahora en vigor, parte de sembrar dudas hacia la persona que emite el testimonio, no en relación con el testimonio en sí (que habrá de ser objeto de prueba en la medida que se haya recogido en el escrito de acusación). Así, se aportan informes fruto de exploración psicológica que servirán para demostrar que no miente, y además, que, por ello (porque dice la verdad) ha sufrido un daño inconmensurable fruto de la agresión. Estos informes nos hablarán de sus relaciones con el denunciado; de si la reacción y actitud responde a lo esperable

en una persona que ha sufrido una agresión de las características de las que denuncia...., con sujeción a los estereotipos (imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad) en vigor, porque se exhibe a la mujer agredida como una parte más de un conjunto homogéneo, por lo que todas debemos reaccionar y funcionar en el modo previsto. En nuestras sentencias escribimos eso de que *“la mayor o menor aptitud del testimonio de una persona para reconstruir el hecho histórico no se puede medir, en exclusiva, por la mayor o menor credibilidad en sí misma del relato, sino siempre en atención a otros datos que componen la imagen probatoria. No basta que se afirme que una testigo es objetiva y subjetivamente creíble porque su manifestación es persistente, o porque no se identifiquen elementos espurios en su relato, si, al tiempo, no se da cuenta de las razones cognitivas que permiten atribuirle el grado de verosimilitud necesario para reconstruir el hecho objeto de acusación. La certeza se alcanzará si ese relato es compatible o viene avalado por el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que hayan quedado acreditadas”*, porque lo que procede es analizar lo que se dice y con qué datos objetivos (elementos corroborantes de difícil definición general, que debemos hallar, en cada supuesto, de lo que se nos aporta en el plenario) se cuenta para escribir de modo que quien lea la sentencia llegue a la convicción de que el hecho se ha producido en la manera en que se ha expuesto en el acta de

acusación. No basta con estar convencidas del hecho y creémoslo, hemos de convencer a quien lea nuestro *convencimiento*.

Al hilo del “yo sí te creo” se han alzado numerosas voces que recuerdan (además de la STS de 2010 arriba reseñada) el artículo 717 de la L. E. Cr., (“*Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional*”) porque, para esas voces, el testimonio de la mujer, al igual que el de la policía, no tiene ningún plus de credibilidad, sino que ha de examinarse conforme a parámetros de aplicación general. En su día la doctrina alertaba de que esa *indicación* (la del artículo 717) no era necesaria pues todas las declaraciones de testigos deben ser valoradas conforme a las reglas del criterio racional, y esa precisión que realiza el artículo 717 se interpretó como un intento del legislador de evitar la utilización de reglas apriorísticas de valoración de este tipo de prueba. Pues bien, son cientos de sentencias en que se ha erigido la declaración de la policía como única y suficiente para enervar la presunción de inocencia, porque *ha sido persistente, sin contradicciones, y la policía no tiene interés en la causa*. Pocas voces se han alzado hasta este momento, contra esa práctica habitual en la valoración del testimonio policial. Voces que sí son *estentóreas* cuando similar propuesta de valoración, se traslada al testimonio de la mujer denunciante. Quizás alguien habría de pensar en el motivo de determinadas reacciones *actuales* (remarcando el contenido de un artículo que debió recordarse también antes de todo esto).

Si el testimonio no tiene un plus de credibilidad en función de quien lo emite, siempre habrá de atenderse a aquellos datos de carácter objetivo que corroboren el relato de la acusación: habrá de valorarse si se aportan datos que permitan establecer, la oportunidad (ocasión, lugar y tiempo) y la posibilidad, y a partir de ahí, qué otros elementos resultan para la certeza del hecho concreto objeto de acusación.

Cada supuesto es único y cada persona “*un mundo*”. Por ello, únicamente desde una motivación concreta y comprensible para quien la lea, será posible cumplir en la práctica con la tutela que se nos exige.

En todo caso, resulta imprescindible una reseña sobre la instrucción penal y algunos de los condicionantes que dificultan en la práctica, una aportación de prueba adecuada en el plenario.

CONVENIO DE ESTAMBUL.

- Instrucción y Estatuto de la Víctima.

Ya se ha indicado al inicio, que otro de los reproches que se nos efectúa es que, si aplicáramos el convenio de Estambul, los efectos para las mujeres que denuncian haber sido víctimas de violencia, serían muy otros (suponemos que, indefectiblemente, nos llevarían a condenar al denunciado; o a imponerle elevadas penas aplicando la agravante de género).

El 6 de junio de 2014 se publicó en el B.O.E. *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, y el 28 de abril de 2015 se publicó en el B.O.E. la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima. Esta norma tiene contenidos expresamente referidos al modo en que hemos de proceder en la instrucción de las causas penales (además de otras cuestiones referidas a disciplinas o aspectos asistenciales y/o de ayuda a las mujeres denunciantes de violencia de todo tipo). Son dos los aspectos sobre los que mayoritariamente se pone el punto de atención en los últimos meses. Así, copio:

Artículo 19 Estatuto: *Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.*

Artículo 20: *Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.*

Estas prevenciones guardan directa relación con la participación personal de la denunciante en las diligencias penales, que viene dada, en primer lugar, por el modo en que prestará su testimonio, y las garantías para que su denuncia y relato no le afecten negativamente: tanto en lo que se refiere a posibles represalias por quien haya sido denunciado; como en razón de que el modo en que se realicen las tomas de declaración no le afecten más que lo imprescindible (digo lo de imprescindible, porque la práctica muestra que siempre tiene repercusión en quien participa, de alguna de sus formas posibles, en el proceso penal).

Como se ha indicado en el apartado anterior de esta exposición, es el testimonio la prueba a la que se dota de mayor relevancia y efectos en el tipo de delitos a que nos referimos, y que está siendo objeto de comentarios y valoraciones de todo tipo, no solo en las resoluciones que dictamos, sino en la calle, donde lo que se cuestiona es nuestra forma de tratar y tratarlo. Insistimos en que los modos en que se trata esta prueba y su fuente afectan a valores fundamentales al cuestionarse la credibilidad, y como consecuencia valores que inciden en la esfera personal y psicológica de la persona *examinada* (porque se examina a la persona y no solo su testimonio)

La Doctora Digés Junco (Catedrática de Psicología forense experimental) alerta en varias de sus publicaciones y exposiciones, de que, siendo el

testimonio la más frágil de las pruebas que se aportan en las causas penales, y a la vez, las que con más frecuencia se aporta en este tipo de procesos, sea tan mal tratada y tan inadecuadamente valorada. Esto no solo incide en valores y derechos de las mujeres, sino incluso en derechos de los acusados. Trato de explicarlo: Que el testimonio era frágil y que requería un tratamiento adecuado lo sabía ya el legislador del siglo XIX, que, no únicamente en la exposición de motivos de la Ley procesal lo indicaba, sino que lo *transponía expresamente* en los preceptos que establecen el modo en que hemos de tratar este indicio. Así, ya al inicio del proceso (artículo 436 de la L. E. Cr.) *el Juez dejará narrar al testigo, sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.* Igualmente conocemos que ya entonces (artículo 439 de la L. E. Cr.) se exigía de quien instruye la causa que *no se harían preguntas capciosas ni sugestivas....* (además de otros condicionantes que podrían afectar a la *puridad* del relato y que se indican en el citado precepto) y tampoco las transmitiré (no parece adecuada a la función de instrucción judicial, y con carácter general, que las preguntas se realicen directamente por las partes procesales, sí en el plenario, pero esto también merece otro debate). Conocía ya el legislador el efecto que la sugestión produce en la testigo de buena fe, habida cuenta de que, en demasiadas ocasiones y con la mejor voluntad, se introducen datos inciertos en las declaraciones a través de *aclaraciones sugestivas*, o se *tergiversa* o *manipula* el relato, al poner en cuestión la

buena fe de la declarante a través de preguntas capciosas, con el consiguiente (nefasto) efecto en orden a obtener una aproximación (siquiera) a la verdad material.

Un breve inciso para preguntar a cualquiera que lea estas líneas si alguna vez ha sido testigo, y cómo se ha sentido si alguna de las partes cuestiona su veracidad y/o su buena fe; o cómo se sentiría si fuera quien dirige el interrogatorio quien en los varios modos del lenguaje (verbal, corporal y/o gestual...) le manifiesta (se nota) su actitud y prejuicio.

En conexión con el modo en que se pregunta, está la adopción de medidas para preservar en condiciones el relato. Tratamos de ser escrupulosas con la custodia de determinados indicios que se aportan durante la instrucción, pero **no siempre preservamos la cadena de custodia del testimonio (en este caso) de las personas que denuncian agresiones sexuales.** Si cuidar la cadena de custodia ha de servir para garantizar que los objetos (en este caso el testimonio como indicio) se recojan y preserven en su integridad, habríamos de traspasar este cuidado al relato: Cuando al Juzgado de instrucción llega un atestado policial, o un informe médico en que se expone el relato de la denunciante, ya viene *contaminado* en las más de las ocasiones. Viene realizado por personas que ni conocen los rudimentos del modo en que ha de recogerse el testimonio, ni tienen cuidado alguno en no introducir sus sugerencias, sus percepciones, ni dejan constancia de las preguntas y sugerencias que han realizado a la persona para obtener el relato consignado en la denuncia. Si la psicología forense experimental nos

Juzgar y castigar

¿Con perspectiva de género?

habla del efecto de la sugestión y la consecuencia que lleva a que el relato que se ofrece por la persona no se corresponda con la realidad (la mentira en ocasiones es fruto de la perversión, pero en otras de la percepción con todos sus condicionantes) qué diremos de los relatos contenidos en atestados policiales que dan inicio a la instrucción de la causa. Merece un estudio serio a la luz de cuanto se adivina del contenido de muchos atestados policiales: qué dice la mujer cuando llega a comisaría, qué se le pregunta; cómo se añaden datos fruto de la experiencia policial en la materia, etc..., hasta conformar el relato del agente que ha tomado la declaración, no el relato de la mujer. Todo ello partiendo de la buena fe de la policía y de la declarante, pero con un efecto indeseado.

Se comparte la indicación de que se intente que la denunciante realice una única declaración, a ser posible, pero nunca por quien no va a dirigir la instrucción judicial de la causa. La psicología forense experimental nos dice, por un lado, que el primer testimonio prestado es el más veraz, pero que, en ocasiones, es falta de detalles: la mayor veracidad o ajuste a lo realmente acaecido deriva de que, habitualmente, ese primer relato se ha realizado con pocas interferencias, sin la incorporación inconsciente de datos sugeridos que llegan, en la mayoría de las ocasiones, del modo en que se interroga. Reiteramos que estas máximas de experiencia aportadas por la psicología forense experimental las tuvo ya en cuenta el legislador que ya en 1882 (promulgación de la L. E. Criminal) y ya se ha reseñado

el contenido de los artículos 436, 439 y 709 de la (aún hoy) vigente Ley procesal porque el modo de preguntar *contamina* el testimonio (o puede hacerlo) como lo recuerda igualmente la STS de 6 de abril de 2017 (si bien referida a otra fase, la del plenario) reiterando la obligación de quien preside el tribunal de que los interrogatorios se realicen en condiciones que permitan llegar a la verdad material, porque se sabe de la incorporación de datos y detalles posteriores al primer relato: en ocasiones esos nuevos datos se introducen (inconscientemente incluso) a través de la sugestión, y en otros porque la persona va recordando detalles más adelante. Recuerda la sentencia reseñada la importancia de que los interrogatorios se realicen en el modo previsto en la ley de ritos para evitar al máximo posible la contaminación inconsciente (en las más de las ocasiones, de buena fe) del testimonio a aportar a la causa. También se nos alerta sobre estereotipos de funcionamiento que tampoco se ajustan a la realidad (quien ha sufrido una violencia extrema no siempre recuerda el detalle) porque cada persona es un mundo, y en esa medida, lo que se recuerda y lo que se relata depende de multitud de factores.

Con un relato no contaminado, quien instruye puede acometer una instrucción eficaz y rápida. Eficaz en la medida en que, de ese relato, obtendrá si pueden o no aportarse datos que sustenten la probabilidad de una imputación ulterior. Rápido en la medida en que (contrariamente a nuestras costumbres, lo sé) conocidos los extremos del relato y los elementos (cuya prueba y constancia) exige el tipo penal, el órgano de

instrucción debe (y puede) realizar un diseño racional e inteligente de la instrucción, porque lo que sí nos es exigible es que, a la vista de los datos que resultan de la noticia que se recibe para su investigación, se determine, desde el primer momento, cuáles son los indicios que han de quedar incorporados para dictar el auto de imputación (en cualquiera de los modelos vigentes de procedimiento) y cuáles son las diligencias de las que, de modo habitual, se obtienen esos indicios para sentar la probabilidad de que el hecho, delictivo, se ha producido; al igual que la determinación de cuáles son los indicios que han de obrar en la causa para sentar la probabilidad de que las personas que aparecen como denunciadas en un principio, y a las que se dota la condición de investigadas seguidamente, puedan ser probablemente partícipes (en el modo en que resulte) del hecho investigado.

Pese a toda previsión, en la práctica seguimos asistiendo a un modo de instruir que se denomina inquisitivo, que eterniza la investigación que se va hipertrofiando, y a un modo burocrático, con una especie de goteo que se va improvisando sobre la marcha (primero se acuerda una diligencias, al tiempo otra...). Este modo no solo afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (en la medida en que se producen dilaciones no necesarias) sino a valores personales de las personas concernidas: (reitero) dudas sobre la credibilidad pero también dispersión e indeterminación de los hechos que afectan al derecho a la defensa (ha de conocerse de qué hechos ha de defenderse, pero igualmente qué detalles sustentan esos hechos).

Una de las cuestiones que más interfieren en esa instrucción eficaz y eficiente es la práctica generalizada de los informes de las Unidades de Valoración que, además de eternizar la instrucción (porque estas Unidades y las expertas a ellas adscritas están sobrepasadas de trabajo) poca utilidad tienen al fin que nos ocupa, además de violentar (en mi criterio) derechos básicos de las mujeres sometidas a sus peritajes: Poco más de lo que ya es dicho (en resoluciones judiciales) y sabido cabrá exponer sobre los denominados informes de credibilidad, como no sea insistir en que: a) el hecho de que el testimonio de la mujer responda a un hecho cierto no es una cuestión a valorar por otra persona que no sea quien enjuicia (o instruye para evaluar el grado de probabilidad del hecho denunciado). No cabe *desplazar el ámbito de decisión* de quien instruye (y en su momento enjuiciará, si así resulta) a la psicóloga o al equipo en cuestión. Cuestión diversa es la referida a personas menores de edad, en que, en todo caso, no cabrá valorar la credibilidad sino si han existido interferencias en la percepción que expone la criatura examinada, pero es inasumible en personas adultas, o incluso en jóvenes más allá de los doce o catorce años, salvo que se observe algún tipo de patología o disfunción; b) estos informes se realizan sondeando la psique de la persona incorporando a las causas penales datos sobre su vida, sentimientos, familia, etc... (se ha hecho referencia más arriba) que podrían calificarse como de injerencia insoportable, como ya lo hiciera el TEDH en sus sentencias de 27-XI-2003 (contra Polonia) y la de 28-V-2015 (contra Eslovenia). Termina siendo su vida la

examinada y la juzgada, y no es ése el objeto del proceso.

Es la excusa o necesidad de *detectar daño psicológico* fruto de la agresión o hechos denunciados, la que motiva (así se expone) la aportación de este tipo de informes, pero ya he indicado nuestra disconformidad con la necesidad de que el hecho ilícito haya de conllevar, indefectiblemente, un efecto dañoso. En las intervenciones públicas que estamos escuchando y leyendo parece que se exige a las mujeres que el agresor (cierto que no todos) consiga el efecto que pretende con su acción: Antes era dejarla *marcada* como violada, ahora, además, ha de requerir tratamiento psicológico imprescindible, colocándola en situación de víctima durante largo tiempo (en demasiadas ocasiones pasa a ser víctima crónica) dejándola *marcada y mancillada en su mente*. Las denunciantes que no quieren tratamiento ni quieren someterse a este tipo de reconocimientos son presentadas ante la sociedad como consentidoras de la agresión si no *sufren irremediablemente sus efectos*, entre otras descalificaciones que reciben por no *dejarse explorar y por no sufrir* (en la medida y forma en que la sociedad y el sentir popular les exige).

Esta cuestión del efecto dañoso requiere de un análisis más exhaustivo, en el que, además de esa exigencia de una profunda victimización habrían de examinarse si responden igualmente a una determinada moral sexual, pero en lo que se refiere al apartado que nos ocupa ha de insistirse en que no son imprescindibles (ni, generalmente, necesarias) al objeto de la instrucción, y que, pese a ello, están interfiriendo en derechos básicos de la examinada. También del investigado, al prolongar

indebidamente la instrucción de este tipo de causas, en las que, a la vista del relato que se ofrece al denunciar el hecho, se debe proceder a ordenar qué datos han de obtenerse para sentar la probabilidad de la imputación.

COMENTARIO FINAL.

-Cuando finalizábamos de escribir estas líneas, se publica en el B.O.E. (de 1-IX-2018) la creación una comisión para regular *con perspectiva de género el proceso penal*, y nos viene a la mente una cita de Von Bar que sirvió al profesor Silva Sánchez para dar inicio a las reflexiones que, con el título de “La expansión del derecho penal”, nos alertaba de que : *Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad – pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges”*.

Compartimos ese pensamiento, pero al tiempo nos duele que se traiga ahora (en relación con los delitos contra las mujeres y su represión) por parte de determinados operadores jurídicos. Queremos recordar que, cuando en momentos anteriores (como mínimo desde 2002) algunas lo hemos traído cada vez que el C. Penal español (en este tipo y en otros delitos) ha ido incrementando las penas, ha ido definiendo más y más conductas como punitivas sin un mínimo rigor y

respondiendo a las consecuencias más elementales de esta *pessima respublica* y del *clamor popular de determinados colectivos*, se nos imputó complicidad con los terroristas (entre otros) y de poca sensibilidad con sus víctimas. Pese a ser conscientes, en este momento, que algunas de las reflexiones que exponemos, están llevando ya a que determinados colectivos que se dicen feministas, nos imputen complicidad con los agresores sexuales, no asumimos la idea de que los problemas que se presentan a (y en) la sociedad se solucionen con más severos castigos, ni la de que las garantías sean un estorbo para el fin de la actuación judicial.

Nuestra perspectiva de igualdad y respeto a las personas pasa por aplicar los principios esbozados, pero con una formación en el respeto al ser humano; en recordar que (en la mayoría de las ocasiones) las personas no vienen al proceso penal con alegría y por gusto; en que no debemos analizar lo que nos cuentan desde el prejuicio ni el estereotipo (“ los testigos son amigos de...denunciante o denunciado, y ya se sabe...tienen interés; ..., o esta denuncia es por venganza y rencor...o “la policía siempre dice la verdad”). Es nuestra obligación examinar lo que se dice y valorar sus soportes, no a la persona que emite el relato, porque lo increíble suele ser cierto en demasiadas ocasiones, y en otras se miente por perversión pero también se tergiversa lo ocurrido por percepción. Es una tarea ingente y apasionante, pero el problema, además de nuestra carencia de formación en los rudimentos del examen del testimonio y sus condicionantes, es la falta de sosiego en la instrucción debida a las condiciones lamentables en que se nos exige desarrollar nuestra labor judicial, y este modo de (des)organización del poder judicial en la tarea diaria, no se soluciona con modificaciones de las normas procesales. Y en lo que a la concreta Orden (BOE 1-IX) se refiere, el lenguaje inclusivo sigue apareciendo como tarea pendiente.

Sí, abogamos por una redefinición de los tipos penales, pero partiendo de un análisis exhaustivo del contenido, dicción y aplicación de los que han estado en vigor hasta la fecha. El legislar sin ton ni son (en palabras de la Catedrática Maqueda) sin un examen reposado, respondiendo al clamor popular del incremento de penas y descalificación de los operadores jurídicos y judiciales, es sabido a qué estado de cosas nos llevará (o ya nos está llevando).

Firmamos estas reflexiones el día 10 de septiembre de 2018. Es probable que, desde esta escritura hasta su publicación aparezcan noticias y/o modificaciones legislativas que se refieran a puntos que exponemos; o propuestas en tal sentido. Las nuestras parten de la realidad que vivimos, cada día, en nuestro trabajo y función.

