BOLETÍN

COMISIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Juezas y Jueces *para la* Democracia

NÚMERO 14

SEPTIEMBRE 2022

Perspectiva de género y valoración probatoria

COMENTARIO DE LA SENTENCIA del tribunal superior de justicia de canarias nº 138/2021, social, secc. 1, de fecha 10/02/2022

Conversaciones entre un psiquiatra y una fiscal

EDITADO EN MADRID POR JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

BOLETÍN
COMISIÓN VIOLENCIA DE GÉNERO

14

DIRECCIÓN
Paz Filgueira
Cira García Domínguez
Prado Escoda Merino

COORDINACIÓN
Fátima Mateos Hernández

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Teresa Compairé Jaime

IMÁGENES
Pixabay, Freepick, Unsplash, Wikipedia. Piqsels

EDITA
Juezas y Jueces para la Democracia

ISSN 2792-8810
Madrid

SUMARIO

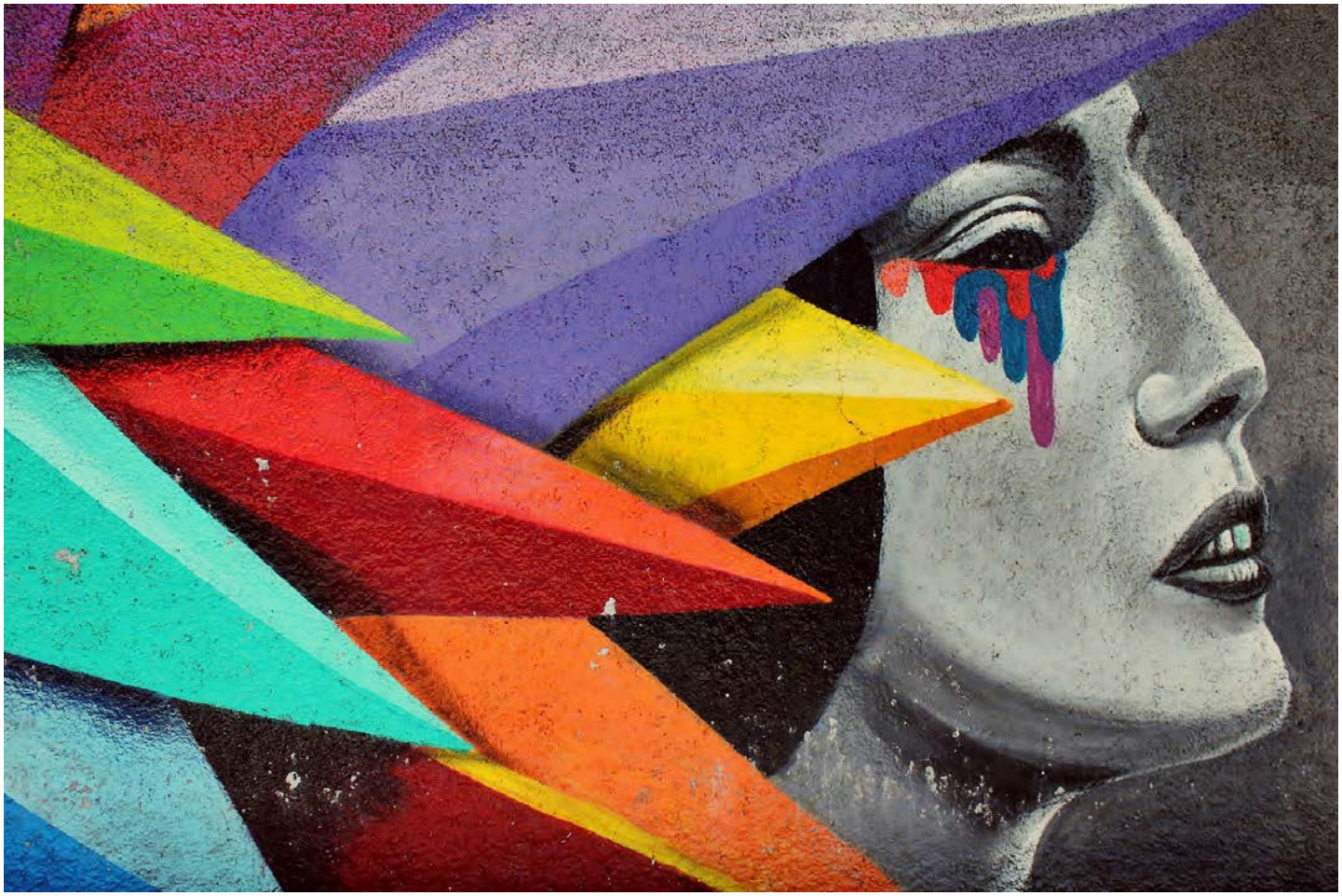
EDITORIAL

ARTÍCULOS

CONVERSACIONES ENTRE UN PSIQUIATRA Y UNA FISCAL
Pilar FERNÁNDEZ PÉREZ *Fiscal*
Ramón ÁREA CARRACEDO *Psiquiatra*

PERSPECTIVA DE GÉNERO Y VALORACIÓN PROBATORIA
Prado ESCODA MERINO

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS Nº 138/2021, SOCIAL, SECC. 1, DE FECHA 10/02/2022. PONENTE GLORIA POYATOS
Prado ESCODA MERINO



EDITORIAL

No podíamos dejar de recoger en un boletín tres artículos que vuelven a recordarnos la importancia de integrar la perspectiva de género, en el tratamiento a la persona que en el proceso se presenta como víctima, en la valoración probatoria de la testigo víctima y en la aplicación de normas aparentemente rígidas, como la prescripción y la cuantificación del daño moral.

Es que, como recuerda nuestra compañera Gloria Poyatos, en la sentencia que cierra este boletín: "*La perspectiva de género, debe integrarse en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, sustancialmente en tres fases del procedimiento judicial:*

1) *En la aplicación e interpretación de las normas procesales, evitando el excesivo rigorismo procesal que impida el acceso a la justicia de las mujeres.*

2) *En la valoración de la prueba. Evitando una justicia mecánica y teniendo en cuenta el contexto, momento histórico, y las características personales de la víctima (origen social, nivel cultural, edad, etc.).*

3) *Y en la aplicación de las normas sustantivas. El ejercicio argumentativo debe tener presente el enfoque contextualizado y pro persona.*

La perspectiva de género no es el fin a perseguir, sino el medio a seguir para lograr que derechos constitucionales, como la igualdad y la prohibición de la discriminación por razón de género (art. 14 de la CE), sean reales y efectivos. Y ello no es una aspiración para quienes ostentamos el cargo de poder público, sino un deber; previsto en el art. 9.2 de la Constitución.

En primer lugar, Pilar Fernández Pérez, Fiscal adscrita a la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer, ha querido compartir con nosotros un valioso documento en que refleja las conservaciones habituales entre una víctima de violencia y quien le asiste, en primer lugar, el/la forense. Son muchos los miedos y las inseguridades que asaltan a quien decide denunciar e iniciar un procedimiento penal. Por desgracia, no son infundados. Llevamos años de reformas legislativas y jurisprudenciales, para integrar la perspectiva de género en la formación de todos y todas las profesionales que asisten e interactúan con las víctimas de violencia, y que ello tenga un reflejo en el servicio que prestamos a diario. No obstante, aún quedan zonas oscuras; en la valoración de la prueba y en otros ámbitos de nuestra intervención.

La perspectiva de género no es el fin a perseguir, sino el medio a seguir para lograr que derechos constitucionales, como la igualdad y la prohibición de la discriminación por razón de género (art. 14 de la CE), sean reales y efectivos

Es por esto que compartimos con vosotros un artículo de nuestra nueva compañera en la coordinación de esta comisión, María del Prado Escoda Merino, sobre la perspectiva de género y la valoración probatoria. En el artículo, se exponen ejemplos concretos de integración de la perspectiva de género en los tradicionales criterios empleados para valorar el testimonio de la víctima como única prueba de cargo.

En un último artículo, os adjuntamos un extracto de la magnífica sentencia de nuestra compañera Gloria Poyatos; un claro ejemplo de aplicación de la perspectiva de género en: la valoración probatoria, al cuantificar el daño y, en este caso, particularmente, al tiempo de fijar el *"dies a quo"* en la prescripción; teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes para evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de las normas procesales prive a las mujeres de acudir a la justicia.

Sin embargo, quedaba aún una zona oscura por abordar de forma integral; la relativa a la violencia sexual, como otra forma de violencia de género. Con este fin se ha aprobado y publicado, no sin dificultades y críticas, la ley de garantía integral sobre la libertad sexual, una ley que aborda muchos aspectos de la violencia sexual y de las víctimas de este tipo de violencia. Una reforma que supone importantes modificaciones a nivel penal, procesal y penitenciario; que requiere un tratamiento completo en otro boletín y en unas jornadas. Allí os esperamos.

La coordinación

Conversaciones entre un psiquiatra y una fiscal

Entre lo judicial y lo psicológico

Pilar FERNÁNDEZ PÉREZ
Fiscal

Ramón ÁREA CARRACEDO
Psiquiatra

Desde mi experiencia profesional en la fiscalía de violencia contra la mujer me veo en la necesidad de hacer una reflexión sobre un fenómeno que se produce en el momento en que las mujeres (algunas de ellas), denuncian una historia de violencia, ya sea esta física, psíquica, sexual o económica.

Una violencia en la que se encuentran inmersas ellas mismas o sus hijas/os y en la que cuando verbalizan sus miedos, en el momento en el que acuden a la justicia, pueden provocar una reacción totalmente contraria a la que ellas pretenden y como resultado terminar atrapadas en un procedimiento repleto de reproches y culpabilizaciones.

Acuden a los Tribunales con la intención de poner a salvo a sus hijas /hijos del peligro que perciben como una amenaza, y la realidad es que puede llegar a producirse un efecto exactamente contrario al que buscan, pues en estos casos que describo, el órgano judicial les llega a retirar la custodia y se la atribuye a los responsables de todos sus males.

En este dialogo-conversación con el psiquiatra Ramón Área Carracedo sobre esta realidad, su punto de vista es que:

> *"hay una dehiscencia entre el discurso de lo judicial y el discurso psicológico, no solamente en lo formal sino en la misma consideración de lo que es el sujeto, sus deseos y las complicaciones del universo relacional."*

El Dr. Área, al analizar este efecto perverso valora también que se repite de forma frecuente y resulta muy preocupante, pues puede provocar una pérdida de control por parte de algunas madres que incluso puede conducirlas al delirio. Además, genera un mayor empoderamiento por parte de los agresores.

> *El mayor monstruo posible no es quien le ha pegado, insultado, engañado, mentido… El mayor de los monstruos es aquel que, además de ser un perverso en el mundo de la pareja y del amor, lleva el mal a la condición de paternidad, al mundo de la infancia, a los hijos."*

La recreación de un monstruo necesita al sistema judicial como escenario de las culpas y las inocencias, como estructura narrativa que crea personajes necesarios para tratar de sanar (por la vía de la locura) una herida, la herida de la víctima. Se trata, en cierta forma, de un duelo patológico que transcurre en paralelo a un procedimiento legal, en donde, imperceptiblemente, la víctima demanda a ese otro de la verdad que señale lo excepcional de su caso, su propia normalidad, que repare su autoestima, que identifique a un monstruo como manera de entender lo que le ha sucedido.

Hannah Arendt hablaba de la banalidad del mal. No porque el mal sea banal, que no lo es en absoluto, sino para decir que las personas que ejercen el mal son banales y no monstruos. En el procedimiento la víctima arrastra una

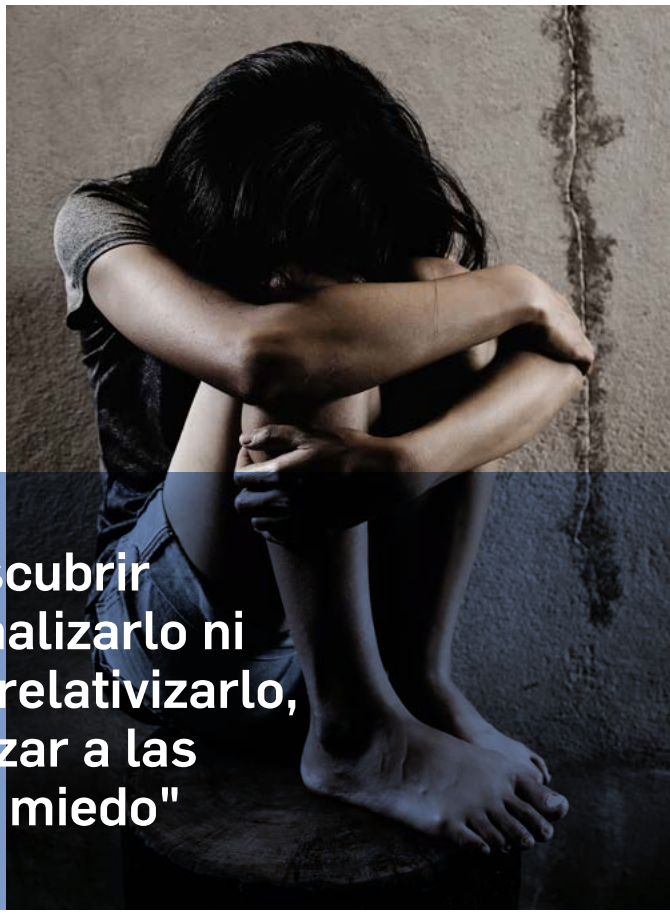
"El mayor de los monstruos es aquel que, además de ser un perverso en el mundo de la pareja y del amor, lleva el mal a la condición de paternidad, al mundo de la infancia, a los hijos"

serie de dudas, culpabilizaciones, inseguridades y miedos, que, si el agresor consigue su propósito, van a tener como consecuencia que se anule completamente como persona. Esa es la finalidad del maltratador, causar el mal como único objetivo, someter y degradar hasta destruir desde el interior a las víctimas[1], anularlas como seres humanos y como madres.

Es esencial, por lo tanto, descubrir ese mal, visibilizarlo, no normalizarlo ni silenciarlo, no minimizarlo ni relativizarlo, y, sobre todo, no responsabilizar a las madres por el hecho de tener miedo.

Ramón Área nos dice que:

> *"En el maltrato y la violencia de género, la víctima está atravesada por estas dudas, que toman un aspecto diferente dependiendo del momento vital en el que se encuentre. Y quizás debamos considerar que el momento procesal siempre va a formar parte del momento vital, nunca al revés. En los inicios, el maltrato no se comunica, permanece en un silencio que cumple una doble función. De un lado, proteger esa autoestima dañada a través de una negación (no me está pasando a mí, esto no es un maltrato). De otro lado, mantener una fantasía de solución (podemos arreglarlo). Si se quiere, puede pensarse como esa fase inicial de un duelo en donde la psique niega lo acontecido de una manera más o menos pétrea (desde un "no puede ser" pasando por un "no me lo puedo creer" a un "es imposible, tiene que haber un error")"*



En las denuncias ante la justicia las historias que se relatan son extraordinariamente complejas y generalmente ninguna de sus protagonistas se comporta conforme lo que se espera de ellas, puede incluso que, al no encontrar amparo ni respuestas a sus miedos en los Tribunales, se

"Es esencial, por lo tanto, descubrir ese mal, visibilizarlo, no normalizarlo ni silenciarlo, no minimizarlo ni relativizarlo, y, sobre todo, no responsabilizar a las madres por el hecho de tener miedo"

1 Ana Carrascosa. El mal que se ejecuta pese a la pluralidad de sus formas tiene un único objetivo, el de la destrucción del otro, o el ensalzamiento del propio yo sobre el otro, y poco a poco, sajando pedazos de dignidad, sometiendo y degradando hasta destruir desde dentro a la víctima "(pg. 170-171)

aparten del procedimiento y busquen todo tipo de salidas, lo que puede derivar en la aplicación de soluciones traumáticas. La primera intervención con ellas debería estar orientada a poner fin a ese sufrimiento primario que representa el temor de que sus hijos estén en peligro. Hemos de comprender que la mejor manera de proteger a las madres es proteger a sus hijos y apartarlos de ese potencial riesgo que para ellas representa el agresor.

Ramón Área refiere que:

> *"la víctima está inmersa en la victimización, es decir, siempre arrastra la duda de si hay algo en ella que explique por lo que está pasando. Situémonos ahora en un momento procesal distinto. La víctima ha denunciado, se le ha dado un lugar, se pone en juego la custodia o el régimen de visitas de los hijos. Y, perplejos, en ocasiones vemos que encadenan una serie de denuncias y acusaciones a sus parejas, en ocasiones relatando que el padre abusa del niño o la niña, y, a pesar de nuestra voluntad de ayudarlas y creerlas, observamos cómo resbalan hacia la locura. Lo peor es no entender qué les está sucediendo. No es una denuncia para obtener una ventaja, no se trata de una mentira que trata de sacar provecho. Eso se identifica con mayor facilidad en un contexto judicial. Es otra cosa que situamos en lo psicológico pero que no sabemos explicar adecuadamente. Además, intuimos que tiene que ver con lo que le ha tocado sufrir en la vida, pero también con el propio proceso legal, en donde algo se nos escapa, o hacemos mal, o no sabemos ver venir."*

> *"Las personas no van al juzgado para resolver una disputa de acuerdo con un ordenamiento legal. Por lo menos no únicamente cuando en la institución se dirimen asuntos que tienen que ver con las relaciones y los fracasos de las relaciones. Las personas van al juzgado convencidas de que allí se dirime la culpa y la inocencia absoluta. La víctima de la violencia, en un contexto judicial pone en marcha la recreación de un monstruo como manera de dar sentido a lo vivido y las agresiones que ha sufrido. Es una paranoia -yo soy anormal y el normal-juicio a la víctima y al verdugo. Es decir, convertir al otro en monstruo es la vía precaria que la víctima encuentra para dejar de ser víctima, culpable y anormal."*

Desde la justicia, buscamos soluciones, respuestas, argumentos para fundamentar las resoluciones judiciales en los informes de los expertos/as y en ocasiones nos encontramos con argumentos, que Foucault denomina grotescos[2]:

> *"En el punto en que se encuentra la institución destinada a reglar la justicia, por una parte, y las instituciones calificadas para enunciar la verdad, por la otra, en el punto, más brevemente, en que se encuentra el tribunal y el sabio, donde se cruzan la institución judicial y el saber médico o científico en general, en ese punto se formulan enunciados que tienen status de discursos verdaderos, que poseen efectos judiciales considerables y que tienen, sin embargo, la curiosa propiedad de ser ajenos a todas las*

2 Michel Foucault (pág. 24) curso Collage de France "Los Anormales" (1974-1975).

“Desde la justicia, buscamos soluciones, respuestas, argumentos para fundamentar las resoluciones judiciales en los informes de los expertos/as y en ocasiones nos encontramos con argumentos, que Foucault denomina grotescos"

reglas, aun las más elementales, de formación de un discurso científico; de ser ajenos también a las reglas del derecho, argumentos grotescos”.

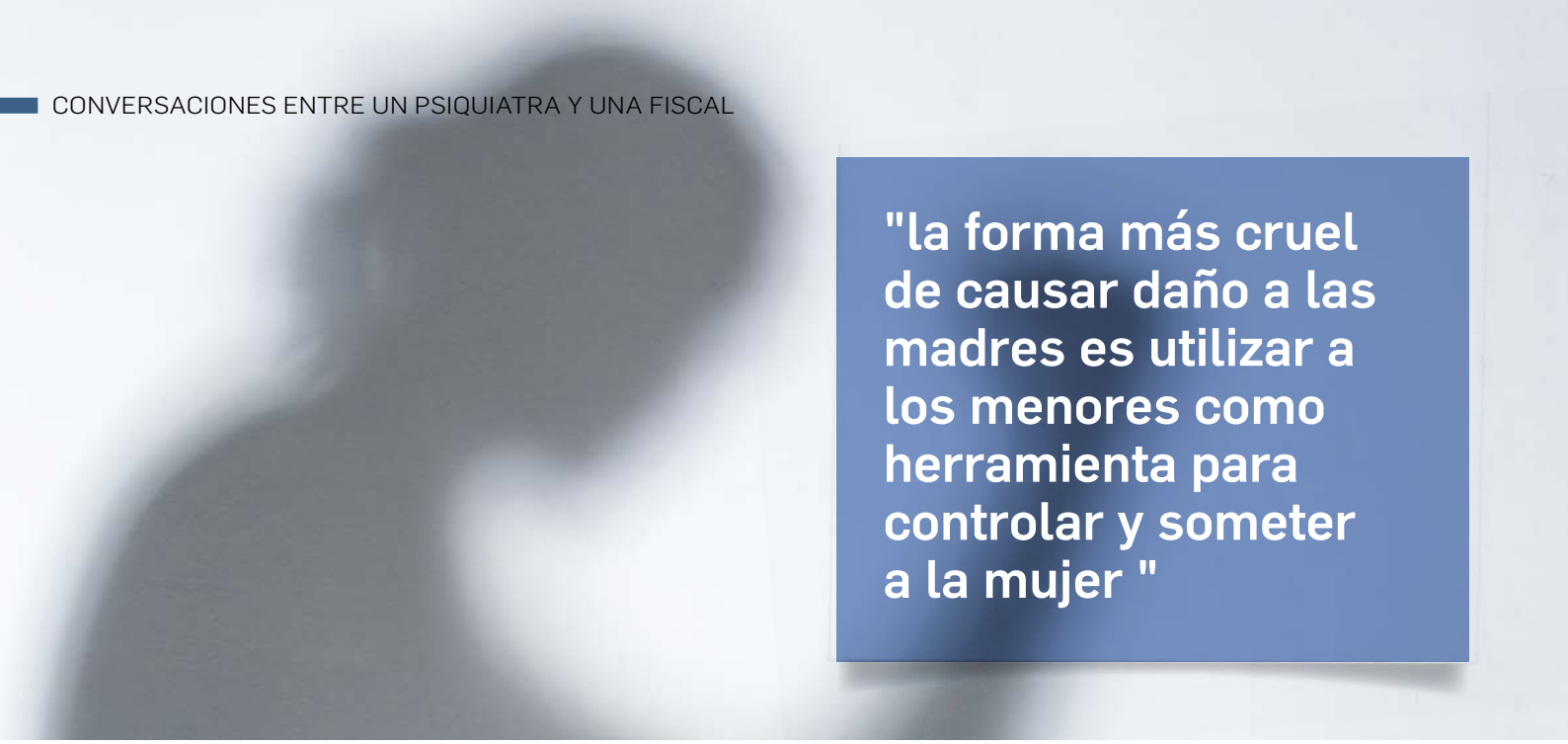
Argumentos que se utilizan y se reproducen sistemáticamente en algunos informes para privar a las madres de la custodia de sus hijos/os, tales como : “que las madres obstaculizan la relación paterno filial expresando sus temores; que instrumentalizan a los menores; que están convirtiendo a los hijos en víctimas de sus propios temores y con ello está privando al menor de su derecho a relacionarse con su padre, sin causa, pone en peligro su desarrollo evolutivo…” Argumentos, que buscan perpetuar el modelo de familia tradicional y patriarcal, aun cuando esas relaciones se conviertan en crueles. Estos argumentos grotescos como el famoso y conocido “síndrome de alienación parental” [3] , tan inexistente como ficticio, desacreditado desde la comunidad científica,[4] con los que se pretende, mediante una solución traumática para todos los sujetos afectados, y alejar a las madres de sus hijos para evitar que estas les trasladen ese miedo que para ellas representa “el mal”.

En este punto Ramón Área manifiesta que:

> *La víctima tiene que desprenderse de su agresor. De alguna manera tiene que “matarlo” simbólicamente, arrancarlo de su vida, salir de las dudas acerca de su propia valía, de sus inocencias y de sus culpas. Espera que la institución judicial lo aparte definitivamente, que le dé un estatuto de “no existente”, de muerto en vida, para así regresar a una estima de sí, a una seguridad sobre sí misma, a una posibilidad de volver a estar en la vida y en el amor. Es una salida al duelo en donde el otro se convierte en un monstruo, en el mal absoluto, en una maldad excepcional que salve a la víctima de esa parte de su biografía y sus decisiones que le son incomprensibles, que no puede entender cuando está mejor y que necesita extirpar”*

3 (Gardner, 1985), se refiere a la “programación” o “lavado de cerebro” hecho por un progenitor sobre el niño, con el fin de “denigrar” y “vilipendiar” al otro progenitor (añadiéndose elaboraciones “construidas” por el propio menor) y así justificar la resistencia del niño/a). mantener una relación con dicho progenitor, al cual se define como alienado.

4 L***a AEN concluye*** Que el SAP tal y cómo lo inventó Gardner no tiene ningún fundamento científico y si entraña graves riesgos su aplicación en la corte judicial



"la forma más cruel de causar daño a las madres es utilizar a los menores como herramienta para controlar y someter a la mujer "

En definitiva, hay que tomar partido, la forma más cruel de causar daño a las madres es utilizar a los menores como herramienta para controlar y someter a la mujer[5] .Es imperativo utilizar todos los instrumentos que el legislador y las/los expertos nos proporcionan para garantizar la protección del superior interés de las/los menores y ello pasa por escuchar a las/los menores y a sus madres cuando demandan nuestra ayuda para poner fin al maltrato sufrido.[6]

5 exposición de motivos de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

6 Informe elaborado por el Defensor del Pueblo el 18 de diciembre de 2019, a consecuencia del asesinato de un menor por su padre durante la ejecución del régimen de visitas, en el que se incluyen una serie de recomendaciones dirigidas a garantizar la protección de los/las menores .Nota de servicio, 1/2021 elaborada por La Fiscalía de Sala de violencia sobre la mujer para establecer los criterios orientativos para todas las Fiscalía de España en la interpretación de la nueva redacción de los arts. 544 ter lucran y 94.4 c/c, busca garantizar la protección de los/las menores frente a estos supuestos de violencia en los que se estima una orden de protección dada la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para las víctimas.

Bibliografía

- *Carrasco-Conde A.:" Decir el Mal".*
- *Foucault Michel.: "Los Anormales"*
- *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.versión On-line ISSN 2340-2733versión impresa ISSN 0211-5735 vol.30 no.3 Madrid jul./sep. 2010.*
- LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.*
- *Informe del Defensor del Pueblo el 18 de diciembre de 2019.*
- *Nota de servicio, 1/2021 elaborada por La Fiscalía de Sala de violencia sobre la mujer.*

PERSPECTIVA DE GÉNERO Y VALORACIÓN PROBATORIA

" En este artículo me voy a centrar en la perspectiva de género sobre la valoración probatoria de la testigo víctima"

María del Prado ESCODA MERINO
Jueza del Juzgado Penal n.º 1 de Reus

Puedo ser metafórica explicando que la perspectiva es aquel prisma a través del cual podemos observar lo que de otro modo no seríamos capaces de ver ni comprender; una lente sin los tradicionales filtros que nos habían impuesto, y que se necesitan para comprender las circunstancias particulares a las que nos enfrentamos. No obstante, a veces no hay nada mejor que apreciar esta “perspectiva” y la falta de ella; en el papel, negro sobre blanco. Y, sobre esto, hay muchos ejemplos en los juzgados penales; donde yo trabajo a diario. En este artículo me voy a centrar en la perspectiva de género sobre la valoración probatoria de la testigo víctima, con ejemplos de sentencias, ya firmes.

"no puede valorarse negativamente, como falta de persistencia incriminatoria, el mero hecho de haber tardado en denunciar; porque en un contexto de sumisión y miedo, lo que cuesta, precisamente es reunir el valor suficiente para denunciar"

El Tribunal Supremo estableció, entre otras, en la Sentencia 3044/2016 de 21 de junio del 2016, o la Sentencia de 15 de abril del 2004; los criterios que debían ser tenidos en cuenta al valorar a la testigo tenida como víctima: La persistencia incriminatoria, la verosimilitud objetiva o credibilidad subjetiva. Cierto es que estos criterios no deben ser tenidos en cuenta como si de presupuestos se tratara, pero a la práctica los/la enjuiciadores/as habíamos venido aplicando de forma estricta y estereotipada.

Me explico, el testimonio de la afirmada víctima se considera persistente cuando ha habido inmediatez entre los hechos y su denuncia; y no ha venido incurriendo en contradicciones o ambigüedades. Lo declarado por ella presenta las notas de verosimilitud objetiva, cuando resulta lógico y a la vez ha venido a ser corroborado por elementos objetivos. Y, por último, no existen indicios de incredibilidad subjetiva en la testigo cuando no aparecen móviles o intereses espurios.

Quiero recordar que estamos ante criterios y, cuando lo que se trata es de aplicar la perspectiva de género, deben ser analizados, sin dejar de tener en cuenta el prisma de las circunstancias que concurren en un eventual contexto de violencia de género.

En primer lugar, no puede valorarse negativamente, como falta de persistencia incriminatoria, el mero hecho de haber tardado en denunciar; porque en un contexto de sumisión y miedo, lo que cuesta, precisamente es reunir el valor suficiente para denunciar, a menudo bajo la amenaza de sufrir un mal mayor.

Así lo vemos, y yo misma me he encontrado con supuestos en que la víctima no denuncia inmediatamente. En la sentencia de 17 de mayo del 2021, también firme, en el Juicio Rápido 81/2020; la víctima tardó unas horas en denunciar unas amenazas y solicitar una orden de protección. Pero es que en el Juicio Rápido 136/2020, sentencia de 28 de junio del 2021; la víctima tardó tres días en denunciar, porque la señora quiso llamar inmediatamente al teléfono de emergencias, pero el encausado no la dejó.

Una vez superado el momento inmediatamente posterior a los hechos, en el que el grado de temor alcanza sus máximos niveles; resulta comprensible que la víctima tarde unos días en denunciar, tras consultarlo con sus familiares y allegados más próximos. En este caso, suertudamente, tuvo el apoyo de

la familia; lo que no sucede en todas las familias, ni de forma tan rápida.

En segundo lugar, tampoco puede descartarse un testimonio porque incurre en contradicciones no esenciales o porque no recuerda algunos aspectos fácticos del hecho. En una situación de estrés como es la de tener que declarar contra el agresor, cualquiera de nosotros podríamos contradecirnos. De hecho, Antonio Manzanares (catedrático y psicólogo forense especialista en memoria, en la Universidad Complutense de Madrid) explica que la memoria graba, pero no todo. Nuestra memoria solo graba aquello que se focaliza al tiempo en que se están viviendo los hechos; y, tratándose de hechos traumáticos, pueden ser elementos accesorios y no principales.

"En una situación de estrés como es la de tener que declarar contra el agresor, cualquiera de nosotros podríamos contradecirnos"

Pongo como ejemplo lo expuesto en la sentencia que dicté (Juzgado Penal n.º 1 de Reus) el pasado 10 de julio del 2020, en el Juicio Rápido 134/2018; supuesto en que a la víctima le costó en el acto del plenario concretar en qué consistió la agresión que sufrió por parte de su pareja, porque

"Los contextos de violencia suelen explosionar cuando la víctima decide separarse; por tanto, la mera existencia de un proceso abierto, de por sí, no puede conllevar la inexistencia de credibilidad"

estaba nerviosa, y porque la noche de los hechos podrían haber bebido. Resulta lógico que la señora no pudiera dar más detalles, pero tenía bien claro que el señor le tiró el móvil, tiró los muebles, y la empujó y agarró con fuerza reiteradamente; hasta el punto de presentar un "*esguince muñeca derecha, algia cuello, equimosis en los dedos de mano derecha, brazo derecho de 3-3'5 cm, en brazo y bajo brazo izquierdo varias digitiformes y en la cara anterior de la pierna derecha de 7x4 cm*". Frente a ello, el señor no tenía ningún tipo de lesión; y, además, estaba en un estado de agitación elevado, cuando le vieron los agentes. Con lo que no cabía duda de quién había agredido a quién, y del método que había empleado.

Por último, los contextos de violencia suelen explosionar cuando la víctima decide separarse; por tanto, la mera existencia de un proceso abierto, de por sí, no puede conllevar la inexistencia de credibilidad. Por ello, algunos compañeros y compañeras utilizan el término de "fiabilidad" en lugar de credibilidad (así en la SAP Tarragona de la secc. 4ª, nº 228/2018 de 15 de junio).

Lo importante no es creerse o no a la persona tenida como víctima, porque nuestra función no se basa ni en creerla ni en cuestionarla. Lo que debemos evaluar es que su testimonio sea fiable con la información que suministra el resto del material probatorio desarrollado en juicio.

Esto es lo que sucedía en la sentencia antes referida, de junio del 2020. Sin poder obviar la existencia de un conflicto previo y coetáneo a los hechos; debido a la voluntad por parte de la víctima de que el acusado se fuera de su domicilio; y la resistencia del encausado a irse si no era a cambio de dinero; el conflicto se solucionó con la denuncia; porque el señor abandonó el domicilio. Pese a ello, la víctima persistió en su relato incriminatorio el día del juicio y transmitió a través del mismo un dolor y temor que iba más allá del mero conflicto por el uso de su vivienda. Si a todo ello, se le une que existían una serie de corroboraciones periféricas de las amenazas que venía sufriendo; no podía exigirse más.

En definitiva, lo relevante y necesario es que, cuando tengamos un caso de violencia delante de nosotros; apliquemos los criterios de siempre, pero adaptados a la visión que tenemos en la actualidad de un contexto de violencia de género.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA del tribunal superior de justicia de canarias nº 138/2021, social, secc. 1, de fecha 10/02/2022. PONENTE GLORIA POYATOS

Prado ESCODA MERINO
Jueza del Juzgado Penal n.º 1 de Reus

Era imposible terminar este boletín sin compartir con vosotros y con vosotras esta sentencia de nuestra compañera Gloria Poyatos Matas. Se trata de una sentencia dictada en un grave caso de acoso sexual en el trabajo por parte del empleador, durante al menos un año, y no solo con una trabajadora.

La sentencia supone un gran ejemplo de aplicación de la perspectiva de género, no tanto en la valoración probatoria para decidir el fondo del asunto, pues los hechos habían sido plasmados en una sentencia penal y reconocidos en una papeleta de conciliación laboral; sino en la aplicación del instituto de la prescripción y al tiempo de fijar la indemnización por el daño moral sufrido.

"La perspectiva de género, debe integrarse en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, sustancialmente en tres fases del procedimiento judicial"

Es que, como señala la magistrada,

"La perspectiva de género, debe integrarse en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, sustancialmente en tres fases del procedimiento judicial:

1. *En la aplicación e interpretación de las normas procesales, evitando el excesivo rigorismo procesal que impida el acceso a la justicia de las mujeres.*

2. *En la valoración de la prueba. Evitando una justicia mecánica y teniendo en cuenta el contexto, momento histórico, y las características personales de la víctima (origen social, nivel cultural, edad, etc.).*

3. *Y en la aplicación de las normas sustantivas. El ejercicio argumentativo debe tener presente el enfoque contextualizado y pro persona.*

Recordad esta frase:

"Hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad."

Esto es así porque el artículo 9.2 de la Constitución nos obliga, como poderes públicos, a remover los obstáculos que impidan la efectividad real de los derechos constitucionales, como es el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género. De este modo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2021 expresamente se recoge (FJ2): *"(...) la interdicción de aquellas decisiones impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (así, STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3).* Lo que aparece reforzado en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional.

Así se aplica esta perspectiva e interpretación constitucional sobre el "*TEMPUS PRAESCRIPTIONIS*", considerando que concurrían especiales circunstancias que deben ser valoradas necesariamente:

1. "Circunstancias psicológicas, sociales y personales de la víctima de acoso sexual, como modalidad de violencia de género.

1.1 Las afecciones psicológicas de la demandante, perviven, incluso, a la fecha de la celebración del juicio (24/2/21), lo que debe ser tenido en cuenta como una circunstancia de desequilibrio emocional y afectación cognitiva, que concurre por culpa imputable al sujeto activo del acoso y, a la vez, empleador.

1.2 Factores sociales. Sobre la tardanza en denunciar de las víctimas de violencia de género se ha pronunciado reiteradamente la Sala Penal del Tribunal Supremo en una novedosa y reciente jurisprudencia, integrando la perspectiva de género, entre otras, la STS de 2 de abril de 2019 (Rec.2286/2018), en la que se analiza la estigmatización que produce en las víctimas la violencia de género, hasta el punto de llegar a considerarse culpables, siendo víctimas y ***"todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo".***

En el caso de la actora, además, la denuncia interpuesta en abril 2018 (doc. 2 anexo a la demanda) y el posterior proceso penal que obligó a la actora a revivir todas las situaciones de acoso para poder exteriorizarlas tanto ante la Policía como ante el juez penal, supuso revivir cada acto de acoso padecido durante más de un año en su centro de trabajo."

Tuvo en cuenta la sentencia de instancia y la de apelación la doctrina de los daños continuados, conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado o cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas (Así en la STS (Sala Civil) de 14 de julio de 2010 (Rec. 1968/2006)

1.3 "Abuso de poder en contexto laboral. Otro factor que influye en la tardanza en accionar es el hecho de que no estamos ante una relación laboral más, sino ante relación laboral en la que el empleador de la actora es a la vez su acosador. El relato fáctico revela la existencia de una pluralidad de actos de vejación, intimidación, menosprecio, degradación y humillación prolongados en el tiempo, destinados a anular la libertad en un escenario del miedo, que

llevó a la operaria a soportar tales vejaciones durante más de un año. ***En este contexto de desigualdad, temor y abuso de poder debe recordarse que la diferente socialización de hombres y mujeres llevan a estas últimas, en muchos casos, a la sumisión, hasta que logran salir de la espiral.*** *Por todas, referimos nuestra sentencia de 31 de mayo de 2020 (Rec. 250/2021) en la que valoramos la diferente socialización de mujeres y hombres, en la resolución del caso)*

2. Ejercicio del "animus conservandi" de la acción

El segundo elemento a tener en cuenta en el "tempus praescriptionis" es la reserva de acciones que expresamente se hizo la actora y que consta en el acta de conciliación al que llegó la actora y la empresa demandada en el acta de conciliación de 1617 de septiembre de 2018 (autos 748/2018 del juzgado social nº 2 de Las Palmas), en la que expresamente se reserva "las acciones por los daños morales por vejaciones y honorabilidad y perjuicios sufridos".

Debe recordarse también que la jurisprudencia ha venido dando prevalencia a la protección de los derechos fundamentales frente a la institución de la prescripción, y así la STS de 12 de febrero de 2019 (Recud. 175/2018) nos recuerda:

"Cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse ... habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción", y, en consecuencia, "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación,

la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias" [STS de 26 de junio de 2013, rcud 1161/2012 (RJ 2013, 7228)]" (...)

"Además, y con base en lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil, también se ha venido reconociendo que la prescripción de las acciones se interrumpe, no solo por su ejercicio ante los Tribunales o por reclamación extrajudicial del acreedor, también por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor."

"Y este ánimo de conservar la acción se hace patente en el caso que nos ocupa porque la trabajadora de forma clara, expresa e inequívoca puso de manifiesto su reserva de acciones por los daños morales derivados de las vejaciones y perjuicios sufridos, obviamente, vinculados al acoso sexual padecido y causa directa del planteamiento de la acción de extinción contractual."

"Otra interpretación sería restrictiva para los derechos humanos de la actora y podría suponer una discriminación institucional por incumplimiento del principio internacional de diligencia debida al impedir el acceso a la justicia de la actora, mediante una interpretación restrictiva, mecánica y carente de perspectiva de género. *La buena calidad de los sistemas de justicia requiere su ajuste a las normas internacionales, dando lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género de las mujeres, tal y como viene exigiendo de forma reiterada, el Comité de la CEDAW a los países partes (Recomendación nº 33)."*

Otro aspecto importante de la sentencia es el que apunta a una "INDEMNIZACIÓN REPARADORA DEL DAÑO MORAL. FACTOR PREVENTIVO Y DISUASORIO DE LA INDEMNIZACIÓN"

En la sentencia se parte de que la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Tras reconocer el arduo problema de su ponderación económica, recuerda que, tal y como se preceptúa en el art.10 de la LOIEMH, ***las indemnizaciones reparadoras derivadas de actos discriminatorios por razón de sexo deben tener también un componente disuasorio y preventivo***. En este caso, además, el acoso sexual practicado redunda en la obligación empresarial de prevención de riesgos. En la misma línea, el art. 18 de la Directiva 2006/54 y el art. 30 del Convenio de Estambul, así como el 19 b) de la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW.

Se estima la utilización de la LISOS a los efectos de cuantificar la indemnización reparadora del daño moral, que en su art. 8.13 de la LISOS califica de infracción muy grave: "*El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma". Y de otro lado por lo que respecta a las cuantías de las sanciones, el redactado del art. 40.1 c) al momento de plantear la demanda preveía las siguientes sanciones (anteriores a la modificación de la Ley 10/2021*

" Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros"

de 9 de julio): "Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros".

A efectos de graduación, siguiendo las previsiones contenidas en el art. 39 de la LISOS, se tuvo en cuenta la gravedad del acoso sexual padecido por la actora destacando los siguientes datos: Duración del acoso: Un año, al menos; patologías (sintomatología ansiosa similar al Episodio depresivo de intensidad moderada), Baja médica de la actora más de seis meses), como consecuencia de la tensión creada; Acoso sexual múltiple. Debe tenerse presente, también, que el acoso sexual afectó no solo a la actora sino también a otra compañera de trabajo, Autoría del acoso por el propio empresario a quien le correspondía vigilar y proteger la salud laboral de la trabajadora. No estamos ante un caso de falta de diligencia debida en la deuda de seguridad empresarial, sino ante una negligencia dolosa imputable a la propia persona del empleador.

Todo lo anterior llevó a graduar la cuantificación de la indemnización de acuerdo con la horquilla económica prevista en el grado máximo del art. 40.1 c) de la LISOS, según lo peticionado: en 150.000 euros por el daño moral aparejado a la multivulneración de derechos fundamentales (arts. 10.1, 14 y 15 de la CE), siendo, por tanto, compatible, sin solaparse, con la indemnización ya percibida por la actora por la pérdida de su trabajo (art. 50.2 ET).