

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO. DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y OTROS ASPECTOS TUTIVOS TRAS LAS REFORMAS PROCESALES Y MATERIALES DEL 2015

Francisco de Asís González Campo
Profesor asociado de Derecho Procesal en la Universidad de Zaragoza
Letrado de la Administración de Justicia sustituto
fdagc@unizar.es

RESUMEN

En 2015 se publicaron en España numerosas leyes modificadoras del ordenamiento procesal y penal con especial incidencia en la violencia de género y los menores. En el presente trabajo se pretende exponer dichas reformas y su consideración crítica desde el resultado tuitivo que, al respecto de la mujer y los hijos e hijas menores de edad inmersos en la violencia de género, se alcanza por las reformas realizando una sistematización de las mismas bajo una doble perspectiva según la materia sustantiva y procesal y con un eje transversal cual la perspectiva del uso y regulación de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la violencia de género en tanto dicha línea es común en ambas materias si bien con una distinta preocupación legislativa. En efecto, la reforma penal adecúa el Código Penal al empleo de recursos tecnológicos, telemáticos y redes sociales como uso lesivo al ser el medio comisivo de delitos cometidos por razones de género. A su vez, las reformas procesales contemplan el uso positivo de tales medios como medio de relación con la víctima en el proceso electrónico y, en especial, al regular las diligencias de investigación tecnológicas como instrumento favorecedor de las finalidades de la instrucción penal; junto a ello, en esta segunda vertiente procesal, se analizan igualmente los aspectos más relevantes de la novedades normativas para la tutela de la mujer y menores en el proceso penal: por un aparte, el nuevo concepto y estatuto de la Víctima, con especial referencia a la de violencia de género y, por otra, la controvertida cuestión de la admisibilidad de la mediación en violencia de género en tanto que, a la vez que se mantiene su prohibición legal, se reconoce un genérico derecho de la víctima a programas de justicia restaurativa dentro del contexto de fomento de la mediación penal en las reformas procesales y penales ahora comentadas.

PALABRAS CLAVES

Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC`s); Diligencias de investigación electrónicas; ciberviolencia de género; proceso penal, mujer y menores víctimas; mediación penal y justicia restaurativa.

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN COMO MEDIO COMISIVO: REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL 2015 EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

3.- INSTRUMENTOS TUITIVOS DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA REFORMA DE LA LECRIM DEL 2015: DERECHOS, DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS Y MEDIACIÓN PENAL.

4.- BIBLIOGRAFÍA

1.- INTRODUCCIÓN

Durante el año 2015 se produjo en España una elevadísima promulgación de normas legales de distinto rango de considerable repercusión material. En especial, destacan la reforma penal y la procesal civil y penal con una notable afección a aspectos básicos de los derechos y procedimientos vigentes, la víctima y el menor¹. Así, a los efectos del presente trabajo, podemos destacar cronológicamente 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, (en adelante, CP),*
- *Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (en adelante, LO 5/2015),*
- *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD),*
- *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (en adelante, LOPJ),*
- *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (en adelante, LO 8/2015),*
- *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,*

¹ *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.*

- Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (en adelante, L. 41/2015).
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (en adelante LEC),

Destaca en ellas, al respecto del ámbito de la violencia de género, la preocupación por las consecuencias del uso de las tecnologías de la información por:

- la mayor impunidad, facilidad y relevancia del daño en las infracciones cuyo medio comisivo es, precisamente, dichas tecnologías así como la mayor dificultad que en su investigación y castigo supone el entorno telemático o virtual.

- el efecto positivo que el uso de tales tecnologías conlleva en un mejor esclarecimiento de los hechos y protección de la víctima (art. 299 LECrim) habida cuenta de la novedosa y prolija redacción que se realiza en la LECrim a la hora de regular la admisibilidad y ejecución de diligencias de instrucción tecnológicas (arts. 588 bis a 588 septies LECrim).

Todo ello, a su vez, referido a un ámbito –la violencia de género- en el que la presencia de hijos e hijas menores de edad es frecuente y aumentativo de la lesión a la mujer.

Parece, pues, conveniente que se afronte el análisis del sistema de protección de la víctima de violencia de género –mujer, hijos e hijas-, siquiera sea a efectos expositivos, bajo una diferenciada perspectiva de (i) su incidencia penal con especial hincapié en los nuevos tipos relativos a tecnologías y redes sociales y (ii) los aspectos procesales de la regulación de tales medios tecnológicos, telemáticos o virtuales.

2.- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN COMO MEDIO COMISIVO: REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DEL 2015 EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

La ampliación de la protección a la víctima de violencia de género constituye uno de los objetivos de la referida reforma penal². Por ello, no pudiéndose realizar ahora un estudio completo, se destacarán aquellas modificaciones de más relieve para la protección de la mujer y sus hijos e hijas.

A.- Reformas penales.

Una de las más relevantes ha sido la despenalización de las faltas y su parcial previsión como delitos leves de modo que se consideran delitos leves las infracciones penadas con pena leve (arts. 13 y 33 CP). En el ámbito de violencia de género, permanece la protección anterior que consideraba únicamente como falta –ahora delito leve- la injuria o vejación injusta leve (art. 173.4 CP).

Se introduce, en el art. 22.4 CP, una nueva circunstancia agravante al considerar el *género* (en concreto, “razones de género”) como motivo de discriminación distinta de la existente

² En efecto, el propio Preámbulo establece como finalidad de la reforma en materia de violencia de género el de, entre otros, aumentar la protección de las víctimas.

de pertenencia a uno u otro “*sexo*”. Constituye aspecto positivo pues permite una plasmación expresa y visible de eventuales ánimos comisivos de distinto contenido o previsión que la referencia al sexo de conformidad con el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* (en adelante, Convenio de Estambul)³, si bien es cierto que, sin que pueda ser aplicado por razón del principio *non bis in ídem* en aquellos delitos en cuyo tipo se contempla ya la circunstancia de género, sí que puede dar lugar a problemas en su aplicación al respecto de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP), de modo que habrá que realizar tal interpretación en conciliación del tipo objetivo de los delitos cometido con ocasión de un acto de violencia de género, del resto de delitos comunes, y de las circunstancias modificativas ya referidas, en relación, todo ello, con la genérica previsión de “*cometer el delito por motivos ... de discriminación referente a ... razones de género*”). A su vez, se incorpora la discriminación por razones de género en el delito de justificación, incitación o difusión de odio o discriminación del art. 510 CP (apología de la violencia de género).

En la ejecución de las medidas cautelares, medidas de seguridad o de la pena, por un lado, se prevé un tipo objetivo de manipulación de dispositivos electrónicos como delito de quebrantamiento (art. 468.3 CP) que contempla no solo su manipulación o rotura sino la mera omisión de su llevanza o cualquier acción ejecutada para lograr la ineficacia del dispositivo telemático; y, por otro, se impide la imposición de multa como pena (arts. 171.7 y 172.3 CP) o su pago como requisito de suspensión (art. 84 CP) cuando, entre el agresor y la víctima, exista alguna relación económico familiar de modo que se incrementa la protección de ésta en tanto que el pago de pena pecuniaria contribuye, perversamente, a la disminución de la capacidad económica de quien, por indemnización derivada del delito o por relaciones alimenticias, debe satisfacer pagos.

En el art. 83.2 CP, para que proceda la suspensión de la pena privativa de libertad, se deberá imponer (“*siempre*” dice el precepto) (i) la prohibición de aproximación a la víctima –o familiares o terceros -, a su domicilio –personal, laboral o de otra índole-, de comunicación con los mismos así como la de residir o acudir en/a lugar determinado, (ii) la participación en programas formativos, educadores o “*de igualdad de trato y no discriminación*”. Se prevé la obligada comunicación de tales medidas a la fuerza policial para su control y, en caso negativo, inmediata comunicación al Ministerio Fiscal y/o órganos judiciales ejecutores (art. 84.3 CP) para la eventual revocación de aquella suspensión.

En lo que respecta a otra principal novedad cual la *prisión permanente revisable* (arts. 33, 35 y 36 CP), cabe contemplarla –no expresamente- en la dicción genérica del art. 140 CP, al ser aplicable a supuestos más graves de delitos contra la vida de menores de 16 años o con enfermedades o discapacidad, o con múltiples víctimas mortales, habida cuenta igualmente de la previsión que contempla el acto de violencia de género igualmente cuando es cometido, precisamente contra los hijos de la mujer ligada al agresor.

Se introduce la imposición de alguna medida de seguridad consistente en *libertad vigilada* a los autores de delitos del ámbito ahora estudiado (i) de forma potestativa *ex art. 140 bis* para cualquier delito contra la vida y 156 *ter* y 173.2 CP en delitos cometidos por razón de género y (ii) obligada *ex art. 192 CP* para los condenados a pena de prisión- lo que, por la

³ Convenio celebrado en Estambul y cuyo Instrumento de ratificación se publicó en BOE de 6/6/2014, con vigencia en 1/8/2014. Su art. 3 define la “*violencia contra la mujer*”, la “*violencia doméstica*”, el “*género*” y, especialmente, la “*violencia contra la mujer por razones de género*”.

previsión expresa del art. 106.2 CP⁴, incrementará la protección de la víctima de violencia de género tras el cumplimiento de la pena por el condenado.

B.- La regulación penal de la *ciberviolencia de género*.

Bajo dicha expresión nos referimos a las modalidades comisivas cometidas por medio del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, las redes sociales, comunicaciones digitales o, en general, aquellas conductas penales que se realizan no en el espacio físico sino en la realidad del ciberespacio.

El abanico comisivo es amplio y evoluciona conforme lo hace el estado del arte tecnológico si bien existen categorizaciones. Así, conforme a la tipología de la *Association for Progressive Communications Women's* señala IGUAL una clasificación de la violencia contra las mujeres relacionada con la tecnología: 1. El “*acoso online*” incluyendo la publicación en redes de comentarios o informaciones; 2. La violencia en el ámbito de la pareja, donde la tecnología es el medio de control o de extorsión (amenazas, coacciones, p.ej.). 3. La “*violencia culturalmente justificada contra las mujeres, cuando la tecnología juega un papel en la creación de una cultura de la violencia contra las mujeres o en su justificación*”. 4. La “*violación y abuso sexual*” en que la tecnología es usada como medio comisivo informador de la situación o actividades de la mujer, como medio difusor/reproductor de la agresión grabada o simplemente como medio de contacto con la mujer para la posterior agresión sexual. 5. “*Violencia dirigida a las comunidades*” o colectivos sociales (tradicionales o virtuales como redes o blogs) de apoyo a las mujeres víctimas mediante insultos, amenazas o ataques cibernéticos (IGUAL: 2015).

Se contempla el medio tecnológico y su incidencia en los actos cometidos contra la mujer mediante la introducción de nuevos ilícitos que, si bien son de posible comisión presencial, son de fácil y frecuente práctica mediante el empleo de los medios tecnológicos, telemáticos y de comunicación social virtual (así, el acoso o acecho (*stalking*) ex art. 172 ter CP, el contacto con fines sexuales para obtención de material o relación sexual –ahora mediante medios telemáticos- (embaucamiento y *child grooming* –MONGE:2010-) ex art. 183.ter 2 CP y la divulgación no consentida de datos o imágenes (*sexting* –DÍAZ: 2016:71 y ss.-⁵) ex art. 197.7 CP. Por la frecuencia de dichos actos, la facilidad comisiva y la dificultad de su encaje en típicos tipos de coacciones y amenazas, junto con el adelantamiento de la prevención y represión (escalada del conflicto) a los primeros indicios de tal conducta “contra la mujer por género”, debe ser muy positivamente acogida tal modificación.

3.- INSTRUMENTOS TUITIVOS DE LA REFORMA PROCESAL DE LA LECRIM EN PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DERECHOS, DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS Y MEDIACIÓN PENAL.

⁴ Conforme al art. 106.2 CP se “*deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.*”

⁵ Definido por dicha autora como “*conjunto de conductas consistentes en la autoproducción y envío de material gráfico, esencialmente fotografías y vídeos, de contenido erótico o sexual a través de teléfonos móviles u otras tecnologías de la información y comunicación*”.

Según se indicó en precedentes apartados, el alcance de la reforma procesal es considerable no tanto por la heterogeneidad de la norma sino por los cuantiosos y diversos contenidos afectados.

Algunos de carácter orgánico competencial (p. ej. la ampliación de funciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁶), otros de técnica procesal (como el requisito de procedibilidad en determinados delitos y delitos leves, o la asistencia letrada de las mujeres y menores víctimas de violencia de género) o incluso de deficiente previsión y escasa protección del menor (atribución del procedimiento de oposición a medida administrativa y de autorización de entrada en domicilio para ejecución forzosa de la misma a dichos órganos en según qué supuestos conforme al art. 778 bis LEC; y nuevo régimen competencial para el procedimiento de modificación de medidas definitivas: introducción de criterio de mera competencia funcional en el art. 775 LEC).

Y, finalmente, otros consistentes en dotar a las víctimas de un verdadero catálogo legal de derechos y medidas de protección con el correlativo deber institucional de facilitar y asegurar su ejercicio (órgano judicial, policial, administrativo o social).

Así, en este epígrafe, se estudiará cómo la reforma procesal formula una mayor protección de la mujer —e hijos e hijas— víctima de violencia de género. Para ello, se realiza una sistematización en torno a tres principales ejes o instrumentos tuitivos de la reforma procesal.

A.- La víctima de violencia de género: mujer, hijos e hijas menores de edad.

1.- Concepto y ámbito.

El art. 2 LEVD establece un “*concepto general de víctima*” que por su extensión y descripción contribuye a una mayor protección de la víctima de de violencia de género. Así, distingue entre “*víctima directa*”⁷ y “*víctima indirecta en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito*”⁸.

⁶ En lógica coherencia con la introducción de los tipos penales señalados y la atribución de su conocimiento por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se reforman los arts. 14 LECrim y 87 bis y ter LOPJ, destacando, por la relación con el uso y riesgos del uso de medios tecnológicos, las infracciones contra la intimidad, la propia imagen y honor de la mujer, y el quebrantamiento de penas y medidas de seguridad y cautelares (Disposición Final 2ª LO 1/2015). A su vez, la reforma del art. 87 bis LOPJ por la LO 7/2015 prevé la posibilidad, por decisión gubernamental, de que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer extiendan su ámbito competencial no al Partido Judicial sino a dos o más partidos “*dentro la misma provincia*”. Se reforma también el art. 8.2 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial para prever su “*jurisdicción de extensión territorial inferior o superior a la de una provincia*”.

⁷ “*Toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.*”.

⁸ “*1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.*”.

Dentro de la compleja situación fáctica y jurídica que supone la violencia contra las mujeres se detecta que el hombre agresor, dentro de su ideación de control, posesión y sumisión, junto con el ánimo lesivo y/o vengativo, considera no solo a la mujer como objeto único de su acto violento sino que, entre otros destinatarios u objetivos susceptibles de ser atacados para de esa manera causar daño a la mujer, se encuentran sujetos quizás aún más desprotegidos física y jurídicamente: los menores. Daño producido bien directamente (en cuyo caso no cabría incertidumbre jurídica sobre la condición de ofendido del menor) bien indirectamente (en cuyo supuesto se sostenían por algunos autores dudas sobre su consideración como víctima de violencia de género). En la inmensa mayoría, los menores sufrían igualmente las consecuencias de esos actos contra la mujer y madre suya. Es decir, la “*violencia extendida*” (REYES: 2015:181-184). Pues bien, tal aspecto es objeto de loable reforma como veremos a continuación.

Mediante la reforma de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) operada por la LO 8/2015, nuestro ordenamiento considera, expresamente, a los menores de edad como víctimas de violencia de género: “*Artículo 1. Objeto de la Ley: ... 2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.*”. También el art. 1 LEVD reconoce tal condición “*a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal*”, como, luego, igualmente, el Reglamento de desarrollo de dicho Estatuto⁹.

Supone una mejora de la función tuitiva en tanto que, con ello, permite no solo la protección directa como víctima sino, igualmente, la aplicación de cuantos otros preceptos o medidas caben precisamente por establecerse a favor de quien es víctima y menor (medidas de protección penales y civiles, suspensión de funciones paterno-filiales, sistemas de protección institucional y aplicación de medidas sociales, entre otras).

Con ello queda eliminado cualquier posible atisbo de desprotección derivado de la anterior concepción restrictiva de los hijos como víctimas directas del acto de violencia de género. Se consigue, por tanto, eliminar la invisibilidad de los menores como víctimas de violencia de género en lo que conseguirá si no evitar el empleo de tales hijos e hijas como “medio lesivo” contra la mujer, sí, al menos, la intervención de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellas infracciones penales independientes contra los menores producidas en el contexto de un acto de violencia de género.

2.- Derechos.

Frente a la anterior dispersión de derechos y medidas protectoras, la LEVD pretende, a la vez que adecuar nuestra normativa y realizar la transcripción de diversas Directivas comunitarias, establecer con carácter sistemático y único en un solo texto una relación o

⁹ Art. 1 y art. 13.4 al reconocer el derecho de acceso a los servicios de asistencia de las Oficinas a “*Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho de acceso a los servicios de asistencia de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.*”.

catálogo de los mínimos derechos que pueden reconocerse a la víctima del delito, de modo que, conteniendo tal catálogo, lo será sin perjuicio de aquellos otros derechos o medidas en normas especiales cual la LOMPIVG.

Con carácter previo a la exposición de los concretos derechos, debe establecerse que la finalidad tuitiva de la referida Ley lo es en una doble perspectiva: procesal (en cuanto provoca reforma en la norma ritual y establece derechos de la víctima en el proceso) y extraprocesales (en cuanto que, al margen del proceso, se pretende un reconocimiento y apoyo de la víctima de modo que sus derechos sean efectivos y se eviten los perjuicios derivados de su situación como tal; así como una mayor y mejor información y orientación de los derechos, medidas, prestaciones jurídicas y materiales y servicios institucionales puestos a su disposición; en definitiva, un mejor acompañamiento de la víctima que evite la *segunda victimización* tan criticable como frecuente en el ámbito judicial y social).

La propia estructura de la norma ahora referida evidencia la finalidad antedicha en tanto que, junto con el título I, relativo a los “*derechos básicos*”, se regula, en el Título II, la participación de la víctima en el proceso penal, para, luego, pasar al Título III, sobre la protección de las víctimas, y finalizar, en el Título IV, sobre Disposiciones Comunes, que contiene la previsión de un medio administrativo llamado a colaborar la finalidad señalada: las Oficinas de Asistencia a la Víctima (objeto de desarrollo parcial por el antedicho Real Decreto 1109/2015). En lo referente a la estructura y derechos que asisten a la víctima de violencia de género cabe categorizarlo de la siguiente manera.

Recoge el referido Título I, los siguientes derechos básicos: “*derecho a entender y ser entendida*” (art. 4 LEVD), “*derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes*” (art. 5 LEVD), “*derechos de la víctima como denunciante*” (art. 6 LEVD), “*derecho a recibir información sobre la causa penal*” (art.7 LEVD), derecho a un “*período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima*” (art. 8 LEVD), “*derecho a la traducción e interpretación*” (art. 9)”, “*derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo*” (art. 10 LEVD).

Entre estos destaca el derecho a entender y ser entendida y el de ser informada desde el primer momento en que la mujer tiene contacto con cualquier autoridad que conociere del acto de violencia (art. 5). Su configuración permite caracterizarlo de derecho para la víctima y deber inexcusable para la Administración pública (policial o social) y órgano judicial con especial referencia a la competencia en tal sentido del Letrado de la Administración de Justicia (arts. 109, 109 bis, 282, 785 y 791 LECrim) pues se trata de un derecho básico pero que se torna en premisa o instrumento de efectividad del resto de derechos reconocidos a la mujer (y menores).

La información facilitada a la mujer víctima deberá ser eficaz y comprensible, no siendo suficiente el mero y tradicional *ofrecimiento de acciones* ni la mera cumplimentación de modelos estandarizados o formularios. Antes al contrario, el contenido y modo¹⁰ de informarle deberá ser de modo personal, accesible, entendible, contemplando la especial situación personal, social y cultural de la mujer y la naturaleza delictiva supuestamente cometido contra ella. Dicha información se referirá no solo a los derechos como tales, sino al contenido procesal objeto de tramitación y restantes medidas de apoyo y asistencia.

¹⁰ Los arts. 7.1 y 2 del RD 1109/2015 recomiendan la formulación escrita de tales derechos y la confección al efecto de un modelo normalizado.

En este sentido, es de relieve la separación de tal concepto (víctima) y derecho (información) del tradicional concepto de ofendido/perjudicado en tanto que a la mujer víctima le asistirán determinados derechos aun cuando no haya comparecido mostrándose parte en el procedimiento, cual el de información sobre celebración del juicio, acusación formulada contra el investigado (ya acusado) así como sobre la situación personal del investigado o sobre aquellos actos y resoluciones procesales que, en el ámbito del art. 67 CP, pueden comprometer la seguridad de la mujer.

Destaca, entre estos derechos de asistencia, la reforma operada por la Ley 42/2015 en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG), , en aras de reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a toda mujer víctima de violencia de género sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos económicos desde el primer momento de contacto o asistencia letrada o judicial; así como la adquisición de la condición de víctima con la denuncia o querrela, o incoación del procedimiento penal; estableciendo a su vez que, en caso de finalización anticipada del proceso o resultado no condenatorio del mismo, no procederá la devolución retroactiva de cantidades por tal asistencia jurídica así como, de modo muy positivo, la posibilidad de elección del letrado único para los procedimientos penales y civiles dimanantes del acto de violencia de género en todas las instancias de modo que evite una mayor tramitación y asunción de asuntos por diversos profesionales, permitiendo, con ello, el conjunto conocimiento y defensa del conflicto y mujer respectivamente (arts. 1, 2 y 6 L. 1/1996).

En relación con el referido derecho de la víctima como denunciante, deben destacarse dos cuestiones:

i) bajo la perspectiva de la procedibilidad y persecución de oficio: no se aplica el requisito de perseguibilidad de la denuncia previa del perjudicado de los delitos leves; tampoco en el nuevo delito de acoso acecho o *stalking*. De acertada previsión en realidad, al margen de su lógica inclusión al darse la reforma comentada de las extintas faltas y novedosos delitos leves, no deja de ser un consecuente cumplimiento de lo previsto en el art. 35 del Convenio de Estambul,

ii) sobre la relevante introducción del principio de *oportunidad reglada* en los arts. 962 y ss. LECrim (delitos leves): conforme a la interpretación de la *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015 de la Fiscalía General del Estado*, no parece de genérica aplicación en el presente ámbito.

A su vez, el Título III regula las medidas de “*protección de las víctimas*” señalando el derecho genérico a obtener la debida protección (art. 19), el derecho a que no se produzca contacto entre víctima e infractor (art. 20) (art. 21), la protección durante la investigación y la protección de su intimidad (arts. 21 y 22), así como el estudio individualizado de las víctimas a fin de contemplar sus verdaderas “*necesidades especiales de protección*” (art. 24) y las específicas medidas genéricas y de menores y discapacitados (arts. 25 y 26). En este sentido, sin olvido de las medidas y asistencia social prevista en la LOMPIVG, se prevén (i) funciones de información y acompañamiento jurídico, social y físico de la víctima, asistencia y justicia restaurativa de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, con especial referencia a las funciones que tales Oficinas realizarán en “*apoyo a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal*” y (ii) equipos especializados en los Institutos de Medicina Legal (art. 479.3 LOPJ).

3.- Medidas de protección: especial consideración de los menores.

En aras de incrementar la protección de los menores –víctimas de violencia de género conforme a la nueva definición antes indicada-, se potencia la previsión de adopción de medidas cautelares civiles del art. 544 ter para, seguramente, evitar los supuestos en que, por diversos motivos, no se solicitaban expresamente tales medidas civiles. Tras la reforma señalada, el nuevo art. 544 ter LECrim (y también el art. 66 LO 1/2004) establece la obligación al Juez de Violencia sobre la Mujer de resolver sobre las mismas. Lo señala en unos términos imperativos elocuentes sobre la finalidad de la norma: “*en todo caso, incluso de oficio*” de modo que si bien se mantiene el régimen de legitimación para la solicitud de tales medidas (Ministerio Fiscal, víctima o su representante legal), a la vez se asegura la tutela judicial del menor afectado en estos procedimientos penales.

En idéntico sentido vinculante para el órgano judicial, se establece en el art. 544 quinquies LECrim que, en los delitos referidos en el art. 57 CP, con finalidad protectora del menor de edad o con capacidad judicial modificada, se adoptará alguna de las medidas tuitivas allí contempladas (suspensión de la patria potestad con eventual régimen de visitas, de la tutela y demás figuras de guarda y amparo, supervisión del ejercicio de tal patria potestad o funciones tutelares o de guarda o suspensión del régimen de visitas y comunicación). Tales medidas deberán ser puestas en conocimiento de la entidad pública competente en materia de protección de menores y del Ministerio Fiscal.

Se exige igual comunicación a la entidad protectora y Ministerio Fiscal cuando, al margen de tales medidas, pero en el seno de dicho procedimiento penal, surjan datos que manifiesten un eventual riesgo o desamparo del menor (art. 544 quinquies LECrim).

En orden a la modificación de tales medidas se prevé tal posibilidad a tramitar conforme lo dispuesto en los arts. 770 y ss. LEC para la modificación de medidas definitivas. A su vez, finalizado el procedimiento, el Juez valorará el interés concurrente a fin de ratificar o alzar las medidas protectoras acordadas según lo anteriormente referido (art. 544 quinquies LECrim)

B.- El uso de los medios electrónicos en el proceso penal.

Cabe contemplar tal utilización en diversas perspectivas.

Una, en el ámbito del *proceso y notificaciones electrónicas*, desde el punto de vista de la relación electrónica de la mujer con el órgano judicial a consecuencia de la reforma operada por la Ley 42/2015 en la *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*, o, también, en la propia previsión del art. 7 LEVD al señalar, dentro del derecho a solicitar ser notificada de determinadas resoluciones procesales aun sin haberse mostrado parte en el procedimiento, que, para ello, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico, y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones judiciales.

Otra, en similar línea, pero con valor informativo a la víctima, con la utilización de medios de comunicación telemática o de servicios de mensajería de texto (p. ej. SMS) prevista para -sin perjuicio de la obligación de notificar, en su caso, las resoluciones, informar de

modo más rápido sobre aquellas decisiones judiciales afectas a la seguridad de la víctima p. ej.¹¹.

Señalado lo anterior, la principal perspectiva es la de las diligencias instructoras tecnológicas.

La reforma introducida en la LECrim para regular las diligencias de investigación de carácter tecnológico consiste en un primer capítulo (IV de dicho Título) relativo a las “*Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos*” (arts. 588 bis a) a 588 bis k); el capítulo V relativo a la “*interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas*” y sobre el “*acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad*” (respectivamente: arts. 588 ter a) a 588 ter j) y 588 ter k) a 588 ter m)); un tercer capítulo VI sobre la “*captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*” (los arts. 588 quater a) a quater e)); el capítulo VII sobre “*utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización*” (arts. 588 quinquies a) a 588 quinquies c)); el capítulo VIII sobre “*registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*” (arts. 588 sexies a) a 588 sexies c)); y, finalmente, un capítulo IX sobre “*registros remotos sobre equipos informáticos*” (arts. 588 septies a) al c)).

De notable extensión, cabe señalar que, junto a genéricos requisitos para su adopción (jurisdiccionalidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad) se establecen otros específicos para cada una de las referidas si bien con unos parámetros comunes:

- reserva para determinados delitos conforme criterio penológico –delitos penados con al menos 3 años de prisión- o subjetivo –delitos cometidos por organizaciones criminales, bandas terroristas o por previsible uso de medios tecnológicos-);

- prolija regulación garantista en tanto, si bien admitiendo excepciones por motivo de urgencia, se requiere previa solicitud del Ministerio Fiscal o Policía Judicial que exprese motivos, indicios, datos identificativos, medios y alcance de la diligencia tecnológica a utilizar y responsables de su ejecución y control; así como resolución judicial que conceda todo ello debiendo resolver los referidos puntos de la solicitud. Destaca igualmente la limitación temporal de la diligencia instructora acordada y la exigencia de control en la ejecución, custodia y cese de la medida investigadora, previéndose un régimen garantista de transcripción, grabación, borrado y destrucción de soportes tecnológicos.

Entre aquellas diligencias de investigación, se prevé el *registro remoto sobre equipos informáticos* que se configura, precisamente por la afección en derechos fundamentales y complejidad técnica y jurídica de la diligencia de registro informático, como la diligencia instructora tecnológica de más restrictiva redacción de entre los novedosos medios instructores introducidos. Para su práctica deben darse diversos presupuestos cual entre otros que esté admitida tal diligencia para el delito a investigar pues no cabe practicarla en cualquier ámbito. Sin embargo, sí se permite tal registro remoto para cuantos delitos sean

¹¹ EL DERECHO: 2015.

“cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente” (art. 588 septies a LECRim)

Con ello, en lo que respecta a los menores, se establece, de modo muy positivo, una breve y genérica referencia que, sin embargo, por su concreción y generalidad, permite una total función tuitiva del menor desde el punto de vista de la actuación investigadora judicial con un efecto claramente de buen fin de la instrucción entendido no solo en el acopio del material de cargo y descargo sino, de modo relevante, de prevención y evitación de efectos del delito o continuación del daño a bienes jurídicos de la víctima –ahora, el menor-.

En definitiva, no se trata de que, en lo que se refiere a menores, solo quepa tal diligencia tecnológica. Se trata de que tal diligencia de registro remoto solo puede ser autorizada para la instrucción de los delitos de mayor gravedad jurídica y, penológica (organizaciones criminales, terrorismo y contra la Constitución, traición y defensa nacional) o técnica (cometidos a través de las actuales tecnologías de la información).

Y, como se ha dicho, también los cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente en lo que supone sin duda una notoria finalidad tuitiva que, al ser el menor igualmente víctima de violencia de género, permitirá concluir con la aplicación de dicha diligencia de registro remoto en el ámbito de la violencia de género.

C.- El derecho de la víctima (¿también de violencia de género?) a programas de Justicia Restaurativa y, por ello, a mediación penal.

El art. 87 ter.7 LOPJ establece la prohibición de la mediación en violencia de género. Sin embargo, tal cuestión ha sido objeto de notable controversia no siendo posible ahora, pese al interés de la cuestión, abordar tal temática. Sin embargo, dado el interés que tiene tal cuestión, y la experiencia práctica alcanzada en determinados conflictos y procedimientos de violencia de género, sí cabe realizar un apunte sobre tal cuestión a propósito de la previsión que, sobre mediación y justicia restaurativa, hace el Estatuto de la Víctima.

No se trata de defender la posibilidad de la mediación en todo caso y procedimiento incoado en el ámbito de la violencia de género. Principalmente porque, al menos, en el primer estadio procesal en que tal acto es sometido a conocimiento judicial –fase instructora- e incluso en cualquier de los restantes –fase intermedia y juicio oral- bien puede alegarse –y lo compartimos- que los principios que presiden la práctica y eficacia de la mediación –voluntariedad, igualdad de partes y que recaiga sobre objeto disponible- no pueden concurrir. De admitir, en tales casos, la mediación en el ámbito penal de la violencia de género, la víctima bien puede no encontrarse en situación correcta de acudir a un procedimiento de mediación. Pero, señalado esto, no cabe desconocer que la mediación penal, precisamente, por recaer sobre un ámbito como el proceso penal alcanza a más aspectos que los de la controversia jurídica del hecho de modo que, en general, en el ámbito penal, se destaca el efecto positivo de un exitoso proceso de mediación para la víctima desde el punto de vista de lograr su entendimiento en el proceso, de que ella logre entender el mismo y, también, el de obtener en definitiva un resarcimiento moral y patrimonial (reparación stricto sensu) precisamente mediante una solución nacida de las partes, adoptada por ellas y asumida/aceptada mutuamente (método autocompositivo) con mayor eficacia¹² que la de un tercero (método heterocompositivo). En definitiva, aquellos

¹² Mediante dicha mediación, “Las partes, infractor y víctima, van a protagonizar un proceso de diálogo, ayudadas por un mediador o por determinados representantes de la comunidad que facilitarán el proceso restaurativo para lograr encontrar una solución al conflicto, donde lo fundamental en este proceso va a ser el resarcimiento del daño a la víctima por encima de otros fines. El proceso de diálogo constituye un valor

aspectos que se incardinan en el ámbito de la Justicia restauradora –y, en definitiva, de la mediación penal también (MARTÍNEZ: 2015:1241:1244).

Junto a ello, debe añadirse la peculiaridad de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el conocimiento –exclusivo y excluyente- de procedimientos no solo penales sino, igualmente, civiles. Esta *vis atractiva* –introducida *ex novo* por el art. 49 bis LEC en 2004 con motivo de la creación de tales órganos por LO 1/2004- supone sin duda un notable avance en la respuesta tuitiva de la víctima de violencia de género en tanto que, por un lado, consigue una mayor rapidez y eficacia en la resolución de todo el conflicto, del complejo conflicto, subyacente en un acto de violencia de género en el que, en la mayoría de ocasiones, concurren cuestiones civiles, relaciones patrimoniales y/o filiales, de una manera concentrada evitando la incoación de diversos procedimientos ante diversos órganos y una indeseable peregrinación de jurisdicciones; y, por otro lado, derivado de lo anterior, permite que el conocimiento de tales asuntos –penales y civiles- lo sean por órganos especializados en tal materia –si bien, en determinados partidos judiciales, ello será atenuado o incluso imposible según la planta judicial del partido-.

Pues bien, debe cuestionarse la eficacia de la absoluta prohibición del art. 87 ter 7 LOPJ pues, reiterando la premisa básica antedicha sobre requisitos de la mediación, debe igualmente admitirse que no siempre va a ser positivo para la víctima el que, de nuevo, un eventual conflicto dimanante –incluso en cuestiones incidentales civiles- vuelva de nuevo a ser conocido en sede judicial y en la ahora señalada de violencia sobre la mujer. Es más, esas reglas de determinación de la competencia funcional pueden no solo ser perjudiciales en determinados supuestos para la víctima sino igualmente para el agresor que, incluso en conflictos ya resueltos o “atenuados”, vuelve de nuevo a incurrir en el procedimiento de dicho órgano. En efecto, y por poner unos gráficos ejemplos, piénsese que, no solo se trata de supuestos en que la pena se está cumpliendo –siquiera sea aspectos accesorios o de responsabilidad civil- sino que incluso una vez que la pena fuera extinguida pueden continuar siendo sometidos a ese órgano (p. ej. procedimiento de ejecución de aspectos civiles derivados de la sentencia que acordó el divorcio, separación y/o medidas definitivas o incluso procedimientos de tasación de costas y, aún más, también de jura de cuentas).

Junto con ello, si ya puede anticiparse que en determinados supuestos, cuanto más alejados del inicial conflicto penal más evidenciadores de la desproporcionada previsión competencial y mediadora, bien cabe cuestionarse qué motivo impide acudir a métodos complementarios de resolución del conflicto penal y civil que, en idéntico ámbito –excluida la violencia-, son de reconocida admisión. En efecto, mediante el “*modelo restaurativo*” se aborda íntegramente la respuesta al delito contemplando diversas “*expectativas sociales*” y no solo la puramente represiva; también la conciliación y reparación del daño ocasionado en particular a la víctima y, también a la comunidad pues, en definitiva, dándose el conflicto en el seno de las relaciones personales, deben ser las partes las capaces de alcanzar su resolución (MARTÍNEZ: 2015:1241-1244).

Finalmente, cabe igualmente cuestionarse la escasa previsión del legislador al no conciliar la cuestión de la mediación penal en el ámbito de violencia de género no ya con lo ya dicho

en sí mismo; la utilización de estas formas alternativas de justicia contribuyen, en última instancia a la pacificación de la sociedad, al utilizarse métodos basados en la comunicación y el diálogo, a través de herramientas como la mediación con la participación de un tercero imparcial, o con una mayor implicación de la comunidad como es el caso del Conferencing, y los círculos restaurativos.” (MARTÍNEZ: 2015: 1242:1243).

sino con la positiva y novedosa introducción de la justicia restaurativa –y como derecho de la víctima (art. 15 LEVD).

Resulta criticable que, evidentemente con garantías y requisitos de control y ejecución, no se haya previsto el ejercicio de un derecho reconocido a toda víctima. Menos aún cuando tal derecho puede ser ejercido de modo modulado o en diversos planos de todos los aspectos que concurren en la comisión de un delito (pena y consecuencias derivadas: entre otras, la reparación del daño). Control que, igualmente, puede ser exigido desde una perspectiva conciliadora de la prohibición absoluta en el ámbito de la violencia de género con el reconocimiento de cierta eficacia al principio general de la autonomía de la voluntad incardinándolo precisamente en los textos comunitarios en que, si bien reconociendo que el Estado puede establecer ámbito excluidos de la mediación, sin embargo lo que subyace en dichos textos es, precisamente, el que para admitir la mediación se realice previamente en la fase de derivación un control detallado de cada caso a fin de comprobar la pertinencia de tal método alternativo de resolución de conflictos y la concurrencia de requisitos exigibles para ello (FERNÁNDEZ: 2015: 372 a 391).

Con todas las salvedades derivadas de los conflictos en que no se dan los requisitos esenciales de la mediación antedichos –en especial, igualdad/equilibrio jurídico y moral de las partes-, el legislador debería haber previsto, con cierta flexibilidad, e incluso la posibilidad de que los efectos positivos de la mediación penal se dieran igualmente en este ámbito –o en ciertos aspectos del mismo- pues no cabe olvidar que el correcto desarrollo de un procedimiento de mediación y su exitosa consecución de un “acuerdo o solución” del conflicto surgido de entre ambas partes *“puede suponer para la víctima la pérdida del miedo, la recuperación de su autoestima y su empoderamiento; y para el victimario hacerse consciente del daño ocasionado y asumir su responsabilidad. Puede constituir una vía para evitar o reducir la reincidencia, fortaleciendo la resocialización del maltratador, especialmente en los casos menos graves”* (MARTÍNEZ: 2015: 1255).

Por último, resulta igualmente sorprendente la falta de previsión del legislador cuando, a la par que mantiene inexorablemente esa prohibición del art. 87 ter 7 LOPJ, sin embargo, establece, y dentro de la reforma tuitiva de la víctima, la previsión de que el Juez deberá, al momento de valorar la procedencia de la suspensión de la pena, precisamente el cumplimiento del “acuerdo de mediación” (art. 84.3 CP en la dicción dada por la reforma operada por LO 1/2015).

En definitiva, al margen de la inicial prohibición del art. 87 ter 7 LOPJ, debe valorarse para admitir, tal vez con ese control judicial antedicho, la conciliación del mandato negativo legal (prohibición establecida en 2004) con el mandato positivo posterior (textos comunitarios y Estatuto de la Víctima antedichos). Máxime siendo tal programa de justicia restaurativa un derecho genérico de la víctima y siendo que la mediación no deja de ser hoy en día *“la mediación es hoy en día el instrumento de la Justicia Restaurativa al que vuelven sus ojos todos los que, de un modo u otro consideran que el modelo de Derecho Penal actual está en cierta medida, agotado. Tratando de humanizar el tratamiento de la víctima y el victimario se aúnan cada día más esfuerzos que plasman en prácticas restauradoras un modelo distinto en el que las partes se implican en el proceso y consiguen soluciones satisfactorias para ellas y francamente útiles para el proceso penal”* (FERNÁNDEZ: 2015: 288).

Bien cabe concluir que, precisamente, la necesidad de proteger y procurar la reparación de la víctima y su resituación como sujeto en el proceso penal debe llevar a un planteamiento

de la relación entre tal prohibición y el derecho ahora reconocido a la misma siendo como es que, en otros ordenamientos, la mediación penal en violencia de género ha dado un resultado *“muy valioso en la lucha contra la violencia de género, así lo avalan estudios recientes realizados en Austria y Estados Unidos”* (MARTÍNEZ, 2015: 1255)”.

4.- BIBLIOGRAFÍA

Derecho, El. “Justicia lanza un nuevo servicio de avisos por SMS a víctimas de Violencia de Género”, Diario El Derecho, 23/10/15. Recurso telemático disponible en < http://www.elderecho.com/actualidad/Justicia-servicio-SMS-Violencia-Genero_0_875625143.html>. Último acceso disponible en 11/11/2016.

Díaz Torrejón, P.; “Tratamiento penal del sexting “, Revista del Ministerio Fiscal, nº 1, 2016.

Fernández López, M.A.; La mediación en Procesos por Violencia de Género, Madrid, Thomson Reuters, 2015.

Igual Garrido, C.; “Violencia de género y nuevas tecnologías, una relación conflictiva”, Ponencia impartida en Jornadas de la Fiscalía General del Estado. Recurso telemático disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicaci%C3%B3n%20escrita%20D%20Carlos%20Igual.pdf?idFile=0186e4b8-a30c-4646-a059-811a2800c8e9. Último acceso disponible: 11/11/2016.

Martínez Sánchez, M.C.; “La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal”, Revista de Derecho UNED, nº 16, 2015, pp. 1237-1263.

Monge Fernández, Antonio, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, Revista de Derecho y Ciencias Penales, nº 15, 2010, pp. 85-103.

Reyes Cano, P.; “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 49, 2015, pp. 181-217.