

## ¿Tienen género las garantías del proceso penal?

-

La entrada de la ‘perspectiva de género’ en el análisis del derecho a finales de la década de los ochenta llevó a detectar algunas diferencias y desigualdades en las normas penales y, en segundo lugar, algunos vacíos en la protección de intereses o bienes jurídicos de las mujeres.

Una vez conseguida la protección igualitaria en el ámbito normativo, la atención se dirigió a su aplicación judicial. La crítica feminista a la aplicación judicial se centró en dos aspectos. Por un lado, la existencia de razonamientos estereotipados, y por otro, lo que se denominó ‘*attrition rates*’ en los delitos de agresiones sexuales (tasas de desistimiento), esto es, por qué existiendo altas tasas de denuncia, el porcentaje de condenas es muy bajo o disminuye incluso a pesar de aumentar el número de denuncias.<sup>1</sup> Si se destaca este dato no es porque se pretenda que todas las denuncias finalicen en una condena, pero se convendrá que resulta extraño que en un delito en el cual acostumbra a existir un autor conocido las tasas de condena sean tan inferiores al resto de delitos.<sup>2</sup>

Como es conocido, en el ámbito del derecho penal no es extraño encontrar sesgos cognitivos en las decisiones judiciales.<sup>3</sup> Para hacer frente al problema de los razonamientos estereotipados, se acudió a la necesidad de incorporar una perspectiva de género, la cual presumiblemente debía ayudar a eliminar los sesgos más frecuentes referidos a cómo debe comportarse la víctima ideal.<sup>4</sup> De este modo, se ha destacado la necesidad de eliminar los sesgos en la valoración de la prueba, produciéndose un debate acerca de si ello se puede considerar un ejemplo de la ‘introducción de la perspectiva de género en la valoración de la prueba’, o si el énfasis debe situarse en la valoración ‘racional’ de la prueba, la cual debería llevar por sí a eliminar todo tipo de sesgo.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> KELLY/LOVETT, «*Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries*» *European briefing*. Proyecto Daphne, 2009.

<sup>2</sup> Así por ejemplo en el delito de lesiones en 2021 las condenas representan aproximadamente un 73,5% de los ‘hechos conocidos’, en tanto en las agresiones sexuales las condenas son un 21,2%. Es de destacar que el porcentaje de condenas en las agresiones sexuales disminuye a pesar de que el número de hechos conocidos ha aumentado desde 2016. Datos suministrados por Steven Kemp.

<sup>3</sup> MUÑOZ ARANGUREN, “El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales: una aproximación desde la psicología jurídica”, en VV.AA., *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón n.º 16, Universidad de Deusto, 2020, pp. 37-79.

<sup>4</sup> GARCÍA PORRES/SUBIJANA ZUNZUNEGUI, El enjuiciamiento penal con perspectiva de género, SEPIN, SP/DOCT/75846, 2018, pp. 1-13.

<sup>5</sup> FERRER, La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género, 2019. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

Para hacer frente al segundo problema, las altas tasas de desistimiento, la lupa se puso en los jueces y se criticó la ‘falta de credibilidad’ que mostraban hacia las mujeres. Expresión de este malestar es probablemente el surgimiento del lema feminista ‘yo sí te creo hermana’. La aparición de este slogan fue suficiente para que, al igual que había sucedido con el Movimiento MeToo, se alertase de las ‘tendencias antigarantistas’ del movimiento feminista y de socavar la presunción de inocencia (tendencias de las que nadie ha acusado por el momento al movimiento de adultos que ahora declaran haber sido víctimas de la Iglesia católica).

He señalado en ocasiones, e insistiré más adelante en ello, que a mi juicio el auténtico problema no son las tasas de desistimiento de las mujeres que acuden al sistema penal, sino cómo conseguir prestar atención al colectivo mayoritario de mujeres que decide no acudir. De todos modos, no quiero tampoco evadir la discusión del proceso penal y de la aplicación judicial.

Una respuesta frecuente al problema del alto número de sobreseimientos o absoluciones en las agresiones sexuales apunta a que ‘el problema es la instrucción de la causa’. Ciertamente se puede mejorar mucho en la instrucción, en la recolección de pruebas como los mensajes de WhatsApp, las imágenes de Facebook, o la presencia de otros testigos. Una adecuada instrucción tiene precisamente el objetivo de evitar que la responsabilidad de la prueba en el juicio descansa exclusivamente en el interrogatorio y testimonio de la mujer que ha sido víctima de la agresión, y se ve obligada a realizar una ‘declaración perfecta’.

Sin duda, se debe poner el acento en un ‘atestado de calidad’, en cómo la policía conduce las investigaciones, y cómo el juez de instrucción prepara el juicio para que la instrucción permita un correcto enjuiciamiento. Pero, cuando la instrucción es deficiente, ¿debe ser la única salida la absolucón?

No es infrecuente escuchar que el tribunal se vio obligado a absolver porque la instrucción era muy deficiente (lo cual también ha originado otro eslogan tan sintético como el anterior ‘yo sí te creo, pero no lo has demostrado’). No obstante, podría discutirse si la absolucón es la única salida para el tribunal enjuiciador ante una instrucción defectuosa. En efecto, de acuerdo con el artículo 238.3º LOPJ:

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

En estos casos, de ausencia notoria de una buena instrucción, habría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa (que también protege al acusador particular). Aunque puede sonar extraño, cabe hablar perfectamente del ‘derecho de defensa de la acusación particular’, como hace, por ejemplo, la sentencia de la AP de Barcelona.<sup>6</sup>

Y la consecuencia, según el artículo 240.2 LOPJ

(...) el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

---

<sup>6</sup> AAP B 1064/2017 -ECLI:ES:APB:2017:1064<sup>a</sup>.

En estos supuestos, el tribunal puede optar libremente por cualquiera de las dos fórmulas para dar audiencia a las partes: o convocar una "vistilla", o darles un plazo común para que hagan alegaciones por escrito. Y la consecuencia debería ser la retroacción de actuaciones, para que se lleve a cabo de nuevo la instrucción con respeto de todas las garantías vulneradas.

Sin embargo, la opción de que el juez penal considere que la instrucción es tan defectuosa que le impide juzgar con todas las garantías 'podría emitir el mensaje de que la instrucción debiera continuar hasta que se alcancen pruebas de la culpabilidad de la persona imputada, y con ello cuestionar la imparcialidad del juzgador'. Por ello, de *lege ferenda*, se considera una alternativa más adecuada la necesidad de introducir una fase intermedia en la que un juez ajeno a la instrucción considere que el caso está en condiciones de ser llevado a juicio. Hasta que esta reforma se produzca, se puede sugerir pequeños pasos como por ejemplo que la policía deba cumplir con un protocolo para realizar un atestado completo y que el Fiscal que presente la acusación en el juicio sea el mismo que ha intervenido en la instrucción del caso (por lo menos en las agresiones sexuales) (Magistrado José Luis Ramírez, comunicación personal).

De todos modos, la posibilidad de que el tribunal declare la nulidad de la instrucción cuando se han vulnerado las normas esenciales del procedimiento no se sugiere ni tiene como único fin alcanzar la culpabilidad, pues esta infracción puede perfectamente comprometer la inocencia de la persona acusada. Piénsese por ejemplo el supuesto de una agresión sexual en la que en instrucción no se ha practicado la prueba de análisis del ADN de las muestras de semen encontradas en la vagina de la víctima. Esa prueba puede ser inculpatoria o absolutoria para el acusado, pero es indudable que debería ser practicada. Y en el caso en que no lo sea, se plantea precisamente la posibilidad de que el juicio sea suspendido por el Tribunal.

Una segunda posibilidad que puede debatirse y que ha sido presentada por la Fiscal de Sala Coordinadora de la Unidad de Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato<sup>7</sup> y avalada por el fiscal José M. Mena<sup>8</sup>, personas no sospechosas de querer vulnerar las garantías del acusado, consiste en admitir la prueba preconstituida en los delitos de agresión sexual.

La prueba preconstituida, esto es, que la declaración de la víctima-testigo realizada ante el juez de instrucción, asesorada jurídicamente, con el respeto al principio de contradicción, y debidamente grabada, no sea de obligatoria repetición en el juicio oral, ha sido prevista en la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para las personas menores de catorce años o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Lo que se trata de discutir es si esta declaración realizada ante el juez de instrucción no es suficiente también en el caso de mujeres adultas víctima de una agresión sexual. La posibilidad de admitirla conlleva que la mujer no deba repetir su narrativa en el juicio quizás años después del suceso y habiéndolo ya explicado a la policía, al juez de instrucción y a otros posibles agentes médicos o sociales y puede contribuir a evitar su victimización secundaria.

Se objeta que en los casos de mujeres adultas no puede admitirse prueba preconstituida porque ello equivaldría a vulnerar el principio de inmediación. No obstante, debe considerarse que, en

---

<sup>7</sup> EL PAÍS, 30 de julio, 2022.

<sup>8</sup> EL PAÍS, 30 de abril, 2023.

la primera declaración, que puede grabarse en video, ya han intervenido e interrogado todas las partes del proceso y de hecho esta prueba ya se admite en el Reino Unido (Varona, comunicación personal).

Por último, deberíamos discutir el arduo problema de la ‘prueba’ del consentimiento. El consentimiento es un elemento interno, intelectual, no se ve. En consecuencia, ‘se infiere y a partir de ahí, se imputa’ como el dolo.<sup>9</sup>

En algunas sentencias en las que se aprecia por ejemplo un alto consumo de alcohol, el tribunal debe decidir si la víctima estaba en condiciones de consentir, y el acusado se percibió de ello. En estas ocasiones, el tribunal debe concluir si la persona se representó (o existió una alta probabilidad de que se hubiera representado) que la mujer no estaba en condiciones de consentir. A las personas estudiosas del derecho penal nos resulta extraño las dificultades de admitir y atribuir el ‘dolo eventual’ en estos casos, y que no parecen haber sido tan extraordinarias en el resto de los delitos.

Sin perjuicio de que estoy de acuerdo además en discutir la necesidad de introducir la posibilidad de incriminar las agresiones sexuales en los casos de error en el consentimiento por imprudencia (lo cual daría origen a la fórmula de que ‘el acusado debió representarse la imposibilidad de prestar el consentimiento’) en un futuro cambio legal.

En conclusión ‘las garantías no tienen género’, pero parece evidente que un análisis con perspectiva de género ayuda a iluminar aspectos del proceso penal que deberían ser objeto de discusión: ¿quién debe cargar con el peso de una instrucción defectuosa?; ¿cómo evitar la revictimización en el juicio?; y por último, ¿cómo crear una ‘dogmática del consentimiento’ que permita la discusión de qué criterios permiten imputarlo?<sup>10</sup>

Para concluir, he manifestado en ocasiones que el auténtico problema no son las tasas de desistimiento de las mujeres que acuden al sistema penal, sino cómo ayudar a todo el colectivo que no acude. Así por ejemplo es ilustrativo el reciente estudio realizado por BERTOMEU *ET AL.*<sup>11</sup> que muestra que, en la ciudad de Barcelona los años 2011 y 2012, de las 200 mujeres que acuden al servicio de urgencias hospitalario por agresión sexual y fueron atendidas por la unidad médico-forense de guardia, solo un 11% dio lugar a un juicio (de los que hubo un 5,5% de condenas).

Las víctimas presentan necesidades de protección inmediata, de búsqueda de ayuda y recursos, no limitándose a la denuncia.<sup>12</sup> Se ha constatado que sus anhelos consisten en validar su historia, ser asesorada y reparada.<sup>13</sup> Como conseguir cubrir estas tres necesidades al margen del, o con, el sistema penal, es a mi juicio el gran reto pendiente.

---

<sup>9</sup> HRUSCHKA, cit. por IÑIGO, El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022.

<sup>10</sup> IÑIGO, El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción que consiente. *ADPCP*, vol. LXXV, 2022.

<sup>11</sup> BERTOMEU *et al.*, *Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual*, CEJFE, Generalitat de Catalunya, 2017.

<sup>12</sup> BLAY, ‘Voy o No Voy’: el recurso a la policía en el caso e la violencia de género. *Perspectivas de las víctimas. Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 369-400

<sup>13</sup> CARROLL, Reinvestigating the Sexual Violence ‘Justice Gap’ in the Swedish Criminal Justice System: Victim-Centered Alternatives to the Criminal Trial, *Feminist Criminology*, vol. 18 (1), 2023, pp. 45-64.

Elena Larrauri

## Bibliografia

BERTOMEU, Antonia/PEÑACOBÀ, María *et al.*, Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2017.

BLAY, Ester, 'Voy o No Voy': el recurso a la policía en el caso e la violencia de género. Perspectivas de las víctimas. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 369-400.

CARROLL, Caitlin P., Reinvestigating the Sexual Violence 'Justice Gap' in the Swedish Criminal Justice System: Victim-Centered Alternatives to the Criminal Trial, *Feminist Criminology*, vol. 18 (1), 2023, pp. 45-64.

FERRER, Jordi, La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género, 2019. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

IÑIGO, Elena, El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022.

KELLY, Liz/LOVETT, Joanne «Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries» *European briefing*. Proyecto Daphne, 2009.

GARCÍA PORRES, Izaskun/SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio, El enjuiciamiento penal con perspectiva de género, SEPIN, SP/DOCT/75846, 2018, pp. 1-13

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales: una aproximación desde la psicología jurídica", en VV.AA. *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón n.º 16, Universidad de Deusto, 2020, pp. 37-79.