



Conclusiones finales talleres.

**Modificaciones en el Código Penal y en la Ley de
Enjuiciamiento Criminal desde la
perspectiva de los derechos de las mujeres.**

Las Navas del Marqués, 25 y 26 noviembre 2016.

Taller A.- La prueba en los nuevos tipos penales del Código Penal. Acreditación.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha introducido algunos nuevos tipos penales, que vienen a dar respuesta a una necesidad real y urgente dada la omnipresencia de las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) así como su utilización y difusión en la sociedad actual.

❖ Delito de "stalking" o acoso regulado en el artículo 172 ter del Código Penal (C.P.):

Se introduce este artículo (nuevo delito de acoso), dentro del Título dedicado a los delitos contra la libertad, con la finalidad de sancionar conductas de indudable gravedad, que no podían ser calificadas, en la práctica de nuestro sistema judicial, como delitos de amenazas o coacciones. El vocablo anglosajón "*Stalking*" proviene del verbo *to stalk*, cuya traducción al español es el acto de seguir, acechar o perseguir sigilosamente a alguien.

Su objetivo es sancionar las conductas de acoso o acecho, tanto en el seno de las parejas o ex parejas como en cualquier otro contexto, ya que se quiere tutelar a cualquier persona que pueda ser víctima de esta situación.

❖ Delito de "Grooming" regulado en el artículo 183 ter del C.P.:

La regulación del ciberacoso o *child grooming*, se introdujo en virtud de la L.O. 5/2010, de 22 de junio en el art. 183 bis, si bien actualmente se regula en el artículo 183 ter del CP, introducido por la L.O. 1/2015, con el obligado cambio del aumento de la edad de las víctimas menores a la edad de 16 años y el nuevo tipo introducido en el segundo apartado.

Este precepto sanciona dos conductas:

1.- El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

2.- El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

❖ **Delito de sexting regulado en el artículo 197.7 del C.P.:**

La palabra *sexting*, acrónimo o contracción de los términos "*sex*" (sexo) y *texting* (texto, mensaje) es una práctica consistente en el envío de imágenes o vídeos de contenido íntimo.

El uso de las TIC ha derivado en que sea una práctica habitual, y cada vez más extendida entre jóvenes y adultos, el intercambio de mensajes con imágenes y/o vídeos con contenido de carácter sexual.

A través del artículo 197.7 del C.P. se persigue sancionar la difusión de imágenes que ha obtenido el autor del delito con anuencia de la víctima, pero que luego las difunde menoscabando gravemente su intimidad. Se sancionan dos conductas:

- 1.- La de quien tras haber protagonizado y grabado una relación íntima con un tercero procede a difundir las imágenes de la misma sin el consentimiento de la otra parte.
- 2.- La de quien ha recibido las imágenes de otra persona y las difunde sin autorización expresa del protagonista. Es el caso del internauta al que le llegan esas imágenes y las reenvía a sus contactos, aunque no hubiera tenido participación en la grabación, pero sí en la difusión, que es el objeto de la sanción penal.

ACREDITACIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LAS TIC.

PRUEBA DE LOS DELITOS:

Una característica común de algunos de estos nuevos delitos, de reciente incorporación al Código Penal, es que se cometen en mayor o menor medida a través de las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), y dejan prueba o rastro de su comisión en terminales móviles, tabletas (*tablets*) y ordenadores de uso diario en la actualidad, desde los cuales se pueden visualizar las diferentes redes sociales (por ejemplo: Facebook, Twitter, etcétera), utilizar programas de mensajería instantánea (SMS, Whatsapp, Telegram, etc.) Así como manejar otras aplicaciones de uso generalizado.

Las comunicaciones habituales a través de las distintas redes sociales, correos electrónicos y/o teléfonos móviles, ocasionan diariamente numerosos conflictos probatorios. Existen una serie de dificultades para investigar y probar los hechos delictivos cometidos a través de las TIC, tales como la volatilidad de los datos en redes sociales, la velocidad con que se transmiten, se difunden y/o desaparecen los datos, la usurpación de identidad a través de perfiles de identidad falsos, etc.

A continuación, se repasan determinados **medios de pruebas**, que se utilizan y cómo realizar su incorporación al procedimiento penal para acreditar la comisión del delito.

1ª.- La declaración de la víctima y testigos:

La declaración de víctimas y testigos, sigue siendo una prueba fundamental para acreditar los hechos cometidos a través de las TIC, dado que a través de su relato oral, se pueden introducir detalles y circunstancias de los hechos, al haber observado tanto la víctima como posibles testigos, las redes sociales, los dispositivos donde se reciben los mensajes, los archivos digitales, las fotografías, etc. Los mismos pueden poner de manifiesto a través de su relato oral en la declaración, la observación y visualización de dicha realidad y por ello servir su declaración para sustentar un fallo condenatorio.

Es fundamental que se apliquen los **protocolos ya existentes de asistencia a las víctimas de violencia de género**, de forma que se insista en la necesidad de que la víctima tenga **asistencia letrada previa a la interposición de la denuncia**, con el fin de recibir asesoramiento e introducir y solicitar las diligencias de investigación, que se entienden necesarias para la preparación de la acusación.

Igualmente, es importante solicitar que se cumpla la obligación de **incorporar al atestado todas aquellas pruebas que puedan servir para la acreditación de los hechos** acaecidos. Se ha detectado que se sigue incumpliendo en muchos centros de los Cuerpos de Seguridad del Estado, que hacen dejación de esta obligación, ya que no se realizan en ocasiones desde el inicio, las diligencias de investigación necesarias ni recogen en el atestado las pruebas con las que acude la víctima a interponer denuncia.

Por ello, es aconsejable aportar desde la primera declaración policial o judicial todas las pruebas de que se disponga: grabaciones de audio, material fotográfico, correos electrónicos, pantallazos, SMS, Whatsapp o cualquier otro sistema de mensajería instantánea, memorias (pendrives, discos duros), páginas web, mensajes de redes sociales, etcétera. Es decir, aportar como medio de prueba todo aquello que contenga información relevante para el proceso.

2ª.- Los anteriores elementos mencionados serán aportados como **prueba documental** para su posterior análisis o cotejo en caso de impugnación.

Al no existir una regulación específica, en la **Ley de Enjuiciamiento Criminal** (LECrím.) sobre la aportación de la prueba digital o electrónica, hay que acudir a lo dispuesto en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** (LEC), por cuanto que con arreglo a su artículo 4, tiene carácter supletorio en todos los ámbitos jurisdiccionales:

"En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley".

El régimen jurídico de la prueba de instrumentos electrónicos se encuentra regulado en el artículo 299.2 LEC y artículos 383 a 384 LEC.

El artículo 325 de la LEC se remite al artículo 268 para conocer la forma de presentación de los documentos privados. Al respecto el criterio general es el de la presentación original o mediante copia autenticada por fedatario público, bastando copia simple del documento privado, siempre que no sea cuestionada por las demás partes.

Asimismo, el artículo 326 de la LEC reconoce fuerza probatoria a los documentos privados –principio de prueba plena en el proceso–, siempre que su autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudique. Si se produce la impugnación, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o la prueba practicada no se dedujera la autenticidad del documento, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 334 de la LEC).

Igualmente, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 del C.P. que a efectos de este Código considera documento: *"Todo soporte material que exprese o incorpore datos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica"*.

Así, cualquiera de los elementos anteriormente mencionados (grabaciones de audio, material fotográfico, correos electrónicos, pantallazos, sms, whatsapp o cualquier otro sistema de mensajería instantánea, memorias pendrives, discos duros, páginas web, mensajes de redes sociales, etc.) que contenga información relevante para el proceso penal será aportado al proceso penal como **prueba documental**:

- Documento en soporte papel (tradicional): contenido impreso.
- Documento en soporte electrónico (digital): CD o *pendrives* con los archivos digitales.

Previamente, a la aportación de cualquier documento mencionado conviene realizar un breve análisis sobre la posible vulneración de derechos fundamentales. Como premisa previa, se hace necesario comprobar que la aportación de las pruebas al proceso no vulnere derechos fundamentales que se puedan ver afectados, como:

- Derecho a la intimidad (artículo 18.1. de la Constitución Española).
- Derecho a la protección de datos (artículo 18.4. de la Constitución Española).
- Derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3. de la Constitución Española).

La obtención de la prueba que posteriormente será aportada al proceso penal puede obtenerse en diferentes circunstancias:

- ❖ Que exista consentimiento expreso o tácito del afectado (sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2011: entiende que hubo consentimiento tácito para el acceso u observación del dispositivo al técnico encargado de su reparación por el acusado; investigado que facilita a la policía la contraseña de su ordenador,...).
- ❖ Que exista auto judicial, que habilite la injerencia.
- ❖ Que los aporte la propia víctima, por estar en su poder y haber participado o ser destinataria de la conversación o comunicación o mensaje, etcétera.

Por otra parte, la información que se quiere utilizar o aportar al proceso puede encontrarse en varios supuestos:

- Información libre que aparece en redes sociales, en cuyo caso, es innecesaria la autorización judicial, pues lo que voluntariamente se introduce en internet deja de ser privado y no afecta al artículo 18.3. ni al 18.1. (Por ejemplo, compartir archivos a través de programas P2P).
- Información y contenidos en terminales, como ordenadores, tabletas, aparatos de teléfonos móviles, en dispositivos de memoria, en cuyo caso, para acceder a los mismos habrá que estar a los tres puntos antes comentados:
 - Que exista consentimiento expreso o tácito del afectado.
 - Auto judicial que habilite la injerencia.
 - Que los aporte la propia víctima, por estar en su poder y haber participado o ser destinataria de la conversación o comunicación o mensaje, etc.

DIFICULTADES PROBATORIAS:

En los primeros momentos del procedimiento es clave tratar de averiguar el grado de reconocimiento por parte del investigado de los datos de que se dispongan, y que se han aportado, tales como:

- Ser titular del número de teléfono o titular del correo electrónico, del perfil en la red social, o ser propietario del dispositivo en cuestión.
- Si se reconoce el contenido de los mensajes o conversaciones, la autoría de los mismos o si bien manifiesta ser o no autor de los mismos, o que éstos estén manipulados.

En función del grado de reconocimiento del investigado de ciertos datos, poder reaccionar ante un posible **problema de impugnación de la prueba**. Las posibles estrategias a seguir en los casos de impugnación serían:

- No cualquier impugnación de la parte contraria será suficiente. Las **alegaciones** que duden de las condiciones de autenticidad o de exactitud de la prueba en las que se fundamente la impugnación han de ser serias, claras y exhaustivas; es decir, han de tener la **suficiente entidad y claridad** para que se produzca el efecto del desplazamiento de la carga de la prueba.
- En caso necesario, solicitar al Juzgado la **intervención de la Unidad de Investigación de delitos tecnológicos de la Policía Judicial**.
- **Solicitar al Juzgado por escrito prueba pericial informática**: con volcado de la información, apertura y examen del contenido de la información a través de una clonación del ordenador o móvil o dispositivo. Esta prueba suele ser determinante para acreditar los hechos.
- Si no fuera posible la intervención de Policía Judicial o la práctica de una prueba pericial informática, por diferentes circunstancias tales como encontrarnos en procedimientos penales de delitos leves o juicios rápidos cuya celeridad no permite practicar la prueba:
 - ✓ Solicitar al menos un cotejo por el Letrado/Letrada de la Administración de Justicia de la información y datos que se puedan apreciar a través del examen del dispositivo (móvil, tableta, ordenador), que aunque no es una prueba del todo concluyente, servirá para acreditar los hechos.

- ✓ En caso de que el Juzgado no realice la práctica solicitada, tratar de acreditarlo, por ejemplo, con actas notariales que también están siendo admitidas.

JURISPRUDENCIA.- EJEMPLOS DE SENTENCIAS QUE VALORAN PRUEBA OBTENIDA TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN O COMUNICACIÓN:

Juzgado de Instrucción Tudela, n. ° 3, de 23 de marzo de 2016.

Primera sentencia en Navarra por el nuevo delito de acoso, denominado "*stalking*". El juez ha condenado a un acusado que alteró la vida de una mujer al hacerle llamadas de teléfono y enviarle mensajes de audio y texto —los últimos de contenido sexual—, así como fotografías. El juez explica que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo (resultado de una conformidad).

AP Zaragoza, Sec. 1.ª, 89/2015, de 17 de septiembre.

Comisión de la falta de coacciones por los mensajes y fotos que puso la acusada en su estado de WhatsApp para que lo viese la novia actual del denunciante (su expareja) en un grupo al que ambas pertenecían.

AP Valladolid, Sec. 4.ª, 119/2015, de 13 de abril.

Se condena al acusado por un delito de quebrantamiento de condena y falta de injurias por los comentarios injuriosos puestos en su estado de WhatsApp y que el juzgador estima destinados a su ex-esposa.

AP Albacete, Sec. 1.ª, 221/2015, de 22 de septiembre.

Las declaraciones de la menor son verosímiles y no tienen ánimo espúreo, sin que el error en cuanto a la fecha afecte al núcleo de la acusación.

El acusado contactó con la menor, que tenía doce años, a través de Facebook, lo que integra el delito de acoso sexual infantil a través de internet del art. 183 bis C.P. La víctima le había dicho al acusado que tenía doce años, por lo que no cabe alegar error.

AP Cantabria, Sec. 3.ª, 291/2012, de 25 de mayo.

Comisión de un presunto delito del artículo 173 del Código Penal. El "*bullying*" abarca un catálogo de conductas, permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos/alumnas sobre otro/otra, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad.

SAP de Vizcaya de 24 de julio de 2014.

Aunque referida a un delito de receptación, ante una impugnación de la prueba documental dice lo siguiente:

"la mera protesta de que el WhatsApp es manipulable y de que las conversaciones pudieron ser mantenidas por el anterior titular, es manifiestamente insuficiente para alterar la valoración probatoria en el sentido interesado en el recurso.

Todo apunta a la autoría de la receptación por el acusado, ya que los objetos sus traídos aparecen en su teléfono que él dice adquirido de segunda mano, sin dar ningún dato sobre a quién, persona desconocida que además habría resultado ser el autor de los mensajes de WhatsApp. En opinión del Tribunal, esta versión no tiene el relieve necesario ni la credibilidad mínima para representar una hipótesis alternativa razonable a la que la sentencia ha elevado a categoría de hechos probados en la sentencia sobre la base de la prueba practicada en el juicio oral".

TS, Sala Segunda, de lo Penal, 109/2016, de 28 de enero. Recurso 1275/2015.

Las declaraciones de la víctima y del acusado y las pruebas de los medios electrónicos acreditan que se cometió el delito de acoso sexual.

"Se abordan y analizan exhaustivamente y con rigor, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, las pruebas de que se dispuso, básicamente la declaración de la víctima de los abusos, pero también se contó con el testimonio del propio acusado.

Se destaca, con la garantía que ofrece la intermediación, que el testimonio de la menor resultó de lo más convincente, explicando que el relato ofrecido ha sido claro, preciso, lógico, coherente y persistente a lo largo del proceso, y que no existía, antes de lo sucedido, causa alguna de inquina ni malas relaciones que hubieran podido llevar a la víctima a imputar falsamente a Celso, al que ella llegó a considerar como una especie de "novio". El propio acusado, aunque negó haber mantenido una relación sentimental con Guillerma y que la besara en la boca, reconoció y admitió que existió una relación de amistad y que la mandaba mensajes y "whatsapp", llegando a reconocer en plenario la autoría de los mismos, lo que realmente salva la impugnación de su defensa reiterada ahora en casación. Quiso justificar su contenido manifestando que se han sacado de contexto y que la relación fue simplemente de amistad. Guillerma no dudó al relatar que la relación era de noviazgo, que se daban besos en la boca y que él conocía su edad y sabía que la fecha de su cumpleaños era el ... y que cuando ocurrieron los hechos ella tenía 12 años. No hay motivo para dudar de su testimonio.

Los mensajes electrónicos obtenidos del teléfono y del ordenador de Guillerma accedieron válidamente a las actuaciones mediante Auto del Juzgado de Instrucción en que se acordaba el desprecinto, volcado y análisis del ordenador y del teléfono móvil de Guillerma, y se llevó a cabo por la Unidad Orgánica de Policía Judicial con todas las garantías, al igual que el contenido del "pendrive" aportado por el padre de Guillerma y que consta en la diligencia judicial de la que da fe el Secretario Judicial del Juzgado. Las partes fueron citadas para comparecer al desprecintado y volcado acordados por el Auto referido, y pese a ello no comparecieron. Las corroboraciones periféricas son abundantes.

El propio acusado asume y reconoce en parte los hechos, aunque trata de presentarlos como una mera relación de amistad. Los testimonios de referencia de los padres de la menor. El testimonio de Adelaida, amiga de Guillerma y que también pudo mantener una relación idéntica pero que no se consideró delictiva porque tenía ya cumplidos los 13 años, y que también formaba parte del coro que dirigía el acusado. El contenido de los mensajes revela claramente que se trataba de algo más que una simple amistad.”

TS, Sala Segunda, de lo Penal, 864/2015, de 10 de diciembre.

La prueba obtenida gracias al acceso de la madre de la menor a su cuenta de Facebook es válida, aunque este se realizase sin su consentimiento expreso, puesto que existían indicios claros de que se estaba cometiendo una actividad criminal. Legitimidad del acceso por la madre a la cuenta de la hija menor en la red social con su clave ante la sospecha de que pudiera estar siendo víctima de un delito.

Licitud probatoria de los mensajes e imágenes capturados y entregados a los agentes policiales ya que si bien los menores son titulares del derecho su consentimiento a la intromisión se requiere si sus condiciones de madurez lo permiten. Función tuitiva de los padres respecto de los menores, que permite cierta capacidad de control en casos de evidencias inequívocas de estar siendo víctimas de delitos.

TS, Sala Segunda, de lo Penal, 97/2015, de 24 de febrero.

Ciberacoso sexual (*Grooming*). El auto que habilitaba ocupar material relacionado con el delito en soporte documental, fotográfico o informático autorizaba a entrar en el ordenador y en las redes sociales se hizo con autorización del acusado. Recurso contra una sentencia, que condena por corrupción de menores, imponiendo cuatro años de prisión a un mayor de edad que contacta con un menor de 13 años a través de la aplicación telefónica WhatsApp, por ofrecerle mantener relaciones sexuales a cambio de precio, decisión que confirma el Tribunal Supremo.

Cuando los hechos pueden ser calificados como un delito de corrupción de menores de 13 años a través de la tecnología de la información y comunicación (TIC) previsto y penado en el art. 183 bis, comúnmente conocido como delito de *grooming*, pero que también pueden ser calificados como integrantes del art. 187.1 y 2 (delito de prostitución y corrupción de menores), al tratarse de dos preceptos que tienen el mismo bien jurídico protegido, debe aplicarse el art. 187 por contener la pena más grave. Lo más interesante de esta sentencia es el tratamiento en profundidad que hace del *grooming*, una de las modalidades delictivas que propician las redes sociales y el mundo de las TIC, unido a la forma en que se aborda la posible concurrencia de dos normas –conflicto de Leyes– aplicables al caso.

TS, Sala Segunda, de lo Penal, 300/2015, de 19 de mayo.

Por la que fija los criterios para aceptar la fuerza probatoria de las capturas de pantalla o "*pantallazos*", en los que se refleja el contenido de mensajes transmitidos en las redes sociales. La sentencia establece que la prueba de una comunicación bidireccional mediante sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con "*todas las cautelas*", debido a que "*la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas*". Se hace indispensable realizar una prueba pericial sobre los documentos que se aporten para identificar el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de sus interlocutores y la integridad de sus contenidos.

La resolución afirma que si las conversaciones se ponen en duda cuando se aportan a la causa archivos impresos, la carga de la prueba se desplaza hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria.

PROPUESTAS

Desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis se formulan las siguientes propuestas:

- Solicitar la práctica de las diligencias de prueba necesarias para acreditar los hechos delictivos (periciales informáticas o cotejos por escrito, etc.).
- Para el caso de que estas fueran denegadas por el Juzgado, formular protesta escrita y plantear los recursos pertinentes.
- Proceder a la recopilación de las denegaciones de prueba, a fin de poder documentar la problemática que supone la práctica de este tipo de pruebas, y ponerlo en conocimiento del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General de Poder Judicial o de los foros adecuados, para que se pongan en marcha las medidas necesarias para implantar un protocolo de recogida de pruebas tecnológicas.
Transcurrido el período de un año realizar un análisis valorativo de cuántas denegaciones de prueba se han producido, los motivos y las consecuencias de dicha denegación en al proceso.
- La realización de actividades de formación, desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis, sobre las pruebas electrónicas en estos delitos a impartir por los responsables de la Unidad de investigación de Delitos Tecnológicos de la Policía Judicial.

Taller B.- Reforma de la Ley Enjuiciamiento Criminal (LECrím). Repercusión práctica de su aplicación.

A) Plazos para las prácticas de las diligencias de investigación:

En principio, se considera adecuado que se haya sustituido el inoperante plazo de un mes previsto en el artículo 324 de la LECrim.

Nuevo artículo 324 LECrim.

1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,*
- b) tenga por objeto numerosos hechos punibles,*
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,*
- d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,*
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero,*
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o*
- g) se trate de un delito de terrorismo.*

3. Los plazos previstos en este artículo quedarán interrumpidos:

- a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o*
- b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.*

Cuando se alce el secreto o las diligencias sean reabiertas, continuará la investigación por el tiempo que reste hasta completar los plazos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la prórroga prevista en el apartado siguiente.

4. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

5. Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley.

6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779. Si el instructor no hubiere dictado alguna de las resoluciones mencionadas en este apartado, el Ministerio Fiscal instará al juez que acuerde la decisión que fuera oportuna. En este caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de quince días.

7. Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.

8. En ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641.

Sin embargo, se entiende necesario realizar las siguientes consideraciones:

- Los plazos establecidos en la nueva reforma, supondrán una agilización de la justicia siempre que la práctica de las pruebas propuestas por las partes, se realicen dentro de los plazos establecidos, y se dote a los tribunales de medios suficientes y adecuados para cumplir este fin.

En este sentido, se solicita:

- Una **mayor diligencia por parte del Ministerio Fiscal** en la propuesta de las diligencias de investigación necesarias para el esclarecimiento de los hechos.
- Una **mayor exhaustividad en la confección de los atestados** realizados por la Policía Judicial para agilizar la tramitación posterior del procedimiento judicial.

B) Nueva regulación de la conexidad:

Con el fin de evitar la posible desprotección que la nueva regulación de la circunstancia de conexidad en la LECrim podría suponer para las víctimas de violencia, la Asociación de Mujeres Juristas Themis pide:

- La regulación expresa de una **nueva circunstancia de conexidad 7ª** por la que se consideren delitos conexos, de enjuiciamiento conjunto en el mismo procedimiento, todos los delitos contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad en las que coincidan el mismo investigado y la misma víctima.
- La **ampliación de los criterios de conexidad y acumulación de procedimientos también a los delitos económicos y a las agresiones a hijos/hijas comunes**, para que conozca de ellos el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, mientras permanezca abierta la instrucción del delito de maltrato a la mujer. De esta forma evitaríamos la dispersión en distintos Juzgados, los resultados divergentes y la victimización secundaria por los diversos procedimientos y juicios a los que se obliga a atravesar a la víctima, procurando así que no se diluya la finalidad buscada por la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* de que un único Juzgador tenga conocimiento general de toda la situación de violencia padecida por la mujer, sea del tipo que sea).
- La **modificación de la LECRIM para que cualquiera de las partes personadas en el procedimiento, y no solo el Ministerio Fiscal, pueda solicitar el enjuiciamiento como delitos conexos concurriendo los requisitos establecidos legalmente.**

C) Ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas:

En virtud del artículo 109 Bis de la LECrim, las víctimas del delito, que no hubieran renunciado a su derecho, podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación, si bien ello no permitiría retrotraer ni reiterar actuaciones ya practicadas antes de su personación.

Este límite temporal es contradictorio con la Jurisprudencia (SSTS 179/ 1995, de 18 de febrero; 1140/2005, de 3 de octubre y 271/2010, de 30 de marzo) que viene permitiendo la personación de los perjudicados para el ejercicio de las acciones civiles y penales hasta el mismo momento de iniciación del Juicio oral.

En este sentido, desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis se insta la **modificación de dicho artículo 109. BIS de la LECRIM** para permitir la personación de la perjudicada hasta el mismo momento de la iniciación del juicio oral con el objeto de preservar el derecho de toda la ciudadanía a la tutela judicial efectiva y en concreto su intervención en la práctica de la prueba en el juicio oral, en los recursos y en la ejecución de la sentencia.

D) Plazo tanto para víctimas directas como indirectas, para recurrir el auto de sobreseimiento:

Se solicita que se incluya en el **artículo.779. 1º** que el **plazo de 20 días** para que los ofendidos u ofendidas puedan recurrir el Auto de sobreseimiento de una causa se refiera a días hábiles. Máxime si tenemos en cuenta que puede ser recurrido por personas que puedan estar personadas o no en la causa. Asimismo, habiéndose observado que las resoluciones por las que se da finalización al procedimiento, o bien no se informa expresamente del plazo de 20 días para recurrirlas o bien, únicamente, se informa de la posibilidad de recurrir en el plazo de 3 ó 5 días en reforma o apelación, exigimos que los autos de archivo indiquen, expresamente, la posibilidad de recurrirlos en el plazo de 20 días hábiles que actualmente prevé el art. 779. 1º.

E) Sobreseimiento por motivos de oportunidad (art. 963.1.1ª):

Teniendo en cuenta que se está ante un sobreseimiento libre que, como tal, despliega el efecto negativo de la cosa juzgada material impidiendo su persecución posterior, es harto preocupante que puedan quedarse sin enjuiciar conductas que, consideradas aisladamente, pueda parecer que carecen de importancia pero que, conjuntamente, puedan determinar un maltrato habitual o delitos graves o menos graves contra la libertad. Por ello, la Asociación de Mujeres Juristas Themis entiende que en los **casos de violencia sobre la mujer y los y las menores**, por muy leves que en principio puedan parecer, siempre existe un interés público relevante en su persecución, por lo que **no concurre la circunstancia b) del artículo 963.1.1ª**. Pese a ello, se insta al legislador para que expresamente **elimine la posibilidad que habilita al Ministerio Público para acogerse al principio de oportunidad** con el objeto de no enjuiciar los delitos leves contra las personas descritas en el artículo 173.2.

Igualmente, en tanto no se elimine expresamente esta posibilidad, la Asociación insta al **Ministerio Fiscal a que no informe positivamente el sobreseimiento del proceso en caso de que exista denuncia de la perjudicada.**

F) Orden de protección:

F.1) Formulario de la orden de protección:

El formulario creado para la cumplimentación de la solicitud es **confuso e incompleto**. Desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis se estima **necesario reformar y completar** el formulario, teniendo en cuenta la importancia de **acreditar la situación objetiva de riesgo** para que sea concedida la orden de protección y el **peligro que corren las mujeres víctimas que, tras denunciar a su cónyuge / pareja o ex cónyuge / ex pareja, se ven obligadas a regresar al domicilio familiar**. Por ello, Themis considera imprescindible contemplar los indicadores concretos de violencia y especificar las medidas más adecuadas para la protección de la víctima.

Tras la promulgación de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, la Asociación de Mujeres Juristas Themis solicitó la modificación del formulario y que se incluyeran determinadas cuestiones que, a nuestro juicio, eran importantes para valorar la situación de riesgo que padecen las mujeres víctimas de violencia de género.

Esta cuestión fue examinada con carácter pormenorizado en los Talleres sobre la *Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, celebrado por la Asociación el 21 de noviembre de 2003. Por lo tanto, la Asociación de Mujeres Juristas Themis reitera la propuesta de modificación del formulario de la orden de protección, con las correcciones pertinentes por el tiempo pasado desde entonces en el siguiente sentido:

A. Apartado: descripción de los hechos denunciados que fundamentan la orden de protección:

i. Sustituir la cuestión "¿Qué último hecho le ha impulsado a formular la presente solicitud?" por **motivos por los que solicita la orden de protección**.

ii. Incluir en el apartado "¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados" (página 4), **cuestiones relevantes en el orden penal así como indicadores objetivos de violencia** como los siguientes:

1. Si las agresiones se han producido en presencia de los y las menores.
2. Si el agresor ejerce violencia sobre los otros miembros de la familia que residen en el domicilio.
3. Si el agresor tiene armas en casa o tiene acceso a las mismas por motivos de trabajo u otros.

4. Si el agresor ha obligado a la víctima a mantener relaciones sexuales contra su voluntad.
5. Si se han producido llamadas de teléfono de forma insistente por parte de la persona denunciada.
6. Si se han recibido mensajes de WhatsApp, SMS, de forma insistente por la persona denunciada.
7. Si ha sido violentada de alguna forma por el denunciado en las redes sociales.
8. Si se han producido abusos con los niños y niñas.
9. Si existen testigos identificando su nombre y circunstancias personales.
10. Posible paradero del agresor si éste abandonó el domicilio tras la agresión.
11. Si existen evidencias físicas de violencia en la casa, tales como muebles rotos, líneas de teléfono cortadas, objetos destrozados, mensajes grabados en contestadores de teléfono o en móviles.
12. Si el agresor ejerce violencia contra los animales de compañía de la casa o contra objetos personales de la víctima.

iii. Añadir como último apartado de la descripción de hechos un último epígrafe sobre la ***situación de riesgo de los y las menores incluida la posibilidad de sustracción de los mismos.***

iv. En el apartado ***atención médica:***

1. Sustituir la primera pregunta por:
 - a. Ha sufrido lesiones.

En cuantas ocasiones.
Ha necesitado asistir al médico.
A qué centro médico acudió.

2. Incluir un apartado relativo a la situación anímica de la víctima en donde se recoja:

a. Si tiene miedo y de qué.

Si tiene alteraciones del sueño.

Si tiene angustia.

Si tiene llanto incontrolado.

Si tiene vómitos, taquicardias

Que describa cualquier otro síntoma que pueda tener.

v. En el apartado **asistencia jurídica**:

1. Sustituir la cuestión que sigue a "En caso negativo" por *¿Desea contactar con una abogada/o especializada/o que le asista con carácter gratuito?* En caso afirmativo que elija entre los servicios especializados de asociaciones de mujeres o Colegios profesionales.

vi. Otros datos de interés en relación a la **adopción de medidas civiles y penales**:

De forma aproximada

Ingresos del denunciado

Ingresos de la denunciante

Cuota hipotecaria o alquiler de la vivienda

Gastos de suministro

Gastos de colegio y actividades extraescolares

Otros gastos relevantes

- Es necesario que conste información clara a la víctima sobre la necesidad de solicitar de forma expresa las medidas civiles para que éstas puedan adoptarse.

F.2) Desprotección de las mujeres víctimas sin hijos e hijas privadas de obtener medidas civiles en el marco de la orden de protección:

La Asociación de Mujeres Juristas Themis denuncia que las mujeres sin hijos / hijas o con hijos / hijas mayores de edad, pero económicamente dependientes han venido siendo excluidas de la posibilidad de obtener medidas civiles, como la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar o la fijación de una cantidad en concepto de alimentos, al solicitar una orden de protección.

Por esta razón, se solicita al legislador que **se establezca, expresamente, en el artículo 544 TER de la LECRIM, la posibilidad de dictar medidas civiles en favor de víctimas que no tengan descendencia o que tengan mayores de edad dependientes económicamente a su cargo.**

F.3) Indefensión de las menores y los menores al no ser considerados como víctimas directas de los actos violentos que se producen en su contra:

La Resolución 1714 (2010) del Consejo de Europa reconoce que ser testigo de la violencia perpetrada contra la madre es una forma de abuso psicológico contra el niño o niña, con consecuencias potencialmente muy graves. Y por ello, los niños y las niñas en esta situación requieren de una acción más específica, ya que muy a menudo no son reconocidos como víctimas del impacto psicológico de su experiencia; ni como posibles futuras víctimas, ni como elementos de una cadena de reproducción de la violencia. La Academia Americana de Pediatría (AAP) reconoce que "*ser testigo de violencia doméstica puede ser tan traumático para el niño como ser víctima de abusos físicos o sexuales*".

Themis denuncia que en la práctica **no se adoptan por parte de los Juzgados medidas de protección como víctimas directas de violencia, a las y los menores que hayan sufrido y/o presenciado el maltrato de su madre, tal y como recuerda la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2016** (página 402). En concreto, se pide que **se apliquen efectivamente, a las y los menores, las medidas previstas en la L.O 1/2004 de Protección Integral de Violencia de Género modificada por la LO 8/201, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.**

F.4) Delitos contra la libertad y orden de protección:

Teniendo en cuenta que la orden de protección es una medida preventiva de carácter provisional, que **no puede confundirse con una condena anticipada y constatada la frecuente práctica judicial de no adopción de dicha orden en los casos de delitos contra la libertad, se exige que también en estos casos sea adoptada la orden de protección.**

F.5) Medios de prueba para acreditar la situación objetiva de riesgo:

Se denuncia la **reticencia a admitir medios de prueba que no sean las declaraciones de la víctima, del agresor y documental**, teniendo en cuenta que, la declaración de testigos y otras pruebas admitidas en Derecho, pueden ser fundamentales para acreditar la situación objetiva de riesgo. Además, tales medios de prueba son necesarios para arbitrar la intensidad y duración de medidas de protección eficaces. Máxime cuando el 41% de las mujeres asesinadas por violencia de género en el año 2016 había denunciado, el 27% de las mismas solicitó orden de protección y a pesar de haberles sido concedida no supuso una protección suficiente.

F.6) No consideración de la situación de violencia a la hora de dictar las medidas civiles que contempla la orden de protección:

Se denuncia, la **reticencia de algunos tribunales a considerar la influencia de la situación de violencia en la que vive la familia, a la hora de adoptar medidas civiles** en el marco de la orden de protección, en particular, y en los procedimientos civiles tramitados en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o de Instrucción con competencias en materia de violencia de género en general.

G) Aplicación del art. 544 Bis en caso de incomparecencia del investigado:

Se insta a los tribunales a **adoptar las medidas contempladas en los artículos 544 Bis y 13 de la LECRIM y en el artículo 158 del Código Civil**, en los casos en los que por no comparecencia del agresor no pueda adoptarse la orden de protección.

H) Título habilitante para el acceso a derechos sociales, civiles y laborales contemplado en la ley integral:

La orden de protección no debe ser el título habilitante para el acceso a los derechos sociales, laborales y económicos previstos en la Ley Integral. Por ello:

Se exige igualmente que sea considerado como título habilitante para acceder a estos derechos:

- la documentación acreditativa de la existencia de un procedimiento en curso por violencia de género,
- el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante de ayuda es víctima de violencia de género,
- el informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la administración pública autonómica o local,
- la sentencia condenatoria, incluyendo aquellas por quebrantamiento de medida cautelar o de seguridad.

I) Promulgación del art. 544 quinquies:

Se valora de forma positiva la inclusión en la LECrim de un nuevo artículo 544 quinquies según el cual, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente medidas de suspensión de la patria potestad, del régimen de visitas o comunicación o establecimiento de un régimen de supervisión.

Themis ha venido solicitando la **inclusión del 544 quarter para incluir no sólo a los menores sino también a las personas incapacitadas**, modificación que debiera realizarse para todas las medidas que puedan adoptarse haciéndolas extensivas también a las personas incapacitadas. Por ello la inclusión de este artículo 544 quinquies nos parece un acierto por parte del poder legislativo.

J) Modificación del art. 433 de la LECrim.; regulación del acompañamiento a la víctima y la declaración como testigos de menores e incapaces:

La nueva redacción del art. 433 LECRIM, párrafo segundo, permite a los testigos que tengan la condición de víctimas, según el Estatuto de la Víctimas del Delito, hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección para las declaraciones. Se estima beneficiosa para las víctimas esta posibilidad. Por ello, no se comparte la posibilidad de que el/la Juez pueda denegar este derecho a las víctimas por Auto motivado.

Por otro lado, el párrafo tercero modifica la regulación de las declaraciones en calidad de testigos de los y las menores de edad, incluyendo por primera vez también a las y los discapacitados para regular con mayor precisión la posibilidad de su declaración. Es positivo tanto la obligación de grabar las declaraciones para preservar el derecho de defensa y de acusación y evitar eventuales nulidades como la posibilidad de excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de las víctimas menores e incapacitadas, sobre todo cuando los y las menores y las y los incapaces estén declarando en contra de uno de sus progenitores.

En este sentido, a la Asociación de Mujeres Juristas Themis considera también un **avance** en la dirección correcta la **reforma del art. 730 de la LECRIM**, en tanto las grabaciones con las declaraciones de las víctimas testigos menores e incapaces, ahora de obligatoria ordenación por parte del juez en virtud del art. 433 LECrim. , que pueden ostentar el carácter de pruebas anticipadas con los requisitos establecidos en la LECrim., podrán ser reproducidas en el acto del Juicio Oral como expresamente autoriza la nueva redacción de este artículo. Se trata de preservar a las víctimas testigos menores e incapaces de los graves perjuicios que les ocasionan la reiteración de sus declaraciones.

K) Reforma de los recursos:

La Asociación valora positivamente la actual posibilidad, que regula el **art. 790.2 de la LECrim.**, de recurrir en apelación la sentencia absolutoria o solicitar un agravamiento de la pena dictada en primera instancia, alegando error en la valoración de la prueba.

Sin embargo, **se ha de lamentar que de facto el Tribunal de Apelación no pueda dictar nueva sentencia sino, únicamente, declarar su nulidad en base a una infracción de la tutela judicial efectiva.**

Se estima **positiva la vía que abre la reforma autorizando el recurso de casación por infracción del Ley del art. 849.1, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**, lo que permitirá la unificación de criterios en el enjuiciamiento de delitos que, hasta la fecha, estaba provocando discriminación en razón del territorio (piénsese, por ejemplo en la exigencia o no de la concurrencia del mal llamado matriz machista según la Audiencia Provincial que fuera a enjuiciar el caso concreto).

Respecto a la redacción del **art. 889 de la LECrim.** según el cual *"la inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el art. 847.1.b podrá acordarse por providencia sucinta motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional"*, **solo el uso que haga el alto Tribunal de esta posibilidad de inadmisión nos dará la medida de si sirve para rechazar recursos** con evidente carencia de interés casacional o es utilizado como filtro para impedir la interposición de recursos en base a la nueva vía establecida por el **art. 849.1.**

En cuanto a la nueva redacción del **art. 954 LECrim.**, preocupa que con anterioridad hubiera de tratarse de un documento que hubiera sido fundamento de la sentencia condenatoria y ahora no se haga esta matización para posibilitar la revisión. **Sólo si el Tribunal sigue exigiendo que se trate de un documento decisivo para la condena, será un avance en la dirección correcta, de lo contrario se corre el riesgo de desnaturalizar el recurso.**

Se entiende adecuada la inclusión de la causa prevista en el **art 954.3** en tanto aclara que la vía para dar efectividad las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo que declare que una resolución emanada de la Justicia española vulnera los derechos establecidos en el Convenio de Roma, es el recurso de revisión.

L) DESAPARICIÓN DE LAS FALTAS:

La **supresión de las faltas de abandono contempladas en los antiguos artículos 618.1 y 619** que penaban las faltas de abandono de menores e incapaces e incumplimiento de obligaciones familiares que no fueran delito, desprotege determinados bienes jurídicos, como las relaciones familiares y el bienestar de los menores e incapaces, cuya protección está expresamente contemplada en el art. 39 de la Constitución.

Dicho artículo determina la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos e hijas habidos dentro o fuera del matrimonio y que los niños y las niñas gocen de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Por lo tanto, se propone la **introducción de estos dos tipos como delito leve**, en un nuevo apartado del artículo 229, a fin de que este tipo de conductas no puedan considerarse como socialmente aceptables.

M) OTRAS DENUNCIAS RELACIONADAS:

La Asociación de Mujeres Juristas Themis denuncia, que **es práctica habitual el no adoptar las medidas previstas en la LECrim (arts. 448, 544 ter y 707) para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos e hijas y los restantes miembros de la familia**, que se ven obligados a ocupar los mismos espacios en los Tribunales de Justicia. Además, se exige que, en cumplimiento del artículo 48 del Código Penal, **se implanten los medios telemáticos de control de las medidas de alejamiento** que se hayan podido adoptar tanto **en fase de instrucción y juicio oral**, como en las penas fijadas en Sentencia. Como recoge textualmente la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2016 (página 423):

"Se hace absolutamente necesario avanzar en la formación de todos los profesionales implicados (jueces, fiscales, equipos psicosociales, médicos forenses y policías) no sólo en las técnicas y procedimientos propios de su profesión sino en las características, causas, efectos y consecuencias de esta violencia, muy distinta a cualquier otra de las existentes".

Recordar a los Jueces y las Juezas y Acusaciones, que el contenido y alcance del artículo 69 de la Ley Integral permite no dejar desprotegidas a las víctimas desde que se dicta sentencia, hasta la notificación de la misma al condenado o mientras se tramitan los recursos de las partes, solicitando que se haga constar en sentencia el mantenimiento de tales medidas.

Desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis se constata que en la mayoría de los procedimientos de violencia de género tramitados como juicios rápidos, el delito de violencia habitual del artículo 173.2 C.P. queda sin aplicación, enjuiciándose sólo el último hecho violento, con lo que ello supone de minoración de la respuesta penal.

No obstante, se debe valorar la conveniencia de seguir la tramitación de los procedimientos por violencia de género por diligencias urgentes de juicio rápido en casos de conformidad, así como en los casos en que se puede agotar por tales trámites la tipificación delictiva. Si no se han podido deducir por los trámites del juicio rápido indicios de criminalidad suficientes que se desprenden de la denuncia de la víctima, es conveniente solicitar la transformación en diligencias previas, en función de la situación de la víctima y de las ventajas de no dilatar el enjuiciamiento.