



GUÍA DE CRITERIOS DE ACTUACIÓN JUDICIAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

(Actualización-2013)

Descargado desde www.patrulleros.com

Esta guía ha sido aprobada por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 27 de junio de 2013.

El Grupo de Expertos/as está integrado por los/as magistrados/as, Joaquín Bayo Delgado, Cristina Cueto Moreno, José María Gómez Villora, Esther Erice Martínez, Pilar Llop Cuenca, Vicente Magro Servet y María Tardón Olmos, presidido por Inmaculada Montalbán Huertas y siendo Vocales del Observatorio, Carles Cruz Moratones y Gemma Gallego Sánchez.

La “Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género” de 2008 ha demostrado ser un instrumento útil y práctico para jueces y juezas, así como para el resto de profesionales que trabajan en la erradicación de la violencia de género. Casi cinco años después, contamos con una experiencia que justifica su actualización. En este lustro se han unificado criterios jurisprudenciales; por ejemplo, la ausencia de efectos del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la orden de alejamiento, o los supuestos de inaplicación de la dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este tiempo hemos asistido a periódicas campañas dirigidas a minar la credibilidad del testimonio de las mujeres, hemos constatado el impacto tan grave y negativo que ha tenido la aceptación forense de presuntos síndromes de alienación parental. Esto reafirma que afrontamos un problema social que nos lleva siglos de ventaja y que la formación especializada en violencia de género es necesaria. Está dando buenos resultados, pero tenemos que seguir trabajando ante una violencia que se resiste a desaparecer, y para ello es clave la perspectiva de género como criterio de interpretación de las normas. Un criterio legal y constitucional.

Quiero expresar mi agradecimiento y reconocimiento a la letrada del OVDyG y a los magistrados y magistradas del Grupo de Expertos, por su desinteresada colaboración al servicio del CGPJ en materia de violencia doméstica y de género. Gracias por la calidad de sus trabajos y estudios, que permiten conocer las características específicas de este fenómeno y desmontar falsos mitos que minan la credibilidad de las mujeres y alejan de la solución del problema.

También quiero expresar mi reconocimiento a todos los jueces y juezas de los órganos especializados en violencia sobre la mujer, por su esforzado trabajo diario. Muchas mujeres han conseguido salir del círculo de la violencia gracias al apoyo institucional.

*Inmaculada Montalbán Huertas.
Magistrada
Vocal del CGPJ y
Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*

Descargado desde www.patrulleros.com

ÍNDICE

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA GUÍA..... | 9 |
| II. ACTUACIONES DEL CGPJ Y DE OTRAS INSTITUCIONES FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE AFECTIVIDAD | 12 |
| II.1. ACTUACIONES DEL CGPJ | 12 |
| II.2. ACTUACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO | 14 |
| II.3. ALGUNAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN | 15 |
| II.4. ÁMBITO INTERNACIONAL | 18 |
| III. OBJETO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 21 |
| III.1. LA DIFERENCIA ENTRE LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO | 21 |
| III.2. REDUCCIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA PAREJA O EX PAREJA..... | 23 |
| IV. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO RELACIONADOS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA | 25 |
| IV.1. TRATO ADECUADO A LAS VÍCTIMAS | 26 |
| IV.1.1. Prestaciones debidas a las víctimas en el sistema de justicia penal | 26 |
| IV.1.2. Información personal de derechos y de forma comprensible | 30 |
| IV.1.3. Inmediación en las declaraciones de imputado y víctima | 33 |
| IV.2. REPARACIÓN Y RECUPERACIÓN INTEGRAL | 34 |
| V. LA COORDINACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES | 38 |
| V.1. LOS PLANES DE COLABORACIÓN | 38 |
| V.2. PRINCIPALES PROTOCOLOS DE ÁMBITO ESTATAL | 40 |
| V.2.1. Principales Protocolos de coordinación de ámbito estatal | 40 |
| V.2.2. Protocolos para la Valoración del Riesgo..... | 41 |
| VI. TUTELA PENAL | 42 |
| VI.1. LA INEXISTENCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO EN LOS SUBTIPOS PENALES AGRAVADOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY INTEGRAL | 42 |
| VI.2. ALGUNAS REFLEXIONES EN MATERIA DE SUSPENSIÓN DE PENAS | 52 |
| VI.2.1. Sobre la suspensión | 52 |
| VI.2.2. El tratamiento rehabilitador en los supuestos de suspensión de penas privativas de libertad | 53 |
| VI.3. ALGUNAS REFLEXIONES EN MATERIA DE EJECUCIÓN | 56 |
| VI.3.1. El cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad | 57 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| VI.3.2. <i>El cumplimiento de la pena de localización permanente</i> | 60 |
| VI.4. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE PENA O MEDIDA CAUTELAR Y LA INTANGIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS FIRMES | 63 |
| VI.4.1. <i>El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar</i> | 63 |
| VI.4.2. <i>La intangibilidad de las sentencias firmes y su eficacia “erga omnes”. Su extensión a los Centros Penitenciarios</i> | 65 |
| VI.5. LA VIOLENCIA ECONÓMICA SIN ACTO ADICIONAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO..... | 70 |
| VII. TUTELA JUDICIAL | 73 |
| VII.1. BIENES JURÍDICOS AFECTADOS | 73 |
| VII.2. MEDIDAS QUE PUEDEN ACORDARSE PARA LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA | 76 |
| VII.2.1. <i>Características y presupuestos</i> | 77 |
| VII.2.2. <i>Pronunciamiento preceptivo</i> | 78 |
| VII.2.3. <i>Catálogo de Medidas</i> | 78 |
| VII.2.4. <i>Competencia para su adopción</i> | 79 |
| VII.2.5. <i>Procedimiento para su adopción</i> | 81 |
| VII.2.6. <i>Plazo de duración</i> | 82 |
| VII.2.7. <i>Pruebas admisibles</i> | 84 |
| VII.2.8. <i>Medidas cautelares de los artículos 13 y 544 bis de la LECrim</i> | 85 |
| VII.2.9. <i>La orden de protección</i> | 88 |
| VII.2.10. <i>Medidas del artículo 64 y siguientes de la LO 1/2004</i> | 90 |
| VII.2.11. <i>Medidas del artículo 158 del Código Civil</i> | 91 |
| VII.2.12. <i>Medidas civiles de la orden de protección</i> | 92 |
| VII.2.13. <i>Medidas autónomas del artículo 158 del Código Civil</i> | 98 |
| VII.2.14. <i>La prisión provisional</i> | 99 |
| VII.3. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN DEPENDENCIAS JUDICIALES | 104 |
| VII.4. EL ARTÍCULO 416 DE LA LECRIM | 106 |
| VII.5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA | 112 |
| VII.5.1. <i>La motivación y la razonabilidad de la argumentación</i> | 112 |
| VII.5.2. <i>Rigor en la ponderación y en la motivación. También a la hora de aludir a denuncias falsas sin datos objetivos</i> | 115 |
| VII.6. LA VALORACIÓN DEL RIESGO EN SEDE POLICIAL Y JUDICIAL | 125 |
| VII.6.1. <i>La valoración policial del riesgo. La VPR y la VPER</i> | 125 |
| VII.6.2. <i>La valoración judicial del riesgo</i> | 127 |
| VII.7. LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES EN LOS JVM | 131 |
| VII.7.1. <i>Competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer</i> | 131 |
| VII.7.2. <i>Posibilidad de rechazar por parte del JVM la inhibición acordada por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia</i> | 136 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| VII.7.3. La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Familia: la ejecución de resoluciones judiciales | 138 |
| VII.7.4. La competencia para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales | 140 |
| VII.7.5. La coherencia entre los diferentes pronunciamientos de los JVM | 141 |
| VII.8. FORMACIÓN ESPECIALIZADA..... | 143 |
| VIII. LAS UNIDADES DE VALORACIÓN FORENSE INTEGRAL (UVFI) | 149 |
| IX. ACTUACIÓN PROCESAL. RECOMENDACIONES..... | 153 |
| IX.1. CONVENIENCIA DE TRANSFORMAR LAS DILIGENCIAS URGENTES EN DILIGENCIAS PREVIAS EN CASOS DE HABITUALIDAD. NECESIDAD DE AGOTAR LA INVESTIGACIÓN..... | 153 |
| IX.2. LA CONVENIENCIA DE INTERESAR LA EMISIÓN DE LOS INFORMES QUE SEAN NECESARIOS, EVITANDO LOS QUE SUPONGAN UNA REITERACIÓN INNECESARIA | 157 |
| IX.3. LA CONVENIENCIA DE CRIBAR LA RAZONABILIDAD DE LA DENUNCIA CRUZADA, COMO FILTRO ANTES DE IMPUTAR SORPRESIVAMENTE A QUIEN HA COMPARECIDO COMO VÍCTIMA | 158 |
| IX.4. LA EXIGENCIA DE HACER EFECTIVOS TANTO LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS IMPUTADOS COMO DE LAS VÍCTIMAS | 161 |
| IX.5. DERIVACIONES A LOS SERVICIOS ASISTENCIALES EN LOS SUPUESTOS DE SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y DE ABSOLUCIÓN POR APLICACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O DEL PRINCIPIO “IN DUBIO PRO REO” | 164 |
| X. OTROS ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL | 166 |
| X.1. EL LLAMADO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP) | 166 |
| X.2. NECESIDAD DE ADECUAR LA AGENDA AL NÚMERO DE SEÑALAMIENTOS, AL OBJETO DE EVITAR DEMORAS ANUNCIADAS | 169 |
| X.3. PUNTOS DE ENCUENTRO Y RÉGIMEN DE VISITAS | 170 |
| XI. INCIDENCIA DE LA LEY DE IGUALDAD EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 176 |
| XI.1. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO..... | 176 |
| XI.2. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO..... | 177 |
| XI.3. USO DE UN LENGUAJE NO SEXISTA | 179 |
| XII. ANEXO I. PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, EN LOS ÁMBITOS DE NACIONES UNIDAS Y EUROPEO, SOBRE IGUALDAD Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. | 184 |
| XIII. ANEXO II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE IGUALDAD Y DE VIOLENCIA DE GÉNERO | 186 |

Descargado desde www.patrulleros.com

I. INTRODUCCIÓN. Planteamiento de la guía

El CGPJ ha mostrado su claro compromiso en la lucha contra la violencia doméstica y de género. Ya el 21 de marzo de 2.001, el Pleno del CGPJ adoptó un Acuerdo sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, con el objetivo de “fijar la posición del Consejo General del Poder Judicial” en esta materia.

Como recogía el correspondiente Acuerdo, dicha actuación se incardinaba en el compromiso de los Poderes Públicos de desarrollar actuaciones positivas para promover las condiciones en las que la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas y para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Partía para ello de la doble evidencia de que, en primer lugar,

“durante siglos la violencia se ha ejercido en el seno de la familia sin que ello provocara ningún tipo de reacción estatal”,

y, en segundo, del cambio iniciado por un

“imparable proceso de mentalización general acerca de la importancia de defender los derechos fundamentales de todas las personas”.

Matizaba, además, que esta violencia afectaba principalmente a las mujeres, aunque no en exclusiva,

“pues con frecuencia también son víctimas de estos delitos los hijos menores”.

Reclamaba, asimismo, la necesidad de

“atajar algunos males heredados durante generaciones (como la escasa consideración social de la mujer frente al varón, el deficiente reconocimiento de su valía profesional o la retribución tradicionalmente discriminatoria padecida por la mujer trabajadora) así como superar el trasnochado modelo de diferentes roles asignados durante décadas al marido y a la mujer, y adoptar un completo elenco de medidas favorecedoras de la adecuada integración en la sociedad de víctimas y agresores”.

Desde entonces, han proliferado diferentes reformas legislativas que han nacido con la vocación de conseguir la intervención –no sólo penal- más adecuada frente a este fenómeno criminal.

En este contexto, merecen una especial consideración las reformas legales que han visibilizado la especificidad de la violencia contra las mujeres. Ya la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección para las víctimas de la violencia doméstica, en su Exposición de Motivos, justificaba las reformas que introducía en la exigencia de una respuesta global y coordinada por parte de los poderes públicos frente a lo que consideraba

“un grave problema de nuestra sociedad”,

cual era

“la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género”.

En el mismo año, se promulgaba la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, integrándose en el conjunto de políticas dirigidas a evitar las consecuencias negativas no intencionales que favorecieran situaciones discriminatorias y a mejorar la calidad y eficacia de las políticas comunitarias.

Serán, sin embargo, las Leyes Orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, las que dejen definitivamente instaurado el moderno derecho no androcéntrico, que contempla tanto a mujeres como a varones como sujetos de Derecho y titulares de derechos, imponiendo un nuevo enfoque, una nueva manera de interpretar y aplicar las normas, que, prescindiendo de prejuicios y estereotipos, tutela la plena efectividad de los derechos humanos de todas y todos.

La primera de ellas reclama el compromiso de toda la sociedad en la erradicación de la violencia contra las mujeres y, por lo que hace referencia a la tutela judicial, entre otros extremos, crea órganos especializados –los Juzgados de Violencia sobre la Mujer- con competencias penales y civiles, que terminan con la anterior dispersión entre juzgados y jurisdicciones, superando los problemas de coordinación antes existentes.

La segunda Ley Orgánica da un paso decisivo en la realización de la igualdad efectiva que aspira a garantizar el artículo 9.2 de la Constitución, sitúa en el contenido esencial del derecho a la igualdad conceptos como el

de acción positiva o el de discriminación indirecta y consagra la igualdad de trato y oportunidades como principio informador del ordenamiento jurídico, que habrá de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas de modo transversal.

En este contexto, esta guía actualizada que se presenta, resulta continuadora de la labor iniciada por los anteriores Consejos, desde el Acuerdo del Pleno mencionado, y de la que ha seguido manteniendo, de forma permanente, el actual Consejo, si bien centrada exclusivamente en la violencia de género regulada por la *Ley Integral* y mantiene similar pretensión de señalar, con carácter orientativo, algunas pautas de actuación –también de reflexión- para

“mejorar y difundir los resultados hasta ahora obtenidos en la lucha contra este fenómeno delictivo si fueran observadas en la actividad diaria de nuestros Juzgados y tribunales”,

adaptada y actualizada a la vigente legislación en la materia o, lo que es lo mismo, ofrecer una

“información orientativa y actualizada que pueda resultar de utilidad para la consecución del objetivo en el que todos estamos empeñados, que no es otro que el de la erradicación de esta grave lacra social”.

Lo que sigue a continuación pretende servir, por lo tanto, de orientación a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su quehacer diario. Ofrece en algunos casos criterios de actuación que eliminen de las actuaciones en sede judicial estereotipos aprendidos en el proceso de socialización y que aproximen a los y las intérpretes del ordenamiento al fenómeno de la violencia de género. En otros, ofrece soluciones interpretativas o expone lo que han sido reflexiones doctrinales o evolución de la doctrina de las Audiencias Provinciales sobre algunos de los aspectos que han suscitado más debate en la aplicación de la *Ley Integral* a lo largo de los ocho años transcurridos desde que entraron en vigor sus Títulos IV y V, en algún caso zanjados con la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo. Respecto de estos extremos, se ha seguido en la exposición la sistemática de la propia *Ley Integral*.

En ningún caso esta guía tiene la pretensión de agotar el tratamiento de los temas que se abordan. Con seguridad, seguirán siendo enriquecidos con la reflexión doctrinal y con la aplicación diaria de la Ley, que deberá efectuarse en el sentido que favorezca la mayor efectividad de los derechos afectados y la mayor tutela de los valores e intereses en juego.

II. ACTUACIONES DEL CGPJ Y DE OTRAS INSTITUCIONES FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE AFECTIVIDAD

La labor de los Poderes Públicos, desarrollada para visibilizar y erradicar la violencia de género, no se ha agotado, obviamente, en la tarea legislativa.

Por lo que guarda relación con la Administración de Justicia, cabe destacar, de entre las abordadas en el ámbito estatal, las siguientes actuaciones:

II.1. Actuaciones del CGPJ

Entre las desarrolladas por el actual Consejo General del Poder Judicial, que inició su andadura en noviembre de 2.001, destaca muy especialmente el acuerdo unánime del Pleno para crear el **Observatorio contra la Violencia Doméstica**, como instrumento de análisis y actuación coordinada con otras instituciones frente a esta lacra social, constituido por Convenio de 26 de septiembre de 2.002 y que, en la reunión posterior al I Congreso del Observatorio¹, acordó cambiar su denominación por la de **Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género**.

Este organismo estuvo integrado² inicialmente, por el propio Consejo, por el Ministerio de Justicia y por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, incorporándose posteriormente la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia así como, más recientemente, el Consejo General de la Abogacía Española.

Además, el actual Consejo continuó la tarea de efectuar **estudios y análisis** desde la perspectiva de la respuesta de la Administración de Justicia frente a este fenómeno criminal.

Así, un primer estudio, fue encargado por el anterior Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, coordinado por el profesor D. Manuel Calvo, denominado “El tratamiento de la Violencia Doméstica en la

¹http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Actividad_del_Observatorio/Premios_y_Congresos/Congreso_Violencia_Domestica_Madrid_12_al_13_de_junio_de_2003_

² En la actualidad está integrado por el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General del Poder Judicial que ostenta la Presidencia.

Administración de Justicia”, editado por el CENDOJ en 2.003. El estudio se centró en el análisis de, 4.648, dictadas por nuestros Juzgados y Tribunales en 1.999 -en su mayoría, Juzgados de Instrucción o mixtos, pero, también, Juzgados de lo Penal y órganos colegiados-.

Este estudio fue seguido de otro posterior, “El tratamiento de la Violencia Familiar de Género en la Administración de Justicia”, que se realizó bajo la misma coordinación, por encargo del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, y analizó más de 14.000 resoluciones, dictadas fundamentalmente por Juzgados y Tribunales entre 2.000 y 2.002.

Uno y otro analizaban la respuesta judicial a la *violencia doméstica* en los períodos de referencia, justificando sobradamente la necesidad de abordar las reformas legislativas que se han ido elaborando.

Más recientemente, el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, ha ido elaborado anualmente estudios sobre Sentencias del Tribunal del Jurado y Audiencias Provinciales por homicidios y asesinatos consumados en el ámbito de la violencia de género y de la violencia doméstica. El último responde a las sentencias del año 2010³.

Otra de las actividades del Consejo en esta materia ha sido la introducción en los Planes de Formación Continua y Descentralizada de la carrera judicial, de **cursos de formación**, con la finalidad no sólo de garantizar la formación técnica de jueces y juezas sino también de aproximar a unos y a otras a la realidad de esta violencia, a sus causas, manifestaciones, finalidad, manifestaciones, significado y consecuencias, condición de posibilidad de la tutela judicial efectiva.

En el pasado año se ha logrado implantar la **formación obligatoria**⁴ en violencia de género para todos/as los/as magistrados y magistradas que acceden a plazas de violencia sobre la mujer, con la finalidad de sensibilizar y dar a conocer a nuestros/as jueces y juezas, los instrumentos legales y recursos existentes en la lucha contra estos crímenes. En el art.

³<http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=d9197a6ce83e9310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=3a20f20408619210VgnVCM10000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>

⁴http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Actividad_del_Observatorio/Formacion_previa/relacionados/Criterios_basicos_que_han_de_regir_las_actividades_obligatorias_de_formacion_para_los_Jueces_y_Magistrados_as_destinados_en_Juzgados_de_Violencia_sobre_la_Mujer_en_Juzgados_de_lo_Penal_especializados_en_violencia_de_genero_o_en_Secciones_penales_y_civiles_especializadas_en_violencia_de_genero_Aprobados_por_acuerdo_del_Pleno_del_CGPJ_de_17_de_mayo_de_2010

159 del Reglamento de la Carrera Judicial aprobado por acuerdo del Pleno de 28 de abril de 2011, se regula la formación obligatorias.

Todos estos estudios, al igual que las principales conclusiones de cursos de formación y seminarios que, en la materia, se han venido realizando de forma sostenida, dirigidos a la carrera judicial, también a la fiscal, pueden ser consultados en la pestaña del Observatorio de la página web del Poder Judicial (www.poderjudicial.es), o, directamente, en la página web www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es

Igualmente, y relacionado con lo anterior, el Consejo ha desarrollado una labor específica para **continuar promoviendo la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer** exclusivos en toda España, que son 106 en la actualidad, -además de los 355 compatibles- así como 24 **Juzgados de lo Penal** con competencias –exclusivas y/o excluyentes- en materia de Violencia sobre la Mujer en aquellas ciudades en que, por el volumen de asuntos, se ha podido proceder a su especialización. Además contamos con 72 secciones penales especializadas de las **Audiencias Provinciales**.

A través de diversos Acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente, tendentes a mejorar su funcionamiento, así como para dar a conocer la **información resultante de la estadística judicial** en esta materia. En este ámbito, cabe destacar igualmente la creación de la **Comunidad Virtual de Violencia sobre la Mujer**, cuya participación está abierta a los miembros de la carrera judicial con destino en un JVM, y que permite la comunicación entre sus titulares.

II.2. Actuaciones de la Fiscalía General del Estado

La Fiscalía General del Estado, por su parte, ha elaborado, tras la promulgación de la *Ley Integral*, la **Circular 4/2005, de 18 de julio**, relativa a los criterios de aplicación de la referida Ley, así como dos **Instrucciones**, del mismo año: la **2/2005, de 2 de marzo**, que establece los criterios para orientar a la Fiscalía en la emisión de las certificaciones que, excepcionalmente y hasta la celebración de la comparecencia prevista legalmente para la adopción de la Orden de Protección, prevé la Ley para acceder a los nuevos derechos laborales y económicos; la **7/2005, de 23 de junio**, que fija el modelo funcional del Ministerio Fiscal y los criterios de

⁵http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio_de_Derecho_Judicial/Reglamentos/Reglamento_2_2011_de_28_de_abril_de_la_carrera_judicial

organización de las nuevas Secciones contra la Violencia de las Fiscalías; Cabe citar, igualmente, la **Consulta 2/2006**, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal y el límite de su duración.

Por último la **Circular 6/2011, de 2 de noviembre**, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, al objeto de mantener la unidad de criterio en la actuación del Ministerio Público en la materia en todo el territorio nacional.

II.3. Algunas actuaciones del Gobierno de la Nación

A través del Real Decreto 200/2012 de 23 de enero, y tras el cambio de gobierno a partir de las últimas elecciones generales que tuvieron lugar en noviembre de 2011, se reestructura el Ministerio, ahora llamado de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. En dicho Real Decreto se mencionan las funciones de la nueva **Delegación del Gobierno para la Violencia de Género**, a quien corresponderá proponer la política del Gobierno contra las distintas formas de violencia de género e impulsar, coordinar y asesorar en todas las medidas que se lleven a cabo en esta materia y, especialmente, impulsar la aplicación del principio de transversalidad de las medidas destinadas a luchar contra las distintas formas de violencia de género; las medidas relativas a la sensibilización; promover la coordinación y la colaboración entre los distintos servicios competentes para garantizar una actuación integral en relación con la valoración y gestión del riesgo, mediante la elaboración de planes y protocolos de actuación que garanticen la ordenación de las actuaciones y procedimientos de prevención, detección, asistencia, protección y persecución de los actos de violencia contra las mujeres, en colaboración con los departamentos ministeriales y Administraciones competentes; impulsar la coordinación en el ámbito de la Administración General del Estado en materia de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la cooperación con las instituciones y Administraciones competentes para la atención y protección de las víctimas, así como realiza y difundir informes, estudios e investigaciones sobre cuestiones relacionadas con las distintas formas de violencia de género.

En el punto 5 del Real Decreto se acuerda la adscripción al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el **Observatorio Estatal de**

⁶http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&language=es&newPagina=2&numelemPag=5&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarCirculares

Violencia sobre la Mujer⁷, a través de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, que ejercerá su presidencia. En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un órgano colegiado interministerial, al que corresponde el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios y propuestas de actuación en materia de violencia de género.

Este Observatorio Estatal, distinto del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, tendrá la siguiente composición, en la que velará por la paridad entre mujeres y hombres:

- a. Presidencia.
- b. Vicepresidencia primera.
- c. Vicepresidencia segunda.
- d. Vocales:
 1. Doce vocales, seis en representación de las Administraciones Públicas y otros seis en representación de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, estableciéndose un régimen de rotación bianual entre estas últimas con el fin de posibilitar la participación de todas ellas.
 2. Una persona en representación de la Federación de Municipios y Provincias.
 3. La persona titular del cargo de Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer, en representación de la Fiscalía General del Estado.
 4. Una persona en representación del Consejo General del Poder Judicial que, a su vez, sea vocal del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género.
 5. Trece vocales en representación de los agentes sociales, organizaciones y asociaciones cívicas, distribuidas de la siguiente forma:
 - Cinco vocales en representación de las organizaciones de mujeres de ámbito estatal que trabajen en materia de violencia de género:

⁷ <http://www.mssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/ObservatorioEstatal/home.htm>

Fundación Mujeres, Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, federación de Mujeres Progresistas y Asociación de Mujeres Juristas Themis.

- Dos vocales en representación de las organizaciones empresariales, a propuesta, una persona, de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, y otra persona, de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.
- Dos vocales en representación de los sindicatos más representativos, a propuesta de los mismos: Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras.
- Una persona en representación de las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal: Federación UNAE.
- Tres vocales en representación de las organizaciones no gubernamentales: uno en representación de Cruz Roja Española; uno de las organizaciones que actúan en el área de personas con discapacidad, CERMI, y, uno de las organizaciones que trabajan en el ámbito de la inmigración, Asociación Rumiñahui Ecuatoriana para la Colaboración al Desarrollo.

6. Dos personas expertas en materia de violencia de género, designadas por la Presidencia del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer

e. Secretaría.

En Febrero de 2012 la Ministra de Sanidad anunció la creación de un “Plan Personalizado contra la Violencia de Género”, que se encuentra en fase de elaboración, con el objetivo prioritario de proteger a las mujeres amenazadas y a sus hijos/as menores de manera individualizada.

Sigue vigente el “Plan de Atención y Prevención de la violencia de género en población extranjera Inmigrante “(2009-2012)⁸.

Por la Delegación especial se han realizado varias macro-encuestas en este ámbito, habiéndose publicado la última el 8 de febrero de 2012⁹.

⁸[http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/Documentacion/medidasPlanes/DOC/Plan_atencion_preveccion_violencia_genero_poblacion_extranjera_inmigrante\(2009_2012\).pdf](http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/Documentacion/medidasPlanes/DOC/Plan_atencion_preveccion_violencia_genero_poblacion_extranjera_inmigrante(2009_2012).pdf)

Finalmente el día 17 de junio de 2013 se el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y las CC AA aprobaron la primera Estrategia para la Erradicación de la Violencia de Género, dotada con 1.539 millones de euros¹⁰.

II.4. Ámbito Internacional

En el ámbito internacional se han llevado a cabo iniciativas que pretenden armonizar conceptos e instrumentos de lucha contra la violencia de género y la violencia doméstica a fin de hacer más eficaz los mecanismos judiciales, policiales y los recursos asistenciales.

España es un país pionero en la lucha contra la violencia de género, y así lo han reconocido diversas instituciones internacionales. **El Parlamento Europeo** en su **informe sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209 (INI))**, realizado por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género de 18 de marzo de 2011, destacó expresamente en su apartado 5.1, que *“España ha creado un sistema de recopilación de información emergente del sistema jurídico en relación con las investigaciones jurídicas y los procedimientos judiciales. Registra datos importantes sobre los delitos actuales y las partes implicadas, como el sexo de las partes, la procedencia étnica, el escenario del delito, el uso de armas, etc. El hecho de que las partes hayan estado con anterioridad en contacto con las autoridades, puede constituir información relevante que debe registrarse.”*¹¹

En el ámbito de la Unión Europea (UE) se ha creado **el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE)**¹² que tiene por finalidad promover la igualdad entre los géneros, luchar contra la discriminación por razón de sexo y aumentar la conciencia sobre las cuestiones de igualdad de género.

Actúa a modo de “observatorio” europeo. Su labor fundamental consiste en recoger y analizar datos comparables sobre las cuestiones de género, para desarrollar herramientas metodológicas, en particular para la integración de

⁹http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1329745747_macroencuesta2011_principales_resultados-1.pdf

¹⁰<http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=2880>

¹¹<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0065+0+DOC+XML+V0//ES>

¹²<http://www.eige.europa.eu/>

la perspectiva de género en todas las políticas (transversalidad), para facilitar el intercambio de buenas prácticas y el diálogo entre las partes interesadas, así como para sensibilizar a la ciudadanía de la UE.

Futuras Actuaciones: **Observatorio Europeo contra la Violencia de Género.**

Durante la Presidencia española de la Unión Europea, con las conclusiones del Consejo de Empleo, Sanidad, Política Social y Consumidores (EPSCO) de marzo de 2010, se acordó la creación de un Observatorio Europeo contra la Violencia de Género y de atención a las víctimas de malos tratos, sobre la base de las estructuras institucionales existentes, con vistas a obtener estadísticas de alta calidad en apoyo de las medidas políticas. Se espera que este instrumento, pionero a escala de la Unión, permita conocer los datos y evaluar de forma común y homogénea esta lacra que aún es tabú en muchos Estados miembros. En noviembre del año 2010, la Comisión firmó un acuerdo de cooperación con el EIGE, con el que se espera fortalecer la colaboración entre estas dos instituciones. Sin embargo, este acuerdo no hace mención al Observatorio Europeo como tampoco se menciona la creación de este Observatorio en la Comunicación de la Comisión sobre la estrategia para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2010-2015)¹³, que dedica un capítulo a la «Dignidad, integridad y fin de la violencia sexista» en el que se apunta que la Comisión «adoptará una estrategia a escala de la UE para combatir la violencia contra las mujeres».

Durante la Presidencia española, también se impulsó la **orden europea de protección**¹⁴ que ha sido aprobada y pendiente de adaptación a la normativa interna en España, si bien el Ministerio de Justicia ya ha elaborado un anteproyecto, de ley sobre Intercambio de Información de Antecedentes Penales y Consideración de Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea de 8 de febrero de 2013¹⁵. El Anteproyecto ha sido informado en Consejo de Ministros y está pendiente –a fecha de elaboración de esta guía- de remisión a las Cortes Generales.

En fecha 25 de octubre de 2012, y publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea el 14 de noviembre de 2012, se ha aprobado la **Directiva**

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0491:FIN:ES:PDF>

¹⁴ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/La_orden_de_proteccion_relacionados/Directiva_2011_99_UE_del_Parlamento_Europeo_y_del_Consejo_de_13_de_diciembre_de_2011_sobre_la_orden_europea_de_proteccion

¹⁵ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html

2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo¹⁶.

También resulta imprescindible mencionar el **Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Junio de 2013**¹⁷, sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que como se establece en su texto, debe aplicarse a las medidas de protección dictadas con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro, a efectos, por ejemplo, de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho, la intimidación u otras formas de coerción indirecta.

En el ámbito europeo es destacable el **Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia de Género, de 11 de mayo de 2011**¹⁸, firmado en Estambul, a iniciativa del Consejo de Europa, firmado por España y pendiente de ratificación. Hasta el momento se ha firmado por 23 Estados miembros y ha sido ratificado por uno, Turquía. La finalidad de este convenio vinculante es proteger a las mujeres de cualquier forma de violencia así como prevenir, perseguir y eliminar la violencia de género y la violencia doméstica.

Con ocasión de la sesión nº 54 del **CEDAW** (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), que tuvo lugar en Ginebra entre los días 11 de febrero y 1 de marzo de 2013, se abrió una Discusión General sobre el Acceso a la Justicia– celebrada el día 18 de febrero -a todas las asociaciones e instituciones que solicitaron participar, sobre el acceso a la justicia de las víctimas de discriminación conforme a la Convención. El Consejo General del Poder Judicial tomó parte en dicha reunión y contribuyó con el informe que consta en la página web al número 46 de las contribuciones escritas¹⁹.

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:ES:PDF>

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:181:0004:0012:ES:PDF>

¹⁸ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_EN.asp?

¹⁹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/WrittenContributions2013.htm>

III. OBJETO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

III.1. La diferencia entre los conceptos de violencia doméstica y de género

La promulgación de la Ley Orgánica 1/2004 ha permitido establecer, de forma más clara, la delimitación de los conceptos de violencia doméstica y de violencia de género, conceptos que en ocasiones se confunden por los operadores jurídicos.

Así, la violencia doméstica o intrafamiliar es la que se produce entre ascendientes, descendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela curatela acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o que con él convivan, o sobre otra persona amparada por cualquier relación por la que se encuentren integrados en el núcleo de convivencia familiar, siempre y cuando no se trate de hechos cometidos contra la mujer por su pareja o ex pareja varón (bien se trate de matrimonio o de otra relación de afectividad análoga). Su referente jurídico se encuentra, como veremos, en el artículo 173.2 del Código Penal, exceptuadas las personas ofendidas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 153 del mismo cuerpo legal.

La violencia de género, por su parte, es la violencia o las diferentes violencias inferidas por hombres contra mujeres por el mero hecho de ser mujeres y constituye manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales. Es una de las manifestaciones paradigmáticas de la discriminación ancestral de las mujeres y supone una clara vulneración de sus derechos humanos. La más relevante, cuantitativamente, tiene lugar en el ámbito de convivencia o relación familiar, muy especialmente en el ámbito de la pareja o ex pareja. Ésta tiene en común con la violencia doméstica, exclusivamente, el ámbito o el lugar en que se desarrollan sus manifestaciones más numerosas. No guarda relación con situaciones de vulnerabilidad vinculadas con un déficit de capacidad jurídica o con circunstancias de debilidad biológica (que explica la violencia contra menores o contra ascendientes). Se corresponde exclusivamente con una vulnerabilidad social construida respecto de una *parte de la población* ciertamente numerosa (algo más del 50%), las mujeres, que se encuentran, normalmente, en plenitud de facultades físicas y psíquicas. El sujeto activo siempre será varón y el pasivo mujer.

El género, en este contexto, es una categoría de análisis que permite entender que la diferente construcción sociocultural de identidades, subjetividades, pautas de comportamiento o de relación ... para hombres y mujeres, los diferentes roles atribuidos a unas u otros, no guardan relación con los atributos biológicos sexuados diferenciados de los cuerpos humanos sino con las consecuencias socioculturales anudadas a aquéllos, con el resultado de relaciones jerarquizadas, en las que las mujeres están subordinadas, real y simbólicamente, a los varones.

Por ello, el género como categoría de análisis, que permite conocer y analizar el origen de la discriminación entre hombres y mujeres, no tiene relación ni con el género gramatical ni con el género humano, como se ha pretendido vincular desde algunos sectores.

En este sentido, en absoluto resulta coincidente con el concepto de *sexo*. Esta distinción aparece expresamente recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, cuando concluye, en el apartado C) del FJ 9, rechazando tanto la alegación de presunta discriminación por razón de sexo reprochada a la actual redacción del artículo 153 del CP como la propia cuestión de inconstitucionalidad que pasaba a resolver:

“C) Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

Por ello no resultan equivalentes y no deben ser utilizados indistintamente los conceptos de violencia doméstica y de violencia de género.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley Integral, la violencia doméstica quedará circunscrita al resto de sujetos pasivos previstos en el artículo 173.2 del Código Penal, esto es: a) descendientes; b) ascendientes; c) hermanos por naturaleza, adopción o afines, propios o del cónyuge o conviviente; d) sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se

hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; e) o sobre la persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; f) así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La competencia para la instrucción de los delitos de violencia doméstica corresponderá en principio a los Juzgados de Instrucción; en el caso de los delitos cometidos sobre las personas del art. 173.2, sólo serán competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando se produzca también, en unidad de acto, un episodio de violencia sobre la mujer.

III.2. Reducción de su ámbito de aplicación a la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja

Según la Declaración de Naciones Unidas del año 1993 la violencia de género es “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer”.

La violencia de género recogida en la Ley Integral tiene, sin embargo, un ámbito más restringido pues se reduce a la que se produce en el ámbito de la relación de pareja o ex pareja y, en su caso, sobre los hijos e hijas menores. No regula, por ello, ni siquiera otra violencia de género intrafamiliar, contra ascendientes y descendientes femeninos por parte de otros familiares masculinos. Tampoco la que se produce en otros ámbitos, como en la vida social (agresiones y abusos sexuales, ablación de genitales, trata de mujeres, prostitución de mujeres...) o en el ámbito laboral. La concreta opción del legislador, centrando su atención en la específica violencia que ejercitan los hombres contra las mujeres en el ámbito de la relación de pareja o ex pareja, no puede difuminar, sin embargo, la existencia de otras violencias contra las mujeres.

A la hora de configurar su ámbito de aplicación la Ley Integral emplea dos criterios. Uno de naturaleza objetiva y otro de naturaleza subjetiva.

Conforme al primero, sólo las infracciones penales contempladas en la Ley podrán considerarse violencia de género y entrarán dentro de la competencia de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer²⁰.

²⁰ Arts 44 Ley Integral y 87 ter LOPJ.

Con arreglo al segundo y como complemento, será necesario además que entre víctima y victimario exista o haya existido, o bien una relación conyugal o una relación análoga o similar de afectividad, con o sin convivencia.

En relación con este elemento subjetivo se han planteado diversas interpretaciones por los órganos jurisdiccionales. Algunas resoluciones parten de una interpretación restrictiva y exigen que esa relación análoga o similar a la conyugal participe de las notas de continuidad y estabilidad y que esté animada por alcanzar un proyecto de vida en común.²¹ Otras resoluciones judiciales consideran suficiente que entre el hombre y la mujer exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro²².

Ante esas dudas interpretativas, desde el Grupo de Expertos/as del Observatorio, se propuso la reforma de los correspondientes tipos penales, así como de los artículos 1 de la Ley Integral y del artículo 87 ter de la LOPJ en los siguientes términos:

“...cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por cualquier otro tipo de relación afectiva de pareja, aunque no haya existido convivencia entre ellos”.

Otro criterio interpretativo lo ofrece la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011 en sus conclusiones Tercera, Cuarta y Quinta, conforme a las cuales:

“Las relaciones de noviazgo están incluidas dentro del ámbito de competencia de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Por tales se entienden las que trasciendan de los meros lazos de amistad, afecto y confianza. No se incluyen las relaciones ocasionales o esporádicas.

La víctima menor de edad está incluida en el ámbito de protección de la LO, siempre y cuando el vínculo afectivo participe de las características señaladas en el apartado anterior. El hecho de que imputado y/o víctima mantengan más de una relación afectiva no excluye la aplicación de la LO 1/2004.”

²¹ STS 1348/2011

²² SSTs 510/2009 y 1376/2011

En las conclusiones alcanzadas en el primer curso celebrado para los juzgados de lo penal especializados en violencia de género organizado por la sección del Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género celebrado en Madrid, los días 4 a 6 de marzo de 2013, se dijo lo siguiente:

“Sin perjuicio de considerar la indefinición del concepto “análoga relación de afectividad a la matrimonial”, en un mundo en el que las relaciones afectivas han perdido parte de las características que, tradicionalmente, tenía el matrimonio, dicha expresión ha de ser interpretada de conformidad con la realidad social cambiante, tanto en la interpretación de los tipos penales como a la hora de aplicar los arts. 416 o 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

En cualquier caso, conviene tener presente que los artículos 153, 171, 172 y 173 del Código Penal incorporan, como elementos del tipo, esa relación, por lo que para que pueda recaer Sentencia condenatoria la misma habrá de resultar tan probada como el hecho mismo del maltrato, amenaza o coacción.

Tal cuestión fue abordada por el Seminario Sobre Unificación de Criterios celebrado en el Consejo General del Poder Judicial en el mes de octubre de 2009, en cuya conclusión 63ª se recogía lo siguiente:

“Se plantea qué sucede cuando los afectados niegan la relación y cómo acreditarla: Habría que distinguir dos situaciones, si se trata de integrar los tipos penales en que esa relación es inherente, entonces es la acusación la que tiene la carga de probar su existencia a través de los medios de prueba que estime oportunos. Caso diferente es cuando esa relación tenga relevancia a los efectos del artículo 416 de la LECrim. En estos casos el Juez deberá interrogar al testigo y cerciorarse de si la relación existe o no para decidir si el testigo tiene o no derecho a acogerse a la excusa. En este sentido es interesante la STS nº 292/2009 de 27 de marzo.”

IV. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO RELACIONADOS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La garantía de los derechos encomendada constitucionalmente a jueces y juezas tiene una específica proyección en los reconocidos legalmente a las

víctimas de la violencia de género vinculados con su derecho de acceso a la Administración de Justicia. Tales derechos imponen a jueces y juezas específicas *obligaciones de hacer*.

IV.1. Trato adecuado a las víctimas

IV.1.1. Prestaciones debidas a las víctimas en el sistema de justicia penal

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, establecía que

“los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal”.

La Decisión Marco ha sido sustituida recientemente por la Directiva –ya mencionada- del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, en la que se manifiesta que el Consejo declaró que debían tomarse medidas a escala de la Unión para reforzar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Para ello, y de acuerdo con dicha Resolución, el objeto de la mencionada Directiva es revisar y complementar los principios establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI y avanzar de forma significativa en la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión, en particular en el marco de los procesos penales.

Este principio inspiró la LO 1/2004, que articula medidas tendentes a evitar la llamada victimización secundaria, en la misma línea seguida luego por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2005, de 26 de julio, y por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Directiva incluye la definición de los conceptos esenciales en la materia: víctima, familiares, pareja, justicia reparadora, menor, etc., y establece la obligación para los Estados de garantizar a todas las víctimas de una infracción penal los derechos que se dirán mencionado expresamente la siguiente afirmación de trascendencia:

“El delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas. Por ello, las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo (...).”

Ofrece **un concepto de víctima** en el art. 2:

Es víctima la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal.

También se consideran víctimas los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

Como **derechos de las víctimas** se mencionan:

1. Derechos de Información y apoyo:

- ~~Derecho a entender y a ser entendido~~
- Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente
- Derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia.
- Derecho a recibir información sobre su causa.
- Derecho a traducción e interpretación
- Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas

2. Derechos derivados de su participación en el proceso penal:

- Derecho a ser oída
- Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento
- Derecho a garantías en el contexto de justicia reparadora ²³
- Derecho a asistencia jurídica gratuita
- Derecho al reembolso de gastos
- Derecho a la restitución de bienes
- Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal

²³ La legislación española prohíbe la mediación en los supuestos de violencia de género.

- Derechos de las víctimas residentes en otro Estado Miembro.

3. Derechos en el ámbito de la protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial.

- Derecho a la protección
- Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor
- Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales
- Derecho a la protección de la intimidad
- Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección
- Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal.
- Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal.

Asimismo, dispone que los Estados miembros garantizarán que la policía, los fiscales y el personal de los juzgados reciban **formación** general y especializada a un nivel adecuado al contacto que mantengan con las víctimas con el fin de que se sensibilicen con sus necesidades y de que las traten de manera imparcial, respetuosa y profesional (considerando nº 61; y artículo 25 de la Directiva).

También ha de traerse aquí la Directiva 2011/99/UE²⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, iniciativa impulsada por la presidencia española a principios de 2010, que garantiza a las víctimas de delitos como la violencia, el acoso, la homofobia o la trata el mismo nivel de protección frente a sus agresores en toda la UE. (Como se dijo anteriormente un anteproyecto de ley ha sido ya informado en el Consejo de Ministros y está pendiente de remisión a las Cortes Generales).

²⁴http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Legislacion_y_jurisprudencia/Legislacion/Directiva_2011_99_UE_del_Parlamento_Europeo_y_del_Consejo_de_13_de_diciembre_de_2011_sobre_la_orden_europea_de_proteccion

Las medidas de protección existen en todos los Estados miembros, pero dejan de tener efecto cuando se cruza una frontera. La orden europea de protección tiene por objetivo asegurar que la protección impuesta en un Estado miembro se aplica en cualquier otro país de la UE al que se desplace la víctima. Esta Directiva 2011/99/UE por la que se regula la "euro-orden" cubre a cualquier persona beneficiaria de una medida de protección en su país de origen, como por ejemplo una orden de alejamiento.

Es, por consiguiente, esencial que los Juzgados con competencias en Violencia sobre la Mujer presten durante la fase de instrucción especial atención a la protección de los derechos de las víctimas. En particular, la Directiva 2012/29/UE, que consagra un Estatuto Jurídico de las Víctimas en el proceso penal que obliga a los poderes públicos a las siguientes prestaciones:

- Reservar a las víctimas un papel efectivo y adecuado en el sistema de justicia penal, tratándolas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal y con pleno reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos.
- Velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación.
- Tomar las disposiciones oportunas para que las autoridades sólo interroguen a las víctimas en la medida necesaria en el proceso penal.
- Garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas en el plano de la seguridad, intimidad e imagen.
- Evitar el contacto entre víctima y denunciado en las dependencias judiciales, destinando en éstas espacios reservados a las víctimas.
- Tutelar a las víctimas, cuando sea necesaria su protección, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, permitiendo que las mismas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su ordenamiento.

El Tribunal Supremo, en relación a este último extremo, ha refrendado la posibilidad de que la víctima declare en el juicio oral sin confrontación con el acusado, en Sentencias como la STS 1113/2012, de 23 de Febrero del 2012. Esta posibilidad puede articularse, igualmente, en la celebración de la comparecencia del artículo 544 ter de la LECrim.

En cuanto a la declaración de los menores, víctimas directas y/o indirectas de la violencia de género, debe tenerse en cuenta la doctrina sentada, entre otras, por la STS, Sala 2ª, 1804/2009, de 10 de Marzo, así como la reforma operada en la LECrim, en los artículos 433, 448 y 731 bis, por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que tiende a evitar la llamada “victimización secundaria”, introduciendo medidas que eviten la confrontación visual con el inculpado, así como la posibilidad de su declaración mediante videoconferencia o cualquier otro medio acorde, tal y como también prevé el artículo 229 de la LOPJ.

IV.1.2. Información personal de derechos y de forma comprensible

El artículo 1 de la Directiva 2012/29/UE establece que:

“La finalidad de la presente Directiva es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales.”

El Capítulo II de la Directiva dedica siete artículos al desarrollo del derecho a la información de las víctimas, situándose como espina dorsal de los demás derechos que se van desarrollando a lo largo de su articulado.

En esta misma línea, el Título II de la LO 1/2004 recogía ya, en su Capítulo I, los derechos de las mujeres víctimas de violencia en lo relativo a su derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica. Concretamente, el artículo 18 establece que

“las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas. Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral”.

Asimismo, el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género, al que remite el artículo 31 de la Ley Orgánica 1/2004, dispone la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, desde el momento en que tengan conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal

en materia de violencia de género y doméstica, de informar a la víctima de su derecho a la asistencia jurídica, en los términos que dispone el artículo 20 de la *Ley Integral*.

Por su parte, durante la fase de instrucción, el artículo 776 de la LECrim encomienda al Secretario/a Judicial la función de llevar a cabo la información al ofendido o perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de dicho texto legal, cuando no lo hubiera hecho previamente la Policía Judicial.

El contenido de dicha información deberá comprender en todo caso:

- a) la posibilidad de mostrarse parte en el proceso;
- b) la posibilidad de nombrar abogado que le defienda y derecho, en su caso, a que le sea nombrado de oficio, sin que ello suponga el reconocimiento automático del derecho a la asistencia jurídica gratuita²⁵.

Artículo 2. Del Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita establece lo siguiente:

“Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita:

Uno. Se añaden las siguientes letras al artículo 2: «g) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por

²⁵ El 23 de febrero de 2013 se aprobó el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

*alguno de los delitos a que se refiere este apartado, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. **El beneficio de justicia gratuita se perderá en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.***

En cuanto a la pérdida del beneficio de justicia gratuita, cuando el precepto se refiere al archivo firme, debe entenderse el sobreseimiento libre firme, ya que es la única resolución que puede asemejarse a una sentencia absolutoria firme, pues el archivo por sobreseimiento provisional podría reabrirse en cualquier momento en tanto no transcurra el plazo de prescripción.

c) la puesta en conocimiento del hecho de que, caso de no personarse en la causa, el Ministerio Fiscal ejercitará tanto la acción penal como la civil salvo que esta última hubiese sido renunciada o reservada;

d) la posibilidad, en caso de personación, de tener acceso a las actuaciones y solicitar la práctica de diligencias.

Deberá adicionarse, además, la información sobre cualquier derecho que se regule con perfiles propios o con un mayor alcance en la legislación autonómica que le afecte.

Expresamente, además, el artículo 109 de la LECrim impone al Juez/a, en los procesos seguidos por delitos de los comprendidos en el artículo 57 del CP, la obligación de asegurar que se le comuniquen a la víctima los actos procesales que puedan afectar a su seguridad. Por su parte, el artículo 544 ter del mismo texto procesal establece el deber, en sede de orden de protección, de informar a la víctima permanentemente sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas y, particularmente, de la situación penitenciaria del agresor.

Es recomendable recoger en el acta relativa a dicha información la posición de la víctima frente a los diversos extremos: así, si desea personarse como acusación particular y solicitar, de no estar previamente designados, abogado y procurador de oficio, en su caso; si reclama la responsabilidad civil que pudiera derivarse de los hechos, si solicita la adopción de medidas cautelares....

También los artículos 779.1.1ª, 785.3, 789.4 y 792.4 de la LECrim establecen la obligación de notificar a la víctima el sobreseimiento del proceso, la fecha y lugar de celebración del juicio, la sentencia recaída en la causa así como la que, en su caso, se dicte en apelación.

IV.1.3. Inmediación en las declaraciones de imputado y víctima

Resulta esencial, en orden a garantizar la protección de la víctima y una adecuada instrucción de la causa, que se cumpla el principio de inmediación por parte del Juez/a en las actuaciones que se realicen en dependencias judiciales, sean las declaraciones de las partes o de testigos. Sólo de este modo puede garantizarse la rapidez y efectividad de la respuesta judicial, transmitiendo, de un lado, a la víctima una sensación de confianza en las instituciones, de amparo y de satisfacción de sus necesidades y, al presunto agresor, de otro, la certeza de una respuesta inmediata del ordenamiento jurídico en caso de su transgresión.

En este sentido, tanto la declaración de la víctima como la del presunto agresor constituyen diligencias de instrucción básicas en orden a la averiguación de este tipo de delitos, que, con frecuencia, se cometen en el ámbito de la intimidad.

En el caso de la declaración del presunto agresor, habrá de prestarse especial atención al posible reconocimiento que el mismo pudiera hacer de los hechos que se le imputan; así, es frecuente en la práctica que niegue haber golpeado a su pareja, pero admita haberla propinado empujones o haberla agarrado con fuerza, o bien que admita haber proferido amenazas contra ella pero aduciendo que en modo alguno tenía intención de cumplirlas.

Por lo que respecta a la declaración de la presunta perjudicada, la inmediación es fundamental a la hora de poder apreciar si en la misma concurren los requisitos necesarios para que pueda ser valorada como indicio suficiente en orden a fundamentar la adopción de medidas cautelares.

Por último, debe destacarse la importancia de la inmediación en las comparecencias que realice la víctima cuando manifieste su voluntad de retirar la denuncia o de que se alcen las medidas cautelares en su caso acordadas; y ello en orden a tratar de inferir los posibles motivos que la han llevado a tomar dicha decisión. A tal efecto, cuando tales manifestaciones se realicen a través de un escrito presentado por su letrado/a y suscrito por aquélla, es conveniente –con carácter previo a resolver sobre el mismo–

citar a la perjudicada ante el Juzgado para que declare sobre las mismas y sobre las razones que han determinado su solicitud.

IV.2. Reparación y recuperación integral

La Directiva 2012/29/UE establece en su artículo 16 el Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial.

2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

La evaluación del daño psíquico sufrido por las víctimas de la violencia de género es fundamental no sólo para tipificar criminalmente los actos cometidos contra ellas sino para planificar su tratamiento y establecer una compensación adecuada. Sin embargo, mientras en nuestro ordenamiento existe una baremación estandarizada de las lesiones corporales, vinculadas tradicionalmente con hechos de la circulación o con accidentes laborales, apenas se presta atención a la valoración de los daños psíquicos. Así, en la LO 34/2003, de 4 de noviembre, que modificó la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el trastorno de estrés postraumático se valora en la Tabla VI en un rango de 1 a 3 puntos sobre 100 mientras que los llamados “otros trastornos neuróticos” se valoran de 1 a 5 puntos, es decir, de una forma desproporcionadamente baja en relación a las secuelas físicas.

No debe olvidarse, por otra parte, que la responsabilidad civil *ex delicto* comprende la restitución, la reparación y la indemnización por daños y perjuicios, incluidos los morales, y que el actual sistema jurídico sustantivo y procesal está llamado a integrar los derechos de la víctima, los del victimario y los de la comunidad social. Con ello se pretende no sólo una justicia retributiva y rehabilitadora del delincuente, sino igualmente reparadora del daño antijurídico causado con la infracción penal. Está llamada, en este último extremo, a cumplir, respecto de la víctima, las siguientes tareas: asistencial (médica, psicológica, jurídica y social), informativa-participativa (que integre a la víctima en el proceso penal), tuteladora y reparadora del daño infligido.

Desde esta perspectiva, es importante que en el informe médico forense o en el elaborado, en su caso, por la UVFI se haga constar, además del apartado correspondiente a la valoración de lesiones físicas (compatibilidad y mecanismo de producción, haciendo referencia en su caso a si son de defensa, días de curación, de impedimento y de hospitalización, tratamiento y existencia o no de secuelas), un apartado para describir la exploración psicopatológica realizada en el que se consignen los siguientes puntos:

- Situación mental y afectiva detectada en la víctima.
- Valoración del estado psicopatológico como elemento compatible con una situación de violencia crónica o habitual, estableciendo en su caso la relación de causalidad con los hechos denunciados.
- Tratamiento efectuado y/o requerido para curar (primera asistencia o tratamiento médico desde el punto de vista médico-legal), indicando particularmente la necesidad de tratamiento psicoterapéutico (no debiendo olvidarse que la primera medida de tratamiento es el alejamiento del factor estresante y la adopción de medidas de seguridad para la víctima).
- Pronunciamiento sobre los tiempos medios de curación, a fin de facilitar la fijación de una indemnización económica.

En orden a garantizar la efectividad de los derechos contenidos en los artículos 109 y siguientes de la LECrim, es fundamental también que en la fase de instrucción

“se acuerden, siempre que no exista la renuncia de la víctima al resarcimiento de las consecuencias del delito, las diligencias oportunas en aras a obtener la información patrimonial suficiente sobre la persona que aparece como responsable de aquél que permitan la efectividad del pronunciamiento en materia de responsabilidad civil que pueda efectuarse. Éste deberá comprender todas las manifestaciones del daño y no sólo respecto a quien aparece como primera víctima directa sino respecto a todos los perjudicados” (Conclusión 12ª del Curso de formación para Jueces y Magistrados, celebrado en Madrid los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2007, sobre “Valoración del Daño en las Víctimas de Violencia de Género”).

Por último, es importante destacar que la doctrina jurisprudencial sostiene que

“la reparación del daño o sufrimiento moral, si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida principalmente a

proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado” (STS de 4 de febrero de 2005),

Deberá también incluirse, cuando proceda, la «pecunia doloris», integrada por esas otras lesiones no materiales ni directamente cuantificables en dinero que se hayan causado al ofendido o a su familia y que producen consecuencias negativas en su persona o en su vida personal, familiar o social, tales como sufrimientos, inconvenientes, padecimientos, angustias, incertidumbres o similares que, sin ser traducibles monetariamente, hayan ocasionado un daño moral, cuya indemnización prevé la ley (arts. 110.3º y 113 CP) (STS de 4 de Mayo del 2012.)

Aunque, en cuanto a su acreditación, la jurisprudencia aplica patrones más moderados y diversos, bien indicando que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral, bien no exigiendo puntual prueba o exigente demostración de su existencia (STS de 31 de mayo de 2000).

También que la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el quantum indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador (SSTS del 04 de Abril del 2012, y de 14 de diciembre de 2011).

En todo caso, la *Ley Integral*, configura el nuevo derecho a la asistencia social integral de las víctimas de violencia de género con una decidida vocación de procurar su recuperación integral, a la que van enderezada de forma especial las previsiones de su artículo 19. Las actuaciones judiciales siempre deberán ser respetuosas con esta finalidad.

En este punto, debemos hacer especial mención a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (OAV, y a los Servicios de Atención a las Víctimas (SAV).

Las OAV son un servicio público y gratuito creado desde 1995 para asistir a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, incluidas, lógicamente, las víctimas de violencia doméstica y de género. Son atendidas por funcionarios judiciales y, en las ciudades más pobladas, además, están asistidas por un equipo psicosocial (psicólogo y trabajador social).

Los Servicios de Atención a las Víctimas, que se han venido poniendo en marcha en diferentes lugares de España, (como el SAVA ²⁶ en la Comunidad Autónoma de Andalucía) pretenden ofrecer una respuesta integral (jurídica, psicológica y social) a los problemas que se le plantean a toda persona víctima de un delito penal, y que solicite voluntariamente ser atendida.

Su finalidad es la de proteger a la víctima, en la medida de lo posible, en su paso por las distintas instituciones por las que, como consecuencia del delito sufrido, entre en contacto, de forma que la dinámica policial, médica y judicial propia de la actuación penal, no le suponga un gravamen adicional al producido por el delito en sí mismo (victimización secundaria).

²⁶ <http://www.juntadeandalucia.es/temas/seguridad/victimas/atencion.html>

V. LA COORDINACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES

V.1. Los planes de colaboración

La coordinación institucional es garantía de eficacia, en cuanto a optimizar los recursos existentes, posibilitando la coherencia de las respuestas individualizadas adecuadas y completas a ofrecer a las víctimas de estos delitos.

La coordinación entre instituciones constituye, por tanto, uno de los pilares de la *Ley Integral*. En este ámbito, la implicación activa de los y las titulares de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el diseño y desarrollo de los diferentes planes de colaboración que puedan suscribirse es una premisa para que la actividad jurisdiccional -con los principios que la presiden y con la específica función que tiene atribuida- quede integrada en los circuitos creados o que se creen para cumplir con el mandato que en tal sentido contiene el artículo 32 de la referida norma.

Objetivos principales de estos circuitos serán:

- 1º. Evitar la duplicidad de actuaciones.
- 2º. Garantizar los derechos de las víctimas en el proceso judicial.
- 3º. Mejorar la prestación del servicio adaptándolo a las peculiaridades y necesidades de las usuarias.

La Ley establece que los respectivos planes de colaboración se articulen mediante protocolos (artículo 32.2 de la LO 1/2004) que han de garantizar la actuación global e integral de las distintas Administraciones implicadas. La interconexión de los diferentes servicios y profesionales permite el conocimiento e individualización de problemas concretos y, con ello, el ofrecimiento de soluciones basadas en criterios de calidad.

Además, los planes de colaboración suelen definir las funciones de las instituciones implicadas en cada una de las diferentes fases de intervención que lo integran. Todas ellas deben servir a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos a las mujeres víctimas de violencia de género y a su recuperación integral.

Estos grupos de trabajo pueden estar formados, al menos, a título de ejemplo, por:

-
- 1.** Representante de Jueces/Juezas-Magistrados/Magistradas responsables de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del territorio donde se pretenda la implantación del circuito.
 - 2.** Representante del Ministerio Fiscal, siendo aconsejable que la representación recaiga en un/a Fiscal con destino en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
 - 3.** Responsable de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con competencias en el respectivo territorio.
 - 4.** Representante del Instituto de Medicina Legal o de los médicos forenses con destino, en este último caso, en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
 - 5.** Oficinas de Atención a la Víctima y/o entidad responsable de la coordinación y seguimiento de las órdenes de protección y de las medidas cautelares.
 - 6.** Representantes de la Consejería de Justicia y de Interior.
 - 7.** Representante de los Servicios de atención primaria y de atención hospitalaria.
 - 8.** Representantes del Ayuntamiento en materia de violencia contra las mujeres y de atención a éstas.
 - 9.** Representante del Colegio de Abogados y, en su caso, de Procuradores.
 - 10.** Representante de los Institutos de la Mujer de los diferentes territorios o de otros organismos de Igualdad.
 - 11.** Servicios sociales comunitarios, tanto de la Administración Local como de la Comunidad Autónoma.
 - 12.** Representantes, en su caso, de los Puntos de Encuentro Familiar.

Existen diferentes experiencias autonómicas y locales de los referidos planes de colaboración, que puede servir de referente orientativo de futuras actuaciones.

V.2. Principales Protocolos de ámbito estatal

V.2.1. Principales Protocolos de coordinación de ámbito estatal²⁷

Para coordinar la respuesta de las diferentes instituciones frente a este tipo de violencia -en algún caso, también frente a la violencia doméstica, especialmente cuando son continuación de otros suscritos en época en que la legislación no diferenciaba este concepto del de violencia de género- se han ido suscribiendo diferentes Protocolos, con la vocación de optimizar la respuesta de todas y cada una de ellas. Los vigentes de ámbito estatal, acordados en relación con esta materia, y que tienen relación, con mayor o menor intensidad, con la actividad jurisdiccional, son los siguientes:

- Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2.005.
- Protocolo de Colaboración y Coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, de 13 de marzo de 2.006.
- Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género, aprobado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en diciembre de 2.006.
- Protocolo de Actuación y Coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la Violencia de Género regulada en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial en fecha de 3 de julio de 2.007.
- Protocolo, de 8 de julio de 2009, de Actuación para el Seguimiento por Medios Telemáticos de las Medidas de Alejamiento en materia de Violencia de Género.

²⁷http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Guia_y_Protocolos_de_actuacion

V.2.2. Protocolos para la Valoración del Riesgo

- Cabe citar igualmente el Protocolo para la Valoración Policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal, aprobado por Instrucción 10/2007, de 10 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, y modificado parcialmente por las Instrucciones 14/2007, de 10 de octubre, y 5/2008, de 10 de julio.
- En octubre de 2011 se aprueba el Protocolo Médico-Forense de Valoración Urgente del Riesgo de violencia de género.
- Se realizó en el ámbito de la Comunidad de Madrid, una guía de buenas prácticas para la valoración psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja²⁸.

²⁸ <http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guiaviolenciacontralamujer.pdf>

VI. TUTELA PENAL

VI.1. La inexistencia de elemento subjetivo en los subtipos penales agravados de violencia de género y el artículo 1 de la Ley Integral

Se ha suscitado, a partir del contenido del artículo 1 de la *Ley Integral*, la cuestión de si, para castigar por los delitos de los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal, tras la promulgación de la LO 1/2004 y a la vista de la redacción dada por ésta a los indicados preceptos, se ha de exigir un particular ánimo derivado de la dicción literal de su artículo 1 (función interpretativa) o si, por el contrario, bastaría con la realización del tipo penal, maltrato de obra, amenaza o coacciones leves, por un hombre contra una mujer respecto de la cual mantenga o haya mantenido una relación conyugal o análoga (función delimitadora del artículo 1 sobre el objeto de la Ley Integral).

El artículo referido señala:

“1.- La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

2.- Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

3.- La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”

Según la primera tesis, se exigiría efectivamente la acreditación de aquella intención, por entender que el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 la ha incluido dentro del tipo penal, como una suerte de elemento subjetivo del injusto o elemento tendencial.

Quienes la defienden sostienen que no bastaría acreditar cualquier acto de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer sino que sería necesario un plus, de modo que habría que determinar si aquél iba encaminado no sólo a

lesionar la integridad física o psíquica personal de la misma, sino si, además, era instrumento de discriminación, dominación o subyugación exigiendo que se establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos y analizando los componentes sociológicos y caracterológicos concurrentes a tal fin de establecer mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes.

En definitiva, en base a las circunstancias y contextos concurrentes mantienen que debe acreditarse que se actualizó efectivamente el patrón cultural de conducta que la inscribe en el concepto de violencia de género.

Para la segunda posición jurisprudencial-mayoritaria- por el contrario, los citados tipos penales no exigen sino la acreditación de la relación mantenida entre el sujeto activo y el sujeto pasivo (verdadero elemento del tipo penal) y la realización de la acción delictiva, prescindiendo por tanto de cualquier elemento subjetivo del injusto, más allá del dolo genérico de menoscabar la integridad física o psíquica, amenazar o coaccionar a la mujer con la que se convive o se ha convivido.

Consideran que en el art. 1 de la Ley Integral, bajo el expresivo título “objeto de la Ley” el legislador expresa la finalidad de la norma, que no es otra que actuar contra un tipo específico de violencia: la que se produce como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Posteriormente es el propio legislador quien establece con plena libertad de criterio en que concretos supuestos considera que la violencia ejercida por los mencionados sujetos activos constituye “una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, que se pretende combatir. Y así, en el Título IV de la Ley, introduce un conjunto de preceptos penales, orientados a alcanzar aquella finalidad, entendiéndose que son expresión o manifestación de las referidas discriminaciones, situaciones de desigualdad y relaciones de poder, las conductas que describe en los tipos penales que dicho Título incorpora.

Por lo expuesto valoramos que **no es necesario** que producida cada una de aquellas conductas deba indagarse acerca de si las mismas representan o no una manifestación de discriminación, desigualdad y relaciones de poder y, menos todavía exigir como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, establecer o mantener una relación de poder sobre la mujer.

Desde la teoría jurídica del delito no existe ningún obstáculo para el castigo de tales conductas con las penas de los artículos 153, 171 y 172 del CP y no como falta, sin necesidad de indagar en el ánimo del autor, más allá de las exigencias propias del principio de culpabilidad, pues en definitiva la voluntad del legislador al castigar tales actos con mayor pena que en el caso de conductas cometidas entre extraños o entre otros miembros de la familia se debe al hecho de revelar un mayor desvalor, como ya ha reconocido el Tribunal Constitucional.

Abundando en lo anterior, entre los principios rectores de la Ley recogidos en el artículo 2, en el apartado g) figura el de

“fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género”.

Este fortalecimiento del marco penal, puesto en relación con lo declarado por la Exposición de Motivos, no puede sino ir referido precisamente a esa conversión de lo que era falta en delito con el fin de eliminar la sensación de impunidad que existía hasta fechas bien recientes y como medio para interrumpir lo que se ha venido en llamar la “espiral” de la violencia.

Así se expresa efectivamente la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, cuando señala que

“el Título IV de la LO 1/2004, bajo la rúbrica “Tutela Penal”, acomete una reforma parcial del CP tendente a asegurar una protección reforzada a las víctimas de violencia de género y por extensión a las personas especialmente vulnerables del círculo de convivencia del agresor, desde el fortalecimiento del marco penal vigente...

El endurecimiento punitivo afecta fundamentalmente a aquellas conductas en las que con mayor frecuencia se expresa el comportamiento violento: delitos de maltrato simple, algunas lesiones, amenazas y coacciones leves. Sin embargo no han sufrido modificación alguna los delitos contra la vida, contra la libertad sexual, los delitos más graves de lesiones o de violencia habitual, por lo que cabe entender que el legislador ha querido reforzar la protección penal de las víctimas de violencia de género frente a las primeras manifestaciones de la espiral de la violencia, continuando la tendencia criminalizadora ya iniciada con la LO 11/2003 al elevar a la categoría de delito

determinadas conductas que hasta ahora constituían falta de amenazas o de coacciones del artículo 620.2 CP”.

A ello cabría añadir que, en realidad, en el caso del artículo 1 la citada norma parece más una declaración de principios, con un claro contenido programático, más propio de una Exposición de Motivos o del Preámbulo de una Ley que de su texto articulado, o, como dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, el artículo 1 de dicha Ley no contiene sino una

“definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales”.

Permite abundar en tal interpretación la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, pues, tras afirmar que la violencia de género se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, añade que

“Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

Y, al analizar la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004 en el ámbito de lo punible, señala que

“En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.

Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos”.

Parece, por tanto, que no está en el ánimo del legislador sino la conversión de determinadas figuras delictivas, como las faltas de malos tratos, así como las amenazas y coacciones leves, en delito, sin otra consideración y con fundamento en uno de los principios clásicos del Derecho Penal, la prevención general y especial.

Finalmente, en cuanto al criterio de la interpretación más favorable al reo, se entiende que este principio hermenéutico no puede imponerse al resto de criterios sentados por el artículo 3 del CC.

Así, el primero de los criterios de aplicación es el gramatical, que exige la aplicación e interpretación de las normas, según el sentido propio de sus palabras.

En este caso, los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal recogen las siguientes conductas:

Causar, por cualquier medio o procedimiento a la esposa o compañera sentimental o a quien lo haya sido menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito, o golpearla o maltratarla de obra sin causarle lesión.

Amenazar levemente a la esposa o compañera sentimental o a quien lo haya sido.

Coaccionar levemente a la esposa o compañera sentimental o a quien lo haya sido.

No aparece por tanto en ninguna de las descripciones de tales tipos penales referencia alguna a que tales acciones hayan de estar presididas por un particular ánimo o preordenadas a hacer efectiva la dominación del hombre sobre su pareja.

Por otro lado, el artículo 3 del CC permitiría hablar de un criterio de interpretación histórico, atendiendo por tanto a los antecedentes históricos y legislativos de la norma.

Si centramos la atención en dicha evolución legislativa, es forzoso señalar que cuando la Ley Orgánica 3/1989 introdujo por primera vez un precepto específico, el artículo 425 del CP, para castigar la violencia intrafamiliar, prescindió en la configuración del tipo de cualquier elemento intencional más allá del dolo genérico propio de este delito.

En línea con lo anterior y como antecedente más cercano, en el caso del artículo 153 del CP, hay que tener en cuenta la redacción dada al mismo por Ley Orgánica 11/2003, en cuya Exposición de Motivos nada se dice acerca de ese posible elemento de dominación, elevando a la categoría de

delito el maltrato sobre el cónyuge, así como sobre otros parientes en el ámbito familiar, con ciertos límites.

Efectivamente, la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, hace referencia, en primer término, a la necesidad de que la reforma comprenda

“medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos. Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En segundo lugar, respecto de los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”.

Dicha reforma legal obtuvo refrendo del **Tribunal Constitucional en el Auto 233/04, de 7 de junio**, por el que se inadmitía a trámite, por notoriamente infundada, la cuestión de constitucionalidad planteada contra el artículo 153 del CP, señalando dicho Tribunal que la **elevación de tales conductas de la categoría de falta a la de delito no quiebra el principio de proporcionalidad sancionadora, dado el problema social de primera magnitud que representa la violencia doméstica en nuestro país**, así como la relevancia de los bienes jurídicos en juego, no sólo la integridad física y psíquica de la víctima (artículo 15 de la CE), sino también otros

valores de primer orden como la dignidad de toda persona (artículo 10 de la CE) o la protección de la familia (artículo 39 de la CE).

Por otro lado, el propio TC, en el Auto 322/05, de 13 de septiembre, también ponía el acento en la ineficacia de la regulación del CP, antes de dicha reforma, para la prevención y erradicación de estas conductas cuando el castigo no superaba el umbral de las faltas.

El segundo de los criterios que se desprende del artículo 3 del CC es el sistemático, atendiendo a la ubicación de la norma. En el caso del artículo 153, tal conducta aparece sancionada dentro del Título III del Libro II y bajo la rúbrica “De las Lesiones”, en tanto que amenazas y coacciones leves se regulan dentro del Título VI, donde se sancionan los “Delitos contra la libertad”.

Frente a la inseguridad jurídica que pronunciamientos dispares -según se exija o no ánimo de dominación- podían provocar respecto del contenido del Fallo, en función de que los hechos se hubieran ejecutado en el territorio de una u otra Audiencia, el Tribunal Supremo no ha resuelto totalmente y de manera expresa esta cuestión aunque podría deducirse que no se exige el ánimo de dominación en las sentencias que se mencionan a continuación:

La Sentencia del TS, de 23 de mayo de 2.006, en su Fundamento Jurídico Quinto, analiza la reforma operada en el artículo 153 del Código Penal (actual artículo 173.2), tras su introducción por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, señalando:

“Este artículo ha sido modificado por LO 1/2004 de 28 de diciembre de Protección Integral contra la violencia de género...

Consecuentemente se transforman de esta forma en delito conductas que hasta entonces eran constitutivas de las faltas previstas en los artículos 617 y 620 del CP, suprimiéndose el último párrafo del artículo 617.

El tipo comprende, por tanto, abarcando también los actos aislados, todas las lesiones no constitutivas de delito, maltratos de obra, amenazas con armas o instrumentos peligrosos, ejercidas sobre alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2.

La conducta consistente en causar lesiones que no sean constitutivas de delito no plantea especiales problemas por cuanto la reforma se ha limitado a convertir la falta del artículo

617.1 -también la del artículo 617.2 por cuanto la acción de golpear o el maltrato de obra sin causar lesión es la conducta equivalente a la falta antedicha- en delito cuando el agresor tiene unas relaciones especiales con el sujeto pasivo”.

De esta forma, cuando se refiere a la reforma operada en el artículo 153 del CP por la Ley Orgánica 1/2004, en ningún momento se alude a la incorporación de tal elemento subjetivo del injusto.

Numerosas sentencias dictadas por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, como la de 25 de enero de 2008, la de 24 de noviembre de 2009, la de 30 de septiembre de 2010, son citadas por ambas líneas de interpretación, así como la dictada por el Tribunal Constitucional el 14 de mayo de 2008, en la que se declaró de forma expresa la constitucionalidad del artículo 153 del C.P., en la forma en que aparece redactado, en consecuencia, sin exigir la presencia de ningún elemento subjetivo adicional.

La sentencia 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11, del Tribunal Constitucional, rechazó la primera de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la *Ley Integral*, y ha sido rotundo, al afirmar, con la proyección que le confiere el artículo 5.1 de la LOPJ, respecto a la alegación de presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia su pareja o ex pareja concurre una intención discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima:

“A) No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones -los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento- a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya

a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”.

Resulta especialmente esclarecedor para despejar las dudas sobre la cuestión que nos ocupa el contenido de uno de los votos particulares emitidos en concreto el suscrito por el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez – Zapata Pérez, quien señala: “en lo que ahora interesa la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 su objeto y sin embargo en el art. 153.1 del CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador, y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada, por lo que el precepto aplicado en su propios términos solo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o se maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha agresión (...) lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o expareja sea una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 del CP (...) obsérvese que no es el juez/a quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constar la lesividad de tal conducta sino que es el legislador quien lo ha hecho ya”.

Esta decisión legislativa, u otra que hubiese podido adoptarse, no debe conocer más límite que el control de constitucionalidad que se produjo fundamentalmente a través de la sentencia dictada por el TC en 14 de mayo de 2008, en la que se declaró de forma expresa la constitucionalidad del art. 153 del CP, en la forma en que aparece redactado, y en consecuencia, sin exigir la presencia de ningún elemento subjetivo adicional.

En base a lo expuesto, quienes mantienen la función delimitadora del artículo 1 sobre el objeto de la Ley Integral defienden que el TC entendió que el art. 153 del CP no exige la presencia de ningún elemento subjetivo adicional, ni la mayor o menor corpulencia del agresor respecto de su víctima, ni la mayor fortaleza de carácter o un temperamento más o menos

impulsivo en la víctima y/o el agresor, ni que aquella ejerza o no un acto de violencia defensivo o concurrente con el del agresor, ni que la acción se produzca en un determinado contexto de subcultura machista.

Exponen que pueden concebirse otras estrategias para combatir el fenómeno de la violencia de género pero que ésta es la escogida por el legislador, y por tanto la que debe ser aplicada, por lo que debe entenderse que la conducta de quien agrede a su esposa actual o anterior, o a la mujer que esté o haya estado vinculada al sujeto activo por una relación análoga a la del matrimonio, aun sin convivencia, representa un mayor desvalor y por eso su autor es merecedor de una sanción superior que cuando esa misma agresión con idéntico resultado se produce sobre una persona en la que no concurren dichos vínculos con el sujeto activo, considerando que en el primer caso dichas conductas representan una manifestación de situaciones socialmente desvaloradas que contribuyen a perpetuar la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; con independencia del concreto propósito que en cada caso anime la actuación de quien agrede y de otras circunstancias que formen el contexto en que ocurre la agresión, salvo que los hechos puedan ser encuadrados en el marco de alguna circunstancia justificativa (en particular la legítima defensa).

VI.2. Algunas reflexiones en materia de suspensión de penas

VI.2.1. Sobre la suspensión

La suspensión condicional de la pena de prisión se entiende como un beneficio legal, previsto, con carácter general y salvo las excepciones establecidas, para penas privativas de libertad no superior a dos años de prisión. El beneficio, sin embargo, no es automático, debiéndose atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste, tal y como exige el artículo 80.1, párrafo 2, del CP.

La suspensión resulta de aplicación a la pena de *localización permanente*, prevista para la falta de injurias y vejaciones injustas del artículo 620.2, párrafo segundo, del Código Penal, al ser una pena privativa de libertad, en concordancia con el 35 del mismo cuerpo legal.

Ha de condicionarse a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez/a o tribunal, conforme al artículo 80.2 del referido Código.

En los supuestos de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez/a o Tribunal condicionará, además, en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del artículo 83:

- prohibición de acudir a determinados lugares.
- prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el juez/a o Tribunal, o de comunicarse con ellos.
- participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.
- Precisa resolución motivada, lo que comporta un análisis individualizado de la peligrosidad criminal del sujeto y la necesidad de valorar la existencia de otros procedimientos penales contra él, para lo que es preciso:

- la valoración de la peligrosidad del sujeto que puede ser introducida a través del informe integral de la unidad forense o equipos o servicios de similar naturaleza.

- la constancia de la existencia de otros procedimientos que puede conocerse, por lo que hace a delitos de violencia de género, a través de las anotaciones en el Registro Central de víctimas de violencia doméstica, que debe reflejar todos aquéllos en que se hubieran acordado medidas cautelares así como las condenas impuestas por delitos relacionados con la violencia familiar.

Presupuesto preceptivo es que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez/a o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

“Si mediara petición de indulto... podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria” (artículo 4.4, apartado 2, del Código Penal).

No obstante, la suspensión de la pena de prohibición y aproximación respecto de la que se solicita el indulto plantea como problema jurídico el hecho de que la suspensión de la pena principal privativa de libertad se debió condicionar al cumplimiento estricto de la prohibición de aproximarse a la víctima (ex artículo 83.1.2º del Código Penal). Por ello, aunque se conceda la suspensión de la ejecución de la pena de prohibición de aproximación, si el condenado no solicita igualmente el indulto respecto de la pena privativa de libertad impuesta y reanuda la convivencia con la víctima o se acerca a la misma, a pesar de que ésta consienta, debe revocarse el beneficio de la suspensión de la pena de prisión -por establecerlo el artículo 84-, no computando, además, ese tiempo como de liquidación efectiva de la pena accesoria impuesta.

La tramitación del indulto corresponde al Juzgado de lo Penal que tiene la causa para ejecución aun cuando el órgano sentenciador haya sido -supuestos de conformidad- el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (SAP Murcia, Sección 1ª, de 6 de junio de 2006, entre otras).

VI.2.2. El tratamiento rehabilitador en los supuestos de suspensión de penas privativas de libertad

El artículo 83.1 del Código Penal dispone, como se acaba de señalar, que, tratándose de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez/a o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión de la pena privativa de

libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes enumerados en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del mismo.

El Auto en el que se otorgue la suspensión y se establezcan las condiciones de la misma, expresará con claridad no sólo la prohibición de delinquir durante el plazo fijado por el Juez/a o Tribunal, sino también las prohibiciones recogidas en el artículo 83.1, 1ª y 2ª y la participación en los programas previstos en la 5ª, con la advertencia al penado de que en caso de reincidencia o incumplimiento de las prohibiciones y medidas previstas en el artículo 83 la suspensión acordada será revocada acordándose la ejecución de la pena.

La notificación del Auto de que se trata debe llevar consigo un especial conocimiento de que le ocurrirá al penado en caso de incumplimiento de lo acordado, por lo que aunque no resulte imprescindible conviene que, además de la constancia detallada en la notificación de lo que se ha expuesto, se realice en ese acto un requerimiento expreso en relación a las condiciones que debe cumplir y las consecuencias del incumplimiento.

El artículo 83, añade, en su apartado 2, que

“Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”.

El órgano judicial remitirá testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se impongan algunos deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5.º y 6.º del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, a fin de que realicen las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento. Como en casos similares, naturalmente habrá de dejarse en las actuaciones constancia documentada del correspondiente despacho.

Recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se impongan algunos de los deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5ª y 6ª del CP o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87 los servicios que gestionan las penas y medidas

alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento (artículo 14 del RD 840/2011, de 17 de junio²⁹).

Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas una vez recibida la documentación procederán al estudio y valoración de la situación del condenado y, en atención a la misma elaborarán, un plan individual de intervención y seguimiento, que se comunicara para su conocimiento al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

En el caso de que las circunstancias del condenado hagan necesario modificar alguna de las obligaciones inicialmente impuestas, se realizará la propuesta en el plan de intervención y se estará a la espera de lo que resuelva el órgano jurisdiccional competente.

No obstante, en el caso de que el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de intervención, se informará al órgano jurisdiccional competente, a los efectos que considere oportunos (artículo 15 del RD 840/2011).

Cuando corresponda, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas remitirán el caso al servicio o centro correspondiente para que el condenado inicie o continúe el tratamiento o programa judicialmente establecidos (artículo 16).

Durante el periodo de suspensión, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas efectuarán el control de las condiciones fijadas en el plan de intervención y seguimiento (artículo 17).

Los citados servicios informarán sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite el órgano jurisdiccional o con la frecuencia que este determine y, en todo caso, cada tres meses. Así mismo, informarán cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado su cumplimiento.

La subordinación incondicionada de la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta por delitos de violencia de género al seguimiento de un específico programa de rehabilitación del penado introduce la problemática relativa a cuál debe ser el pronunciamiento judicial en los casos,

²⁹ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-10598

ciertamente no infrecuentes, en que todavía la Administración Penitenciaria no ofrece tales programas para la totalidad de casos que lo requieren. Parece que, en estos supuestos, el déficit de actividad de la Administración Penitenciaria no debe perjudicar, si se cumplen los restantes presupuestos exigidos, la expectativa de la suspensión de la pena privativa de libertad, sin perjuicio de poder considerar que el incumplimiento por aquélla de las obligaciones derivadas de la implementación de la *Ley Integral*, en el ámbito de las competencias que les son propias, frustra una finalidad importante de la norma.

El penado no sólo debe someterse a programas de reeducación, sino que si se detectan otros problemas, como la dependencia al alcohol o a otras sustancias, el juez/a podrá adicionar los programas que considere oportunos e imponerlos como condición en el auto de suspensión, junto con las prohibiciones preceptivas y la condición de no delinquir.

En el supuesto de incumplimiento de las condiciones impuestas se estará a lo dispuesto en el art. 84 del C.P., con las especificidades que en su apartado 3 recoge para el supuesto de que la pena privativa de libertad suspendida hubiera sido impuesta por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, en cuyo caso el incumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83, determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

VI.3. Algunas reflexiones en materia de ejecución

Presupuesto previo de la ejecución será la firmeza de la sentencia. Una vez sea declarada, procede dictar auto de incoación de la ejecutoria, y, practicados el requerimiento de cumplimiento al condenado así como la liquidación de la pena principal y accesoria -previo abono de los días de detención y de cumplimiento de la medida cautelar de no aproximación e incomunicación, en su caso-, se dictará el auto de aprobación de la liquidación de la condena.

El Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, y sustitución de penas.

Además, su artículo 25 dispone que en los casos en los que alguna de las penas o medidas previstas en este real decreto sean impuestas por hechos

relacionados con la violencia de género, la Administración Penitenciaria coordinará sus actuaciones con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

VI.3.1. El cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad

El artículo 33 del Código Penal establece que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es pena menos grave de 31 a 180 días y pena leve si su duración es de 1 a 30 días. En los términos del artículo 39 de la norma penal sustantiva, es pena privativa de derechos. El artículo 40 prevé su extensión de 1 día a 1 año.

El artículo 49 del CP (en su actual redacción, dada por la LO 5/2010, de 22 de junio) señala que no podrá imponerse sin el consentimiento del penado. Esta pena le obliga, a tenor de dicho precepto, a

“prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1ª) La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios³⁰.

2ª) No atentará a la dignidad del penado.

³⁰El artículo 3 del RD 840/2011 dispone que, recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena.

3ª) El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin”³¹.

Para determinar la actividad más adecuada los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar. En esta entrevista se le ofertarán al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo y se escuchará, en su caso, la propuesta que el penado realice.

Cuando las circunstancias o características vinculadas a la persona condenada, o derivadas de su etiología delictiva, así lo aconsejen, los profesionales de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas ofertarán al penado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se cumpla con su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, de los que la Administración Penitenciaria venga desarrollando como parte de las políticas públicas de esta naturaleza, o que cuenten con su aprobación si el cumplimiento mediante esta modalidad se realizara en un ámbito o institución no penitenciaria.

Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, los referidos servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación o rectificación.

Cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que

³¹ Para la determinación de los puestos de trabajo el artículo 4 del RD 840/2011, concreta que

“el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local. A tal fin, podrán establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración penitenciaria la relación de plazas disponibles en su territorio.

La Administración penitenciaria supervisará sus actuaciones y les prestará el apoyo y asistencia necesarios para su eficaz desarrollo.

El penado podrá proponer un trabajo concreto, que será valorado por la Administración penitenciaria para la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal y en este real decreto, poniéndose en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

deberán cumplirse, se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales.

La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra una causa justificada, podrá autorizarse por el Juez/a de Vigilancia Penitenciaria el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días.

La no conformidad con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares será comunicada por los servicios sociales penitenciarios al Juez/a de Vigilancia Penitenciaria a los efectos oportunos.

“4ª) Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social³².

5ª) No se supeditarán al logro de intereses económicos.

6ª) Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez/a de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación, referidas al desarrollo de la misma.

³²Concreta el artículo 11 de la disposición reglamentaria que también estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Salvo, en ambos casos, que realicen el cumplimiento de esta pena mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de la citada acción protectora.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez/a de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468³³.

7º) Si el penado faltara al trabajo por causa justificada, no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto”.

VI.3.2. El cumplimiento de la pena de localización permanente

La pena de localización permanente es pena menos grave, de tres meses y un día a seis meses; pena leve, si su duración es de un día a tres meses, y es, además, una pena privativa de libertad, ex artículos 33 y 35 del Código Penal, respectivamente.

³³El artículo 8 del Real Decreto 840/11 regula la comunicación por los servicios sociales penitenciarios al Juez/a de Vigilancia Penitenciaria, hechas las verificaciones necesarias, de las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, y el artículo 10.9 prevé un informe final, una vez cumplidas las jornadas de trabajo, por los servicios sociales penitenciarios.

Para su seguimiento y control detalla el artículo 7 que, durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del Juez/a de Vigilancia Penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios y las directrices de la entidad para la que preste el trabajo.

Los servicios sociales penitenciarios comprobarán con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto; a tal fin, mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes.

En el supuesto de sustitución regulado en el artículo 88.1 del Código Penal, si se le impusiera, junto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la obligación de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico –prescripción obligatoria para el condenado por delito de violencia de género a partir de la redacción del precepto introducida por la *Ley Integral*-, los servicios sociales penitenciarios remitirán al penado al centro, institución o servicio específico para la realización de dicho programa, de forma compatible con el cumplimiento de la pena, y realizarán el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al Juez/a de Vigilancia Penitenciaria.

El artículo 37 de la norma penal sustantiva prevé una duración máxima de seis meses y su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado por el Juez/a en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez/a podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

Si el condenado incumpliera la pena, el Juez/a o Tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468 del CP.

La pena de localización permanente, en relación con actos de violencia de género, está prevista, como pena principal, únicamente en el artículo 620, último párrafo, del Código Penal, con una duración de 4 a 8 días y siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima.

Sin embargo, dicha pena podrá imponerse en los supuestos en que proceda la sustitución de la pena de prisión, impuesta en la sentencia, siempre que no exceda de seis meses, tras la modificación operada en el artículo 88 del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, precisándose que en los supuestos de condenas por delitos relacionados con la violencia de género, deberá establecerse en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima

Corresponde a los servicios sociales penitenciarios dar respuesta a la coordinación precisa con los órganos judiciales para el cumplimiento de la pena. Las unidades administrativas dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias son las que tienen encomendado el cumplimiento del objetivo de acción social que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atribuye a la Administración Penitenciaria o, en su caso, las correspondientes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los trasposos en materia de ejecución de la legislación penitenciaria.

El órgano judicial remitirá testimonio del Auto de aprobación de la liquidación de la condena al establecimiento penitenciario del lugar donde el penado tenga su residencia, interesando realice las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

El establecimiento penitenciario realizará a continuación un plan de ejecución, previa audiencia del penado, a fin de que el cumplimiento del mismo no perjudique la situación personal, familiar y laboral del penado.

El plan de ejecución será remitido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer – en condenas por faltas- (o al que resulte órgano sentenciador o que ejecute la pena –condenas dictadas en conformidad por los JVM cuya ejecución corresponde al Juzgado de lo Penal-, en su caso) para su aprobación o rectificación.

Deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- Datos de identificación del penado, domicilio o residencia y, en su caso, trabajo y ocupación.
- Datos penales: falta por la que se le condena y número de días de duración de la localización permanente.
- Lugar de cumplimiento: domicilio u otro lugar, con indicación de la población o término municipal.
- Indicación expresa de si lo va a cumplir de forma continuada o no continuada y si lo realizará los sábados y domingos.
- Indicación de los medios de control de penas telemáticos o de otra naturaleza.

Aprobado el plan por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (o por el órgano sentenciador o ejecutante, si es otro) así lo comunicará al Centro Penitenciario, que procederá al seguimiento del cumplimiento de la pena comunicando esta circunstancia o cualquier otra que implique el incumplimiento de la pena.

Para su control será preciso que el penado disponga de *teléfono fijo* en su domicilio, realizándose entonces llamadas telefónicas aleatorias desde la centralita desde la que se verifica la presencia del condenado en su domicilio.

Sólo cuando *no existe línea telefónica fija* suele proponerse que el control se lleve a efecto por parte de las Fuerzas de Seguridad, lo que implicará que el Juzgado libre despacho al efecto a aquéllas -normalmente a la Policía Local- al objeto de que se personen en el domicilio los días de cumplimiento para verificar la presencia del penado.

Asimismo, y tras la reforma del artículo 37 CP, por LO 5/2010, de 22 de junio, se prevé que para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez/a o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.

VI.4. El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar y la intangibilidad de las sentencias firmes

VI.4.1. El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar

El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal, no se contempla expresamente dentro del ámbito de competencias de los JVM establecido en el artículo 87 ter de la LOPJ, sin perjuicio de la cláusula residual de competencia prevista en la letra a) del artículo 87 ter 1 de la LOPJ, esto es, cualquier delito cometido con violencia o intimidación.

La infracción penal de la que hablamos ha sido considerada tradicionalmente como un delito contra la Administración de Justicia, en función de su ubicación sistemática en el Código Penal. En este sentido, se ha venido señalando que el bien jurídico protegido viene constituido por el principio de autoridad.

Las Conclusiones adoptadas en el I Seminario de Magistrados de Secciones Penales Especializadas en Violencia sobre la Mujer de las Audiencias Provinciales y la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, “relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, han señalado que los JVM sólo conocerán del referido delito en los casos en que se haya cometido junto con otro delito que sí se encuentre comprendido en el ámbito del artículo 87 ter de la LOPJ, y ello por aplicación de la norma de conexidad del artículo 17 bis de la LECrim, introducido por el artículo 60 de la LO 1/2004.

No obstante, la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, advierte la necesidad de que este tipo delictivo, cuando la medida o pena incumplida fuese impuesta como consecuencia de actos de violencia sobre la mujer y para proteger a ésta, sea competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

También en el “Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de

los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero de 2011, se propone la adición de un apartado e) al artículo 87 ter.1º de la LOPJ con el siguiente contenido: *“De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal cuando la persona ofendida sea una mujer que esté o haya estado ligada al autor en los términos que establece la letra a) de este apartado”*. Y ello por considerar que el bien jurídico protegido es también la indemnidad de las víctimas, y que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer es el órgano más adecuado para valorar la situación de riesgo de la víctima en los casos en que se ha producido un quebrantamiento, pudiendo en su caso llevar a cabo la comparecencia para la adopción de otra medida cautelar prevista en el artículo 544 bis de la LECrim.

A idéntica conclusión se llegó en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado los días 18 a 20 de octubre de 2010 en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, en el que se consideró la conveniencia de ampliar las competencias penales de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer *“a la instrucción de los delitos de quebrantamiento de pena/medida cautelar impuesta en procesos derivados de delitos o faltas de violencia sobre la mujer, que deben ser atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer aunque no vayan acompañados de un acto de violencia”*.

Se plantean, además, especiales problemas concursales, en cuanto a la aplicación de los subtipos agravados referidos a los tipos delictivos contenidos en los artículos 153, 171.4º y 5º y 172.2º del Código Penal, cuando las conductas en ellos tipificadas se cometen quebrantando una pena del artículo 48 del referido texto legal o una medida cautelar o de seguridad de igual naturaleza. En tales casos se prevé que el hecho se castigue con las penas referidas en los tipos básicos en su mitad superior y ello porque la comisión del subtipo agravado constituye también la acción típica contemplada en el artículo 468.2 del Código Penal. En estos casos, como señala la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, los subtipos agravados deben considerarse preceptos especiales a aplicar con preferencia al general (artículo 8.1 del Código Penal), a fin de no conculcar el principio de *non bis in idem*.

El problema se acentúa cuando, además de esta agravante específica, concurre alguna otra de las establecidas en los artículos 153, 171 y 172 del Código Penal. En este caso, la solución mayoritariamente aplicada es la de entender que nos encontramos ante un concurso de normas entre el supuesto agravado y el delito de quebrantamiento, a resolver por el principio de absorción (artículo 8.3 del Código Penal).

En todo caso, este problema -importante a la hora de calificar adecuadamente los hechos- tiene, sin embargo, escasa relevancia práctica, toda vez que, de optar por la solución minoritaria de apreciar la concurrencia de un delito de quebrantamiento y de un delito en su modalidad agravada por alguna de las otras circunstancias establecidas (en el domicilio común, en presencia de menores o utilizando armas), los delitos estarían en una relación de medio a fin, lo que implicaría, por aplicación del artículo 77 del Código Penal, castigar la infracción más grave en su grado máximo, es decir, una pena semejante o igual a la que resulta de aplicar la otra solución. En cualquier caso, el esmero en la calificación jurídica por parte de la acusación evitará resultados insatisfactorios desde la perspectiva de la efectividad del principio acusatorio.

Por otro lado, la atribución a los Juzgados de Violencia de la competencia para conocer de los delitos del artículo 468 del Código Penal solucionaría alguno de los problemas que surgen en la práctica sobre el órgano competente para la celebración de la comparecencia prevista en el inciso último del artículo 544 bis de la LECrim.

VI.4.2. La intangibilidad de las sentencias firmes y su eficacia “erga omnes”. Su extensión a los Centros Penitenciarios.

Una vez firme la sentencia, ha de ser cumplida en sus propios términos.

La indiscutible intangibilidad que se predica de toda sentencia firme también opera en aquellos supuestos de reconciliación sobrevenida, con o sin convivencia, mediando el consentimiento de la persona en cuyo beneficio fue acordada la prohibición de aproximación y de comunicación.

Si éstas fueron impuestas por sentencia firme, como pena accesoria privativa de derechos e imperativa al amparo del artículo 57.2 del Código Penal en relación con el 48, al señalarse tradicionalmente como bien jurídico protegido el principio de autoridad, del que no puede disponer la víctima, el consentimiento deviene inoperante, determinando su incumplimiento la *investigación penal de un presunto delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del CP*.

Tras las dudas suscitadas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005, se abrió paso la tesis jurisprudencial de la irrelevancia del consentimiento de la víctima, tanto cuando lo que se quebrantaba era una pena como cuando se trataba de una medida cautelar, tesis recogida en el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 25 de noviembre de 2008 y, entre otras, por las Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero, 24 de febrero, 30 de marzo y 6 de junio de 2009.

Así, a título de ejemplo, la Sentencia del TS 755/2009 recoge los principales argumentos para negar virtualidad a ese consentimiento de la mujer que reanuda la relación con su marido o compañero tras una Sentencia condenatoria o el dictado de una medida de protección en su favor:

“El bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de tales bienes.”

“El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio.”

“El derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.”

“La práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o a falsas promesas.”

No obstante lo anterior, en el caso de quebrantamiento de medidas cautelares existen algunas resoluciones que cuestionan la solución alcanzada en el citado Acuerdo no Jurisdiccional.

La Sentencia del Tribunal Supremo 39/2009, en el voto particular formulado por los Sres. Bacigalupo y Maza por considerar que esa solución general podría limitar en parte el derecho de autodeterminación de la víctima en su vertiente de su derecho a intentar reanudar la relación mantenida con el imputado mediante la amenaza de una pena de prisión para el mismo, y señala que “*El derecho vigente no establece ninguna limitación para contraer matrimonio y, obviamente, tampoco para intentar reanudarlo después de una interrupción de la convivencia... Una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial no puede estar*

indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, de la misma manera que no es posible impedir contraer matrimonio por considerar que su decisión es irrazonable. La mujer que solicita una medida de protección no pierde su derecho al libre desarrollo de su personalidad.”

La forma de actuar en estos casos la sugiere la Sentencia del Tribunal Supremo 61/2010 de 28 de enero cuando dice lo siguiente:

“...el Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008 proclamó que... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP. Esta tesis ya ha sido acogida por la STS 39/2009 de 29 de enero. El problema no es, desde luego sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto...en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizada a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que puedan afectar a su validez....Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez/a la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para la reanudación de la convivencia”.

Se apunta por tanto a que, en tales supuestos y respetando siempre el principio de intermediación, sea el órgano judicial el que valore si persiste o no la situación objetiva de riesgo que llevó a la adopción de la medida citando a la víctima a dependencias judiciales, no siendo suficiente el simple escrito presentado por su representación manifestando que la misma se aparta del procedimiento y pide el decaimiento de la medida.

En cuanto a la posibilidad de alegar el error en tales casos, la Sentencia antes citada señala que:

“...siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado y no las personas afectas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos mantenidos con su cónyuge. En estas condiciones aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier

víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales. Y forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado.”

En los supuestos de alejamiento y prohibición de comunicación impuestos como pena no cabe sino el cumplimiento efectivo de la misma, por lo que en tales casos, si la víctima desea reanudar la convivencia con el condenado la única posibilidad será la solicitud del indulto y, en su caso, la petición de suspensión de dicha pena durante la tramitación del mismo al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Penal.

En este punto, conviene recordar que la pena de alejamiento es de imposición obligatoria y que la constitucionalidad del artículo 57 del Código Penal ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 7 de octubre de 2010.

Por su parte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011³⁴ declara que:

“Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida”.

Pero se debe garantizar en todo caso el derecho de la víctima a ser oída durante las actuaciones.

No obstante lo anterior, tal y como se recoge en el informe del Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 y en la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, “...La experiencia demuestra que, una vez que ha surgido el primer episodio de maltrato, y a pesar de las muestras de arrepentimiento del agresor que pueden suceder tras él, la probabilidad de que surjan nuevos episodios violentos se incrementa. Pero también es cierto que un alejamiento forzoso, podría conducir a situaciones indeseadas entre

³⁴ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-483/09&language=es>

personas que van a seguir vinculadas por determinados lazos de afectividad, familiares, económicos, sociales, etc.

La vigente redacción del apartado 2 del artículo 57 impide al juzgador realizar una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes para la adopción de la resolución que resulte más proporcionada al caso concreto.

Por ello, se entiende que debe suprimirse este apartado, rigiendo, también para los supuestos de delitos de violencia doméstica o de género las previsiones del apartado 1 del mismo precepto, que permiten al juzgador imponer una o varias de las prohibiciones contenidas en el artículo 48 CP, resolución que habrá de ser motivada en todo caso.

Subsidiariamente, y para el supuesto de no prosperar la reforma que se postula, se propondría la extensión a estas penas accesorias del régimen de suspensión de las penas privativas de libertad, con las cautelas que se estimen necesarias y subordinado al cumplimiento de las reglas de conducta que se estimasen oportunas.”

En cualquier caso, la Sentencia del Tribunal Supremo 33/2010 de 3 de febrero se muestra contraria a apreciar la continuidad delictiva en estos supuestos de reanudación de la convivencia.

Finalmente, se ha planteado si en tales casos sería posible hablar de algún tipo de responsabilidad penal de la propia víctima que consiente el acercamiento de su marido o compañero pese a la orden de protección o a la pena de alejamiento.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 902/2010 de 21 de octubre señala lo siguiente:

“...la única duda se suscitara acerca de la posible responsabilidad como partícipe de la propia mujer si se acreditase que había sido ella quien provocase o indujese el encuentro, ni tampoco puede afirmarse la existencia de error de prohibición, del artículo 14 del Código Penal, cuestión que ya ha sido resuelta, en sentido denegatorio y para supuestos del todo semejantes al que nos ocupa, en diversas y sucesivas Resoluciones de esta misma Sala tales como las de 3 de Noviembre de 2006, 19 de Enero y 28 de Septiembre de 2007 ó 30 de marzo de 2009.”

La Sentencia del Tribunal Supremo 9/2011 responde de forma negativa a dicha posibilidad:

“Si se acreditase una inducción eficaz de la víctima a la desobediencia, quizás pudiera excluir de responsabilidad criminal al acusado, pero jamás podría responder de forma autónoma la ofendida, porque a ella no se le impuso ninguna conducta o comportamiento, sino que el único obligado por el apercibimiento judicial era el acusado, esto es, la orden le afectaba exclusivamente al mismo, que es al único que se le requiere, ya que dicha medida se establece para impedir conductas violentas contra la protegida, que lógicamente es la beneficiaria de la resolución judicial y no la obligada.(...)En definitiva, ninguna razón sería existía para suponer algo (responsabilidad de la mujer) que era imposible que sucediera dada la naturaleza del delito. Por tanto ningún error excluyente de la culpabilidad o reductor de la misma se ha acreditado.”

A similar conclusión se llegó en la 2ª Edición del Seminario sobre Criterios de Interpretación de la Ley Integral en Sede de Enjuiciamiento celebrado en Madrid los días 14 a 16 de octubre de 2009 a partir del comentario de las SSTS 39/2009 y 172/09, que concluye que *“En cuanto a la conducta de la esposa que consiente el acercamiento consideramos que se trataba de un caso en que no habría sanción para ella por falta de dolo, y que el legislador no ha previsto que su conducta sea punible por reanudar su convivencia pues cuando ha querido condenar a los que ayuden a otra persona a quebrantar una condena lo ha dicho expresamente como en el artículo 470 LECrim”*.

Finalmente, cabe señalar que, a fin de garantizar la intangibilidad de la sentencia firme en los casos en que el condenado se encontrara interno en Centro Penitenciario, es conveniente remitir al Centro testimonio de la resolución o de su parte dispositiva, a fin de evitar la concesión de visitas o contactos entre víctima y condenado, incluso aunque lo interesara la primera.

VI.5. La violencia económica sin acto adicional de violencia de género

El artículo 87 ter de la LOPJ atribuye en su apartado 1.b) a los JVM la competencia para conocer

“de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior”.

La **Sentencia de la AP de Ávila, Sección 1, 140/2013**, de 15 de mayo, señala que con este tipo penal no se trata de criminalizar el incumplimiento de una obligación civil, que podría ser inconstitucional, al poder suponer una forma encubierta de "prisión por deudas" prohibida expresamente por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, y que se integra en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 10.2 y 96.1 de la CE), estando excluida, pues, la sanción penal a aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento. Por ello, se trata de un delito doloso, que se comete con conciencia y voluntad de dejar de pagar (delito de omisión) la prestación periódica que ha sido impuesta. Se exige la acción típica de dejar de pagar; que existan resoluciones judiciales generadoras de la obligación de prestar alimentos de un padre a favor de sus hijos; que el sujeto activo tenga capacidad económica, siendo la carga de la prueba de la parte acusadora.

El problema se plantea a la hora de determinar si, en los casos de impago de pensión alimenticia establecida a favor de los hijos/as, es exigible la comisión de un acto de violencia de género para atribuir la competencia para conocer del delito al JVM.

La Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, anteriormente mencionada, ha interpretado el apartado b) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ en el sentido de que *“la imputación de un delito de impago de pensiones respecto de los hijos determinará la competencia del Juzgado de Instrucción ordinario, salvo que también se haya producido un acto de violencia de género, en cuyo caso el Juzgado especializado atraerá la competencia para conocer ambos”*.

También la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, concluye que *“no serán competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la instrucción y en su caso el fallo de los procedimientos incoados por delitos contra los derechos y deberes familiares, salvo que concurra también un acto de violencia de género”*.

Este mismo criterio es el que se ha sostenido en las Conclusiones elaboradas en el I Seminario de Magistrados de Secciones Penales Especializadas de las Audiencias Provinciales, así como en diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, como los Autos del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008 (*“cualquiera de los delitos contra los derechos y deberes familiares no será por sí solo competencia de los JVM, sino que requerirá que con carácter previo se haya cometido un delito de los contemplados en el artículo 87 ter 1 a) de la LOPJ. En consecuencia, cometido de forma*

aislada un delito contra los derechos y deberes familiares la competencia será del Juzgado de Instrucción y no del JVM”) y de 28 de mayo de 2008 (“no nos hallamos ante un caso de violencia contra la mujer, pues en modo alguno consta que haya existido tal violencia o actitud semejante, sino solo la referida falta de pago de varias mensualidades de la pensión acordada razón por la cual no cabe aplicar el actual art. 15 bis Lecrim, introducido por LO 1/2004 (...); por tanto habrá de tenerse en cuenta la norma general del art. 14.2 de tal ley procesal, que tiene en cuenta al respecto el lugar en que el delito se hubiera cometido”). El criterio competencial de este último Auto se aplica también en los Autos del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012 (ROJ 698/12), 2 de noviembre de 2011 (ROJ 10750/11) y 31 de marzo de 2011 (ROJ 3935/11).

El Auto de la AP de Sevilla, Sección 4º, de 28 de septiembre de 2006, lleva aún más allá este razonamiento puesto que no sólo entiende que, para que el JVM conozca de los delitos contra los derechos y deberes familiares, debe haberse cometido, a su vez, un acto de violencia de género en sentido estricto, sino que llega a idéntica conclusión respecto de las faltas, declarando en tal sentido que, aparte del paralelismo existente entre la redacción de los apartados b) y d) del artículo 87 ter,

“de no entenderse implícita en la cláusula de atribución subjetiva del apartado d) la exigencia de un acto adicional de violencia de género en sentido propio, se daría el absurdo de que el Juzgado especializado debería enjuiciar en todo caso determinadas faltas contra las personas o el patrimonio, pero sin embargo no podría instruir las causas por los delitos homólogos”.

También en el “Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero de 2011, se propone que el artículo 87 ter.1º, letra b), de la LOPJ, tenga el siguiente inciso final: “(...) cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer conozca o haya conocido de algún procedimiento penal entre las mismas partes seguido por alguno de los delitos a los que dicha letra se refiere”.

VII. TUTELA JUDICIAL

VII.1. Bienes jurídicos afectados

Si el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2.001 recordaba que, *en el delito de violencia doméstica* el bien jurídico protegido era la dignidad de las personas en el seno de la familia, con frecuencia ligado a otros bienes necesitados igualmente de protección, como la vida y la integridad física y moral, habiendo añadido, asimismo, la jurisprudencia, la paz familiar, la específica protección dispensada en la actualidad a las mujeres en el ámbito de las relaciones de afectividad exige determinar con claridad el bien o los bienes jurídicos protegidos.

La especificidad de la violencia contra las mujeres en este ámbito, a cuya protección se dirige expresamente la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya había sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional cinco años antes de que se abordara la primera reforma del Código Penal, por Ley Orgánica 3/1989, que introdujo un nuevo artículo 425, para tipificar como delito la violencia física habitual entre cónyuges (y personas unidas por análoga relación de afectividad) y sus hijos e hijas (así como otros menores).

Efectivamente, el Alto Tribunal, en Auto 691/1984, de 14 de noviembre, asumiendo esa especificidad, había avalado que se diera diferente respuesta judicial, en un caso de faltas de lesiones por los que, en momentos próximos, habían sido condenados por el mismo órgano jurisdiccional tanto uno como otro cónyuge. Así, señalaba, en su Fundamento Jurídico Tres:

“Es notorio, en efecto, que como afirma el Auto impugnado constituye hoy un fenómeno social merecedor de especial repulsa, el hecho de que, dentro de la pareja, se produzca con lamentable frecuencia malos tratos a la mujer por parte del hombre, mientras que, por el contrario, no existe como fenómeno social el hecho contrario, es decir, los malos tratos al hombre por parte de la mujer. Está en consecuencia justificado que para reprimir aquel fenómeno social se acentúe el rigor de la Ley para los que contribuyen al mismo. No se da, por tanto, frente a lo que dice el recurrente, una discriminación en la aplicación de la Ley por razón de sexo, pues el hombre no es tratado más severamente por su condición de varón sino por contribuir con su conducta a la existencia del fenómeno social de las mujeres maltratadas, contra el cual pueden y deben reaccionar los

Tribunales de Justicia con los medios que el Derecho les permite”.

En esta línea se ha mantenido el Alto Tribunal, en Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, al resolver la primera de las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas contra la *Ley Integral*, que ha declarado la conformidad con la Constitución de la redacción actual del artículo 153 del Código Penal, señalando que la Ley

“tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales” (FJ 8).

“(A) La justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena” (FJ 9).

“...no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja

afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable” (FJ 9),

constatando

“una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres” (FJ 12).

En la nueva regulación, el bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género, en el ámbito acotado por la *Ley Integral*, es tanto la dignidad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de afectividad, presentes o pasadas, como la igualdad material o real de los miembros heterosexuales de esa pareja, lo que puede afirmarse tanto desde los postulados de la *Ley Integral* como desde los de la *Ley de Igualdad*³⁵. Ésta, expresamente, no sólo afirma la igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico sino que vincula en determinados preceptos la ~~violencia en el seno de las relaciones~~ afectivas con la vulneración de la igualdad: así, entre otros, su artículo 14.5 señala, como uno de los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, dentro de los principios generales de las políticas públicas para la igualdad, la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género.

Esta perspectiva ya venía siendo puesta de manifiesto por la jurisprudencia cuando, para destacar la paz familiar como bien jurídico protegido en la redacción anterior de los tipos penales vinculados con la violencia doméstica, concretaba su vulneración en el *ambiente de dominación y*

³⁵La referencia a esta última norma se realiza no porque la primera precise de desarrollo legislativo sino porque ambas son expresiones de las opciones del legislador a favor de procurar la igualdad *real* entre varones y mujeres.

temor sufrido por los miembros de la familia, que tenía su principal exponente en las relaciones de poder desiguales construidas entre los miembros de la pareja heterosexual y a las que se referían de forma unánime diversas Declaraciones y Convenciones Internacionales, relacionadas en el Anexo I.

Además, de los postulados de la *Ley Integral* se desprende la tutela de un interés social o colectivo, de trascendental importancia para la convivencia democrática, cual es la dignidad e igualdad de las mujeres como *grupo*, al entenderse que los delitos incorporados al Código Penal pretenden combatir una situación histórica de subordinación, que afecta a las mujeres en su conjunto. Esta perspectiva se fundamenta en la función promocional de valores o intereses colectivos que asume igualmente el Derecho Penal, como cuando lo hace para tutelar el medio ambiente, la seguridad en el trabajo o los derechos de los consumidores.

Y ello con independencia de que, obviamente, en cada caso sometido a enjuiciamiento, el examen haya de centrarse en la afectación de uno o varios bienes jurídicos concretos por parte de la persona que resulte acusada respecto de una o unas concretas víctimas.

A estos bienes jurídicos, a cuya tutela se dirigen los subtipos agravados, aparecerán íntimamente ligados otros, como la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral o la libertad, según el concreto precepto objeto de consideración.

VII.2. Medidas que pueden acordarse para la protección de la víctima

La legislación vigente permite la adopción de medidas cautelares a través de diferentes procedimientos y con una misma finalidad, por lo que a este ámbito se refiere: conseguir la protección física y psíquica de las víctimas de violencia de género.

Las medidas cautelares pueden ser definidas como los “actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso penal”.

En los casos de los delitos competencia de los Juzgados de Violencia, la Exposición de Motivos de la Ley Integral se refiere a las mismas en los siguientes términos:

“Respecto de la regulación expresa de las medidas de protección que podrá adoptar el Juez de Violencia Sobre la Mujer, se ha optado por su inclusión expresa, ya que no están recogidas como medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que solo regula la prohibición de residencia y la

de acudir a determinado lugar para los delitos recogidos en el artículo 57 del Código Penal (artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso. Sin embargo, se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 del Código Penal...y posibilitando al Juez la garantía de protección a las víctimas más allá de la finalización del proceso.”

Esa vocación tuitiva hacia las víctimas de violencia de género se positiviza en el artículo 1.2 de la Ley Integral cuando dice que por medio de la misma “se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”.

Por su parte, el artículo 87 ter 1 LOPJ añadido por el art. 44 LVG atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en su letra c) la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez/a de Guardia.

Existe por tanto un verdadero mandato del legislador dirigido a los Jueces/zas para que presten la debida protección a las víctimas de violencia de género.

Esa protección estará en función de la valoración por parte del Órgano Judicial del riesgo en que pueda encontrarse en cada caso una mujer, valoración que puede comprender distintos estadios a lo largo del procedimiento y, por tanto, medidas de naturaleza distinta.

VII.2.1. Características y presupuestos

Sus características son:

- 1º. Su instrumentalidad al proceso penal. Su existencia sólo se concibe durante la pendencia de un proceso penal.
- 2º. Pueden ser decretadas de oficio –salvo la prisión provisional- o a instancia de parte, en cualquier momento de la tramitación del proceso.

3º. Tienen un carácter provisional, es decir, pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o instancia de parte, siempre y cuando varíen los presupuestos que justificaron su adopción.

Son necesarios dos presupuestos:

1º. Verosimilitud del objeto del proceso, esto es, que conste en la causa la existencia de un hecho que revista las características de infracción penal del que además exista una persona que aparezca como presuntamente responsable.

2º. Que se pueda temer que con la conducta del imputado se obstaculizará o impedirá el desarrollo normal del proceso.

VII.2.2. Pronunciamiento preceptivo

En los términos del artículo 61 de la LO 1/2004 “en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez/a competente ... deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de *medidas cautelares y de aseguramiento...*”.

VII.2.3. Catálogo de Medidas

El capítulo IV de la LO 1/2004 (artículos 61 a 69) se remite a la orden de protección del artículo 544 ter de la LECrim y enumera, además, la salida del domicilio, el alejamiento o prohibición de aproximación y/o suspensión de las comunicaciones, la suspensión de la patria potestad o de la custodia de menores, y la suspensión del régimen de visitas o la del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

Es posible acordar cualesquiera otras medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales (las de los artículos 13 y 544 bis de la LECrim o del artículo 158 del Código Civil). Resulta de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil, *ex* artículo 4 de la norma procesal civil.

A ello ha de añadirse la orden de detención de la persona citada que, en los términos del artículo 487 de la LECrim, no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida y la prisión preventiva de los artículos 502 y siguientes del mismo texto procesal.

En relación a la **detención judicial** hay que tener en cuenta la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 180/2011 de 21 de noviembre y que sienta la siguiente doctrina:

“(…) el párrafo primero del art. 497 LECrim establece el momento de la entrega del detenido al Juez como momento inicial para el cómputo del plazo para que la autoridad judicial regularice la situación del detenido, respondiendo a la lógica de que esa puesta a disposición judicial trae causa en una previa situación de detención practicada por un particular o por una autoridad o agente de la policía judicial y de que, en estos casos, la entrega a la autoridad judicial actúa como garantía judicial a posteriori de la libertad personal del detenido. Por el contrario, la detención judicial regulada en el párrafo segundo del art. 497 LECrim es una privación de libertad que no trae causa de una decisión ajena a la propia autoridad judicial y, por tanto, la intervención de la policía no se hace en virtud de una potestad o habilitación legal autónoma, sino que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En ese contexto, y en los términos señalados por el Ministerio Fiscal, tomando en consideración que la única finalidad de la detención realizada por parte de la policía en este caso era la de ejecutar la decisión judicial de detención para ponerlo a su disposición, no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal uno diferente al de la propia ejecución material de la detención. Por tanto, desde la perspectiva del art. 17.1 CE, el plazo de 72 horas a que, por remisión, se refiere el párrafo segundo del art. 497 LECrim en los supuestos de detención acordada por autoridad judicial, debe computarse desde que se verifica la ejecución material de la decisión de detención.”

VII.2.4. Competencia para su adopción

Con carácter general, corresponde su adopción al Juzgado de Violencia sobre la Mujer objetiva y territorialmente competente, según las normas procedimentales.

No obstante, el artículo 15 bis de la LECrim -adicionado por el artículo 59 de la LO 1/2004- prevé que pueda adoptar la orden de protección o las medidas urgentes del artículo 13 el Juzgado del lugar de comisión de los hechos.

Además, el órgano judicial ante el que se haya solicitado la orden de protección deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección, aunque se susciten dudas sobre su competencia territorial, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente, por disponerlo así el artículo 544 ter 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Finalmente, al Juzgado de Guardia le corresponde su adopción en dos supuestos diferenciados:

1) *fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer*, conforme al artículo 62 de la LO 1/2004 y en concordancia con el artículo 42.4 del Reglamento 1/05, de 15 de septiembre, del Pleno del CGPJ, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

2) *dentro de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer*, cuando este Juzgado no sea competente territorialmente por tener la denunciante su domicilio fuera del partido judicial.

Con base en el artículo 42.1, primer párrafo *in fine*, del Reglamento 1/05 del CGPJ, recién mencionado, éste es uno de los 73 criterios adoptados en el I Seminario de Magistrados de Secciones Penales Especializadas en Violencia de Género de las Audiencias Provinciales, celebrado en Madrid los días 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2005, coincidiendo con las conclusiones de los Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer, reunidos los días 17 y 18 de noviembre de 2005, así como con la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, en concordancia con el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si la solicitud es de una Orden de Protección, que se configura como un estatuto integral de protección a la víctima, razones organizativas y de coordinación exigen que no puedan concurrir dos o varias órdenes de protección que desplieguen sus efectos sobre una misma persona. Constituye, por ello, incongruencia omisiva que, solicitada la misma, interesando la adopción de medidas penales y civiles, el Juzgado de Guardia o del lugar de los hechos, *resuelvan exclusivamente las medidas penales, derivando a las partes al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la adopción de las medidas civiles*, ~~por cuanto~~ estaría vedada la posibilidad de dictar una nueva orden de protección. Por ello, en el supuesto de que la resolución no se pronunciara sobre medidas civiles previamente interesadas, se debería plantear al efecto una cuestión de competencia ante la Audiencia Provincial, sin perjuicio de resolver, al amparo del artículo 158 del Código Civil, las medidas necesarias para proteger a los menores.

En el Seminario celebrado en Madrid en el mes de octubre de 2010 sobre balance de aplicación de la Ley Integral se aludía a esta cuestión, recogándose entre sus conclusiones:

“Se estima necesario seguir insistiendo en la obligatoriedad de que las resoluciones de órdenes de protección presentadas ante el Juzgado de Guardia se resuelvan íntegramente por dicho órgano judicial, sin omitir el necesario pronunciamiento respecto de las medidas civiles que se soliciten,

y acordando, en su caso, su inmediata inscripción en el Registro Central y remisión al Punto de Coordinación para su efectiva operatividad.

En los casos en que no se lleve a efecto, habrá de plantearse la cuestión de competencia ante la Audiencia Provincial, adoptando las medidas cautelares de carácter civil que resultaran urgentes, al amparo del artículo 158 del Código Civil.

Se considera conveniente la remisión de estas Conclusiones a los distintos Decanatos para su adecuada difusión entre los Juzgados de Instrucción.”

VII.2.5. Procedimiento para su adopción

Con carácter general, impone el artículo 68 de la LO 1/2004 auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad. En todo caso, requiere la intervención del Ministerio Fiscal y el respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa. Ello supone necesariamente la celebración de una comparecencia judicial.

Todas estas medidas podrán adoptarse *de oficio* (a diferencia de la prisión preventiva y libertad con fianza).

Cualquiera de las modalidades anteriores puede ser adoptada dentro del procedimiento penal. En algunos casos, de forma simultánea. Todas ellas son compatibles entre sí.

Se han de documentar en pieza separada. A la misma se han de llevar las incidencias relativas al cumplimiento de las medidas, incluyendo las notificaciones, recursos, resoluciones de los recursos y cualquier modificación de lo acordado. _____

Resulta de especial consideración la cuidadosa atención de la notificación en forma de las medidas cautelares por dos motivos fundamentales:

Por una parte, para el supuesto de incumplimiento de la misma, que pueda dar lugar a un presunto delito de quebrantamiento de medida cautelar, se hace preciso no sólo la notificación personal al imputado sino un requerimiento de cumplimiento efectuado por el/la Secretario/a Judicial, debidamente documentado, con el apercibimiento expreso de delito de quebrantamiento de medida cautelar.

Además, el apercibimiento expreso sobre las consecuencias del incumplimiento de la medida acordada, en los términos previstos en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dará lugar a convocar las audiencias de los artículos 505, para la adopción, en su caso,

de la prisión provisional, o del 544 ter, para la adopción, en su caso, de una Orden de Protección o de cualquier otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal. Para ello se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias. En este sentido la STC, Sala 2ª, de 14 de marzo de 2005, otorga el amparo, solicitado frente a la resolución que decretó el ingreso en prisión provisional por quebrantamiento de orden judicial de alejamiento familiar, declarando lesionados los derechos a la libertad personal y a la tutela judicial por falta de motivación suficiente de la resolución judicial por *no haber expresado ni justificado la existencia real del riesgo que se pretendía evitar con dicha medida*.

VII.2.6. Plazo de duración

Requisito necesario, *ex* artículo 61.2, *in fine*, de la LO 1/2004, es determinar el plazo de duración, si procediera la adopción de medidas cautelares y aseguramiento.

La proporcionalidad de esta medida restrictiva de derechos aconseja establecer, en su caso, un plazo prudencial de revisión a la vista del mantenimiento o evolución de la situación de riesgo (por fases del procedimiento: al dictar el auto de transformación de procedimiento abreviado, de nuevo al pronunciarse sobre la apertura de juicio oral,- o bien por períodos de tiempo: mensual o trimestralmente, por ejemplo). Y ello sin perjuicio de poder acordar la medida hasta sentencia firme, si se estima necesario para la mejor protección de la víctima.

En los términos del artículo 69 de la norma, podrán mantenerse vigentes durante la tramitación de los recursos contra la sentencia (por delito o por falta), pero deberá constar *expresamente* en la sentencia dicho mantenimiento.

En este sentido, la STC 16/12, de 13 de febrero de 2012, ha declarado que:

“(...) es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal (...) conlleva la finalización de la vigencia de dicha medida en el momento en que tal Sentencia fue dictada. En consecuencia, la falta de este pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ello, su pérdida de eficacia, aunque la sentencia dictada no fuera firme. (...) El mantenimiento de la orden de protección en este supuesto de sentencia absolutoria se supedita por el legislador (art. 69 de la Ley Orgánica 1/2004), como hemos visto, a que se haga constar expresamente en dicha resolución, lo

que requerirá un plus de motivación al órgano judicial, desde el canon de la proporcionalidad, para justificar las razones por las que se acuerda en tales circunstancias la prórroga de la medida”.

El tiempo transcurrido -si se establece una medida cautelar de no aproximación y/o incomunicación- será de *abono* a la pena accesoria de no aproximación e incomunicación.

Esta circunstancia ha de ser valorada en los casos en que se acuerde la prisión provisional del imputado. Así, respecto de la prohibición de aproximación, su mantenimiento -del que hará que dar traslado al centro penitenciario- impedirá visitas en el mismo entre las partes, incluso a petición de la víctima, pero será posteriormente de abono en la liquidación de condena, en caso de sentencia condenatoria. El mantenimiento de la prohibición de comunicación -del que también habrá que informar al centro penitenciario- impedirá, también durante la vigencia de la medida cautelar privativa de libertad, las llamadas telefónicas, el envío de SMS o “chats”, de cartas o cualquier otra modalidad de comunicación (apartado 9 del artículo 544 ter de la LECrim).

En todo caso, el auto de prisión deberá pronunciarse sobre el establecimiento o mantenimiento de otras medidas menos restrictivas de la libertad personal.

El límite de duración máxima de las prohibiciones del artículo 48 del Código Penal –acordadas como medidas cautelares-, al que se remite el artículo 57, será el de la pena fijada en el mismo: 5 años en delito menos grave, 10 años en delito grave y 6 meses en supuestos de faltas.

Las medidas civiles acordadas en la orden de protección tienen una vigencia temporal de 30 días hábiles, y, si en este plazo es incoado a instancia de la víctima o su representante legal un proceso de familia, las medidas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la interposición de la demanda, si bien dentro de este término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por resolución judicial. Expresamente, además, el artículo 772.2 de la LEC prevé la posibilidad de convocar a las partes a una comparecencia, si procediera completar o modificar las medidas previamente acordadas, lo que supone la introducción de un plazo adicional para recabar la información complementaria que pueda resultar precisa.

En ningún caso está legitimado el imputado para solicitar medidas civiles en el incidente de la orden de protección, sin perjuicio de las medidas que

de oficio el juez/a puede acordar en relación con los menores, previa audiencia de las partes.

El cese de la medida comporta, una vez firme la resolución, su anotación en el Registro Central.

VII.2.7. Pruebas admisibles

La comparecencia para acordar medidas cautelares no debería pretender agotar la *instrucción del delito* en la misma, si bien una declaración *exhaustiva* de la víctima, del denunciado y de los testigos, permitiría que no fuese preciso volver a tomarles declaración en fase de instrucción del delito, evitando así sucesivas comparecencias en el Juzgado.

La STC 70/02, Sala 1ª, de 3 de abril de 2002, recuerda que el artículo 24.2 de la Constitución Española no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba interesados, sino sólo aquéllos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes.

Como requisitos materiales, el medio de prueba habrá de ser pertinente, esto es, relacionado con el objeto de la comparecencia y la cuestión a resolver tras la misma; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para influir en el resultado del auto; ha de ser necesaria, de modo que su omisión pueda causar indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

La seguridad de la víctima no impide la diligencia de careo (Auto de 3 de mayo de 2006, de la AP de Barcelona, Sección 20ª), si bien conviene recordar que esta es una diligencia de instrucción excepcional,³⁶ así como que habrá que respetar lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 544ter 4:

“Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos/as y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.”

³⁶Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 401/2010 “el legislador trata de evitarla por su frecuente inutilidad y por no fomentar enfrentamientos, de tal modo que la prohíbe salvo en el caso de que no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados...por eso venimos diciendo reiteradamente en esta Sala que estos careos tienen un carácter subsidiario respecto de los demás medios de prueba, subsidiario en un doble sentido, porque su necesidad depende del resultado global de las demás diligencias o pruebas y porque aparece como un medio de depurar otras declaraciones anteriores de imputados o testigos para dilucidar sus contradicciones.”

Para la averiguación de los medios económicos de las partes del procedimiento, a fin de sustentar la resolución de las medidas civiles, resulta de utilidad la consulta, a través de la terminal informática, de la información que contiene el Punto Neutro Judicial³⁷ (Agencia Estatal de la Administración Tributaria -percepciones del trabajo, cuentas bancarias, solicitudes de devolución, impuesto de actividades económicas, planes de pensiones-, Dirección General de Tráfico, Instituto Nacional de Estadística, Tesorería General de la Seguridad Social, Catastro o Registro Mercantil Central).

También en el “Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero de 2011, se propone que el artículo 87 ter.1º, letra b), de la LOPJ, tenga el siguiente inciso final: “(...) cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer conozca o haya conocido de algún procedimiento penal entre las mismas partes seguido por alguno de los delitos a los que dicha letra se refiere”.

La resolución oral sobre los medios de prueba propuestos en el acto ha de ser reflejada en el acta y documentada en el auto, en cuanto a la medida interesada, para permitir recurrir la admisión o inadmisión de la prueba.

VII.2.8. Medidas cautelares de los artículos 13 y 544 bis de la LECrim

No impone la Ley un procedimiento específico para la adopción de estas medidas, estando comúnmente aceptado que podrán decretarse de oficio o a instancia de parte. La adopción de cualquier medida cautelar, con fundamento en los artículos 13 y 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá efectuarse cuando no sea posible la convocatoria de la audiencia de la orden de protección, en particular aquellas medidas a las que alude el artículo 544 bis de la LECrim. Ello ofrece una protección inicial a la perjudicada y el establecimiento de las garantías necesarias para su efectividad.

Las medidas que pueden adoptarse al amparo del artículo 544 bis de la LECrim son las siguientes:

³⁷ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e_Justicia/Punto_neutro_judicial

- Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, Municipio, Provincia u otra Entidad Local o comunidad autónoma.
- Prohibición de acudir a dichos lugares.
- Prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa a determinadas personas.

Los presupuestos que se exigen para su adopción son dos:

- a) Investigación de un delito de los comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, por lo que se excluye la posibilidad de adopción de las mismas en los casos de simples faltas.
- b) Que la medida resulte estrictamente necesaria al fin de protección de la víctima.

En aquellos casos en los que las medidas del artículo 544 bis se dicten inaudita parte, el Juez/a deberá citar a la mayor brevedad posible al imputado para oírlo y ratificar o alzar la medida.

Si se encontrare en ignorado paradero podrá acordarse su detención a fin de recibirle declaración y notificarle la medida.

La motivación exigible al Auto por el que se acuerde esta medida deberá comprender la valoración, por un lado, de los indicios del delito y de la participación en el mismo de la persona contra la que se dicta y, por otro, la razón por la cual se estima necesaria al fin de protección de la víctima, o lo que es lo mismo, el riesgo en que pueda encontrarse la beneficiaria de la medida, ponderando las circunstancias a las que el propio precepto alude, esto es, la situación económica del inculpado, los requerimientos de su salud, su situación familiar y la actividad laboral desempeñada por el mismo y en particular la posibilidad de continuar desarrollando la misma tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

En relación con la previsión contenida en el párrafo último del artículo 544 bis de la LECrim, para los casos de presunto quebrantamiento, en aquellos supuestos en los que no proceda acordar la prisión provisional el órgano judicial podrá acordar agravar la situación personal del imputado mediante un aumento de la distancia inicialmente establecida en el alejamiento, una obligación *apud acta* de comparecer ante el Juzgado, o acordando el control de la medida mediante un dispositivo telemático de control.

En relación a los referidos dispositivos, en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”

celebrado en Madrid en octubre de 2010 se acordó, como Conclusión 17^a, que “el control telemático de las medidas cautelares de prohibición de aproximación constituye un recurso excepcional de extraordinaria eficacia en la protección de las víctimas de la violencia de género cuya implantación ha de venir precedida de los necesarios informes de riesgo y del trabajo previo con la víctima que permitan garantizar su concreta eficacia. Se constata la necesidad de que se produzca una mayor coordinación entre los órganos judiciales y los responsables del sistema. Debe extenderse su aplicación al control de las penas de la misma naturaleza en que la peligrosidad criminal del penado puede advertirse, incluso, como más evidente”.

Como dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, “este dispositivo será un instrumento adecuado para el control de las medidas de protección acordadas salvo que resulte necesario acordar la prisión provisional del imputado por concurrir los presupuestos y fines establecidos en el artículo 503 de la LECrim, lo que ocurrirá cuando la finalidad perseguida sea la de evitar el riesgo de reiteración de actos semejantes contra bienes jurídicos de la víctima y no se pueda enervar el riesgo detectado con medidas menos gravosas como pueden ser la prohibición de aproximación y, en su caso, con la imposición de los dispositivos electrónicos”.

En las Conclusiones del **Seminario de Fiscales Especialistas de Violencia de Género, celebrado en Madrid, el 8 y 9 de Octubre de 2012**³⁸ se recordaba como buena práctica que *los/as Fiscales, velarán porque se haga un uso adecuado de los dispositivos, solicitando la retirada de aquél a la mujer usuaria sí sólo lo porta ella e interesando, tras la valoración de las circunstancias concurrentes, lo que proceda en orden al mantenimiento o retirada del mecanismo en el caso de que, por circunstancias sobrevenidas, lo porte sólo el imputado/condenado.*

También, en el Informe del Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de enero de 2011, se advirtió la necesidad de que se desarrollaran y concretaran la previsiones contenidas en el artículo 48.4 del Código Penal para el control telemático de las penas de prohibición de aproximación, considerándose insuficiente el Protocolo que ha introducido los dispositivos para el control de cumplimiento de las

³⁸http://www.fiscal.es/Fiscal-especialista/Violencia-sobre-la-mujer/Documentos-y-normativa.html?c=Page&cid=1242052738174&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentosEspecialista&vest=1242052738174

medidas cautelares de prohibición de aproximación al no incluir su extensión al control de las penas de la misma naturaleza, y entendiendo que ello es necesario singularmente en los supuestos en que, vigente una medida cautelar respecto de un sujeto, el mismo resulta condenado por los hechos que determinaron la imposición de aquélla.

VII.2.9. La orden de protección

Mayor rigidez formal exige la orden de protección, regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003. La orden de protección extiende su virtualidad a los diferentes supuestos de violencia doméstica y no solamente de género.

De su texto se extrae que existen:

1º. Presupuestos de admisibilidad o apertura del incidente penal, entre los que, a su vez, se puede diferenciar entre presupuestos formales y de fondo.

2º. Presupuestos para la concesión de la orden de protección.

En cuanto a la posibilidad del órgano judicial de no citar a la comparecencia por no darse los presupuestos recogidos en el apartado primero del artículo 544 ter de la LECrim, ha sido admitida por los Autos de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona 709/2010 y 688/2011 en los que se señala que “para acordar la comparecencia prevista en el ordinal 4 del artículo 544 Ter de la LECrim y el otorgamiento de la protección se exigen dos presupuestos básicos: el primero, que existan indicios de la comisión de un delito de violencia doméstica, o lo que es lo mismo que la víctima de los delitos allí detallados sea una de las personas mencionadas en el art. 173,2 del C.P.; y el segundo que se de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de las medidas de protección recogidas en el mismo precepto; es decir que el Juez deberá efectuar una primera valoración de los hechos denunciados al efecto de determinar si la víctima tiene con el denunciado una de las relaciones referidas en aquel artículo y si se da una situación de riesgo objetiva, por lo que cuando se solicite la orden de protección convocará la audiencia siempre y cuando se den aquellos presupuestos.”

No obstante esta posibilidad ha de ser empleada de forma excepcional y sólo para aquellos casos en los que, de forma palmaria, no existan indicios de la comisión del delito o se haga patente *ab initio* la ausencia de cualquier riesgo para la presunta víctima.

Cuando se acuerde la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 544 ter 4, en la misma resolución admitiendo a trámite la solicitud se deberá acordar la apertura de la pieza separada para su tramitación. La audiencia se documenta en acta y tanto ésta como el auto que resuelve la petición se unen a la pieza separada, así como las notificaciones, la hoja impresa de su anotación en el Registro y las incidencias y los recursos contra la resolución acordada.

También puede resultar conveniente grabar la comparecencia prevista en el artículo 544 ter de la LECrim, si bien en este caso, y como se puso de manifiesto en el Curso “Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial los días 5 a 7 de marzo de 2012, se debe controlar el destino de dichas grabaciones, como también las que puedan practicarse de audiencia de hijos/as menores, *“bien dejando constancia en autos de la razón por la cual se interesa la copia que se pretende, bien disponiendo el visionado en sede judicial, a fin de dar cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 63 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”* (Conclusión 5ª).

La audiencia prevista en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de celebrarse en el plazo máximo de 72 horas desde su solicitud. Puede simultanearse la comparecencia con la de prisión preventiva del artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o bien con la audiencia del artículo 798 en las diligencias urgentes o con la celebración del Juicio de Faltas.

A la misma ha de ser convocada la víctima, su representante legal o la persona solicitante, el denunciado y su letrado/a y el Ministerio Fiscal. Como se ha señalado antes, debe evitarse la confrontación entre la perjudicada y el imputado, realizándose las declaraciones por separado.

Debería continuarse por el cauce del artículo 544 bis del texto procesal en aquellos supuestos en que no haya sido posible la citación del imputado y sea estrictamente necesario imponer al mismo una medida de prohibición de aproximación, comunicación y/o residencia para proteger a una víctima de un delito de los previstos en el artículo 57 del Código Penal.

La orden de protección se resolverá mediante auto motivado, que puede contener cualquier medida de orden penal prevista en la legislación procesal criminal, atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima, así como medidas de naturaleza civil, consistentes en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de

custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos/as, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

La resolución debe notificarse a todas las partes y a la víctima por testimonio. Implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como el alcance y la vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor.

Ha de remitirse testimonio a la Administración Pública competente para la adopción de medidas de asistencia social (el Punto de Coordinación) y en plazo máximo de 24 horas por vía telemática o electrónica o, en su defecto, por medio de fax o correo urgente (Disposición Adicional Única del RD 355/04, que regula el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica).

Debe comunicarse igualmente, en su caso, a la Administración penitenciaria.

Se ha de inscribir por el/la Secretario/a Judicial en el Registro Central para la Protección de Víctimas de Violencia Doméstica, también en plazo máximo de 24 horas, con transmisión de los datos telemáticamente.

Asimismo, ha de comunicarse a la Policía Judicial, *ex* artículo 6 del RD 355/04, antes mencionado, con copia impresa de la nota telemática.

Sería conveniente incluir en la resolución judicial que acuerda la Orden de Protección que se libren los despachos oportunos por el/la Secretario/a Judicial, para el cumplimiento de la obligación de comunicación al Punto de Coordinación y a la Administración Penitenciaria, si procediese, así como la inscripción en el Registro Central de Protección de Víctimas de Violencia Doméstica en el plazo legalmente fijado.

VII.2.10. Medidas del artículo 64 y siguientes de la LO 1/2004

Las medidas contenidas en los artículos 64 y siguientes de la *Ley Integral* son igualmente compatibles con las indicadas anteriormente.

Según el artículo 68 de la *Ley Integral*,

“Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con

intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa”.

No existe impedimento procesal en realizar esta audiencia de forma simultánea a las anteriores.

Al amparo de estos preceptos se puede acordar:

1. La salida del domicilio, alejamiento o incomunicación.
2. La suspensión de la patria potestad o de la custodia de los menores.
3. La suspensión del régimen de visitas.
4. La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas.

VII.2.11. Medidas del artículo 158 del Código Civil

Son de naturaleza civil y penal y compatibles con el resto de las medidas cautelares, pudiéndose adoptar de oficio o a instancia del propio hijo/a, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal y dentro de cualquier proceso civil o penal.

Es oportuna la audiencia y contradicción de todas las partes del procedimiento, por lo que resulta conveniente celebrar una comparecencia en la que, incluso, puedan practicarse medios de prueba. Se resuelven finalmente por auto motivado, que aprecie su proporcionalidad o necesidad, y sin perjuicio de que razones de urgencia para la protección de los/las menores impongan la decisión judicial *inaudita parte*. Esta circunstancia deberá ser inmediatamente subsanada, dictando a continuación nueva resolución motivada sobre la confirmación, revocación o modificación de las medidas acordadas en interés de los menores de edad.

El precepto no contiene un catálogo taxativo, enumerando algunas de las medidas oportunas para la protección de los menores:

“1º) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2º) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3º) *Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo, si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4º) En general, las demás disposiciones que se consideren oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”.

Cabría por tanto y con fundamento en tal norma el suspender un régimen de visitas al constatar la existencia de una situación de riesgo para el menor puesta de manifiesto en el propio proceso de violencia en el ámbito familiar, como señala el Auto de la Sección 4ª de la AP de Tarragona de 15 de septiembre de 2008, debiendo atenderse siempre al prioritario interés del menor.

Ahora bien, tal y como recuerda el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 27 de junio de 2008, “en el momento de hacer uso de dicha facultad se debe ser cauteloso, puesto que a través de la misma se está posibilitando la revisión de pronunciamientos judiciales firmes. Por tanto la misma debe reservarse para aquellos supuestos en que se acredita cumplidamente la concurrencia de un riesgo inminente y grave para el menor.”

VII.2.12. Medidas civiles de la orden de protección

El artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) establece:

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar,

determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia³⁹ que resulte competente.

1. Supuestos en que procede la adopción de medidas civiles

Siempre que proceda dictar una orden de protección se puede considerar la adopción de medidas civiles en ella, es decir, la premisa será la procedencia de una orden de protección, si se reúnen los requisitos penales, que aquí no vamos a analizar. Sin embargo, se da un requisito de orden negativo: que no haya medidas civiles adoptadas y vigentes. Véase *infra* las relaciones entre la orden de protección y las medidas provisionales civiles del derecho de familia.

No puede plantearse la hipótesis de una orden de protección únicamente con medidas civiles (SAP Madrid, 26^a, 22/7/09, rec. 1419/2009), pero sí cabe la adopción de medidas civiles en un procedimiento penal, a tenor del artículo 158 CC, que es expresamente mencionado en el artículo 544 ter LECrim (o de su homólogo el artículo 236-3 del Código Civil de Cataluña - CCC-), referido a los menores. Efectivamente, esas medidas civiles, en cualquier procedimiento, no solo deben referirse única y exclusivamente a los menores sino que son posibles en cualquier momento del proceso, siempre que los intereses de los menores deban protegerse de forma urgente e inaplazable. Se trata de un “comodín” no específico del procedimiento penal y que debe ser usado con prudencia y siempre que no quepa otro cauce procesal específico e igualmente urgente.

2. Relación con las medidas provisionales civiles.

³⁹Según la disp. ad. 12^a de la LO 1/2004, que añade la disp. ad. 4^a a la LECrim, esa referencia será, en su caso, al Juez Violencia sobre la Mujer.

La relación tiene dos facetas, según la existencia de medidas civiles al momento de dictar la orden de protección o la existencia de la orden de protección con medidas civiles al plantearse las medidas civiles de derecho de familia.

Si existente medidas civiles, según prevé el artículo 544, ter.7 LECrim, no procederá la adopción de medidas civiles en la orden de protección. Pero cabe preguntarse si caben esas medidas si son precisamente modificativas de las vigentes por razón de la existencia de violencia en el ámbito familiar, por ejemplo, si el régimen de visitas con los hijos/as comunes debe modificarse en cuanto a la entrega y recogida de los menores al existir una orden de alejamiento del padre en relación a la madre. La respuesta debe ser afirmativa, pues la función tuitiva de la orden de protección la comporta. Y ello no solo respecto a las medidas provisionales previas o coetáneas sino a las definitivas. El principio de que la última medida acordada, sea provisional sea definitiva, sustituye la anterior (véanse artículos 773.5, 774.5 y 775.3 LEC) debe regir también en relación a las medidas civiles de la orden de protección.

La hipótesis inversa, de existencia de orden sin medidas civiles previas a ella, debe contemplarse también desde la perspectiva de la incardinación de la orden de protección dentro del sistema de medidas civiles. Las medidas civiles de la orden de protección equivalen a las medidas previas del derecho de familia, de ahí que su vigencia sea también de 30 días. En virtud del segundo párrafo del artículo 544, ter.7 LECrim, la orden de protección equivale al artículo 771 LEC y son aplicables a continuación los artículos 772 y 773 LEC.

3. Vigencia de las medidas civiles de la orden de protección

El párrafo segundo del artículo 544 ter.7 fija un plazo igual al previsto en el artículo 771 LEC, seguido de un sistema de ratificación o modificación ya comentado. El plazo no es civil sino procesal, con exclusión de los días inhábiles según los artículos 133.2 LEC y 185 LOPJ, por varias razones: 1) la interposición de la demanda civil es un acto procesal y debe regirse sus efectos por la ley procesal, es decir la LEC, no porque sea supletoria en los procesos penales sino porque es un aspecto civil (igual que el régimen de recursos; véase *infra*, 2.6); 2) las medidas adoptadas durante el mes de julio caducarían en la práctica antes, a medida que avanza el mes; y 3) el paralelismo es evidente con los artículos 771 y 772 LEC y, en el primero, el plazo es sin duda procesal.

No obstante, el paralelismo 771.5 LEC no es total, pues éste prevé de forma técnicamente correcta la presentación de la demanda, mientras el

artículo 544 ter.7 LECrim prevé la “incoación”, que es un acto del órgano judicial y no de parte. Debe interpretarse “interposición” y no “incoación”⁴⁰.

El paralelismo con el artículo 772 LEC tampoco es absoluto, pues éste implica la ratificación tácita, en defecto de convocatoria para la modificación, mientras que el inciso final del párrafo segundo del artículo 544 ter.7 LECrim exige una ratificación explícita en un nuevo plazo de 30 días para que la vigencia de las medidas ya no esté sujeta a caducidad, sino a sustitución por las distintas que se adopten, ya con nuevo carácter provisional ya con carácter de definitivas. Ese segundo plazo de 30 días (desde la interposición de la demanda⁴¹) es indudablemente procesal, puesto que se refiere al plazo para dictar una resolución judicial. Como debe dictarse en el pleito civil, la orden de protección no puede adelantar esa prórroga. Cabe preguntarse qué ocurre si el juzgado competente no adopta esa resolución explícita. La respuesta debe ser la aplicación supletoria del criterio de prórroga tácita del artículo 772 LEC, pues otra cosa implica desamparo de la víctima y de los menores (AAP 1ª Guipúzcoa 23/10/08; en contra AAP 1ª Logroño 31/03/06, Castellón, 2ª, 20/10/2010).

El “juzgado de primera instancia que resulte competente” del que habla el artículo 544 ter.7 LECrim será, en la mayoría de los casos, el propio JVM, que si adopta una orden de protección es porque hay indicios de hechos punibles. “Primera instancia” hace referencia, pues, al primer nivel jurisdiccional, no a la jurisdicción civil exclusiva. Así también, la expresión “jurisdicción civil” que emplea debe entenderse como “el juzgado con jurisdicción civil competente”⁴².

4. Aspectos que pueden regular las medidas civiles de la orden de protección

Como cuestión previa debe señalarse que la legislación sustantiva aplicable a las medidas civiles puede ser la legislación civil estatal o, en su caso, la legislación civil autonómica (AAP 12ª Barcelona 2/05/08). Ambos sistemas legales están incluidos en el principio *iura novit curia*, aunque los datos fácticos para la aplicación de la norma pueden no estar a disposición del juzgado y habrá que estar a la norma territorialmente aplicable. En el caso de extranjeros, tratándose de medidas cautelares, también se impone la norma del foro.

⁴⁰ Sin perjuicio del efecto retroactivo de la admisión a trámite (no “incoación” que es término penal), según el artículo 410 LEC.

⁴¹ Por lo tanto solo si la demanda se presenta el día 30 serán en total 60 días.

⁴²

La errónea terminología se explica porque la redacción del artículo 544 ter.7 se hizo por la L 27/2003, antes de la LO 1/2004, que instauró los JVM. Esta LO se limitó a añadir, en su disposición adicional 12ª, la disposición adicional 4ª de la LECrim, donde se dice que esa referencia será, en su caso, al Juez Violencia sobre la Mujer.

En cualquier caso, todo ello debe entenderse dentro de los ámbitos previstos por el artículo 544 ter LECrim., es decir, aquellos aspectos no incluidos en ese precepto no pueden ser objeto de la orden de protección, pues el artículo 544 ter.7 LECrim. tiene un *numerus clausus* de materias, salvo las relativas a los/as menores, por su dicción abierta. Puede incluirse:

a) La atribución del uso de la vivienda familiar

La medida civil debe ser acordada en los términos previstos en el artículo 103.2 CC (o artículo 2333-1.1.f) CCC), es decir, ceñida a la vivienda familiar y su ajuar, por extensión lógica, pero no puede incluir otras residencias, que tampoco están incluidas en el número 2 del artículo 103 CC, aunque pueden caber en los números 4 y 5. Esas otras viviendas quedan excluidas.

b) Determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos/as

La medida paralela en el Código Civil es la prevista en su artículo 103.1 en sus dos primeros párrafos. Lógicamente habrá que tener muy en cuenta la coherencia con otras medidas, civiles y penales, que se adopten para que la custodia y el régimen de visitas con el progenitor no custodio sean viables. El propio CC prevé la custodia de un tercero.

Será siempre inviable la custodia compartida⁴³, al existir violencia de género, de acuerdo con el artículo 92.7 CC.

Como paréntesis, dado que es inviable la custodia compartida en supuestos de violencia de género, sí creemos necesario señalar la reciente resolución de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 22 de mayo de 2013, ha fijado la doctrina en torno a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del C.C, recordando que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012⁴⁴, de 17 de octubre, la adopción de la guarda y custodia ya no depende del informe favorable del Fiscal, sino de la valoración que merezca al Juez/a la adecuación de dicha medida al interés del menor.

Régimen de prestación de alimentos

⁴³Resulta interesante el libro “Los Inconvenientes de la Custodia Compartida” de Consuelo Barea Payueta, ISBN: 978-84-615-9243-2, que recoge otros sistemas comparados siendo un sistema desaconsejable, por las consecuencias que produce, en los supuestos de violencia de género.

⁴⁴ <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/pages/Sentencia.aspx?cod=20659>

También aquí debe estarse a la legislación civil aplicable. El artículo 103.3 CC es menos preciso porque utiliza el término problemático de “cargas familiares”. Deberá estarse al concepto de alimentos, tanto de la víctima como de los hijos/as menores y mayores no independientes, pues también para éstos cabe incluir alimentos a petición de un progenitor contra el otro según el artículo 93.2 CC (y 233-4.1 CCC). Las garantías de pago, etc. también caben, pues son parte del “régimen de prestación de alimentos”.

c) Medidas para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios

Este último inciso permite cualquier medida referida a los menores, incluidas las previstas en los artículos 65 y 66 LO 1/2004 y cualesquiera otra imaginables, en términos tan amplios como los del artículo 158 CC, pero en todo caso limitadas a la vigencia de los 30 días. En el supuesto de riesgo de secuestro internacional caben las previstas en el artículo 103.1, párrafo tercero, que coinciden con las previstas en el artículo 158.3 CC. Véase también las medidas autónomas del artículo 158 CC. (VII.2.12).

5. Relación con las medidas de los artículos 64, 65 y 66 de la LO 1/2004.

Además de la mayor amplitud en cuanto a la legitimación para su petición (incluso de oficio), las medidas previstas en esos preceptos son formalmente “penales”, aunque muchas de ellas sean materialmente medidas de derecho civil de familia. Esa condición formal de medida penal hace que, en principio, tengan preferencia sobre cualesquiera otras “civiles” que se puedan adoptar o hayan adoptado, sin criterio de sustitución automática como entre las medidas civiles (artículos 773.5, 774.5 y 775.3 LEC). Ello lleva a una primera consideración en cuanto a la prudencia que debe presidir su adopción y la previsión de su duración, que incluso puede ser “hasta que se adopten medidas en el procedimiento civil oportuno”. Ello resulta tanto más importante en el caso de que se mantengan en la sentencia definitiva (artículo 69) y habrá que ponderar las razones por las cuales son adoptadas, en función de ilícitos penales, su naturaleza, las víctimas, etc.

Son materialmente civiles las previstas en el artículo 64.2 (autorización de permuta del uso del domicilio familiar) y las del artículo 65 (suspensión de la patria potestad y custodia) y del artículo 66 (suspensión del régimen de visitas); la suspensión de la custodia y de las visitas presuponen una resolución civil anterior vigente.

Un caso especial es el del artículo 64.2, que permite la autorización de la permuta del uso atribuido por la obtención de un alquiler de la vivienda

familiar para pagar el arrendamiento de otra vivienda. Es decir, no cabe autorización de lucro con el alquiler de la vivienda cuyo uso ha sido atribuido, sino su utilización para procurarse otra vivienda. En ese cambio radica la filosofía de las medidas, para procurar un alejamiento de la víctima como medida protectora.

6. Recursos contra las medidas civiles de la orden de protección

Hemos dicho que la orden de protección equivale a las medidas civiles previas del artículo 771 LEC y se incardina en el sistema civil de protección cautelar de familia. De ahí su vigencia por 30 días, condicionada a la interposición de la demanda de derecho de familia. Por otra parte, el artículo 87 ter.2 LOPJ sujeta las competencias civiles de los JVM a los “procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. De ello debe seguirse que no cabe recurso alguno contra las medidas civiles de la orden de protección, pues el artículo 771.4 LEC excluye cualquier recurso (AAP 12ª Barcelona 2/05/06, 2/05/2008, etc., AAP 3ª Cádiz 30/10/09, AAP 4ª Tarragona 24/04/09 y AAP, 12ª, Barcelona 474/2012).

Es cierto que el artículo 87 ter.2 no menciona las medidas civiles de la orden de protección entre las materias *civiles* de su competencia, de manera que su referencia a la LEC contrasta con la referencia a la LECrim del artículo 87 ter.1, que menciona la orden de protección en su letra c). Sin embargo, esa omisión no puede llevar a concluir que las materias civiles de la orden de protección también se rigen por la LECrim, pues la omisión de la LOPJ viene subsanada por el artículo 49 bis.5 LEC (redactado por la misma LO 1/2004), que prevé los recursos de la LEC para las materias civiles de los JVM.

VII.2.13. Medidas autónomas del artículo 158 del Código Civil

Son compatibles con el resto de las medidas cautelares, pudiéndose adoptar de oficio o a instancia del propio hijo/a, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal y dentro de cualquier proceso civil o penal.

Es oportuna la audiencia y contradicción de todas las partes del procedimiento, por lo que resulta conveniente celebrar una comparecencia en la que, incluso, puedan practicarse medios de prueba. Se resuelven finalmente por auto motivado, que aprecie su proporcionalidad o necesidad, y sin perjuicio de que razones de urgencia para la protección de los menores impongan la decisión judicial *inaudita parte*. Esta circunstancia deberá ser inmediatamente subsanada, dictando a continuación nueva resolución motivada sobre la confirmación, revocación o modificación de las medidas acordadas en interés de los menores de edad.

El precepto no contiene un catálogo taxativo, enumerando algunas de las medidas oportunas para la protección de los menores:

“1º) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2º) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3º) Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo, si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4º) En general, las demás disposiciones que se consideren oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”.

VII.2.14. La prisión provisional

a) Régimen vigente

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha afrontado una profunda reforma del régimen jurídico de la prisión provisional, dando una nueva redacción a los artículos 503 y siguientes de la Ley de ritos.

La Exposición de Motivos de la reforma justifica esta nueva redacción en la necesidad de adaptar la prisión provisional a la doctrina jurisprudencial y constitucional emitida al respecto, al respeto a la presunción de inocencia y al derecho a la libertad (artículos 24.2 y 17 de la CE). La prisión provisional sólo se adoptará cuando sea objetivamente necesaria y no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con aquélla. El número 4 del artículo 502 de la LECrim introduce una importante novedad,

al establecer que no se adoptará esta medida, aun cuando exista apariencia delictiva en el hecho investigado, si éste se ha cometido concurriendo una causa de justificación.

La tramitación debe realizarse en pieza separada, abierta con testimonio de la resolución donde se acuerda la convocatoria de la audiencia del artículo 505 de la LECrim. Debe incorporarse a esta pieza:

1. El acta de la audiencia levantada por el/la Secretario/a/a Judicial.
2. El auto que resuelva la adopción o no de la prisión provisional y su notificación.
3. Todas las incidencias en el cumplimiento de la medida (recursos, resoluciones de los recursos...).

b) Presupuestos

Para la adopción de la medida privativa de libertad deberán darse los siguientes presupuestos:

*Existencia de uno o de varios hechos con apariencia delictiva cuya pena -en abstracto- sea igual o superior a los 2 años de prisión. Este límite penológico puede ser inferior cuando:

-El imputado tiene antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación por delito doloso.

-La finalidad sea evitar nuevos ataques contra la integridad física y psíquica de la víctima, “especialmente cuando ésta sea alguna de las personas del artículo 173.2 CP”.

*La existencia de motivos bastantes para creer responsable penal al imputado.

* La persecución, con la prisión provisional, de alguna de las siguientes finalidades:

- Asegurar la presencia del imputado en el proceso.

-Evitar que el imputado oculte, altere o destruya fuentes de prueba, o pueda influir sobre otros imputados, testigos o peritos, bien por sí mismo o bien por medio de terceros.

-Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguno de las personas referidas en el ámbito del artículo 173.2 del CP.

c) Duración

La regla general es que la privación de libertad sólo durará el tiempo imprescindible para alcanzar los fines pretendidos y siempre que subsistan los motivos que la justificaron. Además, el artículo 503 de la LECrim contiene los siguientes límites temporales:

1. Si se decreta para evitar nuevos ataques contra bienes jurídicos de las víctimas incluidas en el artículo 173.2 del CP:

1.1. Un año, ampliable a una única prórroga de 6 meses, si el preso no pudiese ser juzgado en 1 año, y siempre que se trate de delitos con pena igual o inferior a 3 años de prisión.

1.2. Dos años, ampliables con una única prórroga de otros 2 años más, si el delito está castigado con pena superior a los 3 años de prisión.

1.3. En caso de condena y de recurso, la prisión puede prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia.

2. Cuando la prisión se decreta para evitar la ocultación, alteración, destrucción de fuentes de prueba, o influir sobre testigos, peritos u otros inculpados, su máximo es de 6 meses.

Si se agotara el plazo de duración máxima de prisión provisional, conllevará la puesta en libertad del imputado, pero, si éste incumpliese sus obligaciones de comparecer ante el Juzgado o a los llamamientos que se le hicieran, podría decretarse nuevamente la prisión provisional iniciándose el cómputo de los plazos.

d) Formas de acordar la prisión provisional

La Ley ritaria penal establece la necesidad de que se sustancie mediante la celebración de una audiencia a la que habrán de asistir el imputado (esté detenido o no) y su defensa, el Ministerio Fiscal y, en su caso, otras acusaciones, si las hubiera. La audiencia se celebrará en el plazo de 72 horas y se computarán desde la puesta de aquél a disposición judicial. En el caso de no poder celebrarse, se prevé que pueda ser acordada de oficio con obligación de llevarse a cabo aquélla en las 72 horas siguientes. Una de

las más importantes novedades de la reforma es la posibilidad de realizarse la audiencia a través de videoconferencia.

En la sustanciación de esta audiencia, las partes -en sentido formal- podrán realizar alegaciones y proponer medios de prueba, que se practicarán en el acto o bien dentro de esas 72 horas desde la puesta a disposición judicial.

e) Ratificación de la prisión provisional

El artículo 505.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que

“Cuando el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda”.

La opinión mayoritaria y más respetuosa con los derechos fundamentales del detenido sería la realización de esta audiencia ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. Ahora bien, teniendo en cuenta que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer actúan a estos efectos dentro de las horas de audiencia, cabe la posibilidad de que la medida de prisión provisional -en cualquiera de sus modalidades- se adopte por el Juzgado de Instrucción de Guardia. La cuestión que surge inmediatamente es la de si sería precisa la realización de la audiencia del artículo 505.6 de la LECrim.

Dos son las posibles alternativas:

1. Entender que el Juzgado de Guardia ha actuado en sustitución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y que, por tanto, no es necesaria la celebración de la audiencia prevista en el artículo 505.6 de la LECrim.

2. Considerar que es más respetuoso con los principios procesales en general, y, en particular, con la inmediación y con la dirección que de la instrucción va a corresponder al Juzgado de Violencia sobre la Mujer practicar dicha audiencia. Esta segunda opción parece la más aconsejable.

f) Obligación de convocar la comparecencia del artículo 505 de la LECrim, en caso de incumplimiento de la medida acordada previamente

El apartado 4º del artículo 544 bis de la LECrim, modificado por la Disposición Final 1.1.j) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre, impone al Juez/a la obligación de convocar la comparecencia regulada en el artículo 505, de la orden de protección o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, valorándose en todo caso la incidencia del incumplimiento, los motivos, la gravedad y las circunstancias, y, todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

No goza de demasiada claridad el precepto pero lo que no puede ser puesto en duda es la obligación del Juez/a de convocar una de estas audiencias. Las cuestiones que surgen al respecto son muchas:

¿Quién ha de convocar esa audiencia?

¿En qué casos procede convocar la audiencia del artículo 505 y en cuáles la del artículo 544 ter, ambos de la LECrim?

¿Qué plazo hay para efectuar la convocatoria?

La legislación procesal admite diferentes respuestas.

Respecto al Juez/a que ha de convocar la audiencia podría ser el Juez/a de Guardia -fuera de las horas de audiencia del JVM- o el del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. El Registro Central para la protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica debe estar suficientemente actualizado y ajustado a la realidad procesal, de manera que su consulta permita conocer el alcance de las medidas cautelares supuestamente quebrantadas. Además, el Juzgado de Guardia actúa en sustitución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer por lo que, *de facto*, está asumiendo sus funciones. Existen razones de eficacia y de celeridad -si se ha producido un quebrantamiento, la víctima ha vuelto a estar en una situación de peligro de la que ha de salir- para aconsejar que sea el primer órgano judicial que intervenga el que realice esta audiencia.

Con relación a la modalidad de audiencia (artículos 505 ó 544 ter de la LECrim) no tiene especial trascendencia, siempre y cuando se respeten los derechos del imputado. No debe olvidarse que el artículo 544 ter de la LECrim permite la simultaneidad en la celebración de la audiencia para resolver sobre la petición de orden de protección y la de los artículos 505 y 798, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como criterio interpretativo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011 señala lo siguiente en su conclusión primera: "Los Sres. Fiscales que estén conociendo de un procedimiento incoado por delito de

quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación acordada en virtud del art. 544 bis o 544 ter de la LECr deberán interesar que se remita testimonio bastante de lo actuado al órgano judicial que esté tramitando el procedimiento en el que se acordó aquella a los efectos de convocar y celebrar la comparecencia del art. 505 de la LECr de conformidad con el art. 544 bis último párrafo del mismo texto legal. Si el quebrantamiento lo fuera de la pena de prohibición el testimonio deberá ser remitido al Juzgado de lo Penal que esté ejecutando la pena incumplida, a los efectos que procedan.”

VII.3. La protección de las víctimas en dependencias judiciales

El artículo 15 de la Decisión Marco del Consejo de Europa sobre el Estatuto Jurídico de las Víctimas obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para que, especialmente en las sedes de los Juzgados, se evite la victimización que supone someter a la usuaria a tensiones innecesarias. La actividad en las dependencias judiciales ha de asegurar, como indica la Exposición de Motivos de la *Ley Integral*,

“la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”.

Son dos las pautas a tener presentes:

- 1ª. Una acogida a las mujeres respetuosa y acorde con su situación.
- 2ª. Creación de lugares adecuados para su espera en la sede judicial. En la medida en que el espacio lo permita, se han de diseñar circuitos que impidan la comunicación visual entre la víctima y el imputado.

Son conocidas las limitaciones materiales y espaciales de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La gran mayoría no disponen de espacios adecuados para evitar las confrontaciones entre las partes y son inadecuados también para crear un clima de empatía y de tranquilidad. Esto no debe desalentar a los titulares de los órganos judiciales, que, cuando la Administración con competencias en materia de medios materiales para atender al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia y/o CCAA con competencias transferidas en este ámbito) no lo hayan garantizado previamente, habrán de interesar

perseverantemente de la misma la implementación de los recursos necesarios para dispensar un adecuado trato a las usuarias del sistema de justicia penal.

La atención a la denunciante en los órganos judiciales debe estar guiada por las siguientes pautas:

- 1.** Ofrecer una atención personalizada a la víctima, teniendo en cuenta la carga emocional que representa este tipo de denuncias, intentando minimizar el sentimiento de desprotección que pueda sentir, así como la victimización secundaria.
- 2.** Informar adecuadamente, con lenguaje llano y comprensible, sobre los derechos que integran el estatuto jurídico de la perjudicada, de forma que tenga una información básica de los siguientes extremos:
 - 2.1** Recursos sociales existentes y Punto de Coordinación para su derivación a éstos.
 - 2.2** Si la perjudicada es extranjera en situación administrativa irregular, la información de que la legislación vigente no determina, necesariamente, su expulsión y la posibilidad de regularización una vez acreditada su condición de víctima.
 - 2.3** Acogimiento a la denunciante estableciendo un buen clima de soporte y de empatía.
- 3.** Evitar comentarios que puedan hacerla sentir culpable de la situación.
- 4.** Permitir la libre expresión de sus sentimientos.
- 5.** No se ha de tener prisa en tomar la declaración, suspendiendo esta diligencia las veces que fuera necesario.
- 6.** Permitir que su declaración no se limite al último episodio de violencia consignado en el atestado o denuncia, ni limitar dicha declaración a una mera ratificación de la declaración policial.
- 7.** Informarle adecuadamente, en lenguaje que le resulte comprensible, de las fases por las que pasará el procedimiento penal. Es imprescindible hacerle saber que todas las decisiones que puedan afectar a su seguridad le deberán ser comunicadas, haya optado o no por personarse como acusación particular.
- 8.** Permitir que se entreviste con el Letrado/a del turno de víctimas con carácter previo a su declaración.

9. Respetar la decisión de la víctima cuando se acoga a su derecho a no declarar ex artículo 416 de la LECrim, pero constatando que dicha decisión es efectivamente libre y voluntaria.

VII.4. El artículo 416 de la LECrim

La práctica forense señala que un elevado número de mujeres se acoge a la dispensa de la obligación de declarar en contra de sus maridos o compañeros, al amparo del artículo 416 de la LECrim, bien en fase de instrucción, pudiendo dar lugar al archivo del procedimiento, bien en el acto del juicio oral, con el resultado, en ocasiones, de una Sentencia absolutoria.

Dicha circunstancia ha provocado un interesante debate, no sólo entre la doctrina sino en la propia judicatura, acerca de la conveniencia de una reforma legal que excluya a las víctimas de violencia de género del ámbito de dicha exención para evitar así que una de las posibles pruebas de cargo, el testimonio de la víctima, quede fuera del proceso.

Pese a ello, en el Proyecto de LECrim que se está elaborando no se contempla eliminar dicha exención.

Como punto de partida, conviene señalar que el TS, frente a la tesis mantenida en el pasado y que situaba el fundamento de esta norma en la necesidad de proteger al reo, ha venido señalando decididamente que esa excepción a declarar se configura esencialmente como un derecho de la persona que declara, siendo dicho testigo quien decide libremente si quiere o no prestar declaración, esto es, si desea o no renunciar a esa posibilidad.

Pueden citarse, a título de ejemplo, entre otras, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 134/07, de 22 de febrero, y 385/07, de 10 de mayo, en las que se afirma que la excepción o dispensa de la obligación de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que se aplica –al no existir ninguna diferenciación en la norma- igualmente para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.

En este contexto, la víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario por encima del legítimo derecho a declarar contra él. La consecuencia, frecuentemente, es la absolución del acusado.

Sentado lo anterior, y al margen de las dificultades existentes para encuadrar los referidos *vínculos de solidaridad* en una situación de violencia padecida, una de las cuestiones más controvertidas en los últimos tiempos ha sido la de si la referida exención debía comprender o no a las uniones de hecho.

También en este punto el TS ha variado su doctrina, pues, si en la Sentencia 1540/03, de 21 de noviembre, declaraba que

“...al no establecerse dicha dispensa en la Ley, como previene la norma constitucional (art. 24 in fine) no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que el Tribunal no la incluya entre los supuestos en que debe informar al testigo de la exención de su obligación de declarar”,

en la Sentencia 134/07, de 22 de febrero, señala que

“...La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación more uxorio y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal que se refiere junto a la relación conyugal a la de que la persona “esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad””.

Admitida, por tanto, esa equiparación, cabe plantearse qué requisitos son exigibles a dichas parejas de hecho para beneficiarse de esta exención, siendo unánime la opinión de que se requiere que las mismas tengan continuidad y estabilidad.

Es preciso por tanto que, en el momento de concurrir a presencia judicial para prestar declaración, la relación subsista, ya que al tratarse de una situación de hecho se disuelve igualmente de hecho.

En cuanto al momento en el que debe ser instruida la presunta víctima de su *derecho a no declarar* en contra de su marido o compañero, la Sentencia del TS 385/07, de 10 de mayo, reitera la doctrina que ya recogía la de 6 de abril de 2001, señalando que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el artículo 416,1º de la LECrim no sólo alcanza al Juez/a sino, también, a la policía.

La consecuencia de no hacer al testigo dicha advertencia sería la prohibición de valoración de dicha prueba, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ.

En este sentido, conviene recordar que ha sido aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 3 de julio de 2007, el Protocolo de Actuación y Coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la Violencia de Género regulada en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En el mismo se regulan detalladamente las obligaciones de asistencia de los letrado/as de víctimas ante la Policía, entre las que figura la de entrevistarse reservadamente con la víctima antes de la denuncia y la de informar a la misma del contenido del artículo 416 de la LECrim.

Con todo, los principales problemas en torno a dicho precepto surgen en relación a la valoración de la prueba en aquellos casos en los que efectivamente la mujer decide no declarar en el acto del juicio oral, pese a que sí lo hizo durante la fase de instrucción, debidamente advertida por el Juez/a de la dispensa de la obligación de declarar que le asiste.

Diversas Audiencias Provinciales admiten en tales casos la lectura de las declaraciones de la víctima prestadas en fase de instrucción, por vía del artículo 730 de la LECrim, siempre y cuando las mismas hubieren sido prestadas con la debida contradicción, esto es, a presencia del letrado/a del imputado.

Así, si bien es cierto que la jurisprudencia del TS ha venido limitando tal posibilidad a los casos de fallecimiento del/ de la testigo, hallarse el mismo en paradero desconocido, de forma que no pueda ser citado/a u obligado/a a comparecer, y cuando se halle fuera de la jurisdicción del Tribunal y sea imposible o extremadamente dificultoso hacerlo comparecer ante el mismo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de febrero de 2.007, ha señalado que

“...no se trata de una enumeración exhaustiva y cerrada que impida considerar otros supuestos de imposibilidad...”, como el recogido en la propia Sentencia, en el que la imposibilidad de declarar de la testigo derivaba de la apreciación en la misma de un trastorno compatible con una situación de estrés postraumático derivada de los hechos enjuiciados, suficiente para impedir el recuerdo de lo ocurrido y su adecuada exposición ante el Tribunal sometándose al interrogatorio de las partes”.

Cabría pues preguntarse si la negativa de la víctima a declarar en el plenario podría equipararse a uno de esos supuestos de imposibilidad material, lo que legitimaría la posibilidad de dar lectura a sus declaraciones prestadas en instrucción, *ex* artículo 730 de la LECrim.

Quienes defienden la posibilidad de valorar las declaraciones de la víctima prestadas en fase de instrucción, al introducirlas en el plenario por la vía del artículo 730 de la LECrim, arguyen que, de no ser así, se estaría consumando un auténtico fraude procesal al dejar completamente en manos de aquéllas la persecución de estos delitos, o, como señala expresamente la Sentencia de la AP de Castellón, de 12 de abril de 2.006,

“se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho Penal en el ámbito familiar, aún en los delitos públicos o semipúblicos”.

Esta idea chocaría frontalmente con el espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, cuya Exposición de Motivos comienza precisamente señalando que

“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”.

En cualquier caso, para valorar el testimonio prestado en fase de instrucción, será preciso que, efectivamente, se haya hecho a la víctima la advertencia expresa del artículo 416 de la LECrim y que en tal declaración se encuentre presente el letrado/a del imputado.

Al hilo de lo anterior, es ineludible que los Jueces y las Juezas de Violencia sobre la Mujer o los Juzgados de Instrucción, cuando actúen en sustitución de aquéllos, garanticen la presencia del letrado/a del imputado o detenido en la declaración de la víctima, permitiendo en todo caso la necesaria contradicción.

Por otro lado, se considera que hacer una interpretación excesivamente restrictiva del artículo 416 llevaría a situaciones de auténtica impunidad, al excluir otras posibilidades procesales como las que ofrecen los artículos 714 y 730 de la LECrim o la prueba de indicios.

En relación con esta última, puede traerse a colación la doctrina sentada por la Sentencia del TS 625/07, de 12 de julio, en la que se reconoce el carácter de testigos directos, no de referencia, de los agentes de la Policía Nacional, respecto a las lesiones que presentaba la víctima, apreciada directamente por sus sentidos al llegar al lugar de los hechos; del médico que la atendió o

de los vecinos en cuya casa ella se refugió huyendo del agresor, pudiendo además, como señala la Sentencia, constituir la base de la prueba indiciaria:

“En efecto la prueba testifical permite configurar un horizonte indiciario jurídicamente no objetable. El Tribunal a quo estimó que las declaraciones testificales probaron la huida de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc. Todas estas circunstancias constituyen indicios que han sido constatados, como dijimos, por prueba testifical directa. A ello se agrega que la presencia de la víctima durante varios días en el domicilio del acusado ha sido reconocida por éste.

Estos indicios autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y de su privación de libertad y, sobre esta base, inculpar al acusado por las siguientes razones: a) no hubo solución de continuidad entre la estancia en el domicilio del acusado y la búsqueda desesperada de auxilio, b) en el momento de salir de ese lugar la víctima presentaba un grave y manifiesto deterioro físico y c) no existe la menor sospecha de que las lesiones pudieran ser explicadas por otra causa. Estas circunstancias constituyen indicios fuertes, cuya conexión lógica es indudable, de que las lesiones sólo puede haberlas causado el acusado y de que la víctima se vio obligada a escapar pues se encontraba privada de libertad”.

Si el atestado policial se ha confeccionado respetando el contenido previsto en el Protocolo de aplicación, una instrucción judicial bien hecha permitirá reunir suficiente prueba, siquiera indiciaria, la cual debería ser susceptible de ser valorada por el órgano sentenciador por más que, llegado el acto del juicio, la víctima se acogiera a su *derecho a no declarar* en contra del reo.

Relacionado con lo anterior está la posibilidad de practicar, como prueba anticipada, la declaración de la víctima.

Efectivamente, tal y como ha señalado una jurisprudencia constante, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues sólo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el artículo 741 de la LECrim.

Se viene reconociendo, por tanto, la posibilidad de práctica anticipada de determinada prueba, debiendo valorar el/la Juez/a la conveniencia de

hacerlo en aquellos supuestos frecuentes en los que la víctima es extranjera y manifiesta su intención de regresar a su país de origen o cuando existan motivos suficientes para pensar que pudiera ausentarse el día del juicio.

Esa posibilidad es reconocida expresamente por la Sentencia del TS 125/08, de 11 de enero, en la que la Sala Segunda señala lo siguiente:

“Partiendo de una regla general según la cual la prueba valorable es la producida en el juicio oral con las garantías señaladas en la ley, también se contemplan excepciones derivadas de la admisibilidad de la valoración de la prueba sumarial preconstituida y anticipada siempre y cuando se observen los requisitos materiales, subjetivos, objetivos, de fondo y formales que la ley y los principios constitucionales aplicables al proceso penal exigen (SSTS 284/2000 de 21 de febrero, 1240/2000 de 11 de septiembre). Así, en los supuestos de imposibilidad o constatada la razonable dificultad de su práctica en el juicio oral, con necesaria intervención del Juez de instrucción, garante de la imparcialidad y de la legalidad, y con presencia de las partes que garantizan la contradicción en la producción de la prueba, las declaraciones obrantes en el sumario puede ser objeto de valoración por el tribunal encargado del enjuiciamiento (cfr. STC 80/86; 26/88, 140/91 y STDH Caso Isgro, de 19 de febrero de 1991). Como señala la STS 1240/2000, de 11 de septiembre, la consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como supuesto excepcional de práctica de la prueba con anterioridad a la fecha señalada en el juicio oral. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida y a la que nos hemos referido esta Sala en nuestra Jurisprudencia y también recogida en la del Tribunal Constitucional abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en puridad no son una prueba anticipada pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos”.

Ante la eventualidad de que la víctima no sea habida el día del juicio oral o se haya ausentado del país, en el caso de ciudadanas extranjeras, conviene tener presente la posibilidad de grabar tales declaraciones, ex artículos 325 y 731 bis de la LECrim y 229 de la LOPJ, que permitan después su

introducción en el plenario, a petición de parte, por la vía del artículo 730 de la LECrim.

Lo anterior pasa naturalmente por el respeto más escrupuloso de los derechos del imputado, con intervención por tanto de su letrado/a en aquella declaración para garantizar la necesaria contradicción.

Finalmente el Tribunal Supremo ha decidido poner fin a la polémica interpretativa en el **Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013** que establece lo siguiente:

" La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".

VII.5. La valoración de la prueba

VII.5.1. La motivación y la razonabilidad de la argumentación

Tal y como recuerda la STS 957/07, de 28 de noviembre, en su FJ 8, la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 de la CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales y el de que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante. Esto, además, ya venía preceptuado en el artículo 142 de la LECrim, se encuentra igualmente previsto en el artículo 120.3 de la CE y se deduce implícitamente de la prohibición de arbitrariedad que impone el artículo 9.3 del texto constitucional.

Dicha Sentencia, compendiando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre motivación, señala que podrá considerarse que una resolución judicial vulnera efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva en estos dos casos:

1- "Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, cuando no contenga los elementos y razones de juicio

que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamenten la decisión.

2- Cuando la motivación es tan sólo aparente, es decir el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable o incurre en error patente.”

Tal y como recoge la citada Sentencia, el TC, entre otras en las SS 621/97, de 5 de mayo, y 553/04, de 16 de abril, ha fijado la finalidad, alcance y límites de la motivación.

Así, la finalidad será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, poniendo de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

Por lo que respecta a su extensión e intensidad, habrán de ser suficientes para cubrir aquella finalidad, esto es, permitir que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

Ya se han puesto de manifiesto las dificultades probatorias que encierra la violencia de género pues, al producirse con frecuencia en la intimidad, la declaración de la víctima se erige en la única o en la principal prueba de cargo.

En estos casos, la motivación de las Sentencias debe comprender, particularmente, el análisis de dicha prueba, explicitando las razones por las cuales el/la Juez/a otorga mayor crédito a la versión de una de las partes frente a la otra.

Asimismo, en aquellos casos, igualmente frecuentes, en los que la víctima se acoge a la dispensa de la obligación de declarar contra su marido o compañero, la motivación debería comprender expresamente la relevancia que otorga, absuelva o condene, al resto de pruebas, en particular la de todas aquellas que pudieran constituir prueba indiciaria.

La Sentencia 193/96, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional, reiterando una doctrina bien consolidada, recuerda que

“es... exigencia ineludible de las resoluciones judiciales que adoptan la forma de autos o sentencias, el proceder a su motivación. Esta no es un simple complemento de la decisión de Jueces y Tribunales, sino que constituye un elemento decisivo en la formación de tales resoluciones, reconocida y establecida

constitucionalmente en el art. 120,3, y que contribuye decisivamente a dotar de una relevante significación a la decisión judicial, explicando el porqué de la convicción alcanzada respecto de los hechos probados, esto es, en lo atinente a la determinación de las pruebas en las que el órgano judicial se ha basado para llegar a la existencia de los mismos, así como en lo referente a los fundamentos de derecho, razonando el proceso de subsunción de los hechos probados en las correspondientes normas jurídicas, e incluso el uso que se hace del arbitrio judicial en los casos en que éste procede ...".

Ciertamente, la Sentencia 26/97, de 11 de febrero, de aquel mismo Tribunal, previene que, como se ha advertido en reiteradas resoluciones anteriores (SSTC 66/96 ó 169/96),

"... la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla (SSTC 14/1991, 28/1994, 145/1995, 32/1996, entre otras muchas), porque la motivación no está necesariamente reñida con la brevedad y concisión (SSTC 174/1987, 75/1988, 184/1988, 14/1991, 154/1995, 109/1996, etc), siendo necesario analizar en el caso concreto si una respuesta breve o incluso genérica es congruente con las cuestiones planteadas en el recurso y si expresa el criterio del Juzgador sobre las causas de impugnación que se alegaron (ATC 73/1996). ...".

La motivación habrá de extenderse, como no podría ser de otro modo por su trascendencia, a las medidas cautelares, tanto adoptadas como denegadas, con expresa mención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y a las razones de la concesión o denegación, huyendo por tanto de resoluciones estereotipadas y sin fundamentación alguna.

Así, a título de ejemplo, en el caso de la orden de protección, el/la Juez/a deberá analizar los dos presupuestos que exige el artículo 544 ter de la LECrim, esto es, si existen indicios de la comisión del delito denunciado y si la víctima se halla o no efectivamente en una situación objetiva de riesgo, y razonar por qué llega a esa conclusión.

De igual manera es necesario, en el caso de que se dicte una Sentencia absolutoria, sobre todo cuando la víctima haya ratificado la denuncia y comparecido al acto del juicio oral, que el/la Juez/a razone, de forma clara y fácilmente comprensible para aquélla, el por qué no ha alcanzado una convicción de condena.

La razonabilidad de la argumentación en tales casos deberá comprender la expresión en la Sentencia de las posibles contradicciones entre las declaraciones prestadas por la mujer en las distintas fases del proceso; la existencia de algún móvil espurio o de resentimiento o venganza respecto del denunciado por hechos distintos a los denunciados que haya quedado probado o la ausencia de elementos periféricos capaces de reforzar su credibilidad.

VII.5.2. Rigor en la ponderación y en la motivación. También a la hora de aludir a denuncias falsas sin datos objetivos

Con demasiada frecuencia se alude a que muchas de las denuncias presentadas ante los JVM son falsas u obedecen a una especie de estrategia procesal de algunas mujeres o de sus abogados/as para conseguir una posición de partida ventajosa en la separación o el divorcio que han entablado o pretenden entablar.

Ha de rechazarse de forma contundente esta afirmación pues no sólo no responde a la realidad sino que, además, banaliza peligrosamente esta forma de delincuencia, cuestionando el derecho de las mujeres que la sufren a obtener la tutela judicial efectiva.

En ningún caso puede equipararse la existencia de denuncias falsas con el hecho de que haya un elevado número de Sentencias absolutorias.

Efectivamente, si, tras la celebración del juicio oral, el/la Juez/a de lo Penal o la AP entienden que no se ha practicado prueba de cargo contra el reo o bien que la prueba practicada arroja una duda razonable sobre la autoría del mismo, la vigencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del principio “*in dubio pro reo*” obliga a dictar un fallo absolutorio.

Respecto del juego de ambos principios, tal y como ha señalado el TS en numerosas Sentencias, deben distinguirse dos planos distintos.

Así, mientras la presunción de inocencia supone un derecho constitucional imperativo de carácter público que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra, el principio de “*in dubio pro reo*” es un

criterio interpretativo, tanto en la norma como en la resultancia procesal, a aplicar en la función valorativa.

Lo anterior se traduce en que en aquellos casos en los que, a pesar de toda la actividad probatoria, no le sea posible al órgano de enjuiciamiento subsumir los hechos acaecidos en un precepto penal o no quede convencido de la concurrencia de los presupuestos positivos y negativos del juicio de imputación, el proceso debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (SS TS de 20 de marzo de 1991 o de 19 de julio de 2007).

Por todo lo anterior, el sentido absolutorio del fallo nada tiene que ver con una eventual denuncia falsa.

Abundando en esta idea, quienes insisten en la falsedad de las denuncias no aportan dato estadístico ni indicio alguno en apoyo de esa afirmación, como podría ser, respectivamente, el número de sentencias condenatorias por este delito o el número de diligencias previas incoadas por un presunto delito de los artículos 456 ó 458 del CP por los Juzgados de instrucción contra las denunciadas de un delito de violencia de género.

Permiten igualmente rechazar esa idea de que la denuncia obedece al deseo de obtener ventajas en la separación o el divorcio los datos sobre procedimientos civiles entablados ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, absolutamente inferiores al de asuntos penales en trámite. También los datos sobre número de medidas cautelares civiles adoptadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, igualmente muy inferiores al número de medidas cautelares penales adoptadas en la misma sede. Y, muy especialmente, el dato objetivo de que no existe ninguna norma procesal ni sustantiva que otorgue a las víctimas de la violencia de género una posición “privilegiada” que les permita obtener ventajas, dentro del procedimiento civil, por el hecho de tener la consideración de presuntas víctimas de estos delitos.

Tampoco puede vincularse la hipótesis de denuncias falsas con el elevado número de sobreseimientos provisionales, vinculado en general con la dificultad de prueba de hechos que suelen ejecutarse en la intimidad o con la propia postura procesal de la víctima que ha vivido -y puede permanecer- en el círculo de la violencia.

Con base en tales consideraciones, tal vez sería conveniente, con el fin de no frustrar las legítimas expectativas de las víctimas que presentan una

denuncia, que, entre la información que les facilite el letrado/a que haya de asistirles o la que procuren las Oficinas de Atención a las Víctimas, esté el de la eventualidad de un fallo absolutorio o un sobreseimiento, así como el establecimiento generalizado de la posibilidad de acceso de las mujeres que se declaren víctimas de violencia de género -denunciantes o no- a cualquiera de las modalidades de asistencia social integral, siempre que se valore la existencia de indicios que puedan acreditarlas como tales a estos efectos.

VII.5.3. La credibilidad de la víctima

Enlazando con lo anterior y para una correcta aproximación a esta cuestión, resulta obligado referirse a la doctrina jurisprudencial sentada por el TS y por el TC, acerca de los requisitos que la declaración de la víctima ha de tener para ser valorada a la hora de fundar una Sentencia condenatoria.

Como punto de partida conviene recordar que, tal como la Sentencia del Tribunal Supremo 7384/2011 (ponente Diego Antonio Ramos Gancedo), señalaba, la declaración de la víctima, no es prueba indiciaria sino directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

Afirmando la STS 21/03/2011 -con cita de otras anteriores, como las SSTS 19/02/2011 y de 21/09/2010- que dicha Sala viene diciendo de manera constante y reiterada, que el testimonio de la víctima aunque no hubiera otro más que el suyo, cuando no existen razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador, impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia

Para que esto suceda, se hace preciso que se den una serie de circunstancias concurrentes.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 229/1991, de 28 de noviembre, y del Tribunal Supremo, de 1 de febrero y 7 de marzo de 1994 y de 30 de enero y 9 de julio de 1999, permiten inferir la consideración como prueba de cargo de la declaración de la víctima del delito cuando se den en la misma los siguientes elementos:

1. Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio o de venganza que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio.

2. Verosimilitud del testimonio, que ha de estar corroborado por otros datos objetivos obrantes en el proceso.

3. Persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresa y expuesta sin ambigüedades o contradicciones en lo fundamental.

Esta doctrina jurisprudencial, que podríamos llamar clásica, mantiene hoy en día toda su vigencia, si bien el TS en algunas Sentencias llama la atención acerca de las precauciones que deben seguirse en relación con la misma, sobre todo en aquellos casos en los que la perjudicada se constituye además en parte y ejercita la acción penal, llegando a hablar la Sentencia del TS, de 18 de julio de 2.002, de una “situación límite de riesgo” para el derecho a la presunción de inocencia cuando la única prueba de cargo es la declaración de la presunta víctima, señalando la STS de 23 de marzo de 1999 que el riesgo se hace más extremo si ésta es precisamente quien inicia el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejercita la acusación.

Asimismo en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2010 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), se efectúa una crítica de lo que entiende viene produciéndose en la valoración de la declaración de la víctima, cuando los delitos se cometen en la intimidad y sin testigos, otorgándosele a aquella un plus de credibilidad. Criterio contrario al principio de presunción de inocencia.

No obstante lo anterior, la Sentencia del TS 725/07, de 13 de septiembre, con cita de las Sentencias del mismo Tribunal 409/04, de 24 de marzo, 104/02, de 29 de enero, y 2035/02, de 4 de diciembre, afirma que

"nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad",

como sucede en buena parte de los procedimientos competencia de los JVM.

En la antes citada STS de 21 de marzo de 2011, también se incidía en que si no se aceptara la validez de ese testimonio se llegaría a la más absoluta impunidad este tipo de ilícitos penales, que suelen perpetrarse de forma clandestina, secreta y encubierta y que por tanto para su descubrimiento, resulta fundamental esa declaración.

También ha señalado, como en la STS de 17 de junio de 2.000, respecto del requisito de ausencia de incredibilidad subjetiva, que no es razonable exigir a la víctima de cualquier agresión la solidaridad o indiferencia respecto a la persona causante del perjuicio, por lo que el presupuesto ha de actuar respecto de hechos, relaciones o situaciones diferentes de los concretos hechos a enjuiciar.

Al hilo de lo anterior, y siguiendo igualmente la línea marcada por la Sentencia del TS de 30 de junio de 2.005 y la anteriormente citada de 13 de septiembre de 2.007,

“no pueden establecerse en esta cuestión criterios apriorísticos”.

Efectivamente, tal y como declara la Sentencia del TS de 30 de junio de 2.005, conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que, si se demuestra su concurrencia, haya de concluirse necesariamente que existe prueba y, si no se aprecian, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe. Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando la carencia es aplicable a los tres requisitos, ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, en el cual la condena, violaría el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Como se señalaba anteriormente, la razonabilidad de la argumentación que debe contener la Sentencia debe expresar el juicio de inferencia realizado por el/la Juzgador/a cuando la declaración de la víctima se erige en prueba de cargo.

En la misma línea la STS 681/10/2007 tras insistir- refiriéndose a otras sentencias del TS (Ss. 578/2001 de 6 de abril y 1211/2006 de 13 de diciembre -entre otras-) en el grave riesgo que para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito y afirma que en estos supuestos el control no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que va más allá: ha de verificarse la racionalidad de la decisión que fundamenta la condena.

Así, llama la atención de la lectura de numerosas Sentencias dictadas por Juzgados de lo Penal y por Secciones Especializadas de AP el que se suele utilizar como criterio para negar credibilidad a la víctima el hecho de que la misma se encuentre inmersa en un procedimiento de separación o divorcio, pese a que los datos ofrecidos por diferentes estudios especializados, -entre otros los efectuados por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, respecto de la totalidad de sentencias dictadas por los Tribunales de Jurado, en casos de homicidios y/o asesinatos entre miembros de la pareja o ex pareja-, permiten concluir que en tales supuestos se produce un incremento del riesgo de que la mujer sufra una agresión.

En este sentido, no resulta razonable cuestionar la credibilidad de la denunciante por el mero hecho -sin otras circunstancias concurrentes- de que la misma, en el ejercicio de un derecho constitucional, como el de acceso de cualquier ciudadano/a a los/las Jueces/zas y Tribunales en ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya entablado una demanda ante el Juzgado de Familia o ante el JVM contra su presunto agresor, y ello con independencia del escaso porcentaje de procedimientos civiles que tramitan estos últimos respecto del total de asuntos de naturaleza penal.

Otro de los parámetros utilizados habitualmente para cuestionar la credibilidad de la víctima, el lapso de tiempo transcurrido desde que se producen los hechos hasta la presentación de la denuncia, ha de ser igualmente valorado con suma prudencia, pues como ha señalado el TS, en Sentencia 725/07, de 13 de septiembre:

“La Sala no duda de que el testimonio de quien acude a la autoridad judicial denunciando hechos que se remontan a varios años antes ha de ser valorado con especial precaución. En hechos de la naturaleza del que nos ocupa, pesan en la decisión de la víctima sobre si acudir o no a la policía o al Juzgado de Guardia factores que no son de tan difícil comprensión. Lo señala la experiencia y, por ejemplo, el conocimiento público y notorio de significativas estadísticas de agresiones semejantes no denunciadas. Dependiendo de las circunstancias pueden admitirse lapsos de tiempo más o menos largos y se tienen ciertamente experiencias judiciales de denuncias al cabo de varios años de agresiones físicas y también sexuales de gravedad, incluso continuadas, que posteriormente se han visto confirmadas en modo de sentencias condenatorias, aludiendo en el caso concreto a situaciones de vergüenza y de temor”.

Otro de los criterios, que a menudo nos encontramos, para valorar la credibilidad de la víctima es el que ésta haya renunciado o no a las indemnizaciones civiles que le pudieran corresponder. Postura que ha sido criticada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien en su sentencia STS 404/2005 de 25 de marzo de 2005, refiere que el hecho de no solicitar indemnización civil no puede ser nunca, un dato, que refuerce la credibilidad de la víctima, ya que pueden existir otros móviles que determinen a una persona a formalizar una denuncia, a parte de los económicos. Lo que no puede sostenerse sin más -añade-, es que las víctimas que solicitan indemnizaciones, puedan tener menor credibilidad que quienes renuncian a ellas. Quiere con ello decirse -concluye el Tribunal- que “este no es un elemento de credibilidad que refuerce, la declaración de la víctima, de modo que no puede valorarse como tal”.

En la práctica es igualmente frecuente que la defensa del imputado centre todos sus esfuerzos en tratar de desmontar la credibilidad de la víctima, aduciendo algún tipo de móvil espurio, o incluso insinuando algún tipo de patología mental proponiendo la práctica de pericial psicológica o psiquiátrica de la misma. Acerca de esta diligencia cabe recordar la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2.004, conforme a la cual tal prueba sólo puede admitirse con carácter excepcional y cuando efectivamente pudiera haber indicios de algún tipo de patología relevante en la víctima.

Todo lo anterior nos debe llevar a ser particularmente escrupulosos a la hora de tomar declaración a la perjudicada, tratando de buscar, si existen, corroboraciones periféricas que abunden en la credibilidad de su testimonio.

Muy ilustrativa en este sentido resulta la Sentencia del TS 140/04, de 9 de febrero, en que la Sala Segunda señala expresamente que

“la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992, 11 de octubre de 1995, 17 de abril y 13 de mayo de 1996 y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim), puesto que, como señala la Sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la

imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante, etc”.

VII.5.4. Las retractaciones

En las conclusiones elaboradas en el Curso sobre “Valoración del Daño en las Víctimas de Violencia de Género”, celebrado en Madrid los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2.007, se recoge expresamente la necesidad de

“conocer con base en datos fiables los motivos por los que las víctimas retiran su denuncia y las expectativas que tienen respecto al sistema penal. A tal efecto, resultaría de gran utilidad la realización de estudios que permitieran avanzar en el conocimiento de tales extremos”.

La experiencia nos demuestra, efectivamente, que numerosas mujeres manifiestan su voluntad de retirar la denuncia, durante la fase de instrucción, o bien llegado el acto del juicio oral se acogen a la dispensa de la obligación de declarar contra el acusado -que se viene equiparando a derecho a no declarar contra el mismo-, o bien se retractan de su inicial declaración.

Existen razones diversas que pueden llevar a una víctima de violencia de género a querer apartarse del procedimiento, tales como la dependencia emocional, el miedo a su agresor, la dependencia económica, el temor ante la situación administrativa irregular y el riesgo de expulsión, el no querer perjudicar a los hijos/as, sentimientos de sumisión y de resignación, anulación de su autoestima, así como la falta de coincidencia en muchos casos entre las expectativas de las víctimas respecto de las consecuencias de la denuncia y las propias que el ordenamiento jurídico deriva del conocimiento de unos hechos que presentan las características de delitos perseguibles de oficio.

La complejidad del problema obliga al Juez/a a indagar en cada caso el porqué de esa retractación y, en particular, si se hace de una forma libre y voluntaria o si obedece, como sucede en no pocas ocasiones, a las amenazas o coacciones de distinta intensidad recibidas directamente por parte del propio imputado o a través de su círculo de familiares o amigos.

Cuando la denunciante manifiesta durante la instrucción del procedimiento su voluntad de retirar la denuncia o se retracta de la misma, ello no debe provocar automáticamente el archivo pues estamos en presencia de delitos públicos, cuya persecución se rige por el principio de legalidad y no por el de oportunidad.

Igualmente, la retirada de la denuncia o la retractación tampoco deben provocar automáticamente el decaimiento de las medidas cautelares adoptadas, debiéndose valorar si subsiste la situación de riesgo objetivo para la integridad física o psicológica de la beneficiaria de la medida. Incluso, deberá explorarse la posible influencia del presunto maltratador sobre su víctima antes de la celebración del juicio en aquellos casos de especial gravedad en los que, como señala la Sentencia de la AP de Murcia, de 15 de marzo de 2.006,

“el maltratador suele emplearse a fondo en su papel incrementando sus amenazas o coacciones para que la víctima cambie su declaración o, simplemente, adoptando el papel de compañero débil que pide perdón y asegura que no lo volverá a hacer”.

Lo contrario sería tanto como otorgar al perdón de las víctimas de violencia de género una relevancia jurídica de la que carece, más allá de la falta de injurias del artículo 620 del C.P.

Por tanto, los Jueces/zas deben agotar la instrucción y valorar la existencia de otras pruebas, introduciéndolas en el procedimiento, más allá de la declaración de la víctima y abrir, en su caso, el juicio oral contra el presunto autor de los hechos.

La retractación de la testigo-víctima puede producirse en el acto del juicio oral, supuesto cada vez menos frecuente puesto que aquella, debidamente asesorada, va conociendo que es más eficaz a los fines que pretende con su postura procesal (absolución del acusado) acogerse a la dispensa legal del artículo 416 de la LECrim., acogimiento que imposibilita -a diferencia de la retractación- la valoración de sus declaraciones anteriores.

Respecto a este supuesto el art. 714 de la LECrim dispone *que «cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe».*

Por su parte el art. 46.5 de la LOTJ, recoge, que los letrado/as de las partes intervinientes en el juicio oral, podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen existan, entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción.

La STS de 982/2009 de fecha 15 de octubre de 2009 remitiéndose a otros pronunciamientos de dicha Sala, afirma que el Tribunal del enjuiciamiento puede valorar como prueba de cargo el contenido de declaraciones sumariales del acusado o los testigos, prestadas ante el Juez/a de instrucción con todas las garantías, aun cuando rectifique en el juicio oral, siempre que aquellas sean incorporadas debidamente al plenario, ordinariamente mediante la lectura prevista en el artículo 714 de la LECrim o bien de forma suficiente a través del interrogatorio, pudiendo aceptar unas u otras, aunque deba razonar su decisión debidamente, (STS nº 1453/2004, de 16 de diciembre), exigencia esta última que, por otra parte, es predicable de toda la valoración de la prueba.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha relativizado el requisito formal de la lectura, considerando suficiente, el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio, por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a objeto de que pueda darse la explicación oportuna.

Lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual “por reproducida”; práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y reiteradamente rechazada por la doctrina jurisprudencial y la doctrina constitucional.

Incorporada al juicio oral la declaración sumarial del testigo, como condición *sine qua non* para considerarla prueba de cargo valorable por el Tribunal, dos son las exigencias de la razonabilidad valorativa:

1º) Por la falta de inmediación de aquella, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios. Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración inculpativa que le doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral.

2º) Como consecuencia es necesario en tal caso que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral, pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

VII.5.5. Efectos de la renuncia a las acciones penales y civiles, a la orden de protección o a otras medidas cautelares penales

La renuncia a la acción penal de la denunciante no afecta al deber de agotar la investigación de unos hechos que pueden ser conceptuados como delito, incluso aunque, previamente, aquélla se hubiera constituido como acusación particular. La renuncia no vincula ni al Juez ni al Ministerio Fiscal.

La renuncia a la acción civil no impide las diligencias de investigación de las manifestaciones del daño para la correcta calificación del delito y resarcimiento de otros posibles perjudicados distintos a la víctima directa del delito.

Siendo precisa la *proporcionalidad* de la medida cautelar vigente, las manifestaciones de la víctima y cualquier otra circunstancia concurrente a lo largo de la investigación criminal serán objeto de valoración para el mantenimiento, la supresión, revocación y/o atenuación de la medida cautelar, si bien la misma siempre ha de responder a la protección de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, entre otros, su vida, su integridad física y moral, su libertad o su dignidad.

VII.6. La valoración del riesgo en sede policial y judicial

VII.6.1. La valoración policial del riesgo. La VPR y la VPER

Las Instrucciones 10/07, en primer término, y 14/07 y 5/08, en segundo, de la Secretaría de Estado de Seguridad aprueban y modifican, respectivamente, el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer.

La Valoración Policial del Riesgo –VPR- es un informe que refleja la valoración que el Cuerpo o Fuerza de Seguridad que lo realiza efectúa del riesgo inicial que ha apreciado. La Valoración Policial de la Evolución del

riesgo –VPER- es un informe policial de la evolución del riesgo inicialmente apreciado.

Son informes policiales con valor de atestado-denuncia. Contemplan factores iniciales de incidencia en el riesgo -los referidos a la violencia sufrida por la víctima, las relaciones con el agresor y los antecedentes de éste y su entorno, las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales del núcleo familiar, la *retirada* de denuncia, la renuncia a la orden de protección, la reanudación de convivencia...- y los datos o circunstancias posteriores que implican un peligro añadido a la situación de violencia.

Se utilizan formularios normalizados y el sistema asigna automáticamente los niveles “no apreciado”, “bajo”, “medio”, “alto” o “extremo”, con *medidas policiales de protección y de aplicación inmediata* para cada una de ellas a partir de que se aprecie algún nivel de riesgo. Se realizan valoraciones periódicas (nivel extremo, cada 72 horas; nivel alto, cada 7 días, nivel medio, cada 30 días y nivel bajo, cada 60 días).

Se ha de dar traslado al Órgano Judicial y al Ministerio Fiscal tanto de la inicial como de las valoraciones posteriores que supongan una modificación a mayor o menor gravedad de la última valoración de riesgo comunicada, junto con un informe sobre los principales factores de riesgo apreciados. También a solicitud judicial, del Ministerio Fiscal o por concurrencia de nuevas circunstancias significativas.

La ORDEN INT/1911/2007, de 26 de junio, ha creado el fichero de datos de carácter personal “Violencia doméstica y de género”, en el Ministerio del Interior. El fichero tiene por objeto la eficacia en la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, facilitar el seguimiento de las circunstancias de riesgo que concurren, alertar de su evolución, permitir la adopción de medidas de protección adecuadas y prevenir el riesgo de nuevas agresiones. Ha sido modificada por ORDEN INT/68/2008, de 23 de enero, para mejorar el acceso y el uso del mismo.

Está previsto que los jueces/zas accedan a la información que precisen para la tramitación de causas penales, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de las víctimas, a través del Secretario/a Judicial o de un funcionario/a adscrito/a a la oficina judicial.

Finalmente, conviene poner de relieve que si bien la VPR no vincula al órgano judicial a la hora de acordar o denegar una medida cautelar, es un instrumento más que puede coadyuvar a la labor judicial de protección de

las víctimas, en particular en aquellos casos en los que el resultado de dicha valoración es de un riesgo extremo.

VII.6.2. La valoración judicial del riesgo

La vocación tuitiva hacia las víctimas de violencia de género se positiviza en el artículo 1.2 de la Ley Integral cuando dice que por medio de la misma “se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

Al propio tiempo, entre los principios rectores de la Ley Orgánica 1/2004 su artículo 2 g, recoge el de “Fortalecer el marco penal y procesal vigente **para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales**, a las víctimas de la violencia de género”, principio íntimamente ligado a los de las letras h y j del propio artículo 2, esto es, el de **coordinación** de los recursos e instrumentos de todo tipo de los distintos poderes públicos para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género y, en su caso, la sanción adecuada a los culpables de los mismos, y el del fomento de la **especialización** de todos los colectivos profesionales que ~~intervienen~~ intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas.

Nuestra Ley ha recogido así las líneas maestras de la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto Jurídico de las Víctimas en el Proceso Penal y que obligaba a los poderes públicos, entre otras prestaciones, a garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas en el plano de la seguridad, intimidad e imagen.

Existe por tanto un verdadero mandato del legislador dirigido a los Jueces/zas para que presten la debida protección a las víctimas de violencia de género durante el proceso, protección que estará en función de la valoración que haga el órgano judicial sobre la peligrosidad del imputado y cuantas otras circunstancias permitan efectuar un pronóstico del riesgo para la vida o integridad de la mujer, y de reiteración delictiva lo que en sí supone una particularidad frente a otro tipo de delitos.

También el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁵, ratificado por España en Instrumento de Ratificación de 27 de mayo de 2002, se contienen reglas de protección de las víctimas testigos en casos de delitos sexuales, delitos cometidos por razón de género y menores (art. 68), durante el curso de la investigación o en la fase de enjuiciamiento, que será un modelo de buena práctica a seguir en nuestros procedimientos internos.

Por tal razón y sin perjuicio de las valoraciones policiales de riesgo, es preciso que se ponga a disposición de los JVM o de los Juzgados de guardia, cuando actúen en sustitución de los anteriores, en la instrucción de la causa los instrumentos precisos para poder calibrar el riesgo en que puede encontrarse una víctima de violencia de género.

Conviene recordar, en este punto, que no existe un perfil de personalidad ni trastorno específico de hombre maltratador, tal y como recuerdan las Sentencias del Tribunal Supremo 291/2011 de 14 de abril y 238/2011 de 21 de marzo, cuando señalan que aun cuando *“el recurrente carezca del perfil de maltratador no equivale a decir que no sea capaz de haber realizado las acciones que se le imputan. Cualquier reduccionismo en esta materia es inaceptable”* y que *“es claro que carecer de tal perfil psicológico no es incompatible con la posibilidad de ejecución del maltrato, ni puede servir para apoyar una valoración probatoria favorable al acusado, que ya dispone para ello de la presunción de su inocencia y del principio in dubio pro reo, sin necesidad de acreditar que tiene perfiles psicológicos socialmente aceptables.”*

No obstante sí se han constatado una serie de actitudes y pautas de comportamiento relativamente estables y comunes en muchos de los hombres que maltratan y que tendrían su origen en el aprendizaje social (Echeburúa, Montero de Espinosa). Hay alteraciones que pueden suponer una agresividad más acentuada, como los trastornos de la personalidad paranoide y el trastorno delirante de tipo celotípico. El abuso de alcohol y otros tóxicos también pueden constituir un factor de riesgo precipitante de la violencia. Si concurren tales circunstancias, determinarán un plus de peligrosidad que puede fundamentar la adopción o modificación de las medidas cautelares adecuadas para proteger a la víctima.

El estado peligroso se define como *“aquel comportamiento del que con gran probabilidad puede derivarse un daño contra un bien jurídicamente protegido”*. La peligrosidad criminal consiste así en un juicio de

⁴⁵ <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/27/pdfs/A18824-18860.pdf>

probabilidad de que un sujeto llegue a ser autor de un delito y generalmente parte de la base de que ya ha cometido algún hecho delictivo.

El órgano judicial podrá interesar a la Unidad de Valoración Forense Integral que informe sobre algún aspecto específico relativo a la evaluación del agresor. Así, y entre otros extremos, que se pronuncie sobre la situación mental y afectiva detectada, descartando o no la presencia de trastorno mental que pudiera modificar su imputabilidad en los hechos denunciados, que valore la influencia de alcohol y tóxicos en las facultades intelectual y volitiva y, en su caso, gradación de la afectación, así como la valoración de la peligrosidad criminal en el sentido de informar sobre la probabilidad de llevar a cabo unos determinados hechos ante unas circunstancias específicas o amenazas concretas, lo que podrá tener proyección sobre las medidas a adoptar.

Particular importancia en la materia adquiere la reciente aprobación del Protocolo Forense para la Valoración Urgente del Riesgo y cuyo objetivo dentro del ámbito judicial, será aportar un elemento más al Juez/a que le permita adoptar una decisión sobre la pertinencia y alcance de medidas de protección de la víctima, dicha valoración podrá realizarse de forma urgente (menos de 72 horas) o de forma programada⁴⁶, realizándose la VR urgente mediante una guía que recoja de forma sistemática los factores de riesgo para la violencia de género.

El criterio general, según dicho Protocolo, es el de que se deja a la decisión del Juez/a cuándo acordar la VR, si bien también se prevé que el Ministerio Fiscal lo solicite en los casos de diligencias preprocesales o de investigación e incluso que sea el propio Médico Forense quien solicite a la autoridad judicial la conveniencia de practicarla.

Por lo que respecta al resultado del informe, este comprenderá tres categorías de riesgo: bajo, moderado y grave, expresando el Protocolo en relación al riesgo grave que se entenderá por tal “la posibilidad de sufrir un episodio inminente de violencia con riesgo de lesiones o muerte para la vida de la mujer.”

De particular interés es la constatación en el Protocolo de que puede haber otros sujetos pasivos distintos de la mujer en situación de riesgo, señalando expresamente que en el caso de que la o el médico forense considere que el

⁴⁶en aquellos casos en que de la valoración médico-forense urgente se deduzca la necesidad de completar el estudio por las condiciones médicas, psicológicas o sociales de la víctima y/o del agresor, se hará constar expresamente en las conclusiones del informe médico-forense, la recomendación de un estudio más completo por los profesionales de la UVFI, para que la autoridad judicial, a la vista de ello, acuerde lo que estime pertinente.”

riesgo de violencia se extiende a otras personas cercanas a la pareja (hijos/as, personas dependientes...) se recomienda que también se refleje esta circunstancia.

Por otro lado, conviene poner de manifiesto la importancia que tiene la intermediación judicial, tanto en la declaración del imputado como de la víctima como instrumento para la valoración del riesgo.

En este punto, no obstante, tal y como recuerda el informe del Observatorio sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja correspondiente al año 2010, “Los hechos denunciados por las propias víctimas pueden hacer pensar que no revisten mayor gravedad o peligro para la integridad física de la mujer, pero todas ellas fueron víctimas de muerte violenta” de donde se deriva la dificultad que existe en muchas ocasiones para apreciar el verdadero riesgo en que se encuentra una mujer a la vista del contenido de su denuncia, por lo que para poder valorar el riesgo el órgano judicial debe ir más allá del último episodio, indagando en la declaración de la perjudicada acerca de circunstancias esenciales tales como si ha habido episodios anteriores de violencia, si fueron denunciados, si la mujer mantuvo su denuncia, si se solicitaron o se dictaron medidas de protección, si se cumplieron, así como cuantas otras circunstancias puedan ser reveladoras de la peligrosidad del sujeto, tales como los celos injustificados (le impedía relacionarse con otras personas, hablar o saludar a cualquier otro hombre), su carácter posesivo (le imponía una forma determinada de vestir, le controlaba las llamadas telefónicas o reaccionaba de forma violenta ante la negativa de la mujer a mantener relaciones sexuales).

A modo de conclusión, puede señalarse que en los Congresos Nacionales de Violencia de Género celebrados en Madrid en los años 2009 y 2011 se pusieron de manifiesto algunos factores considerados como de riesgo para las mujeres, tales como:

- Embarazo de la mujer
- Anuncio por la misma a su pareja del fin de la relación.
- Inicio por la mujer de una nueva relación sentimental.
- Constatación de antecedentes penales por violencia de género.
- Antecedentes penales por delitos violentos.
- Antecedentes policiales por violencia de género.
- Problemas de dependencia al alcohol y las drogas.

VII.7. Los procedimientos civiles en los JVM

VII.7.1. Competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, establece que:

“En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”.

El artículo 87 ter de la LOPJ, en sus apartados 2 y 3, regula las competencias civiles de los JVM. Su concreta redacción, sin embargo, suscitó innumerables cuestiones de competencia negativas entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que no han tenido una interpretación unívoca, pudiendo afectar las diferentes soluciones alcanzadas al principio de seguridad jurídica.

En cualquier caso, las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer están condicionadas a la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1º. La competencia objetiva civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer

Así se infiere del artículo 87 ter.3 de la LOPJ cuando condiciona la atribución de un asunto a esa competencia objetiva:

“a) *Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo*”.

Es decir, que el procedimiento tenga por objeto alguna de las siguientes materias:

- a) Filiación, maternidad y paternidad
- b) Nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Relaciones paterno-filiales.
- d) Adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los asuntos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Comparando el contenido de este precepto con el artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁷, que abre el Libro IV, relativo a los procesos especiales, se observa que se ha reproducido casi de forma íntegra el contenido de este último, con la excepción de excluir del conocimiento de los JVM los procedimientos que versen sobre la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial, sin que se haya explicitado la razón de la exclusión. Con todo, esa omisión y otras deben suplirse por el criterio amplio competencial de “adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar”. Lo mismo ocurre con los procedimientos de modificación de medidas (AAP Barcelona, 12^a, 24/1/2013).

⁴⁷Artículo 748. Ámbito de aplicación del presente Título.

Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos:

1º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.

2º Los de filiación, paternidad y maternidad.

3º Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos.

4º Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.

5º Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.

6º Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

7º Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

2º. La coincidencia de las partes entre el proceso civil y el penal

Añade el citado artículo 87 ter.3 de la LOPJ

“b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo”.

Este apartado impone que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del mismo artículo.

Cuando el apartado b) del artículo 87 ter.2 LOPJ habla de “víctimas de los actos de violencia de género” es preciso, aunque el artículo no lo diga de forma expresa:

I. Que entre el sujeto activo y pasivo del delito exista una relación de matrimonio o análoga a la del matrimonio

II. El segundo, primero en orden en la lectura del precepto, es que se trate de alguno de los delitos cuyo conocimiento está atribuido a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. No se trata de violencia doméstica (AAP Cádiz 2ª 9/12/2011).

El artículo no cita ninguna infracción penal constitutiva de falta ni se refiere a infracciones penales susceptibles de ser encuadradas dentro de la categoría de las faltas. La exclusión de las faltas solo puede defenderse por la referencia al apartado 1.a) en lugar del apartado 1, sin más. Pero la competencia penal para las faltas del apartado 1 d) del mismo artículo 87 ter de la LOPJ, y sobre todo el apartado 3.d) del mismo artículo y el párrafo segundo del artículo 49 bis.3 LEC, que claramente vinculan las faltas con la competencia civil, lleva al criterio de incluir las faltas como causa de atracción de la competencia civil, que dota de mayor sentido la existencia de los JVM. Así lo entienden las Audiencias Provinciales de Granada (Sec. 5ª AA de 9 y 23 de noviembre de 2.007 y de 15 de febrero y 26 de marzo de 2.008, Barcelona (Sec. 12ª AA de 12 y 14 de junio de 2012, de 22 de julio de 2010), Bilbao (Sec. 3ª A de 7 de marzo de 2012, etc.), etc., que han considerado que la existencia de un juicio de faltas (obviamente, concurriendo el resto de requisitos) determina la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La otra parte del proceso civil debe ser imputado, según el artículo 87 ter.3 de la LOPJ:

“c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género”.

No presenta, al menos aparentemente, dificultad el contenido de la letra c) cuando exige que alguna de las partes del proceso civil sea imputada como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. Pero nuevamente, el legislador, consciente o inconscientemente, introduce en el ámbito civil conceptos jurídicos penales que había eludido al hablar de las competencias penales, lo que no es baladí⁴⁸.

No se da esa coincidencia de partes en caso de asesinato puesto que la víctima no será parte en el proceso penal (AAP Madrid 22ª 13/2/2012)

3º. Existencia de actuaciones penales y límite para la inhibición en el proceso civil

“d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género”.

Este presupuesto dio lugar también a cuestiones de competencia negativa que han dado lugar a diferentes soluciones de las Audiencias Provinciales en sentidos radicalmente opuestos, potenciadas por la redacción del artículo 49 bis de la LEC. La mayoría de las cuestiones se referían a qué ha de entenderse por “fase del juicio oral”. En este sentido el ATS de fecha 04 de febrero de 2008 señala:

⁴⁸Para entenderlo se puede reproducir el artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ en el que el legislador, después de declarar que “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos”, señala “de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. El precepto habla de autor en sentido propio, excluyéndose de plano las formas de participación, lo que parece lógico por la opción legislativa que realiza la *Ley Integral* al definir su ámbito de aplicación. La cooperación, en cualquiera de sus modalidades, o cualquier otra forma de participación en la conducta punible del autor serán punibles pero quedarán fuera del ámbito competencial de los JVM, por mor tanto del artículo 87 ter de la LOPJ como del artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

"Asimismo, *el procedimiento civil de divorcio no se encuentra en fase de juicio oral, ni siquiera se ha iniciado su tramitación (Art. 49 bis 1. LEC), debiendo entenderse iniciada la fase del juicio oral, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la cual el Juez debe dictar sentencia, salvo que quede pendiente prueba que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral (ATS 18/10/07 RN 149/07)*". En la misma línea de referirse la fase oral al juicio civil: AATS de 19 de enero de 2007, 18 de octubre de 2007, 24 de septiembre de 2008, 25 de marzo de 2009 y Acuerdo del Pleno TS de 16 de diciembre de 2008.

Estos autos, salvo el de 19 de enero de 2007, refieren la "fase oral" del proceso civil a la vista principal. El de 19/1/2007 contempla un caso de medidas ya celebradas. Se plantea así el tema de proceso, principal o provisional, al que debe estarse. La AP Barcelona (Sec. 12ª 8/6/2011, etc.) y AP Valencia (Sec. 10ª 2/4/2008; 14/5/09) lo han referido a la vista principal. En sentido contrario, refiriéndolo a las medidas, AAP Vizcaya Sec. 4ª 13/3/2007, AP Alicante Sec. 5ª 29/3/2007, 24/11/2011, 11/1/2012, etc. En cualquier caso, el límite está en la citación para la vista o comparecencia (AAP Sevilla 2º, 20/7/2006, AAP Barcelona, 12ª, 11/3/2013).

Mientras no se haya producido la *perpetuatio iurisdictionis* en el proceso civil, es decir, tras la citación para la vista (o comparecencia, según las dos soluciones vistas), cabrá la inhibición en el momento en que existan actuaciones penales en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pues el artículo 49 bis prevé explícitamente en su título la "pérdida de competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer" y la LOPJ no determina el momento de la concurrencia simultánea de las condiciones de su artículo 87 ter. 3. Así pues,

a) Tramitándose el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia y concurriendo los presupuestos del artículo 87 ter. 3 de la LOPJ, se habrán de inhibir los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer (salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral en el proceso civil).

b) Si el Juez de Familia sabe de la existencia de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a la incoación de un procedimiento penal ni al dictado de una orden de protección, la competencia la sigue teniendo el Juzgado de Familia o de Primera Instancia pero habrá de convocarse una audiencia con intervención de las partes y del Ministerio Fiscal en las 24

horas siguientes. Si se incoan actuaciones penales ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, estaremos en el siguiente supuesto.

c) Si el Juez de Violencia sobre la Mujer tiene conocimiento de la existencia del proceso civil, concurriendo los presupuestos del artículo 87 ter.3, deberá requerir de inhibición al Juzgado de Familia de Primera Instancia que estuviera conociendo de ese procedimiento civil, que se inhibirá salvo que haya iniciado la fase de juicio oral.

VII.7.2. Posibilidad de rechazar por parte del JVM la inhibición acordada por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia

El artículo 87 ter 4 de la LOPJ permite que el JVM pueda inadmitir a trámite la pretensión o rechazar la inhibición acordada por el Juzgado de Familia cuando aprecie

“que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género”.

Esto puede considerarse que ocurre fundamentalmente en los casos en que ha recaído auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria). El auto de sobreseimiento ha de ser firme según los AAP Madrid 22^a 25/11/2011; 20/3/2012; Madrid 24^a 10/11/12; 2/3/2011; Cádiz 5^a 1/2/2011; Valencia 10^a 17/1/2012 –con orden de busca y captura vigente-; Alicante 5^a 26/10/2011 –con orden de alejamiento vigente-; etc., pero puede haber supuestos especiales (AAP Madrid 22^a 26/4/2011: que esté apelado pidiendo el sobreseimiento libre). Basta que sea sobreseimiento provisional y no libre (AAP Madrid 24^a 29/3/2012; 22^a 11/2/2011; Zaragoza 2^a 17/5/2011, etc.).

Sin embargo, también hay razones para considerar que el sobreseimiento provisional, que no declara la inexistencia de responsabilidad, no evita la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (AAP Barcelona 12^a 14/6/2012; 5/3/2012, 15/1/2013, 25/4/2013) y la resolución exculpatoria ha de ser firme (AAP Barcelona 12^a 24/1/2008; 23/4/2008; Madrid 22^a 11/5/2012). Mientras no se haya extinguido la responsabilidad según el artículo 130 del Código Penal habrá competencia del JVM (Auto del TS de 23 de marzo de 2010) que puede estar en ejecución (faltas, AAP Bilbao 3^a 7/3/2012). La prescripción de esa responsabilidad excluye la competencia del JVM (AAP Santa Cruz de Tenerife 1^a 18/11/2011), que puede apreciarse a los solos efectos de la cuestión de competencia (AAP Barcelona 12^a, 24/1/2013 y 16/5/2013). Alguna resolución excepcional ha considerado que no se trata de la persistencia de la responsabilidad penal sino de la tramitación penal (tras la sentencia condenatoria no hay la

competencia del JVM, AAP Madrid 22ª 8/3/2006; Alicante 5ª 11/1/2012, pero en contra de ese criterio, AAP Madrid, 22ª 16/3/2012).

El momento a tener en cuenta es el momento en que se presentó la demanda aunque después de archiven las actuaciones penales (AAP Girona 1ª 20/3/2007; León 2ª 20/10/2010; Castellón 2ª 26/5/2011 Madrid 22ª 23/5/2011; Valencia 10ª 6/2/2012, etc.). Pero ante una nueva demanda han de darse los requisitos del artículo 87 ter.3 LOPJ, y no basta que el JVM esté conociendo de un proceso civil entre las partes (desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, AAP Madrid 24ª 29/3/2012).

No obstante, si dichas resoluciones recayeran una vez admitida a trámite la demanda, el JVM deberá seguir conociendo del procedimiento (AP de Madrid, Sec. 22ª, de 6 de marzo de 2006, etc., y Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005), y ello porque no está prevista en la *Ley Integral* la pérdida sobrevenida de jurisdicción que sí se contempla respecto del Juzgado de Familia. Esto determina la imposibilidad de inhibirse a fin de no vulnerar el derecho al Juez predeterminado por la Ley, así como por los principios de *perpetuatio iurisdictionis* y de economía procesal, en orden a evitar dilaciones indebidas. De otro modo, se podría dar lugar a un continuo peregrinar por jurisdicciones que, en última instancia, perjudicaría a las partes. Bien es cierto, sin embargo, que también puede ser contraproducente para las mismas -al entrañar una estigmatización *vitalicia*-, que el JVM continúe conociendo del procedimiento civil cuando ya parece injustificada la necesidad de su intervención excepcional y accesoria a la penal.

Los problemas se agravan si transcurre un lapso de tiempo entre la finalización del proceso penal y el inicio del procedimiento civil ante el JVM, por ejemplo, si transcurren varios años entre el procedimiento por violencia de género y el civil de trascendencia familiar. La *Ley Integral* no establece si en tales supuestos la competencia para conocer del procedimiento civil debe corresponder al JVM, pero es claro que, si la respuesta fuese afirmativa, podría suponer una estigmatización injusta para ambas partes y una modificación de las normas de competencia ordinarias (artículo 769.1 y 2 de la Lec). La Guía Práctica de la LO 1/2004, elaborada por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, aporta para este supuesto la siguiente solución interpretativa: si no se ha incoado procedimiento alguno de violencia de género durante los plazos de prescripción establecidos en el artículo 130 del CP, a partir del vencimiento de los mismos la competencia para conocer de la demanda civil posterior sería la ordinaria prevista en la LEC y vendría, en consecuencia, atribuida al Juez de Familia. En el mismo sentido que los

Autos ya citados, se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005.

VII.7.3. La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Familia: la ejecución de resoluciones judiciales

El artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se ha señalado, dispone la pérdida de la competencia del Juzgado de Familia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer, señalando los requisitos y fases procesales para el conocimiento exclusivo y excluyente en materia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Se plantea con frecuencia el supuesto en que por parte del Juzgado de Familia se haya dictado ya Auto o Sentencia y que en fase de ejecución de la resolución judicial se produzca el acto de violencia sobre la mujer, dando lugar a la denuncia penal y al inicio de actuaciones ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Seguirá siendo competente, al amparo del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la ejecución de la resolución judicial el mismo órgano que conoció del asunto en primera instancia.

Y ello también cuando la parte pretenda la ejecución de medidas previas dictadas por el Juzgado de Familia, aun cuando la demanda principal ya esté sustanciándose en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, de 17 de julio de 2007, entre otras), teniendo siempre en cuenta que las medidas previas pueden haber sido modificadas por otras provisionales en el JVM (artículo 772 LEC). Las medidas coetáneas, si la inhibición se ha producido aplicando el criterio de la citación para la vista principal como límite temporal, seguirán la suerte del pleito principal, también para la ejecución, como en los supuestos de inhibiciones entre juzgados civiles.

En el mismo sentido de ejecución por el juzgado que dicta la resolución se pronunciaron los Magistrados de las Secciones Penales Especializadas en Violencia sobre la Mujer de las Audiencias Provinciales, en el Seminario de 30 de noviembre, y 1 y 2 de diciembre de 2005 (punto 3), dentro de los 11 criterios adoptados en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de Género).

También la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, se pronunciaba en similar sentido:

“3.- En cuanto a la fase del proceso civil es preciso que no haya iniciado la fase del juicio oral. En el Proyecto de Ley se introdujo una limitación, no prevista inicialmente en el Anteproyecto y que se ha mantenido en la redacción final, por la que el deber de inhibición del Juez Civil se supedita a que el procedimiento civil no haya iniciado la fase del juicio oral, acogiendo las sugerencias recogidas en los informes consultivos previos, ya que los principios de oralidad, concentración e inmediatez que lo rigen, tras la LEC 1/2000, imponen que sea el mismo Juez que está conociendo del juicio el que dicte sentencia y quien, por tanto, sea el funcionalmente competente para la ejecución. Por la misma razón los procedimientos civiles que se encuentren en ejecución en el momento de entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos (D.T.1ª).”

En idéntico sentido, la conclusión 11.6 de las alcanzadas en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretario/as Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, mantenido en Madrid, los días 23 a 25 de noviembre de 2.005, bajo el título “Las reformas del Derecho de Familia”, señala que

“Por lo que se refiere a la ejecución de las sentencias y autos dictados por los Juzgados de Familia y de Primera Instancia, en todo caso serán éstos competentes para ejecutar todas las resoluciones civiles dictadas en los procedimientos tramitados ante dichos juzgados. En consecuencia, los JVM, carecen de competencia para conocer de las ejecuciones de autos y sentencias dictadas por los juzgados referidos, aun cuando en el transcurso de la ejecución pueda cometerse algún acto de violencia contra la mujer.”

¿Y si difiere el contenido entre lo acordado en la Orden de Protección y las medidas establecidas por un Juzgado de Familia? En principio, no pueden resolverse en la orden de protección medidas de naturaleza civil si ya han sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, ex artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ello, señala el precepto, sin perjuicio de las medidas del artículo 158 CC.

El problema se plantea en el supuesto en que para proteger a los menores de edad se haya acordado en el JVM alguna medida al amparo del artículo 158 que difiera de la resolución dictada en el Juzgado de Familia. En tal caso se deberá remitir de forma inmediata a éste testimonio de lo actuado para su debido conocimiento, sin perjuicio de la demanda de modificación de medidas del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para cuya sustanciación y ejecución sí será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

VII.7.4. La competencia para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales

Otra de las cuestiones controvertidas a la hora de delimitar la competencia civil de los JVM y de los Juzgados de Primera Instancia o Juzgados de Familia, *ex* artículo 87 ter 2 de la LOPJ, es la de quién debe conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales.

El principal argumento esgrimido por quienes defienden que la competencia para conocer de aquellos procedimientos debe corresponder a los Juzgados de Familia, es la consideración de la liquidación de la sociedad de gananciales como un procedimiento declarativo especial no incluido en la enumeración realizada por el artículo 87 ter 2 de la LOPJ.

En este sentido, el Seminario de Formación de Jueces de Violencia Sobre la Mujer con competencias exclusivas, celebrado en Santander los días 20 y 21 de octubre de 2005, concluyó en el punto 13 que la voluntad del legislador había sido dejar fuera de la competencia de dichos Juzgados dicha liquidación y que en todo caso debía atribuirse a los Juzgados de Familia:

“Dicho procedimiento es un procedimiento declarativo que se sigue por los trámites del juicio verbal para determinar la formación del inventario si no existe acuerdo entre los cónyuges. Una vez firme la sentencia que fija la disolución del régimen económico ha de procederse a la liquidación en la que si tampoco hay acuerdo hay que celebrar un nuevo juicio verbal. Con ello se constata que estamos no ante una simple ejecución de la sentencia de separación o de divorcio que correspondería al JVM que ha dictado la misma, sino ante un nuevo procedimiento especial con sustantividad propia.

En consecuencia, se considera que dicho procedimiento para ser competente del JVM debería hallarse comprendido entre la relación del número 2 del art. 87 ter de la LOPJ. Al no ser así, la voluntad del legislador expresada a través de una ley especial y posterior a la LEC ha querido que no sea de aplicación la norma general contenida en el artículo 807 de la LEC en estos casos de VG .

Por ello se concluye de manera unánime que dicho procedimiento especial no ha de ser competencia del JVM aunque haya sido éste el que haya dictado la sentencia de nulidad, separación o divorcio.”

Frente a dicha posición, quienes abogan por que el conocimiento de este procedimiento recaiga en los JVM aducen que, una vez dictada por éste

Sentencia de nulidad, separación o divorcio, será de su competencia también la eventual liquidación de la sociedad de gananciales por aplicación del artículo 807 de la LEC, ya que, si bien no aparece efectivamente relacionado entre los procedimientos competencia del JVM por el artículo 87 ter 2 de la LOPJ, la voluntad del legislador es atribuir al órgano especializado el conocimiento de los procedimientos de naturaleza familiar cuando haya existido un previo acto de violencia de género.

En este sentido se pronuncia el Criterio 9 de los adoptados en materia de Derecho Procesal Civil en Violencia de Género en el Seminario de Magistrados de Secciones Penales Especializadas, celebrado en Madrid entre el 30 de noviembre y el 2 de diciembre de 2.005:

“El artículo 807 LEC atribuye la competencia al mismo Juzgado que declaró la disolución de la sociedad económica, lo que se produce por la firmeza de la sentencia que puso fin al procedimiento matrimonial.

Por ello y aunque no vengán relacionados los procedimientos liquidatorios en el artículo 87 ter de la LOPJ ha de concluirse que de los mismos deberá conocer el JVM que haya dictado la sentencia de separación, divorcio o nulidad.”

Por lo que respecta a la posición de las Audiencias Provinciales, éstas se han pronunciado de forma mayoritaria a favor del conocimiento por los JVM de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando éstos han dictado la Sentencia de nulidad, separación o divorcio⁴⁹.

VII.7.5. La coherencia entre los diferentes pronunciamientos de los JVM

Desde otra perspectiva, cabe señalar, por último, la necesidad de coherencia entre los pronunciamientos que pueden efectuarse en el proceso civil y las medidas cautelares adoptadas en el seno del procedimiento penal. Así, a título de ejemplo, si en este último se ha acordado la prohibición de aproximación o de comunicación con los hijos/as del imputado, no deberá fijarse régimen de comunicación y visitas del progenitor no custodio, ni siquiera en régimen progresivo, en el proceso civil, en tanto no se dejen sin efecto las anteriores.

⁴⁹ A título de ejemplo y en este sentido, cabe citar los Autos de la Sección 5ª de la AP de Granada de 23 de febrero y 26 de marzo de 2007; el Auto de la Sección 4ª de la AP de Vizcaya de 26 de enero de 2007; el Auto de la Sección 5ª de la AP de Alicante de 28 de marzo de 2007; el Auto de la Sección 24ª de la AP de Madrid, de 13 de septiembre de 2007, o el Auto de la Sección 10ª de la AP de Valencia, de 29 de mayo de 2008.

En este sentido, el/la Secretario/a Judicial del JVM debería dejar constancia en las actuaciones, por diligencia, antes de que se dicte el auto de admisión a trámite de la demanda civil, de:

1. la existencia de los procedimientos penales que se han tramitado o se están tramitando entre las partes.
2. la existencia de una orden de protección, de otras medidas cautelares o el dictado de una sentencia de condena, de haberse dictado una de estas resoluciones. En este caso, debería incorporarse además la fecha en que se dictaron las medidas o el inicio del cómputo de la liquidación de condena, respecto de las penas que puedan tener proyección en la resolución a dictar en el procedimiento civil, así como, en su caso, su fecha de expiración.

A partir del contenido de esta diligencia, el auto de admisión a trámite de la demanda debería acordar:

1. un pronunciamiento en virtud del cual las medidas civiles de la orden de protección se prorrogan, en su caso, hasta el dictado del auto o sentencia que ponga final al proceso civil.

Tendría expreso fundamento en el artículo 772 de la Lec, cuyo primer apartado prevé la unión de las actuaciones seguidas sobre adopción de medidas con anterioridad a la demanda principal, por testimonio, a las actuaciones relativas a procesos de nulidad, separación o divorcio, sin perjuicio de la comparecencia a la que se refiere el apartado 2 del precepto.

2. unir al auto de admisión a trámite de la demanda testimonio de la resolución en la que se basa la prórroga, en su caso, de las medidas con trascendencia civil, de conformidad con el precepto mencionado.

En la remisión de los autos en apelación sería conveniente reiterar la diligencia de constancia sobre el estado de los procedimientos penales a los efectos de asegurar la coherencia de la resolución en segunda instancia.

En este sentido, el Convenio de Estambul de 11 de mayo 2011 ⁵⁰, aún pendiente de ratificación, pero firmado por España, establece en el Artículo 31 que

1. las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan

⁵⁰<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conventionviolence/convention/Convention%20210%20Spanish.pdf>

en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

VII.8. Formación especializada

La formación especializada de los operadores jurídicos para desarrollar con eficacia las respectivas funciones atribuidas a cada uno de ellos es una exigencia de la *Ley Integral*, que se extiende al resto de colectivos profesionales llamados a intervenir en la atención integral de las víctimas.

La necesidad de especializar Juzgados en materia de violencia doméstica ya se apuntaba en el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2.001, vinculándola a la dimensión cuantitativa estimada por algunos estudios, como el de la Universidad de Sevilla, a instancia del Instituto de la Mujer, que cifraba en casi un millón las mujeres que habrían sufrido malos tratos severos en el último año, a lo que habría que adicionar “el maltrato infantil, principalmente psicológico, que frecuentemente está presente también en los hogares donde las mujeres son agredidas”. Tales argumentaciones ponían de manifiesto, una vez más, junto a lo alarmante de las cifras, algo evidente: la denominación genérica de *violencia doméstica* –propia de la época- a la violencia que las mujeres y sus hijos e hijas sufrían en el hogar por parte del compañero o ex compañero sentimental de aquélla.

En la actualidad, la reivindicación de especialización ha culminado con la creación de los actuales Juzgados de Violencia sobre la Mujer -JVM- (artículo 43 de la *Ley Integral*, que adiciona un artículo 87 bis en la LOPJ), con el mandato de especialización de una o varias Secciones Penales de las Audiencias Provinciales y la previsión de especialización de una o varias de sus Secciones Civiles (artículos 45 y 46 de la *Ley Integral*, que modifican el artículo 82.1 de la LOPJ), así como con el mandato de especialización de uno o varios Juzgados de lo Penal en cada provincia (Disposición Adicional Décima, Tres bis, que adiciona un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 89 bis de la LOPJ). Tanto los JVM como las Secciones Penales Especializadas de las Audiencias Provinciales están en funcionamiento desde el 29 de junio de 2.005, fecha en que entraron en vigor los Títulos IV y V de la *Ley Integral*. Desde la misma fecha se sigue un proceso paulatino de especialización de las Secciones Civiles en las Audiencias Provinciales. La especialización de los Juzgados de lo Penal se

ha iniciado en el año 2010, si bien es necesario continuar con la especialización en todo el territorio español.

Se ha sugerido desde alguna instancia –sin que se haya procedido a abordar su estudio- la posibilidad de crear formalmente una especialidad, al estilo de la existente en otras jurisdicciones, que garantizase la preferencia para ocupar estos destinos a quienes acreditasen méritos bastantes para ello, en términos de preparación específica y/o experiencia en la materia.

Ello no obstante, es evidente que la especialización debe ser algo más que una mera concentración del conocimiento de determinados asuntos en órganos jurisdiccionales concretos, con exclusión de otros, y que sólo adquiere sentido si se le dota de un contenido material, vinculado a la formación especializada en la materia, que exige conocer, más allá de la preparación técnica respecto del conocimiento de las normas sustantivas y procesales, el caldo de cultivo de la violencia, sus orígenes, causas, significado y manifestaciones, o su proyección en el testimonio y postura procesal de víctimas y de los restantes testigos o en los informes periciales que emitan los diversos profesionales. O, incluso, en la propia redacción del atestado policial. Nada de ello es ajeno a la respuesta individual que se adopta frente a la violencia. La especialización, por ello, debe permitir conocer y detectar los prejuicios y estereotipos incorporados al razonamiento de cada persona, incluidos los nuevos mitos y prejuicios que se continúan acuñando frente al avance legislativo y frente a los avances sociales evidentes que tienden a blindar los nuevos espacios de igualdad entre hombres y mujeres que se van conquistando. La formación especializada permitirá comprender el porqué de declaraciones ambiguas o faltas de concreción de las víctimas de estos delitos, la diferencia entre las violencias y las concretas agresiones, los factores que permiten la permanencia de las víctimas en el ambiente violento, la falta de ratificación de las denuncias, las indecisiones, en ocasiones, de las denunciadas, o el uso de la dispensa de la obligación de declarar.

La exigencia de formación especializada no deriva sólo de la Ley. Deriva, además, del hecho de que la interpretación y aplicación de las normas no sólo debe estar exenta de arbitrariedad –lo es la que sea manifestación de prejuicios que desconocen la igualdad entre hombres y mujeres o la que desconoce la diferencia entre igualdad formal y material- sino que ha de tener en cuenta la realidad social del tiempo en que la ley ha de ser aplicada, que, en el siglo XXI, y en nuestro contexto cultural, es una sociedad que predica de todos los seres humanos el derecho a una vida libre de violencia y de otras formas de discriminación.

La competencia en materia de formación de la carrera judicial corresponde, ex artículo 107.4 de la LOPJ, al Consejo General del Poder Judicial, quien, desde el año 2.001, viene realizando cursos de formación, inicialmente en materia de *violencia doméstica* y, en la actualidad, específicamente, en relación con la violencia de género. No se ha procedido, sin embargo, a evaluar sus resultados, actividad que interesaba el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2.001.

Esta formación especializada ha sido solicitada, además, por la Asamblea General de Naciones Unidas, que, en Resolución A/RES/52/86, de 2 de febrero de 1.988, exhortaba a los Estados miembros a establecer

“módulos de capacitación obligatorios, transculturales y sensibles a la diferencia entre los sexos, destinados a ... los funcionarios del sistema de justicia penal en que se examine el carácter inaceptable de la violencia contra la mujer, sus repercusiones y consecuencias y que promuevan una respuesta adecuada a la cuestión de este tipo de violencia”.

Incluso, en el ámbito europeo, la Recomendación (2002) 5, del Comité de Ministros de 30 de abril de 2.002, instaba a los Gobiernos de los Estados miembros, en el apartado 3.e) de su Apéndice, a

“asegurar una formación especial para los profesionales que han de enfrentarse a la violencia contra la mujer”.

así como incluir elementos con el tratamiento de esta violencia en los programas básicos de formación, información y formación para detectar y manejar situaciones de crisis y mejorar la forma en que se acoge, escucha y asesora a las víctimas. Alentaba igualmente la participación de estos profesionales en programas de formación especializada, integrando a estos últimos en un esquema de reconocimiento de méritos y, específicamente, la inclusión de temas relacionados con la violencia contra la mujer en la formación de los jueces. Asimismo interesaba se introdujera o reforzase la perspectiva de género en los programas de educación sobre los derechos humanos y reforzar los programas de educación sexual que den importancia a la igualdad de sexos y al respeto mutuo (apartados 8 a 11 y 14).

Más recientemente, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2.006, “Estudio *a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*”, reclama, en su Párrafo 284, de entre las medidas que deben tomar los Estados para cumplir sus obligaciones internacionales en la materia, la

“aplicación de programas de capacitación y concienciación para familiarizar a los jueces, los fiscales y otros profesionales del derecho con los derechos humanos de las mujeres en general y, en particular, con la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo”,

añadiendo que

“El potencial de las leyes sobre la violencia contra la mujer no llegará a realizarse si no se aplican y se hacen cumplir efectivamente. La aplicación de las leyes resulta fortalecida si se imparte una capacitación sistemática en materia de sensibilidad respecto de las cuestiones de género con carácter obligatorio para los agentes de la ley, los fiscales y los jueces, y se establecen protocolos y directrices sobre la correcta aplicación de las normas” (párrafo 295).

La participación en actividades formativas en esta materia –pese a su falta de obligatoriedad, en la opción del legislador español-, incluyendo las autoformativas, deviene, por ello, una obligación ética de jueces y juezas y es condición de posibilidad de una respuesta eficaz de la jurisdicción frente a la violencia que se ejercita contra las mujeres. El déficit de formación puede obstaculizarla.

La formación especializada en igualdad y violencia de género, desde esta perspectiva, permitirá el cumplimiento de la responsabilidad atribuida constitucionalmente a los miembros del Poder Judicial en cuanto garantes de la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico (igualdad, libertad...) y de los Derechos Fundamentales afirmados para todas las personas.

Esta responsabilidad constitucional exige que, en la interpretación y aplicación de las normas, se haga abstracción de ideas, prejuicios y estereotipos, incorporados en el proceso de socialización, que sean contrarios a aquéllos. Los prejuicios, si afloran voluntaria o involuntariamente en las resoluciones -con diversas proyecciones: ligar la apariencia física con hipotéticos perfiles de víctimas, presumir que determinados niveles de estudios son incompatibles con la condición de víctima de violencia de género, incorporar como fundamento de la argumentación bulos u opiniones no científicas, negar credibilidad a la declaración de la denunciante por interesar reparación económica, derivar consecuencias en orden a la credibilidad de la víctima en función de que se solicite o no la guarda y custodia de los o las menores en el procedimiento civil ...-, dan como resultado la denegación de la tutela judicial efectiva, convalidando, además, manifestaciones de violencia contra las mujeres. Por

ello, la formación especializada y permanentemente actualizada es la herramienta fundamental para garantizar la tutela judicial efectiva.

En el Primer Curso para los Juzgados de lo Penal Especializados en Violencia de Género organizado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, celebrado los días 3-6 de marzo del presente, **se adoptaron las siguientes conclusiones –entre otras- en cuanto a la especialización:**

1ª.- Es necesario completar la especialización en violencia de género de los Juzgados de lo Penal, bien compatibles, bien exclusivos, cuyo déficit no se entiende, desde el mandato imperativo de especialización de los órganos de enjuiciamiento en primera instancia de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, transcurridos más de siete años de la plena vigencia de la misma. La situación actual tampoco responde a las prioridades del Parlamento europeo que, en informe de 2011, en el marco de las prioridades contra la violencia de género, ha reclamado incrementar el número de órganos especializados.

2ª.- Su generalización debe efectuarse partiendo de la especificidad de la violencia de género, sin difuminarla con la violencia doméstica, y atribuyendo a todos los órganos el conocimiento de los mismos delitos.

3ª.- Debe priorizarse que la especialización lo sea con carácter exclusivo y excluyente (...)

4ª.- La especialización de los Juzgados de lo Penal debe ser efectiva, lo que presupone tanto formación especializada como su falta de equivalencia con una mera concentración del conocimiento de asuntos en determinados órganos; continua, al afectar a una mirada que choca con estereotipos aprendidos, y posible, por lo que su impartición no puede depender de la existencia o inexistencia de señalamientos en las fechas en las que estén previstas las actividades formativas. Por ello, ha de garantizarse siempre en estos casos, respecto de las actividades en las que se esté seleccionado, la sustitución en el órgano jurisdiccional del juez o de la jueza.

5ª.- La especialización afecta a las propias sustituciones en los órganos jurisdiccionales, respecto de las cuales la respuesta judicial puede ser diversa si no se garantiza dicha formación especializada.

6ª.- La formación continua en esta materia podría resultar favorecida con la creación de grupos de investigación y reflexión sobre interpretación del ordenamiento en la perspectiva de género, multidisciplinarios, con

específica presencia de operadores del Derecho Penal y de la Filosofía del Derecho, tanto correspondientes a la jurisdicción como a la Universidad, así como de Asociaciones de Mujeres con conocimientos en la materia y, en su caso, otros colectivos, que, con las herramientas que aportaran, permitiera construir conocimientos especializados, la visibilización del Derecho como instrumento de transformación de la sociedad y, específicamente, la participación de la jurisdicción, de forma fundada y efectiva, en el proceso de transformación de la Justicia y en su contribución a la consecución de una sociedad libre de violencia de género.

VIII. LAS UNIDADES DE VALORACIÓN FORENSE INTEGRAL (UVFI)

Señala la Disposición Adicional Segunda de la LO 1/2004 que

“El Gobierno y las Comunidades Autónomas, que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género”.

La creación de la UVFI responde a la necesidad de alcanzar el diagnóstico de la violencia de género partiendo de una concepción global que permita superar informes sobre hechos o cuestiones aisladas, que pudieran ser insuficientes y descoordinados, dando lugar a una asistencia y respuesta específica y especializada. Su desarrollo en todo el territorio español, con la plantilla adecuada para el diligente cumplimiento de sus funciones, no sólo es condición de calidad de la respuesta judicial sino exigencia de la *Ley Integral*.

Por este motivo, en el “Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero de 2011, se incluyó una “*Propuesta de desarrollo de las UVFI y estándares de calidad y actuación de las mismas*”, considerando imprescindible la constitución de las referidas Unidades en todos los territorios, sin mayor demora, integradas por equipos multidisciplinares e interdisciplinares (profesionales de la medicina forense, de la psicología y del trabajo social, previamente especializados o formados en esta materia), y con plantilla suficiente para la emisión de informes en plazos razonables.

Asimismo, en dicho informe se indica la conveniencia de que exista una normativa común que establezca de forma homogénea la composición y funcionamiento de estas Unidades, así como los estándares de calidad que deben presidir su actuación y las funciones que deben desarrollar y la fecha límite para su efectiva constitución.

La atención integral es consecuencia, además, de la naturaleza de la violencia de género, que es distinta al resto de las manifestaciones violentas y con las que sólo comparte el resultado de las agresiones en forma de

lesiones físicas o psíquicas y, en los casos más graves, de muerte. Los objetivos y motivaciones de la violencia son diferentes, de ahí que sus características y sus elementos, así como la forma de presentarse y manifestarse, también lo sean, siendo preciso un estudio de la violencia que supere el contexto de la agresión única para abordar la violencia sistemática, continuada, mantenida y de intensidad creciente (Miguel Lorente).

La unidad de valoración forense integral está formada por un equipo multidisciplinar constituido, al menos, por un/a médico/a forense, un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social.

En este contexto, el mencionado experto, valorando como descoordinada e insuficiente la respuesta que se ha venido dando por la medicina forense en esta materia, que ha tendido más a la búsqueda de determinados signos de las agresiones que permitieran descubrir unos hechos aislados que llegar al diagnóstico de la violencia de género, articulan la clave de la valoración forense integral sobre tres ejes:

* Eje I: Personas. La propuesta va dirigida a estudiar a la mujer, a los menores que convivan en el mismo hogar y al agresor.

* Eje II: Planos de Valoración. Reclama el estudio de las consecuencias y los elementos del plano físico, psicológico y social.

* Eje III: Circunstancias y hechos. La finalidad del estudio es valorar los efectos de las agresiones puntuales y de la situación continuada de violencia.

La naturaleza de su informe es pericial y su objeto responde a la solicitud expresa realizada por el órgano judicial, pudiendo interesarse la valoración específica de un aspecto determinado (lesiones físicas o psicológicas, circunstancias relacionadas con el consumo de sustancias psicoactivas, diagnósticos psiquiátricos, informes de imputabilidad ...) o bien un estudio forense integral (que comporta el examen de las víctimas de la violencia – la mujer y otros integrantes del núcleo familiar, fundamentalmente los menores- y del presunto agresor, las consecuencias y los elementos del plano físico, psicológico y social, así como los efectos de las agresiones puntuales y de la situación continuada de violencia).

Según la Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica, elaborados por el Ministerio de Justicia, la protección eficaz y la investigación criminal parte de una inicial valoración por el/la forense de las lesiones -físicas o psíquicas-, con aplicación a la persona

agredida de un cuestionario de detección de riesgos e historia de violencia sufrida. Si el resultado del cuestionario es negativo, se emitiría informe en dicho sentido y de alta de las lesiones.

La Guía referida señala que, si resultase positivo el cuestionario, se comunicaría al Juzgado la conveniencia de intervención del resto de los miembros del equipo, al objeto de efectuar una valoración psicológica de los aspectos relevantes por el/la psicólogo/a y de los datos sociales por el/la trabajador/a social. Tras la exploración, cada uno de los profesionales emitiría un informe centrándose en los aspectos concretos de su actuación y, tras una sesión clínica de puesta en común, se expondría por el equipo una valoración clasificada en “ejes”:

Eje 1, “*el hecho*”: la lesión física (descripción, mecanismo causal y compatibilidad con la misma, asistencia y/o tratamiento médico, tiempo de sanidad, secuelas), la lesión psíquica (estado psicológico, con diagnóstico diferencial del estado anterior premórbido, y con otras entidades, otras causas o estresores en la lesión psíquica, el diagnóstico diferencial de la lesión con la autovaloración de la persona y análisis de las conductas que directa o indirectamente posean el objetivo de lesionar, asistencia médica, consecuencias temporales, secuelas), los medios y formas de lesionar, las secuencias de las lesiones, el ensañamiento, lo degradante, lo vejatorio, las amenazas y la coincidencia con conductas preparatorias así como los momentos de especial valor.

Eje 2, “*el clima violento*”: otros hechos agresivos lesivos, otras conductas violentas aunque no provoquen lesiones, otras víctimas, los datos periféricos de una historia de relación violenta y la propia dinámica de relación interpersonal a partir de los datos victimológicos contrastados.

Eje 3, “*el riesgo de nuevas agresiones y de muerte homicida*”: partiendo de los hechos se estudiaría a la/s persona/s agresora/s y la víctima/s, su relación, las referencias o conductas preparatorias del “suicidio ampliado”, el delirio celotípico alcohólico, el consumo crónico de cocaína, el trastorno del control de los impulsos, la dependencia emocional y la existencia de creencias obsesivas.

Eje 4, “*las medidas*” que se aconseja adoptar para “proteger” y “evitar”.

Eje 5, “*valoraciones específicas*”: la agresión sexual en el entorno doméstico, las personas especialmente vulnerables con dependencia o discapacidad, la violencia ritual, el riesgo de victimización y los menores y ancianos.

Eje 6, “los *casos de muerte*”: la muerte homicida, el suicidio “inducido o provocado” tras una historia de maltrato y el “suicidio ampliado”, y, finalmente, la muerte “accidental” o “natural” en un entorno de violencia en el ámbito doméstico, que requiere de un cruce de datos para discriminar posibles actuaciones dolosas en dichas muertes.

En resumen, y como se indicó en el “Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero de 2011, los informes integrales *“deben abarcar el diagnóstico de violencia, así como valorar el hecho, las lesiones sufridas, el clima violento, el riesgo de nuevas agresiones y su posible entidad, las medidas más adecuadas para la protección de la víctima, y otros aspectos importantes como son la concurrencia de una agresión sexual o la existencia de personas convivientes especialmente vulnerables, previo examen de la mujer, el varón y, de haberlos, los hijos e hijas del grupo familiar”*.

IX. ACTUACIÓN PROCESAL. RECOMENDACIONES

IX.1. Conveniencia de transformar las diligencias urgentes en diligencias previas en casos de habitualidad. Necesidad de agotar la investigación

Si bien es cierto que en determinados casos de violencia de género la instrucción de la causa no reviste excesivas complicaciones, la investigación de delitos de malos tratos o lesiones psicológicas o violencia habitual (la referencia que había al delito de agresión sexual la hemos suprimido por simple aplicación del 795 LECrim) reviste una mayor complejidad, resultando para tales delitos absolutamente inidóneas las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido en orden a recabar las pruebas que permitan fundamentar un eventual fallo condenatorio por parte del órgano enjuiciador.

En este sentido, en el Curso de formación para Jueces y Magistrados, celebrado en Madrid los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2007, sobre “Valoración del Daño en las Víctimas de Violencia de Género”, se consideró que:

“los juicios rápidos no resultan idóneos para el enjuiciamiento de la violencia –física o psíquica- habitual, pareciendo las diligencias previas cauce procedimental más adecuado para introducir en las actuaciones las diligencias de investigación e informes oportunos. Ello es perfectamente compatible con una instrucción diligente que permita un enjuiciamiento de los hechos sin dilaciones” (Conclusión 10ª).

También en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado los días 18 a 20 de octubre de 2010 en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, se constató que *“la generalización de los Juicios Rápidos para el enjuiciamiento de los delitos de violencia sobre la mujer tiene, como contrapartida, que se primen los hechos más inmediatos y fácilmente constatables sobre los supuestos de violencia psíquica o de violencia habitual, que, en general, requieren la transformación del procedimiento y dar lugar a una mayor y más dilatada investigación” (Conclusión 13ª).* No obstante, en el referido Seminario también se incidió en el hecho de que en no pocas ocasiones la opción de continuar con el trámite de las Diligencias Urgentes tiene también que ver, bien con las dificultades que conlleva acreditarla existencia de violencia psíquica o habitual, bien con la finalidad de impedir que el paso del tiempo lleve a que la propia víctima termine

apartándose o retractándose del procedimiento, sin conseguir obtener un resultado práctico. Por ello, se insistió en la necesidad de que la víctima reciba, *“con carácter previo al proceso, la necesaria información acerca de su desarrollo y las actuaciones que, a partir del momento de su incoación, debe afrontar como parte del mismo”*.

Conviene tener presente, cuando la policía haya incoado el atestado como juicio rápido, que en la declaración de la presunta víctima ante el Juzgado se le debe permitir ampliar dicha declaración a otros extremos distintos y que sean relevantes desde el punto de vista penal, por más que no los relatara inicialmente ante la policía o no se refieran al último episodio que motiva la incoación del atestado.

Abundando en lo anterior, la STS 61/2010 de 28 de enero de 2010 en su Fundamento Jurídico 3 analiza el hecho de que el testigo víctima pueda ofrecer más datos o detalles en su declaración ante el Juez de Instrucción o en el Plenario que en la primera declaración policial, señalando dicha Sentencia que en tales casos no cabe hablar de contradicciones sino más bien de diferencias no relevantes de cara a la valoración de la veracidad de dicha prueba.

En el caso del delito de violencia habitual, la actividad instructora deberá dirigirse a constatar los distintos episodios de violencia -física o psíquica e incluso sexual- cometidos no solo sobre la mujer sino también sobre el círculo de sujetos pasivos al que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, episodios que muy frecuentemente se prolongan en el tiempo durante varios años. También es necesario recabar los partes médicos de asistencia, si los hubiera, y testimonio tanto de las Sentencias recaídas como de las posibles denuncias anteriores interpuestas por la víctima que dieran lugar a la apertura de un procedimiento penal, con independencia de que posteriormente se hubiera archivado.

Igualmente, parece conveniente recabar los informes sociales o psicológicos existentes en relación a la víctima y a su entorno (por ejemplo, en los casos en que la misma ha acudido -con carácter previo a formular denuncia- a servicios sociales, centros de atención a la mujer, oficinas de atención a la víctima u otras unidades administrativas que desarrollen funciones de atención psicosocial) antes de que la misma sea explorada por la UVFI.

Al mismo tiempo, es fundamental asegurar en estos casos la presencia de apoyo psicosocial continuado a la mujer durante la instrucción, también en los casos en que aquél haya comenzado con anterioridad a ésta, lo que siempre será positivo; no debe olvidarse a tal efecto su condición de

víctima, como tampoco el hecho de que la mujer que es tratada psicoterapéuticamente y, en su caso, farmacológicamente, y que tiene un seguimiento de apoyo continuado y no circunscrito al momento de la denuncia, está en mejores condiciones para romper definitivamente su dependencia emocional hacia quien la maltrata, mientras que en otro caso será habitual que reanude la convivencia con el imputado y/o que comparezca en el Juzgado a intentar retirar la denuncia y solicitar que se dejen sin efecto las medidas cautelares de alejamiento y prohibición de comunicación en su caso acordadas.

En estos delitos, al igual que en los delitos de maltrato psicológico, es importante que se practiquen las testificales de las personas (vecinos, familiares, agentes de la autoridad...) que hubieran podido presenciar o tener conocimiento -según se trate de testigos presenciales o de referencia- de los hechos presuntamente constitutivos de la conducta típica, de los concretos actos de violencia o de la situación de temor a que la mujer se pudiera haber visto sometida.

No debe olvidarse, por otra parte, que el resultado de estas diligencias puede determinar la conveniencia de adoptar medidas más estrictas de protección a la víctima; así, las amenazas que se profieren por el imputado hacia la perjudicada en presencia de terceros pueden constituir indicio de una mayor peligrosidad del sujeto activo y, por ende, de la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, como ocurre muchas veces, respecto de esta última, con la existencia de procesos de separación o divorcio entre las partes.

Por otro lado, el informe médico forense deberá pronunciarse en estos casos sobre la existencia en la víctima de lesión psicológica, no sólo en cuanto a la patología concreta que sufra sino también en cuanto a la necesidad, en su caso, de tratamiento médico para su curación, debiendo tenerse en cuenta que, a estos efectos,

“el tipo del artículo 147 no exige que el tratamiento se haya llevado a cabo efectivamente, sino que la lesión, considerada objetivamente, requiera ese tratamiento” (STS de 28 de febrero de 2005).

En los delitos contra la libertad sexual, además de resultar fundamental la urgente intervención judicial y del médico forense –a cuyo efecto es precisa la comunicación inmediata por el Centro Médico al Juzgado (de Violencia sobre la Mujer o al de Guardia, fuera de las horas de audiencia del primero, si se trata del ámbito regulado por la *Ley Integral*)-, sin perjuicio de la posterior formalización de la denuncia, el Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género, antes mencionado,

dispone, en su apartado “Actuación ante Agresiones Sexuales”, la necesidad de que el forense -utilizando el *kit* de recogida elaborado por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses- tome las muestras de interés legal (semen, sangre u otros fluidos en superficie corporal, uñas, pelo y ropa de la mujer), asegurando la cadena de custodia, señale la localización e importancia de las lesiones con toma de fotografías en su caso -previo consentimiento de la mujer- y emita el correspondiente informe médico forense.

Asimismo, es conveniente que el Juzgado recabe la remisión de la historia clínica, en la que, según el citado Protocolo, debe registrarse la agresión sexual consignando la transcripción de los hechos referidos por la paciente en relación con la agresión (fecha, lugar, hora, tipo) y los actos realizados tras la agresión y antes de la exploración (aseo, toma de alimentos o de medicación), así como la historia ginecológica y los antecedentes de violencia, si los hubiera.

El informe forense debe hacer constar también tanto las lesiones específicas de la violencia sexual, esto es, las propiamente genitales y/o anales, como las comunes, habituales o genéricas a cualquier tipo de agresión (erosiones, contusiones...) y las lesiones de especial importancia que aprecien, singularmente: a) las causadas por arma blanca (destacando las pequeñas heridas superficiales de características cortantes y producidas como intento de intimidación); b) las lesiones propias de abordaje sexual (localizadas fundamentalmente en las caras internas y anterior de los muslos y en los glúteos); y c) las lesiones de defensa (que se sitúan en las zonas expuestas al ataque exterior, como la cara exterior de los antebrazos y el dorso y la palma de las manos).

Es conveniente que el informe forense se pronuncie también en estos delitos sobre la existencia del daño psicológico sufrido por la víctima, fundamentalmente del trastorno de estrés postraumático, pues no debe olvidarse que dicho peritaje, además de permitir planificar el tratamiento de recuperación y fijar una compensación adecuada, constituye un indicio más de la existencia de una relación sexual no consentida (Echeburúa), diligencia fundamental en los frecuentes casos en que el presunto agresor reconoce la existencia de una relación sexual, pero aduce que la misma fue consentida por la víctima.

En estos delitos, y en relación al presunto agresor, es importante también que el mismo sea examinado por el médico forense a fin de que informe acerca de la posible presencia de lesiones de respuesta de la víctima (arañazos, contusiones...). Conviene recordar, además, en relación a la posible obtención por parte de la Policía Judicial de muestras de ADN del

detenido, que dicha posibilidad ha sido admitida por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, en el que se dispone que

“la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

IX.2. La conveniencia de interesar la emisión de los informes que sean necesarios, evitando los que supongan una reiteración innecesaria

La necesidad de que la instrucción se practique de forma completa y eficaz, procurando recabar cuantas pruebas de cargo y descargo sean propuestas y se estimen pertinentes y necesarias, no está reñida con la conveniencia de que se evite la innecesaria reiteración de informes relativos a la víctima y a los hijos/as, no sólo por la necesidad de evitar dilaciones indebidas, sino también con el fin de no dar lugar a la victimización secundaria.

Por ello, es fundamental que el examen y exploración de aquéllos por la UVFI o, en su caso, por el médico forense, se lleve a cabo cuando se hayan recabado y obren en el Juzgado los informes sociales o psicológicos existentes en relación a la víctima y a su entorno, bien de servicios sociales, bien de centros de atención a la mujer, de la Oficina de Atención a la Víctima o del psicólogo, psiquiatra o médico que esté tratando o haya tratado a la mujer y/o a los hijos/as.

En relación a los menores, es aconsejable que, cuando éstos hayan sido explorados por la UVFI, en el informe que se emita en relación a los mismos se concluya también sobre el régimen de guarda y custodia y de visitas con el progenitor no custodio más adecuado en relación al caso concreto (suspensión o, en caso de estimar su procedencia, valorando si el régimen de visitas debe articularse a través del Punto de Encuentro Familiar, de forma tutelada, con o sin pernocta, etcétera). De este modo se evita tener que citar nuevamente a la víctima y a los menores ante el Equipo Psicosocial adscrito, en su caso, a los Juzgados de Familia, de haberlo, o al JVM y la emisión de informes contradictorios entre dicho organismo y la UVFI.

Cuestión distinta es la respuesta que ha de darse a la petición de concretos informes especializados (por ejemplo, de psicología o de psiquiatría infantil), que pretenden introducir elementos de juicio sobre aspectos o patologías no incorporados a los informes generales previamente emitidos, en cuyo caso habrá de ponderarse expresamente la relevancia de los mismos.

En cuanto a los casos, frecuentes en la práctica, en que la defensa del imputado propone la práctica de prueba pericial psicológica o psiquiátrica de la víctima alegando que la misma padece algún tipo de enfermedad mental que afecta a la credibilidad de su testimonio, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de octubre de 2004, antes mencionada, ha declarado que dicha prueba sólo debe admitirse con carácter excepcional y cuando efectivamente pudiera haber indicios de algún tipo de patología relevante en la víctima, pues la misma

“no es el sujeto pasivo del proceso penal”,

de modo que

“si no se ha suscitado cuestión alguna durante la instrucción, (...) ni existen otros elementos de donde deducir un trastorno de la personalidad, ni se explica en la petición de tal prueba la necesidad de la misma, no puede ser admitido”.

En todo caso, además, dicha pericial no podría suplir la valoración que de la declaración de la presunta víctima hiciera el órgano sentenciador.

Por último, y en relación con los delitos contra la libertad sexual, es recomendable que la evaluación y exploración ginecológica y la médico forense se realicen en un solo acto, de forma simultánea y coordinada, con independencia entre las actuaciones sanitarias y las periciales, pero procurando que no se precisen nuevos reconocimientos. Así lo dispone el Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género y la Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica publicada por el Ministerio de Justicia en el año 2005, ya referidos.

IX.3. La conveniencia de cribar la razonabilidad de la denuncia cruzada, como filtro antes de imputar sorpresivamente a quien ha comparecido como víctima

En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004,

“Desde el punto de vista penal la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer”,

lo que obliga efectivamente a Jueces y Juezas a analizar cuidadosamente -valorando, además, las dificultades y resistencias que en el caso concreto haya tenido que vencer aquélla para acercarse a la Administración de Justicia- las denuncias presentadas a su vez contra la mujer que ya ha

denunciado a su presunto agresor. Esta cuestión se encuentra íntimamente relacionada con las llamadas agresiones recíprocas, esto es, aquellos casos que llegan al Juzgado y en los que el imputado afirma haber sido también agredido por su mujer o compañera en el mismo episodio de violencia.

En este sentido, en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado los días 18 a 20 de octubre de 2010 en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, se consideró necesario, constatado el incremento de supuestos en los que se acude por los imputados por delitos de violencia de género al recurso de denunciar, a su vez, a las víctimas, por agresión hacia ellos, *“actuar con especial cautela para evitar que las víctimas de estos delitos puedan verse imputadas por delitos de violencia doméstica ante cualquier manifestación meramente defensiva por su parte”* (Conclusión 25ª).

Efectuadas tales valoraciones, surge la cuestión de la determinación del Juzgado competente para instruir la denuncia que haya podido formularse contra la mujer. Distintas Audiencias Provinciales, siguiendo los criterios adoptados por Magistrados de Secciones Penales Especializadas y Jueces de Violencia sobre la Mujer exclusivos, llegan a la conclusión de que, en tales casos y con el fin de evitar que se rompa la continencia de la causa, es deseable que se vean en un mismo procedimiento las agresiones mutuas o cruzadas entre los miembros de la pareja, considerando igualmente que la competencia para la instrucción corresponderá al JVM, tanto en el caso de que las conductas presuntamente cometidas por la mujer sean constitutivas de falta como cuando las mismas merecieran la calificación de delito.

Sentado lo anterior, es ya criterio pacífico el de que en tales casos no aparece vedada la posibilidad de que las partes ostenten en el proceso la doble condición de acusadora y acusada.

Así lo señalaron la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, con cita del Acuerdo de la Sala 2ª del TS de 27 de noviembre de 1.998, así como las distintas reuniones de Jueces de Violencia sobre la Mujer exclusivos y así se recogía igualmente en las conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer celebrado en Madrid los días 17 y 18 de noviembre de 2.005, habiendo sido refrendado dicho criterio por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2.006.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no bastará la simple manifestación del imputado de haber sido también agredido por su mujer o compañera para conferir a la misma de forma inmediata la condición de imputada.

La realidad demuestra que las mujeres, lógicamente, tienden a defenderse de las agresiones que sufren, por lo que el/la JVM habrá de discernir si las lesiones que pueda presentar el hombre son de carácter reactivo (producto de una agresión o acometimiento por parte de la mujer) o puramente defensivo.

A fin de realizar tal juicio de inferencia podrán valorarse circunstancias como la naturaleza de las lesiones que presenten uno y otro (si son claramente desproporcionadas, como cuando la mujer comparece con un ojo hinchado y el hombre con unos simples arañazos parece evidente que éstos son fruto de la defensa de la mujer ante la agresión de que es víctima); la localización de las lesiones en ambos; la envergadura física de uno y otra; el empleo de armas por parte de alguno de ellos; la existencia de antecedentes de malos tratos hacia la mujer; si fue la mujer la que llamó a la Policía; por supuesto, las declaraciones de los testigos, si los hubiera, y, en definitiva, cualquier otro dato revelador de que la mujer, en su caso, no hizo sino defenderse como pudo de su agresor sin más ánimo que el de preservar su propia integridad.

En definitiva interesa destacar, como hace el TS, entre otras en las Sentencias 1131/06, de 20 de noviembre, y 900/2004, de 12 de julio, que la situación de riña no exonera a los Tribunales del deber de averiguar, con toda la precisión que sea posible, la génesis de la agresión, debiendo atenderse especialmente a los supuestos en los que se produce un cambio cualitativo en la situación de los contendientes (Sentencias de 5 de abril de 1995, 2 de abril de 1997, 27 de enero de 1998, 26 de enero de 1999, 13 de diciembre de 2000 y 1 de marzo de 2001). Por consiguiente,

“se hace preciso averiguar en cada caso quién o quiénes iniciaron la agresión, para evitar que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión; o que deje de operar la circunstancia cuando uno de los sujetos involucrados en la riña sobrepasó los límites de la aceptación expresa o tácita en cuanto a modos o medios, empleando actos de ataque descomedidos o armas peligrosas con las que inicialmente no se contaba” (STS 1136/06, de 20 de noviembre).

En el mismo sentido se pronuncia la STS 7/2011, de 28 de enero: *“Pues bien, la respuesta sólo puede ser afirmativa, por tres poderosas razones, fundadas en la existencia de otras tantas fuentes de prueba y de sus aportaciones. En efecto, pues está la declaración de la víctima y, sobre todo, la elocuencia de sus lesiones. Concorre también lo manifestado por el testigo de la agresión. Y, en fin, la circunstancia de que el propio acusado la admite, por más que, como dice la sala, pretenda que la*

iniciativa en el ejercicio de la violencia corrió a cargo de la lesionada. Algo francamente increíble cuando él había acudido al lugar armado con el instrumento que usó en el ataque y provisto de medios aptos para desfigurar su identidad. (...) No es necesario, pero, por último, si hubiera alguna duda, que no la hay, acerca del consistente apoyo probatorio de la versión que ofrece el tribunal, basta indicar que el supuestamente acometido apenas sufrió unos arañazos en el cuello, inequívocamente debidos a un inútil intento de defensa por parte de la acometida”.

Si la denuncia del marido, compañero sentimental o varón que hubiese ostentado cualquier de ambas situaciones, respecto de la mujer también lesionada en una presunta agresión recíproca, fuera presentada con posterioridad a la de aquélla, dando lugar a la incoación de un procedimiento ante el Juzgado de Instrucción, parece lógico señalar como momento preclusivo para efectuar la acumulación de ambos procedimientos, al margen de la valoración de su credibilidad que pueda efectuarse en su momento, el del Auto de apertura del juicio oral.

Dictada dicha resolución, ya no será posible acumular ambos procedimientos.

IX.4. La exigencia de hacer efectivos tanto los derechos y garantías de los imputados como de las víctimas

El artículo 2 de la LECrim obliga a los JVM a consignar durante la instrucción todas las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo.

Por tal razón, el JVM debe procurar recabar cuantas pruebas de cargo y descargo sean propuestas por acusación y defensa, siempre y cuando resulten pertinentes y necesarias, tal y como se deduce de los artículos 311 y 312 de la LECrim.

Abundando en esa idea, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, al analizar la reforma operada en materia penal y procesal, señala que los JVM

“conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que por ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la

mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o en la escalada de la violencia”.

En lo concerniente a los derechos de los imputados, el artículo 6 del CEDH, redactado en Roma el 4 de noviembre de 1.950, recoge, como derechos de toda persona, los siguientes:

Derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley y que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigido contra ella.

Derecho a que toda persona acusada de una infracción se presuma inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Derecho de todo acusado a:

- * Ser informado, en el plazo más breve, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- * Disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- * Defenderse por sí mismo o ser asistido por un letrado/a de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- * Interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra y a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

Tales derechos, de larga tradición, han sido sobradamente incorporados a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El respeto a los derechos del imputado debe compatibilizarse en todo caso con el respeto a los derechos de las víctimas.

Así, la preocupación del legislador por las víctimas de violencia de género es una constante en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, si bien existen antecedentes, como la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a

las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de 11 de diciembre, en la que ya se apuntaba la necesidad de prestar atención a las mismas, con el fin de evitar la llamada victimización secundaria.

Por su parte, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2.001, dispone, como se ha señalado anteriormente, que

“Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal”.

Igualmente, se refiere a la necesidad de evitar esta “victimización secundaria” la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2005, de 26 de julio. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sigue señalando a la violencia de género como una de las expresiones demostrativas de que el pleno reconocimiento de la *igualdad formal* ante la Ley entre hombres y mujeres, aún comportando un paso decisivo para lograr la igualdad real, ha resultado ser insuficiente.

Por ello, los JVM deben prestar especial atención a la salvaguarda de los derechos de las víctimas durante la fase de instrucción, no sólo en todo lo concerniente a su protección y efectividad de su derecho de acceso al sistema de justicia penal, sino igualmente en relación con el resarcimiento del daño padecido. Debe tenerse en cuenta, además, el catálogo de nuevos derechos reconocidos a las mujeres y a sus hijos/as, víctimas de violencia de género, desgranados a lo largo de la *Ley Integral*. Alguno de ellos tiene un específico ámbito de ejercicio en sede judicial, como es el derecho de asistencia letrada especializada -previa y a lo largo de los procedimientos-, cuya efectividad deberá controlarse en casos de asistencia de oficio, o la garantía de intimidad, con protección de los datos personales. Las dependencias separadas o los diferentes instrumentos que eviten la confrontación visual entre denunciante y denunciado integran igualmente el catálogo.

Por último, se ha venido reclamando una regulación expresa que evite el ámbito de desprotección de las víctimas en el período comprendido entre la firmeza de la sentencia condenatoria penal –que extingue la duración máxima posible de las medidas cautelares de protección- y el inicio de la ejecutoria. Este período de desprotección no se salva con la previsión contenida en el artículo 69 de la LO 1/2004, al regular el mismo únicamente los supuestos en los que la sentencia no ha alcanzado firmeza.

Por ello, en el “Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de

los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero de 2011, se propuso que se efectuara una modificación legislativa de dicho precepto para permitir que, al igual que se establece en el artículo 504.2 de la LECrim respecto de la prisión provisional, pueda establecerse que *“en las sentencias condenatorias, las medidas cautelares de prohibición de aproximación y/o comunicación con las víctimas, establecidas durante la tramitación del procedimiento, puedan prorrogarse hasta el límite de la mitad de la duración de las penas de igual naturaleza efectivamente impuestas, cuando no hubiera dado inicio la ejecución de la sentencia”*.

IX.5. Derivaciones a los servicios asistenciales en los supuestos de sobreseimiento provisional y de absolución por aplicación del derecho a la presunción de inocencia o del principio “in dubio pro reo”

El incremento de sentencias absolutorias en los Juzgados de lo Penal así como el elevado número de sobreseimientos provisionales que se vienen acordando por los JVM tienen causas todavía no estudiadas con detalle, pudiendo tener especial vinculación con la postura procesal de la víctima, que no siempre desea seguir adelante con el proceso, bien porque éste no responda a sus expectativas cuando formuló la denuncia, bien por otros motivos. Estas circunstancias no son ajenas a la complejidad de la violencia de género, tanto desde la perspectiva de atender las necesidades de las víctimas de esta violencia, antes y a partir de la denuncia, como desde las consecuencias jurídico-penales que se derivan del acceso de las víctimas a la Administración de Justicia.

La denuncia que va seguida de un intento de retirarla o de la retractación de la víctima coloca a ésta en una situación de riesgo, toda vez que cercenan sus posibilidades de salir del círculo de la violencia y mandan un mensaje al maltratador sobre las efectivas posibilidades de controlar la vida de aquélla.

Es por ello por lo que, con independencia de que el auto de sobreseimiento provisional signifique, provisionalmente, el fin de la instrucción, en tanto no aparezcan nuevos datos que permitan continuarla, sería deseable, en su caso con las oportunas modificaciones legislativas, articular la derivación de dichas resoluciones al Punto de Coordinación correspondiente, al objeto de que, desde las instancias de la Administración competente, se ofreciera la asistencia social integral que la Ley prevé y que, en definitiva, posibilitara a las víctimas salir del círculo de la violencia, objetivo

fundamental perseguido por el legislador. En este sentido, el soporte económico, psicológico y social puede ser determinante para generar en las destinatarias un clima de confianza que les permita alcanzar su autonomía personal. Tales previsiones pueden hacerse extensivas a los supuestos en que se haya dictado sentencia absolutoria.

Esta idea late en todo el articulado pero, en particular, en el artículo 19 de la *Ley Integral*, que declara el derecho a la asistencia social integral a las mujeres y a sus hijos e hijas víctimas de violencia de género. Su efectividad, con las nuevas perspectivas que puede ofrecer a las víctimas, no debería quedar condicionada ni al inicio del proceso penal ni a su terminación en un determinado sentido.

Analizando esta realidad, precisamente, una de las conclusiones del Seminario: balance de los cinco años de funcionamiento de los juzgados de violencia sobre la mujer, celebrado en Madrid los días 18 al 20 de octubre de 2010 señalaba:

“Se estima contraproducente y poco realista con la situación en que, con frecuencia, se encuentran las víctimas de la violencia de género, anudar el reconocimiento de las prestaciones sociales y/o económicas que pudieren corresponderles, a la formulación de la denuncia, la incoación del procedimiento, o la adopción de una orden de protección, por parte de las Administraciones Públicas a quienes compete efectuarlas.”

En un reciente Auto de fecha 21 de mayo de 2012, de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, se desestimaba el recurso de queja interpuesto por la inadmisión por parte del Juzgado de lo Penal del recurso de apelación que interponía el acusado, absuelto en la sentencia, que acordaba “remitir testimonio de la sentencia al Punto Municipal del Observatorio Regional de la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, a los efectos prevenidos en la legislación autonómica”.

En dicha resolución se rechaza que el pronunciamiento remisorio a los órganos competentes de la Administración autonómica no genera perjuicio alguno al acusado, puesto que en la sentencia dictada se declara su absolución, con todos los pronunciamientos favorables para él, y se han alzado todas las medidas cautelares impuestas, careciendo, por tanto, de legitimación para recurrir una sentencia que resuelve favorablemente todas sus pretensiones en el proceso penal, que resuelve de manera definitiva.

X. OTROS ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

X.1. El llamado síndrome de alienación parental (SAP)

La especificidad del fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito regulado por la *Ley Integral* ha supuesto la aparición en escena de *reacciones* para su minimización que no pueden ser desconocidas a la hora de resolver. La respuesta judicial frente a ellas permite valorar la calidad de la misma.

La utilización del llamado “Síndrome de Alienación Parental” (en adelante, SAP), o la de una denominación alternativa pero con la misma virtualidad, para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación entre padres e hijos tras una situación de crisis matrimonial -una de las *reacciones* referidas- es una preocupante realidad cada vez más común.

Este *recurso* fue creado por el médico norteamericano Richard Gardner en 1985, en el marco de un litigio por la custodia de los hijos/as y a partir de una práctica privada como psiquiatra, según el cual un progenitor –en más del 90% de los casos la madre- aliena al hijo/a contra el padre en el contexto de la disputa por la custodia de aquél, alegando en la mayoría de los casos falsas acusaciones de agresión sexual hacia los hijos/as por parte del progenitor varón. Gardner propuso que a nivel judicial en tales casos se otorgara la custodia del menor al progenitor rechazado interrumpiendo totalmente la comunicación con la madre, quien debería ser tratada por un experto en SAP mientras se “desprogramaba” al menor. No proporcionó, sin embargo, pruebas de sus *teorías*.

No obstante, a pesar de la difusión y popularización de este pretendido síndrome en nuestro país, el SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en los dos grandes sistemas diagnósticos de salud mental utilizados en todo el mundo, el DSM-IV de la Asociación Americana de Psiquiatría, y el ICE-10 de la Organización Mundial de la Salud. Según una declaración de 1.996 de la Asociación Americana de Psicología, no existe evidencia científica que avale el SAP, criticando dicha institución el mal uso que de dicho término se hace, especialmente en los casos de violencia de género; así, en su informe titulado “La Violencia y la Familia”, se afirma que

“términos tales como alienación parental pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento”.

En estos casos, singularmente, la aversión o rechazo de los menores a las visitas del progenitor no custodio puede explicarse sin recurrir a la teoría pseudo-científica de Gardner, bien por la ansiedad normal del menor tras la separación de sus padres, bien por la inquietud ante la ausencia del progenitor custodio durante la visita, bien por el comportamiento inapropiado de uno de los progenitores, o bien por la existencia de una violencia previa por parte del padre hacia la madre y los menores, de forma directa o por la exposición de éstos a la violencia de género. Como señala el médico forense Miguel Lorente,

“no puede haber hostilidad derivada de una manipulación de la madre cuando previamente ha existido una situación de violencia”.

Aceptar, en suma, los planteamientos de las teorías de Gardner -que incluso excluía la aplicación de su teoría en los casos en que se evidenciaba una situación de violencia, abuso o negligencia- en los procedimientos de guarda y custodia de menores supone someter a éstos a una terapia coactiva y una vulneración de sus derechos por parte de las instituciones que precisamente tienen como función protegerles⁵¹.

⁵¹Este supuesto síndrome ha ido incorporándose a las resoluciones judiciales. En este sentido, la SAP de Vizcaya, Sección 6ª, de 27 de marzo de 2.008, señala con claridad:

“La "popularidad" e invocación que de este denominado síndrome se está realizando en los últimos tiempos, y las (calificadas como) peligrosas consecuencias que está llegando a tener en relación con los procesos de separación y divorcio, llevaron a que en diciembre de dos mil siete un muy numeroso grupo de solventes profesionales de Medicina y Salud Mental suscribieran un manifiesto "ante el fenómeno psicológico-legal del pretendido "síndrome de alienación parental", en el que, entre otras afirmaciones, se expresa de forma contundente que la "ideología que sustenta el SAP es abiertamente pedófila y sexista", siendo un instrumento de peligroso fraude pseudo-científico, que está generando situaciones de riesgo para los niños, y está provocando una involución en los derechos humanos de los menores y de sus madres (mujeres)". En cualquiera de las disertaciones y/o cursos que, sobre la cuestión pueden seguirse, se hace mención a la actitud e ideología de su "creador" o formulador, puesto que es igualmente "popular" que éste escribió cuestiones que se han asociado con esa imputada pedofilia (Gardner, True and false accusations of child sex abuse, 1992, p. 549) y el enfoque de la madre (mujer) como alienadora y que hace invisible al padre. Los riesgos de la asunción de esta teoría y de la práctica de la terapia indicada por su creador y seguidores han sido igualmente advertidos por la Asociación Española de Neuropsiquiatría ("La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para cambios judiciales de la custodia de menores- Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su aplicación").

Son cada vez más numerosos los profesionales de la psicología y psiquiatría que valoran la formulación del síndrome como un modo más de violencia contra la mujer, y que recuerdan que "La ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor. Etiquetas como el "SAP" sirven para desviar la atención de estas conductas (Dr. Paul Fink) y olvidan que la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor puede estar relacionada con muchos factores diversos" (Dr. Gaber) que no son del caso ni reseñar ni examinar en esta resolución; sin embargo, su

En este sentido, en el curso de Formación Continua, sobre “Valoración del daño en las víctimas de violencia de género”, celebrado en septiembre de 2.007 en Madrid, se concluyó que:

“24. El Síndrome de Alienación Parental (SAP) no es una categoría diagnóstica clínica, ni en Medicina ni en Psicología, por lo cual debe entenderse como descripción de una situación caracterizada por una serie de síntomas y conductas que no se corresponden con una causa única.

25. La conducta de rechazo de los menores al padre tras una separación puede deberse a diferentes causas, algunas de ellas nacidas tras la propia ruptura mientras que otras pueden deberse a factores previos a la quiebra de las relaciones afectivas que abocan en la separación. Identificar todas estas circunstancias como SAP parte de una concepción estereotipada de base cultural de los roles de hombres y mujeres, y conlleva cargar de intencionalidad y acción a supuestas conductas de la madre para enfrentar a sus hijos e hijas al padre, que sólo se identifican por una sintomatología que, como hemos apuntado, habitualmente no se debe a estas conductas maternas.

26. En este sentido, cuando un menor o una menor presenta una conducta de rechazo al padre al poco tiempo de la separación, es prácticamente imposible que se deba a una manipulación por terceras personas. Los lazos afectivos establecidos en una relación paterno-filial no se pueden romper a través de una manipulación de la realidad sin base objetiva. Esta posibilidad conllevaría un tiempo muy prolongado y una actitud en ese sentido continuada, circunstancias que darían lugar a sintomatología añadida que sería fácilmente identificable.

27. La conclusión diagnóstica de S.A.P. no es aplicable cuando ha existido una situación de violencia de género, al haber sido los hijos y las hijas de esa relación víctimas y testigos de la violencia. En estas circunstancias, mientras persiste la relación, los menores desarrollan conductas de adaptación a través de conductas de evitación y de alianzas con el foco de la violencia, pero cuando ésta finaliza con la separación y perciben la seguridad de la distancia, desarrollan un rechazo de la violencia que se traduce en animadversión al causante de la misma, sin que exista ninguna intervención de la madre. No se debe aceptar que se utilice el S.A.P. para deslegitimar denuncias por violencia de género o por abuso sexual.

imputación y formulación está sirviendo para culpabilizar a las madres de conductas "anormales" de los hijos”.

28. *En los casos en que se aprecie problemas de relación y rechazo de los hijos y las hijas hacia el padre, la primera aproximación desde el punto de vista científico debe ser descartar situaciones de violencia y abordarlos como un problema de adaptación o de relación del menor o de su entorno familiar, y no como una patología. Desde esta perspectiva, el abordaje terapéutico debe centrarse en el empleo de técnicas de mediación, no coactivas y basadas en la manipulación intencionada de la madre”.*

X.2. Necesidad de adecuar la agenda al número de señalamientos, al objeto de evitar demoras anunciadas

El correcto funcionamiento de la agenda programada de señalamientos de los JVM tiene proyección sobre el grado de satisfacción de los y las usuarias de tales Juzgados.

A tal efecto, conviene coordinar la actuación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y con el Juzgado de Guardia a fin de evitar a ciudadanos/as y profesionales del Derecho esperas y retrasos en la sede judicial.

Tratándose de Diligencias Urgentes, el artículo 54 de la LO 1/2004 ha adicionado el 797 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Éste prevé, para los juicios rápidos, que, si la competencia corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, las diligencias y resoluciones de los artículos anteriores -las diligencias urgentes- deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia, debiendo la Policía Judicial realizar las citaciones del artículo 796 en el día hábil más próximo, fijando el día y hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

También el artículo 56 de la Ley ha modificado el artículo 962 de la norma procesal en relación con los Juicios Rápidos de Faltas, estableciendo que la Policía Judicial realizará las citaciones en el día hábil más próximo, fijando el día y la hora de comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En este contexto, sería oportuna la redacción, si no existe previamente, de un expediente gubernativo por el que, de conformidad con los artículos 10 y 11 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, se fijaran las horas de audiencia pública del Juzgado, cuyo límite mínimo es de cuatro horas, aconsejando la experiencia de lo observado hasta la fecha que las mismas lo sean *de 9 a 13 horas*; este acuerdo se publicaría en legal forma en los tablones de anuncios

en la sede del Juzgado, remitiendo copia al Juzgado Decano, al Tribunal Superior de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial, para su oportuno conocimiento.

En aquellos partidos judiciales en los que no exista servicio de guardia de violencia sobre la mujer, la agenda informática no debería permitir ningún señalamiento de los artículos 797 bis 3 y 962.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, después de las 13 horas –si éste es el límite final de audiencia pública-, cerrando las franjas horarias que sean precisas para ello.

Sería conveniente que las Fuerzas de Seguridad que señalasen Juicios Rápidos por delito o falta en la agenda judicial presentasen los atestados correspondientes a primera hora de la mañana, a fin de verificar antes de la hora del señalamiento su registro informático, la necesidad de intérprete, la existencia de copia para todas las partes del procedimiento y la corrección de las citaciones.

Igualmente debería existir la adecuada coordinación con el Juzgado de Guardia a fin de que, si éste hubiera tramitado, en sustitución del JVM, diligencias presentadas por la Policía Judicial, el procedimiento se inhibiera al Juzgado de Violencia sobre la Mujer con la suficiente antelación para atender a las partes citadas por las Fuerzas de Seguridad, sin dilación por esta causa.

X.3. Puntos de Encuentro y régimen de visitas

La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados miembros a garantizar el derecho de los niños a tener relaciones personales y contacto directo con los dos progenitores de forma regular, salvo que ello vaya contra su interés personal.

En situaciones de especial conflictividad, cuando han existido episodios de violencia de género, los menores habrán sido normalmente testigos directos y/o indirectos del terror vivido en el núcleo familiar. En ocasiones, además, los menores llegan a ser las víctimas inmediatas de actos de violencia, de forma que pueden detectarse afectaciones físicas y/o psíquicas que han de ser tratadas por profesionales. Éstos deberán diseñar actuaciones que determinen, en primer término, la procedencia o no de relacionarse con ambos progenitores y su compatibilidad con el derecho a la salud física y psíquica del menor, al objeto de que su desarrollo personal sea lo menos traumático posible.

Así, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2005 de 21 de noviembre señala que “el derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo/a en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.”

No obstante, y como se indicó en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado los días 18 a 20 de octubre de 2010 en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, *“no se considera necesario, ni se advierte como conveniente decretar la suspensión automática del régimen de visitas y/o la guarda y custodia establecida previamente respecto de los hijos menores cuando se produzcan situaciones de violencia de género y se adopten medidas o se impongan penas de prohibición de aproximación a la víctima”,* pues *“puede resultar conveniente el mantenimiento de una relación paterno-filial bien estructurada, debiendo, en todo caso, adaptarse a las circunstancias concretas para evitar el contacto directo entre agresor y víctima, y evitar supuestos de instrumentalización de los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la madre”* (Conclusión 19ª).

Las competencias penales y civiles atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer determinan que en un gran número de procedimientos se adopten medidas de naturaleza civil en la que se establecen -ya sea de forma provisional o definitiva- efectos personales y patrimoniales con relación a los menores. Estas medidas se canalizan fundamentalmente a través de la orden de protección o por la vía de los artículos 64 y siguientes de la *Ley Integral*, o bien en las sentencias dictadas en los procedimientos civiles. Se siga unos u otro procedimiento las medidas acordadas pueden ser las mismas. Las diferencias básicas son:

1. La duración que pueden tener:

- 30 días en sede de orden de protección.
- Indefinidas, si se adoptan dentro del procedimiento civil.
- Por el tiempo que se determine en el auto (artículos 64 y siguientes de la LO 1/2004).

2. El cauce procedimental para acordarlas:

Audiencia del 544 ter de la LECrim.

b. Juicio Verbal (artículo 753 Lec) ó audiencia de medidas (artículos 771 y 773 de la Lec).

c. Audiencia sujeta a los principios de publicidad, oralidad y concentración (artículo 68 de la LO 1/2004).

d. Procedimiento del artículo 158 del Código Civil.

La fijación de regímenes de visitas, estancia y de comunicación a favor del progenitor no custodio ha de preservar y garantizar la integridad física y psíquica del menor. Éste es su objetivo y finalidad inmediata, dirigida a intentar una normalización de las relaciones paterno-filiales con el propósito de alcanzar el desarrollo integral del menor, centrándose toda la dinámica de recuperación en el interés de éste.

Estos presupuestos y perspectiva justifican, en los casos en los que existen indicios de la comisión de hechos encuadrables en el concepto de violencia de género, la solicitud de informe pericial sobre la idoneidad, en el caso concreto, del establecimiento de régimen de visitas con el progenitor sobre el que recaigan los referidos indicios de criminalidad. Su fijación, desde luego, en absoluto tiene que ser automática, tal y como se deriva del artículo 48 del Código Penal, en la redacción dada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que establece, en casos de condena por violencia doméstica, la imposición de la pena de suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos/as que, en su caso, se hubiera podido reconocer en sentencia civil y hasta el total cumplimiento de la pena.

Respecto de los informes periciales psicosociales, en el Curso “Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial y celebrado en Madrid durante los días 5 a 7 de marzo de 2012, se constató la necesidad de *“acortar los plazos en los que se han de realizar, estimándose oportuno que esos informes pudieran ser emitidos en un lapso de tiempo no superior a sesenta días, debiendo las administraciones competentes dotar de los profesionales y de los medios materiales necesarios a los indicados efectos a los órganos judiciales actuantes”* (Conclusión 6ª).

La creación de puntos neutrales y transitorios para el desarrollo de las visitas es el recurso que se viene implantando a fin de dar cumplimiento a

las resoluciones judiciales que afectan a la comunicación de los menores con el progenitor no custodio en casos de relaciones familiares en crisis y, desde luego, en los supuestos de que existan sospechas (medidas cautelares) de violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja. Estos lugares son conocidos con la denominación de puntos de encuentro. Su régimen jurídico y funcionamiento no es homogéneo en las diferentes Comunidades Autónomas. Se constata, además, el escaso número de estos establecimientos y los diferentes niveles de intervención asumidos en los diferentes territorios.

Tal y como se indicó en el Seminario “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, celebrado los días 18 a 20 de octubre de 2010 en la sede de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial (Conclusión 19ª), *“debe generalizarse la implantación de Puntos de Encuentro donde llevar a efecto las visitas y/o entregas de menores afectados en tales casos, así como establecerse una regulación específica y general para su adecuado funcionamiento”*.

Resulta necesaria la creación de estos lugares, allí donde no existan, y el establecimiento de unas bases jurídicas mínimas de funcionamiento que lo homogeneizaran. Sin pretensiones de rigurosidad, las funciones prioritarias de estos puntos de encuentro habrían de ser:

Recoger y entregar a los/las menores.

Realizar la visita entre los/las menores y el progenitor no custodio.

Permitir el uso de un espacio material, bajo el control y la tutela del personal técnico, facilitándose el encuentro entre los menores y los progenitores. Las diferencias en esta actuación entre unas localidades y otras son palmarias. Así, mientras en algunas ciudades se realizan diferentes modalidades de visitas (supervisión, intervención y visitas tuteladas, con actuaciones diferentes dependiendo de la problemática concreta de cada unidad familiar), en otras capitales la intervención aparece atenuada, sirviendo casi sólo y exclusivamente como un mecanismo de intercambio y, en su caso, de estancia para el cumplimiento de las visitas.

Realizar entrevistas a los familiares implicados en el régimen de visitas.

Seguimiento del expediente, con emisión de informes periódicos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que haya acordado la intervención de los puntos de encuentro, que han de recoger las incidencias en el cumplimiento, y, en su caso las propuestas futuras de cumplimiento. Estos informes, obviamente, carecen de naturaleza pericial y deberán ir firmados

por sus autores de manera que éstos resulten identificables, a los efectos de poder interesar su ratificación o ampliación en sede judicial, bien a instancia de cualquiera de las partes, bien de oficio por el propio Juzgado, aunque no dejen de tener la consideración de prueba testifical, que, por ello, habrá de ser sometida a contradicción en el plenario. En este sentido, la formación en igualdad y perspectiva de género que la vigente normativa reclama de todos los profesionales intervinientes en el ámbito del tratamiento de la violencia de género resulta extensible a los directivos y trabajadores de estos puntos de encuentro.

La imposición de la pena de alejamiento de la/s víctima/s y familiares que, en su caso, se determinen, en delitos de *violencia doméstica* así como la suspensión del régimen de visitas con los hijos e hijas, en los casos legalmente previstos, resulta obligatoria en los casos de sentencia condenatoria, *ex* artículos 57.2 y 48.2 del CP.

Cumplida la pena, y, aun en el supuesto de que los menores no hayan sido víctimas directas de actos violentos, la separación del progenitor no custodio ha podido atenuar los lazos afectivos, pudiendo ser contraproducente la reanudación sin control de las relaciones paterno filiales. Es preciso que esta reanudación se realice de forma controlada, bajo la tutela y control de profesionales que den soporte a los menores y a los progenitores, con pautas de intervención que, de forma progresiva, intenten la normalización de las relaciones.

La derivación a los puntos de encuentro y su grado de intervención en la conflictividad familiar no debe ser automática. Cada núcleo familiar ha de ser valorado de forma individualizada, mediante la intervención de técnicos, bien de los Equipos de Asesoramiento Técnico, bien a través de los profesionales del punto de encuentro, debiendo contener la resolución judicial la actuación concreta que se interesa.

Tres podrían ser las modalidades o niveles de intervención de estas instituciones:

I. Supervisión de las visitas. La actuación se limitaría a las entregas y recogidas de los menores en el punto de encuentro.

II. Intervención activa. Las situaciones de violencia que han podido vivir los menores exigirán, en determinados casos, y siempre que las visitas se hayan fijado judicialmente, que aquéllos se encuentren apoyados por la actuación de una persona ajena al conflicto familiar. La función principal es intentar restablecer la normalidad entre los progenitores y los menores, intentando que el clima creado sea lo más acogedor posible para los pequeños.

III. Visitas tuteladas. Serían los supuestos donde la actuación y el protagonismo de los profesionales serían más necesarios. Estas tomas de contacto se deberán realizar en el propio espacio del punto de encuentro con apoyo y seguimiento de profesionales.

El Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia doméstica y violencia contra las mujeres, en su artículo 31 establece la prevención de que los Estados partes “tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.”

Esto indica que es recomendable que no sólo los juzgados de violencia sobre la mujer, sino también los juzgados de familia, incorporen en los expedientes civiles, los antecedentes por violencia de género entre la pareja aun cuando se haya dictado sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento; considerando que en un alto porcentaje, los archivos o sentencias absolutorias se producen por falta de pruebas, al haberse acogido la víctima a su derecho a no declarar. En tales supuestos, con la finalidad de proteger a los/as menores de posibles peligros, se deberían incorporar tales expedientes judiciales, a fin de comprobar que el régimen de visitas que se acuerde, será el más adecuado para los hijos/as, teniendo en cuenta la mayor información posible para procurar su seguridad.

XI. INCIDENCIA DE LA LEY DE IGUALDAD EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

XI.1. La igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico

Conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres es uno de los objetivos del artículo 9.2 de la Constitución, que, por ello, revela que nuestra sociedad no ha alcanzado la igualdad material.

Una de las manifestaciones de la discriminación que impide la igualdad real, la más brutal, es la violencia que se ejerce por los varones contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, tal y como ha señalado la Recomendación 19, de 1.992, del Comité encargado de velar por el cumplimiento de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)⁵².

La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres 3/2007, de 22 de marzo, consciente el legislador del largo camino que sigue quedando por recorrer hasta conseguir la igualdad real, ha señalado determinados pilares que permitirán conseguirla. Uno de ellos es su artículo 4, que consagra la igualdad de trato como principio informador del ordenamiento jurídico.

Ello exige que las resoluciones judiciales que tengan relación con la materia que tratamos no sólo habrán de superar los test de motivación y racionalidad sino que habrán de tenerla permanentemente como parámetro en la decisión, si resulta afectado el derecho a la igualdad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, cuando, en Sentencia 3/07, de 15 de febrero, señala que:

“los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes...”

para añadir:

⁵² <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>

“el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”, con cita de sentencias anteriores.

XI.2. Interpretación de las normas desde la perspectiva de género

La interpretación de la realidad y de las normas desde la perspectiva de género viene reclamada por nuestra más reciente legislación. La *Ley de Igualdad* la prevé, expresamente, en diversos preceptos.

Esta labor de interpretación tiene su cabida en el artículo 3.1 del Código Civil, que impone, entre otros cánones hermenéuticos, el de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, que implica tener en cuenta los valores de los que se ha dotado la sociedad en la que y para la que se va a efectuar la labor interpretativa. Son valores como los que la Constitución declara como superiores del ordenamiento jurídico -igualdad, libertad ...-, por lo que se imponen como valores de resultado, pero también son los afirmados por unanimidad por el legislador en la *Ley Integral* y los explicitados en la *Ley de Igualdad*: respeto de derechos y libertades fundamentales -equivalente a su eficacia real, también entre particulares-, ejercicio de la tolerancia, adquisición de habilidades para la resolución pacífica de los conflictos, eficacia del respeto a la dignidad de las mujeres o su protección integral frente a la violencia de género en el ámbito de las relaciones de pareja, presente o pasada.

Como dice la sentencia del **Tribunal Supremo Sala 4ª, 1046/2010 de 7 de diciembre**, y otras que recogen su interpretación, entre ellas la del **TSJ de Andalucía 960/2012, 25 de marzo, del TSJ de Madrid, 119/2012, de 22 de febrero**, *el principio de transversalidad*, que se recoge en el art. 4 -consagrado también en la normativa europea (*gender mainstreaming*, definido en el art. 29 de la Directiva 2006/54 /CE), se plasma aquí de modo expreso y con vocación de generalidad, como ya hizo, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género- con afectación en varias ramas del Derecho-, superando los tímidos intentos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación familiar y laboral de las personas trabajadoras, y de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el

Gobierno. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la LOIMH señala: la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto. En suma, todos los ámbitos de actuación están afectados por los principios de la LOIMH y sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no es baladí el hecho de que cuantitativamente el grueso de las normas de la LOIMH pertenecen a dichos campos allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional."

Ello exige al Poder Judicial razonar con una lógica distinta de la de épocas pasadas y que resulte útil para remover los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva. Así lo ha recordado el Tribunal Supremo, en un caso que examinaba un supuesto de discriminación por razón de sexo, en Sentencia de 21 de diciembre de 1.989, de su Sala 1ª, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial que

“ha dispuesto la no aplicación de normas o criterios tradicionales que signifiquen vulneración de principios y valores consagrados en la Constitución y opuestos a la realidad social y jurídica del tiempo presente (artículo 3.1º del Código Civil)”.

Esta perspectiva ha sido reclamada, además, por la comunidad internacional. Así, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2.006, antes mencionado, señala en su Párrafo 73:

“La violencia contra la mujer funciona como un mecanismo para mantener la autoridad de los hombres. Las explicaciones de la violencia que se centran principalmente en los comportamientos individuales y las historias personales, como el abuso del alcohol o una historia de exposición a la violencia, pasan por alto la incidencia general de la desigualdad de género y la subordinación femenina sistémicas. Por consiguiente, los esfuerzos por descubrir los factores que están asociados con la violencia contra la mujer deberían ubicarse en este contexto social más amplio de las relaciones de poder”.

Para añadir, en su Párrafo 268:

“Las normas que rigen los procedimientos penales, en particular las reglas de prueba y procedimiento, deben ser aplicadas con sensibilidad para la perspectiva de género a fin de “impedir que las mujeres víctimas de la violencia vuelvan a sufrirla”. Ello comprende la elaboración y la aplicación de reglas de prueba y procedimiento de modo que asegure que no sean demasiado gravosas y que no estén basadas en estereotipos

nocivos que inhiban a las mujeres de prestar testimonio. Las estrategias para hacer que en los procedimientos penales se tenga más plenamente en cuenta la perspectiva de género también pueden exigir que se simplifiquen los procedimientos judiciales, se garantice la confidencialidad de la víctima realizando actuaciones a puerta cerrada cuando proceda, se tomen medidas encaminadas a apoyar y proteger a las víctimas y se capacite al personal”.

XI.3. Uso de un lenguaje no sexista

Desde hace algunos decenios, la justificada preocupación ante un lenguaje que sirve al mantenimiento de roles y espacios diferenciados entre hombres y mujeres, excluyendo a éstas de algunos de ellos y reservándoles otros en exclusiva, ha motivado reflexiones de diferente alcance que han puesto de relieve la configuración del mismo como vehículo de transmisión de valores e ideología. En cuanto tal, resulta obvio que puede servir tanto para perpetuar valores de exclusión y subordinación, incompatibles con el ordenamiento constitucional, como, desde una neutralidad que reclame la existencia de mujeres y hombres en posición de igualdad, servir para nombrar el mundo en femenino o en masculino, en función de las realidades a las que se refiera.

En este sentido, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje, de 21 de febrero de 1.990, subrayaba

“el papel fundamental que cumple el lenguaje en la formación de la identidad social de los individuos y la interacción existente entre lenguaje y actitudes sociales”.

Advertía, además, que

“el empleo del género masculino para designar a las personas de ambos sexos provoca, en el contexto de la sociedad actual, incertidumbre respecto a las personas, hombres o mujeres, de que se habla”,

y recomendaba a los Gobiernos el fomento del

“empleo de un lenguaje que refleje el principio de igualdad entre hombre y mujer”.

A estos efectos, instaba a la adopción de las medidas oportunas para

“hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos”.

En el mismo año, el Parlamento español aprobaba la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, con la pretensión de, entre otros objetivos,

“eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”.

El mantenimiento en nuestros textos legales de conceptos como el de *patria potestad* o como el de la diligencia del *buen padre* de familia, sin embargo, acreditan que la tarea no ha terminado.

En el II Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, celebrado en Granada los días 23 y 24 de febrero de 2.006, se recordaba cómo en las culturas en las que los varones gozan de una posición de dominio, los términos para nombrar a los hombres representan a la vez lo positivo y lo neutro, mientras que las mujeres y lo femenino representan lo negativo, lo subordinado, lo que no es universal, y se reclamaba para la sociedad democrática un lenguaje regido por la simetría y la reciprocidad.

El uso de un lenguaje sexista también ha sido objeto de preocupación para el órgano de gobierno de los jueces y juezas. Así, el Acuerdo del Pleno del CGPJ, de 17 de enero de 2.007, tras recordar el reconocimiento efectuado en la Conferencia de Beijing de 1.995 (IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las Mujeres) al principio de transversalidad, que supone la necesidad de que los poderes públicos se comprometan a integrar la perspectiva de género en todos sus ámbitos de actuación, derivaba de la importancia del lenguaje en la formación de la identidad social de las personas y en sus actitudes la necesidad de erradicar el sexismo lingüístico del lenguaje en general y del administrativo, en particular, al objeto de evitar la ambigüedad y poner de manifiesto la presencia de las mujeres en el discurso. Acababa proponiendo, además, tras formular consideraciones complementarias, la adopción de unas normas mínimas comunes para evitar la discriminación en el lenguaje administrativo en el Consejo, introduciendo la diferenciación del uso del masculino y femenino en la designación de profesiones y actividades (juez/a; Secretario/a judicial, letrado/a), incluir en los sustantivos de doble terminación su acepción femenina(interésado/interesada;alumno/alumna;

colaborador/colaboradora; comisionado /comisionada) o diferenciar el sexo de la persona a la que se refiriese la expresión en el supuesto de que el sustantivo no lo revelara (el/la suplente; el/la declarante).

Las resoluciones judiciales, en consonancia con lo anterior, deberían evitar el uso de conceptos asimétricos o excluyentes para uno de los dos sexos. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2.008, que rechaza la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad formulados contra la *Ley de Igualdad*, es coherente con el principio democrático atender al criterio que,

“de manera universal, divide a la sociedad en dos grupos cuantitativamente equilibrados”.

Parafraseando esta resolución, podría decirse que el equilibrio material que persigue el artículo 9.2 de la CE -que ha permitido declarar la constitucionalidad de un precepto que garantiza en determinados órganos de representación la presencia equilibrada de ambos sexos- exige la misma presencia *equilibrada* en el lenguaje de lo femenino y de lo masculino que, de manera universal, están presentes en todas las sociedades.

De hecho, el artículo 14.11 de la *Ley de Igualdad* establece como criterio general de actuación de los Poderes Públicos, integrados en los principios generales de las políticas públicas para la igualdad,

“la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas”.

La exigencia del uso de un lenguaje no sexista se reproduce en otros preceptos de la misma norma, como en los artículos 28.4 (referido a proyectos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público), 37.1.b y 38.1 y 1.b, que refieren los objetivos y obligaciones de RTVE y de la agencia Efe, respectivamente.

En la realidad del día a día en los Juzgados y Tribunales estamos jueces y juezas, magistrados y magistradas, Secretario/as y secretarías judiciales, abogados y abogadas, médicos y médicas forenses, psicólogos y psicólogas, funcionarios y funcionarias ... Desde esta perspectiva, el lenguaje que debe utilizarse en las resoluciones no debe servir a invisibilizar a las mujeres ni recordar términos emparentados con relaciones de poder asimétrico, jerarquizadas, no compatibles con el principio de igualdad proclamado por la Constitución. Debe servir, por el contrario, a visibilizar la presencia de las mujeres en la sociedad y la

asunción de tareas y funciones por éstas en condiciones de igualdad con los hombres, por lo que no deberán ser expresadas como masculinas. La búsqueda de conceptos y expresiones no excluyentes ni jerarquizadas supondrá un papel activo en la remoción de obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre ambos sexos. El uso del llamado *falso masculino genérico* tiene su referente en la figura del varón como ser humano universal y, por lo que a las profesiones se refiere, tiene su origen en la expresa prohibición para las mujeres del ejercicio de determinadas profesiones o en la relegación de las mujeres al espacio privado y en la atribución a éstas en exclusiva de las tareas de cuidado y de reproducción de la familia, en sentido amplio, que han sido la norma durante mucho tiempo. Leyes hoy vigentes, como la *Ley Integral* o la *Ley de Igualdad*, nos recuerdan la incompatibilidad de esta situación con los valores constitucionales.

Naturalmente, el uso de un lenguaje no sexista debería llevar al cambio de formularios inadecuados que puedan existir en los Decanatos (incorporando, por ejemplo, la referencia a *abogado* o *procurador*, cuando resulta evidente el gran número de abogadas y procuradoras actuando en los órganos jurisdiccionales), los propios rótulos de los despachos –juez/a, *Secretario/a*, *médico forense* ...-, así como el de la propia redacción de las actas de las Juntas de Jueces y Juezas.

Por iniciativa de la Comisión de Igualdad⁵³ del Consejo General del Poder Judicial, fue realizado en el marco del Foro de Igualdad, un estudio de investigación sobre el lenguaje que se utiliza, desde la perspectiva de género, por las sentencias de los juzgados y tribunales españoles y en distintas jurisdicciones. Se menciona en el informe resultante de la investigación que “como *la perspectiva de género nos indica, diversas realidades no son coincidentes en mujeres y hombres, en quienes las medidas jurídicas y políticas pueden tener un impacto diferenciado, debido a los desequilibrios de partida, en las oportunidades y en el trato, que aún subsisten, a pesar de estar prohibida la discriminación por la ley. En numerosas ocasiones, las mujeres afrontan problemáticas específicas en materias tan relevantes como el empleo, la formación, la promoción, la retribución, etc. Por consiguiente nombrarlas de forma correcta y reconocerlas en estos contextos es clave en la lucha contra la discriminación por razón de sexo.*

53

https://www3.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad_de_Genero/Actividades_de_la_Comision_de_Igualdad/Estudios_y_otros_documentos/Lenguaje_juridico_y_genero__Sobre_el_sexismo_en_el_lenguaje_juridico

Todavía no hay, en la actualidad, una presencia igualitaria de mujeres y hombres en muchos y relevantes ámbitos de la sociedad. Tampoco está normalizada una presencia equilibrada de las mujeres en todas las profesiones y oficios, o en todas las categorías laborales (recordemos la segregación horizontal y vertical detectada). Estas circunstancias hacen que sea importante comunicar a través del lenguaje escrito que las distintas categorías o puestos de trabajo son opciones laborales para mujeres y hombres, indistintamente: apuntar esto, de manera expresa no es, por consiguiente, una reiteración absurda: aunque quienes aplican e interpretan Derecho tengan claro estas realidades, los datos sobre la juventud española muestran la persistencia de los estereotipos sexuales tradicionales. Por lo tanto, es social y lingüísticamente pertinente nombrar a las mujeres y a los hombres en el Derecho y en los derechos. Y la comunidad jurídica, como colectivo implicado en esa tarea, debe saber que, también como parte de la comunidad hablante, puede elegir, incluso a pesar de las limitaciones que el Derecho impone a sus intérpretes, la opción que posea la mayor eficacia comunicativa, tanto a nivel formal como material. Por esta razón, es obligación de las Administraciones, instituciones y organizaciones más relevantes dar ejemplo y proporcionar alternativas plausibles, y no negar que existen normas gramaticales que permiten asegurar la eficacia comunicativa y adaptar la realidad lingüística a la realidad jurídica y social.”

XII. ANEXO I. Principales instrumentos internacionales, en los ámbitos de Naciones Unidas y europeo, sobre igualdad y violencia contra las mujeres.

TEXTOS DE NACIONES UNIDAS

- Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 7 de noviembre de 1967
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW)
- Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992.
- Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la mujer, de 20 de diciembre de 1993.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 10 de diciembre de 1999.
- Resolución WHA49-25 de la 49 Asamblea Mundial de la Salud sobre prevención de la violencia, de 25 de mayo de 1996
- Resolución del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas 1996/12 sobre eliminación de la violencia contra la mujer, de 23 de julio de 1996.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas 1997/44 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 11 de abril de 1997.
- Resolución de la Asamblea General 52/99 sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, de 12 de diciembre de 1997.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas 1998/52 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 17 de abril de 1998.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre la eliminación de la violencia contra la mujer 1999/42, de 26 de abril de 1999.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas 1000/45 sobre eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 de abril de 1000.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas 2001/49 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 24 de abril de 2001.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas 2002/52 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 23 de abril de 2002
- Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 57/179 hacia la eliminación de los delitos de honor cometidos contra la mujer, de 18 de diciembre de 2002.
- Resolución de la Asamblea General 58/147 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar, de 22 de diciembre de 2003.
- Declaración Conjunta de Naciones Unidas sobre la prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, marzo de 2013.

CONFERENCIAS INTERNACIONALES EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

- Declaración de la Primera Conferencia Mundial sobre la mujer, México 1976.
- Segunda Conferencia Mundial sobre la mujer, Copenhague 1980
- Tercera Conferencia Mundial sobre la mujer para el examen y evaluación de los logros del decenio de las Naciones Unidas para la mujer: Igualdad, desarrollo y paz. Nairobi 1985.
- Declaración y Plan de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing 1995.
- Beijing +5 (Nueva York 2000), periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la ONU: "Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI".
- Beijing +10, revisión de la plataforma de acción de Beijing por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU, Nueva York 2005 (fragmento)

TEXTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

- Resolución del Parlamento Europeo sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, de 16 de septiembre de 1997
- Decisión número 803/2004/C del Parlamento Europeo por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II), de 21 de abril de 2004.
- Resolución 2004/2220 (INI) del Parlamento Europeo sobre la situación actual de la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones, de 6 de febrero de 2006.
- Informe sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209 (INI)) del Parlamento Europeo.
- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo
- Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Junio de 2013

TEXTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

- Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia de Género, de 11 de mayo de 2011⁵⁴, firmado en Estambul, a iniciativa del Consejo de Europa.

⁵⁴ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_EN.asp?

XIII. ANEXO II. Legislación Autonómica en materia de igualdad y de violencia de género

→ **Andalucía**

Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

Decreto 437/2008, de 2 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la igualdad de Mujeres y Hombres.

Decreto 1/2009, de 7 de enero, por el que se regula la elaboración y contenido del informe anual sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en materia de Violencia de Género.

Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que se regula la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la Violencia de Género.

Acuerdo de 19 de enero de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010.

Decreto 298/2010, de 25 de mayo, por el que se crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género y se regula su composición y funcionamiento.

Decreto 17/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la elaboración del Informe de Evaluación del Impacto de Género.

→ **Aragón**

Decreto 8/2005, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón, de creación de la Comisión Interdepartamental para el seguimiento del Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón.

Ley 4/2007 de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral de mujeres víctimas de violencia en Aragón.

Decreto 219/2009, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del Observatorio Aragonés de Violencia sobre la Mujer.

Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

→ ***Asturias***

Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género

→ ***Baleares***

Ley 12/2006, de 20 de septiembre: Normas reguladoras para la mujer de la Comunidad Autónoma de Baleares

Ley 6/2011, de 13 de octubre, de modificación de la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer (*Deroga art. 54 que establecía incremento subvención electoral en caso de votos y elección de candidato mujer*)

→ ***Comunidad Canaria***

Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género.

Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre mujeres y hombres.

→ ***Cantabria***

Ley 3/1997, de 26 de mayo, de Creación del Consejo de la Mujer de Cantabria.

Ley 1/2004, de 1 de abril. Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

Decreto 64/2006, de 8 de junio, por el que se desarrolla la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

Decreto 26/2009, de 26 de marzo, por el que se creo la Comisión para la Igualdad de Género del Gobierno de Cantabria.

→ ***Comunidad Autónoma Castilla-La Mancha***

Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas.

Decreto 38/2002, de 12 de marzo de 2002, de las Consejerías de Bienestar Social e Industria y Trabajo, para la aplicación de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas.

Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.

→ ***Comunidad Castilla-León***

Ley 1/2003, de 3 de marzo de Igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres de las Cortes de Castilla y León. (Título II, Cap. II, art. 23)

Decreto 30/2005, de 21 de abril, por el que se crea y regula el Observatorio de Género de Castilla y León.

Ley 7/2007 de 22 de octubre de modificación Ley 1/2003 de Igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres de las Cortes de Castilla y León.

Decreto 116/2007, de 29 de noviembre, por el que se regula el ejercicio de acciones judiciales por parte de la administración de la Comunidad de Castilla y León en los procesos penales por violencia contra las mujeres.

Instrucción 9/2008 de la Delegación del Gobierno en Castilla y León sobre ejecución del Plan Autonómico de la Delegación del Gobierno en Castilla y León, de prevención contra la Violencia de Género en el medio rural.

Instrucción 11/2008 de la Delegación del Gobierno en Castilla y León sobre información a las víctimas de Violencia de Género de la situación penitenciaria del agresor.

Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la Violencia de Género en Castilla y León

Ley 1/2011, de 11 de marzo, de evaluación de impacto de género en Castilla y León.

→ ***Cataluña***

Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. (BOE 30-05-08)

→ ***Extremadura***

Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura

→ ***Galicia***

Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres (Título I, 14 a 19)

Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia

Ley 11/2007 de julio, de Galicia sobre las normas reguladoras de prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

Ley 7/2010, de 15 de octubre, por la que se suprime el organismo autónomo Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del hombre y la mujer y se modifican determinados artículos de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en Igualdad de las mujeres de Galicia.

→ ***La Rioja***

Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.

→ ***Comunidad de Madrid***

Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid.

→ ***Murcia***

Ley 7/2007, de 4 de abril, Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia.

Ley 3/2008, de 3 de julio, de modificación de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.

→ ***Comunidad Navarra***

Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.

Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista.

Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

→ ***País Vasco***

Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. Capítulo VII (fragmento) (Título III, Cap. III, Art. 50 al 62)

Decreto 264/2011, de 13 de diciembre, por el que se crea el Observatorio Vasco de la Violencia Machista contra las Mujeres y se regula su funcionamiento y composición

Ley 3/2012, de 16 de febrero, por la que se modifica la Ley para la Igualdad de mujeres y hombres y la Ley sobre creación del Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer-

→ ***Comunidad Valenciana***

Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres

Decreto 20/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana.

Decreto 52/2004, de 2 de abril, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Foro de la Comunidad Valenciana contra la Violencia de Género y Personas Dependientes en el Ámbito de la Familia.

Decreto 73/2008, de 16 de mayo, del Consell, de modificación del Decreto 210/1997, de 10 de julio, del Consell, por el que se creó la Comisión Interdepartamental de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.

Decreto 94/2009, de 10 de julio, del Consell, de modificación del Decreto 52/2004, de 2 de abril, del Consell, por el que se creó el Foro de la Comunitat Valenciana contra la Violencia de Género y Personas Dependientes en el Ámbito de la Familia

Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.