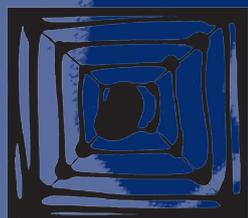


**Guia práctica de la Ley Orgánica 1/2004,
de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección
Integral contra la Violencia de Género***



observatorio

contra la violencia
doméstica
y de género

Guía práctica
de la Ley Orgánica 1/2004,
de 28 de diciembre,
de Medidas de Protección Integral contra
la Violencia de Género

Esta guía ha sido aprobada por el grupo de expertas y expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 13 de octubre de 2016.

El Grupo de Expertos/as está integrado por los/as magistrados/as, Almudena Nadal Siles, Gemma Gallego Sánchez, José María Gómez Villora, Vicente Magro Servet, María Tardón Olmos, M^a José Barbarín, Carmen Zabalegui, Ricardo Rodríguez Ruiz y Miguel Lorente, presidido por M^a Ángeles Carmona Vergara y siendo Vocal del Observatorio, Carmen Llombart.

Edita:

Consejo General del Poder Judicial

Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid

<http://www.poderjudicial.es>

e-mail: observatorio@cgpj.es

Revisión y reedición: Octubre 2016

Diseño, maquetación y realización: Pardedós

Deposito Legal: M-23682-2005

La actualización de esta guía ha sido aprobada por el grupo de expertas y expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 13 de octubre de 2016.

La “Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género” se editó por primera vez en el año 2008 y 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.

En el último año se han aprobado varias reformas legislativas que afectan al campo de la violencia de género y por ello, el Observatorio ha visto la necesidad de acometer una actualización en profundidad de esta Guía, para que sirva de soporte y de ayuda al trabajo diario de los órganos judiciales con competencia en esta materia.

Así, la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 28 de abril) y el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la Reforma del Código Penal operada por L.O. 1/2015 de 30 de marzo, la Reforma de la LOPJ (L.O 7/2015, de 21 de julio), el Real Decreto Ley 3/2013 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de tasas en el ámbito de la administración de justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (L.O 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio y la Ley de Jurisdicción Voluntaria (15/2015, de 2 de julio), son las principales modificaciones que han entrado en vigor en los últimos meses.

Ello junto a otras medidas de mejora en la protección de la víctima, como el nuevo protocolo de valoración policial del riesgo y gestión de la seguridad, son instrumentos que sin duda alguna van a suponer un gran avance en la lucha por la erradicación de la violencia de género en España y en la mejora de la coordinación institucional para la protección integral de la mujer víctima de violencia de género y de sus hijos e hijas.

La adhesión de España al Convenio de Estambul, publicada en el BOE de 6 de junio de 2014, obliga sin duda alguna a adaptar nuestra legislación a la aplicación del Convenio, así como al replanteamiento de los conceptos jurídicos de violencia de género y violencia sobre la mujer.

Quiero expresar mi conocimiento y reconocimiento a los Magistrados y Magistradas del Grupo de Expertos por el esfuerzo y 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, así como al resto de los operadores jurídicos: fiscales, letrados y procuradores, trabajadores sociales, psicólogos y cuerpos y fuerzas de seguridad. Muchas mujeres han conseguido salir del círculo de la violencia gracias al apoyo institucional.

Ángeles Carmona Vergara

Letrada de la Administración de Justicia

Vocal del CGPJ y

Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género

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	15
	II.3. Algunas actuaciones del Gobierno de la Nación.....	15
	II.4. Ámbito Internacional.....	16
■	III. Objeto de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género	29
	III.1. La diferencia entre los conceptos de violencia doméstica y de género	29
	III.2. Reducción de su ámbito de aplicación a la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja	31
	III.3. Conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación a otras formas de violencia contra las mujeres.....	34
■	IV. Derechos de las víctimas de Violencia de Género relacionados con el acceso a la Administración de Justicia.....	37
	III. Directiva 2012/29/UE 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:	41
	IV. En concreto, la Ley española del Estatuto de la Víctima del Delito.....	50
■	V. La coordinación con otras instituciones.....	65
	V.1. Los planes de colaboración	65
	V.2. Principales Protocolos de ámbito estatal	67

■ VI. Tutela Penal	69
VI.1. La inexistencia de elemento subjetivo en los subtipos penales agravados de violencia de género y el artículo 1 de la <i>Ley Integral</i>	69
VI.2. Algunas reflexiones en materia de suspensión de penas	83
VI.3. Algunas reflexiones en materia de ejecución	96
VI.4. El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar y la intangibilidad de las sentencias firmes	106
VI.5. Recientes modificaciones legislativas afectantes a la violencia de género y la intangibilidad de las sentencias firmes	117
VI.6. La violencia económica sin acto adicional de violencia de género	124
■ VII. Tutela Judicial	127
VII.1. Bienes jurídicos afectados	127
VII.2. Medidas que pueden acordarse para la protección de la víctima.....	130
VII.3. La protección de las víctimas en dependencias judiciales	176
VII.4. El artículo 416 de la LECrim.....	179
VII.5. La valoración de la prueba.....	189
VII.6. La valoración del riesgo en sede policial y judicial	207
VII.7. Los procedimientos civiles en los JVM.....	216
VII.8. Formación especializada.....	237
■ VIII. Las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI)	246
■ IX. Actuación Procesal. Recomendaciones	252
IX.1. Conveniencia de transformar las diligencias urgentes en diligencias previas en casos de habitualidad. Necesidad de agotar la investigación	252
IX.2. La conveniencia de interesar la emisión de los informes que sean necesarios, evitando los que supongan una reiteración innecesaria	257
IX.3. La conveniencia de cribar la razonabilidad de la denuncia cruzada, como filtro antes de imputar sorpresivamente a quien ha comparecido como víctima	258
IX.4. La exigencia de hacer efectivos tanto los derechos y garantías de los investigados como de las víctimas	261

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 “ <i>in dubio pro reo</i> ”	268
IX.6. Necesidad de consultar el Sistema Viogen y de derivar a las FF.CC. las denuncias por comparecencia	270
X. Otros aspectos a tener en cuenta en la Actividad Jurisdiccional	271
X.1. El llamado síndrome de alienación parental (SAP)	271
X.2. Necesidad de adecuar la agenda al número de señalamientos, al objeto de evitar demoras anunciadas.....	275
X.3. Puntos de Encuentro y régimen de visitas	277
XI. Incidencia de la Ley de Igualdad en las actuaciones judiciales frente a la Violencia de Género	285
XI.1. La igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico.....	285
XI.2. Interpretación de las normas desde la perspectiva de género	286
XI.3. Uso de un lenguaje no sexista	290
XII. Anexo I	295
Principales instrumentos internacionales, en los ámbitos de Naciones Unidas y europeo, sobre igualdad y violencia contra las mujeres.....	295
XIII. Anexo II	300
Legislación Autonómica en materia de Igualdad y de Violencia de Género.....	300

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 2001, 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 las personas 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.

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 más de diez 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 combatir 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 Consejo General del Poder Judicial destaca muy especialmente el acuerdo unánime del Pleno, en el año 2001, 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 2002 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**.

¹ http://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_

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, posteriormente, el Consejo General de la Abogacía Española. Recientemente se han incorporado el Ministerio del Interior y el Consejo General de Procuradores de España.

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, **“El tratamiento de la Violencia Doméstica en la Administración de Justicia”**, editado por el CENDOJ en 2003. 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 2000 y 2002.

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 fueron 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 2014³.

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

3 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Analisis-de-las-sentencias-dictadas-por-los-Tribunales-del-Jurado-y-por-las-Audiencias-Provinciales-en-el-ano-2014--relativas-a-homicidios-y-o-asesinatos-consumados-entre-los-miembros-de-la-pareja-o-ex-pareja-y-de-menores-a-manos-de>

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 y consecuencias, condición de posibilidad de la tutela judicial efectiva.

Se ha revisado y actualizado 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 los instrumentos legales y recursos existentes en la lucha contra estos crímenes. En el art. 159 del Reglamento de la Carrera Judicial aprobado por acuerdo del Pleno de 28 de abril de 2011, se regula la formación obligatoria⁵.

El CGPJ ha trabajado para mejorar la respuesta judicial no sólo a través de implementar programas formativos de especialización sino a través de aumentar el número de órganos judiciales especializados. En la actualidad existen más de 500 órganos judiciales especializados en Violencia sobre la Mujer. En concreto, 106 Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencias exclusivas, y con servicios de guardia en Barcelona, Madrid, Valencia y Sevilla, y 355 con competencias compartidas y se sigue trabajando por incrementar el número de Juzgados de lo Penal especializados.

Otros objetivos que justificaron la constitución del Observatorio y que han sido el motor de las actividades emprendidas son: la mejora de la coordinación entre las instituciones, a través de protocolos conjuntos de actuación y de convenios que suponen una mejora en la protección de las víctimas, como el convenio con el Ministerio del Interior para el acceso de los órganos judiciales penales a la información del sistema Viogen; estudiar y analizar las resoluciones judiciales y realizar propuestas de mejoras y/o de reformas legislativas así como evaluar la evolución del fenómeno en el ámbito judicial a través del análisis estadístico.

sus-progenitores

4 http://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_zas_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_

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

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 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**⁶, 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

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

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 Violencia sobre la Mujer**⁷, 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.

Sigue vigente la “Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, 2013-2016”⁸.

Por la Delegación especial se han realizado varias macro-encuestas en este ámbito, habiéndose publicado la última el 8 de febrero de 2015⁹.

II.4. Ámbito Internacional

Con carácter general se ha afirmado que el Derecho Penal es aquella rama que regula el *Ius Puniendi* del Estado, esto es, sanciona aquellas conductas más gravemente atentatorias contra los bienes jurídicos esenciales de la Comunidad.

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

8 <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/home.htm>

9 <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/home.htm>

Basta esta primera aproximación para observar que el estudio, interpretación y aplicación de esta rama se ha centrado en la pena y, consecuentemente, en el delincuente. Con todo, existen múltiples voces autorizadas que reivindican la necesidad de dar cabida a una eficaz tutela jurídica de las víctimas sin devaluar los principios informadores del Derecho sancionador. Desde esta perspectiva se reivindica una protección real de las víctimas otorgándoles el debido protagonismo tanto en la definición de lo injusto (Derecho penal material) como en la configuración del proceso penal (Derecho procesal penal).

La cuestión expuesta adquiere especial relevancia en una materia -la violencia sobre la mujer- en que el papel de la víctima presenta connotaciones especiales tanto por la **tipología de delito como por su especial vinculación con el autor**. Por lo expuesto, es importante hacer mención a varios hitos que suponen un reforzamiento en la protección de la víctima de violencia sobre la mujer en el ámbito supranacional.

1) Nos referimos a la **COMUNICACIÓN 47/12 de 16 de julio de 2014 del COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE LA ONU** (en aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

2) La **ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN**.- Regulada en la Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre, del Parlamento y el Consejo de Europa, que ha cristalizado en la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (artículos 130-142, Título VI) y Ley Orgánica 6/2014 complementaria de la Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales por la que se modifica la L.O.P.J 1/85 de 6 de julio.

3) **EL CONVENIO DE ESTAMBUL**.- Firmado en Estambul el día 11 de mayo de 2011 en desarrollo sectorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1.950 y de la copiosa jurisprudencia emanada del T.E.D.H en materia de proscripción de discriminación, ratificado por España en B.O.E de 6 de junio de 2014, ya en vigor. En desarrollo del citado Convenio se dicta el **"Estatuto de la víctima en el proceso Penal"**.

4) **CRITERIOS COMPETENCIALES EN RELACIÓN A DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMETIDOS POR ESPAÑOL EN EL EXTRANJERO**.- Resoluciones judiciales (Autos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo) resolviendo cuestiones competenciales en asuntos de violencia sobre la mujer.

RESOLUCIÓN CEDAW 47/12 DE 16 DE JULIO DE 2014.

Comenzamos la exposición con la Resolución CEDAW dictada en aplicación de los artículos 2, 5 y 16 de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

El asunto debatido parte de la denuncia interpuesta por una mujer, nacional española, que relata como en 1996 contrae matrimonio con F.R.C, naciendo una hija común el día 17-2-96. Durante su convivencia A.G.C denuncia malos tratos físicos y psíquicos por parte de su marido, llegando a abandonar el domicilio en varias ocasiones durante el año 1.999. Concretamente el día 3-09-99 A.G.C abandona el domicilio amenazada de muerte por su entonces marido dando lugar a la actuación cautelar del Juzgado de Instrucción número 2 de Arganda de Rey, que a results de su competencia también civil dictó resolución de separación del matrimonio con régimen de visitas a favor de F.R.C respecto de su hija menor de edad. Tras la denuncia continúan las vejaciones y el maltrato psíquico y físico dando lugar a que la menor de edad comience a rechazar ir con su padre. Ante esta situación A.G.C denuncia nuevamente a su marido (en más de 30 ocasiones) e interesó una prohibición de aproximación que impidiese a su marido estar con su hija menor. Pese a la existencia de múltiples denuncias solo recayó una condena contra F.R.C consistente en una multa como autor de una falta de vejaciones. Si bien el día 1-09-00 se impuso una prohibición de aproximación a la hija menor, esta fue alzada en apelación por la Audiencia Provincial dado que entorpecía el régimen de visitas respecto de la hija menor. Los informes del Equipo Psicosocial apuntaban a una necesaria interacción del padre y la hija y a la necesaria normalización del régimen de visitas (informes de 2001). En atención a los citados informes el Juzgado dispone un régimen de visitas a favor del padre, aprovechando el mismo el día 24-04-00 F.R.C acaba con la vida de su hija usando un arma de fuego, quitándose él mismo la vida a continuación.

La denunciante entiende que España vulneró los artículos 2, 5 y 16 de la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer a través de las actuaciones JUDICIALES, POLICIALES, DEL MINISTERIO FISCAL Y ADMINISTRATIVAS habidas en los momentos previos a la muerte de su hija:

A) En relación al artículo 2 entiende que se primaron los prejuicios y los estereotipos negativos materializados en una falta de adecuada evaluación de la gravedad de la situación,

faltando una investigación efectiva para clarificar las posibles responsabilidades de la negligencia administrativa, del Fiscal y Judicial.

B) En relación al artículo 5 considera vulnerados sus derechos al no apreciarse el riesgo hacia su hija y primarse la garantía de un régimen de visitas respecto de su hija, por encima de cualquier otra consideración.

C) En relación al artículo 16 se vulneró la Convención al no tomarse en consideración la situación de violencia vivida por la denunciante y su hija a al hora de ponderar la separación matrimonial y el régimen de visitas, haciendo especial hincapié en el impago de pensiones alimenticias por parte de F.R.C.

Dejando a un lado las observaciones del Estado Español respecto de la admisibilidad de la reclamación (basadas en la diferencia entre error judicial y anormal funcionamiento de la Administración, desestimadas conforme al principio de razonabilidad de la reclamación y del cauce elegido), el Estado Español se opone al fondo de la cuestión entendiendo que ninguna responsabilidad hubo y que todos los mecanismos activados funcionaron correctamente.

Finalmente, el Comité atiende a la reclamación, estimándola desde el punto de vista formal (admisibilidad y *ratione temporis* en relación a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para España) y desde el punto de vista material, en este último caso, citando la Recomendación 19 (1.992) en que se asegura que "la violencia sobre la mujer supone discriminación sin que dicha discriminación se detenga en la potencialmente producida por el Estado sino que este se compromete a tomar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organización o empresa".

Dada la vulneración de los artículos 2, 5 y 16 del Convenio, efectúa las siguientes RECOMENDACIONES.- Consta la violación de la convención por el Estado Español, se proponen las siguientes medidas:

- 1) **Con respecto a la denunciante** (autora de la comunicación).
 - a) otorgar una reparación adecuada a la misma, proporcional a la gravedad e integral
 - b) Realizar una investigación exhaustiva e imparcial a fin de detectar fallos en las estructuras y prácticas estatales.

- 2) En general.
 - a) Adaptar medidas adecuadas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta al estipular custodias y visitas de hijos, garantizando que el derecho a visitas no suponga merma de la seguridad de los menores
 - b) Reforzar el marco legal a fin de asegurar la respuesta adecuada ante supuestos de violencia
 - c) proporcionar adecuada formación a jueces y personal administrativo competente sobre la normativa relativa a violencia doméstica

El estado presentará en un plazo de 6 meses escrito acreditando las medidas adoptadas en relación a la presente recomendación.

En las conclusiones de Fiscales especializados en Violencia de Género, hechas en Madrid en 2014 se propone que:

- 1) Se aporten antecedentes penales en las actuaciones civiles para calibrar la existencia de procesos penales y su posible incidencia en el proceso civil subyacente.
- 2) Se efectúen informes periciales en los que se tenga en cuenta la situación de violencia creada y cómo ha influido esta en los hijos/as de la pareja.
- 3) Evitar una situación de control posterior a la ruptura a través de los hijos mediante el establecimiento de visitas.

CONVENIO DE ESTAMBUL

El B.O.E de 6 de junio de 2014 publica el Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, firmado en Estambul el día 11 de mayo de 2011, en desarrollo sectorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1.950, entre otros, y de la copiosa jurisprudencia emanada del T.E.D.H en materia de violencia sobre las mujeres.

El Convenio parte de la condena a todo tipo de violencia sobre la mujer y doméstica, así como del reconocimiento de la igualdad efectiva que debe regir en las relaciones entre hombres y mujeres, elemento clave para la prevención de todo tipo de violencia. Del mismo modo, en-

tiende como bases o fundamentos de la situación actual desigualitaria la dominación por parte del hombre y la discriminación de la mujer por el hombre, que priva a la mujer de su plena emancipación. La subordinación de la mujer al hombre se realiza, entre otros mecanismos, a través de la violencia contra la mujer, que hoy en día es un elemento estructural de la sociedad.

El Convenio de Estambul trata de avanzar en el reconocimiento del concepto amplio de violencia sobre la mujer, incluyendo no solo conductas por todos conocidas (lesiones, amenazas...) sino otras como el matrimonio forzado, la mutilación genital, los crímenes de honor, la violencia en conflictos armados. Por último, reconoce la necesidad de considerar a los hijos como víctimas de la violencia directa.

Dividido en 81 artículos, dedica el CAPÍTULO I a establecer los objetivos, definiciones, igualdad y obligaciones generales. Así, el artículo 1 define entre los objetivos del Convenio:

PROTEGER las mujeres de toda forma de violencia, debiendo prevenirse, perseguirse y eliminarse la violencia contra la mujer y doméstica.

CONTRIBUIR A ELIMINAR la discriminación contra la mujer, promoviendo la igualdad real entre mujeres y hombres, promoviendo el empoderamiento de las mujeres.

Concebir un MARCO GLOBAL DE POLÍTICAS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA a todas las víctimas de violencia sobre la mujer y doméstica.

PROMOVER LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL para eliminar la violencia

APOYAR a las organización y fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia

El Convenio de Estambul es importante por tres motivos:

- A) La ampliación del concepto de violencia sobre la mujer por razón de género, que incluirá conductas más amplias que las previstas por el legislador español, pues en nuestro ordenamiento jurídico solo serán hechos penales consitutivos de violencia sobre la mujer los descritos en el artículo 87 ter de la Ley orgánica del Poder judicial, esto es: "*delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, de-*

litos 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, aun sin convivencia".

De esta forma deberán incluirse en el futuro conductas aún no atribuidas a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, relativas por ejemplo a la llamada "violencia económica", matrimonios forzados, hechos cometidos con ocasión de conflicto armado en razón de género...

B) La inclusión de los hijos/as de la pareja como víctimas directas de la violencia, algo que si bien ya reconocía de forma puntual el citado artículo 87 ter de la L.O.P.J, ahora se refuerza a través del Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha supuesto que los hijos e hijas menores de edad se hayan introducido como víctimas directas en el artículo 1 de la L.I.V.G, obligando a que los Jueces y Magistrados adopten medidas civiles en todo caso en aplicación del artículo 544 ter de la L.E.Crim (patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos, pensión compensatoria y cualquier otra medida de trascendencia familiar).

No cabe duda que la inclusión de niños y niñas menores de edad en el ámbito de protección de la L.I.V.G supondrá un avance que cristalizará la asentada idea de que el menor no es un mero testigo privilegiado de la violencia que sufre su madre sino una víctima directa y especialmente vulnerable de esa situación.

Esta inclusión venía ya siendo anunciada por la COMUNICACIÓN 47/12 (16 de julio de 2014) del COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER-ONU. (En aplicación de la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER) en que -tras analizar el supuesto de hecho consistente en el asesinato a manos de su padre de una niña, mediando régimen de visitas a favor del padre pese a existir denuncias por violencia sobre la mujer- concluye que se deben *Adoptar medidas adecuadas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta al estipular custodias y visitas de hijos, garantizando que el derecho a visitas no suponga merma de la seguridad de los menores.*

C) La ampliación del concepto de violencia sobre la mujer sin necesidad de que la misma haya sufrido los hechos penalmente relevantes en el marco de una relación sentimental presente o pasada. En este sentido el Convenio de Estambul no distingue la existencia o no de relación sentimental, algo que también supondrá un avance en materia de protección de víctimas de la violencia "machista" pues no cabe duda que un ataque a la libertad sexual de una mujer sin relación de pareja o forzar a una mujer a ejercer la prostitución sin que el que la obliga sea pareja, son ataques directos a los bienes jurídicos más preciados de la mujer y se producen por una la aplicación de una histórica desigualdad que lleva a una falsa y malentendida superioridad del hombre respecto de la mujer.

En este aspecto, la reunión de Magistrados especialistas en Violencia de género hecha en Madrid los días 25 a 27 de marzo de 2015 concluyó con dos posturas:

- 1) En todo caso necesidad de ampliar el concepto de violencia de género modificando el artículo 1 de la L.I.V.G
- 2) En todo caso ampliar el concepto de violencia de género a través de una nueva norma, distinta a la L.I.V.G, sin que todo el contenido deba tener relevancia jurídico penal.

En desarrollo del citado Convenio de Estambul se promulga la Ley 4/15 de 27 de abril por la que se aprueba el estatuto de la víctima en el proceso penal, que tendrá en especial consideración a las víctimas menores de edad, potenciará una visión de la víctima no solo procesal sino también extraprocesal, potenciará efectivamente su participación en el proceso penal no solo como testigo, configurando posibles servicios de justicia restaurativa, e instaurando medidas de protección específicas a favor de las víctimas (como el nuevo 544 L.E.Crim que parece propugnar una especie de valoración judicial del riesgo de la denunciante en materia de violencia de género). Sin embargo, y pese a la bondad de la norma, la DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA relativa a "Medios" dispone que la entrada en vigor de la norma no supondrá incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de cualquier otro gasto de personal".

ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN Y REGLAMENTO RELATIVO A RESOLUCIONES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Con la intención de proteger a las víctimas y por tanto, también a las de violencia de género, se dicta la Directiva 2011/99/UE del Parlamento y del Consejo de Europa de 13 de diciembre de 2011 en la que se dispone la llamada O.E.P, que deberá trasponerse no más allá del día 11 de enero de 2015 (debiéndose tener en cuenta el efecto self-executing de la norma siempre que cuente con contenido incondicional, y suficientemente claro y preciso y se haya excedido el plazo de trasposición, conforme a la S.T.J.U.E Van Duyn de 1.974 o Ratti de 1.979)

Regulada en la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (artículos 130-142, Título VI) y Ley Orgánica 6/2014 complementaria de la Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales por la que se modifica la L.O.P.J 1/85 de 6 de julio.

Su definición es: "*Instrumento internacional que permite que una resolución emitida por la Autoridad Judicial de un estado miembro sea reconocida y ejecutada por otro Estado miembro de forma directa*".

sus características son:

- 1) Se produce una comunicación directa entre autoridades sin necesidad de intervención del Ministerio correspondiente.
- 2) Se suprime el requisito de doble incriminación (salvo en ejecución, artículo 20.3 de la Ley de Reconocimiento Mutuo).- Problema de maltrato de obra sin causar lesión (ex. Art. 153 del C.P o nueva conducta de hostigamiento del artículo 172. ter del C.P que entrará en vigor el día 1-07-15).
- 3) Los motivos de denegación son tasados.
- 4) Se produce una transmisión directa a través de formularios o certificados preestablecidos (artículo 8 de la L.R.M y 16 D. De la Directiva 2011/99).

5) Se puede ejecutar en cualquier fase del procedimiento.

La Orden Europea de Protección extiende la protección que la autoridad competente de un Estado haya establecido a otro Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra, al territorio del Estado miembro al que se desplace esa persona. Y supone dejar a un lado la asistencia convencional (no sometida a plazo, con posible valoración del Estado requerido, con causas de denegación no tasadas y sin que exista en España una Ley de cooperación jurídica internacional) para pasar al reconocimiento mutuo y directo de resoluciones, disponiendo que en caso de discusión entre Estados se pueda acudir a EUROJUST a plantear problemas de deficiencia en la ejecución.

La O.E.P funcionará desde una perspectiva ACTIVA y PASIVA (España puede remitir una resolución penal a otro Estado o ser receptora de la resolución judicial de otro Estado).

Se regulan tres figuras:

1) **ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN (ARTÍCULO 131.2 DE LA LRM)**- Tendente a proteger a una víctima de violencia de género que haya obtenido una orden de protección en España cuando abandone el país y se dirija a otro Estado miembro de la U.E y a proteger a una víctima de violencia de género que haya obtenido una orden de protección en el extranjero y se disponga a desplazarse a España. Sirve para transmitir Ordenes de Protección (art. 544 ter lecrim) así como para transmitir Penas accesorias (48 y 57 del C.P) o supuestos de sustitución de la pena (artículo 88 del C.P en extinción el día 1-07-15).

Compete la ejecución en España de las órdenes europeas de protección a los Juzgados de Instrucción donde la víctima resida o tenga intención de residir (si no se trata de violencia de género) y al Juzgado de Violencia sobre la Mujer con iguales criterios. En caso de que el Juzgado español se considere incompetente, dictará Auto (en aplicación del artículo 16.2 de la LRM) contra el que cabrá APELACIÓN (artículo 25.4 de la lecrim). En caso de transmisión incompleta de información, se dará un plazo razonable para su subsanación sin que se pueda inadmitir (artículos 19 y 138.5 de la L.R.M).

Son motivos de inadmisión o no reconocimiento los que recoge el artículo 32 de la Ley 23/14: NON BIS IN IDEM, PRESCRIPCIÓN, DEFECTOS EN FORMULARIO, INMUNIDAD, SANCIONES PECUNIARIAS NO PREVISTAS EN ESPAÑA, HECHOS OCURRIDOS EN TE-

RRITORIO NACIONAL. Los motivos específicos de denegación de ejecución de O.E.P se recogen en el artículo 140 de la L.R.M. Cuando se deniegue la ejecución por los motivos expuestos, cabrá recurso de reforma y queja (217 y 218 de la lecrim).

En caso de incumplimiento de la O.E.P recepcionada y ejecutada en España, es preciso efectuar los requerimientos oportunos para dar virtualidad al artículo 468 del C.P y posibilitar la adopción de cualquier otra medida más gravosa de conformidad al artículo 13 de la L.E.crim).

2) **MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL (ARTÍCULO 111.2 DE LA LRM).**- Cuya finalidad es promover dentro de la U.E la adopción de medidas no privativas de libertad en sustitución de la prisión provisional (cumplimiento de comparecencias apud acta) posibilitando que si, por ejemplo, un ciudadano austriaco comparece ante la Autoridad Judicial Española por un delito determinado, pueda quedar en libertad con comparecencias semanales y se pueda controlar esa comparecencia en su Estado de procedencia.

3) **LIBERTAD VIGILADA (ARTÍCULO 95.2 DE LA LRM).**- Reconocimiento de una resolución que impone una medida no privativa de libertad y si privativa de otros derechos, posibilitando por ejemplo el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad en un Estado distinto a aquel cuya autoridad judicial impuso la pena.

COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES EN RELACIÓN A HECHOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO.

Con carácter general los órganos judiciales españoles extienden su jurisdicción a hechos cometidos por españoles o extranjeros en territorio nacional (principio de territorialidad). Sin embargo, existen supuestos en que la jurisdicción española se extiende a hechos cometidos en el extranjero siempre que concurren criterios de conexión que establece el artículo 23 de la L.O.P.J.

En relación a la Violencia de Género dos fueron las corrientes jurisprudenciales iniciales:

1) Dada la incorporación del artículo 15 bis de la Lecrim por LO 1/04 LIVG, estableciendo el criterio competencial del domicilio de la víctima, en aquellos supuestos en que los hechos se cometan en el extranjero habrá de estarse al domicilio de la víctima en España para per-

seguir los hechos, en detrimento de los Juzgados Centrales de instrucción de la Audiencia Nacional, que de ordinario tienen atribuidos los asuntos cometidos en el extranjero (artículo 65 de la L.O.P.J).

2) Compete la instrucción a los J.C.I de la A.N dado que con carácter previo al planteamiento de la competencia territorial (ex art 15 bis lecrim) ha de estarse a la competencia objetiva, que viene atribuida por los artículos 65, 88 y 89 de la L.O.P.J a los JCI de la AN.

RESOLUCIONES RECAÍDAS EN LA MATERIA:

AUTO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE ENERO DE 2012.- Resuelve un recurso de apelación contra una resolución dictada por un JCI en que se apreció falta de competencia para conocer de una denuncia por hechos ocurridos en el extranjero haciéndose eco de la primera de las teorías expuestas. La resolución de la Sala de la AN fue desestimatoria del recurso, estimando que las razones dadas por el JCI número 5 eran correctas y sin perjuicio del posible planteamiento de cuestión de competencia por parte del JVS ante la Sala II del TS.

AUTO DE LA SALA II DEL TS DE 19 DE MAYO DE 2011.- Se dilucidaba la competencia del Juzgado en relación a hechos ocurridos en Estados Unidos durante un periodo de convivencia en aquel lugar como continuación de otros cometidos en Madrid previamente a la marcha a EEUU. "En los casos de coexistencia de varios lugares de residencia más o menos obligados por las circunstancias, la competencia estará en aquel lugar en que acaecieron los primeros hechos donde la víctima tenía inicialmente su arraigo, adoptándose la solución de la aplicación del artículo 15 bis, más acorde a la *mens legis*.

AUTO DE LA SALA II DEL TS DE 14 DE FEBRERO DE 2012.- Agresión sexual cometida en Nottingham, se atribuye la competencia al JCI al entender que los delitos cometidos por españoles en el extranjero competen a la AN. (oscilación jurisprudencial).

AUTO DE LA SALA II DEL TS DE 25 DE MAYO DE 2013.- Delito de maltrato habitual cometido en Londres, residencia habitual de la pareja, atribuye la competencia al JCI de la AN al entender que teniendo domicilio en el extranjero y no en España, el artículo 65 LOPJ prevalece.

AUTO DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013.- Denunciantes y denunciados mutuamente por hechos ocurridos puntualmente en el extranjero existiendo domicilio común en Sanlúcar de Barrameda, la Sala II atribuye competencia al JVSM de Sanlúcar en aplicación del artículo 15 bis de la lecrim.

AUTO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2013.- Competencia del JCI por hechos ocurridos durante la convivencia en Francia, denunciados en el Juzgado de Irún, por entender que el domicilio de la víctima en Francia no sería meramente accidental (vacaciones p.ej) sino que era el domicilio continuado y fijo, por lo que atribuye la competencia al JCI de la AN.

AUTO DE 14 DE MARZO DE 2014.- *"La jurisdicción española -art. 23 lopl- conocerá de los delitos cometidos en el extranjero y serán los JCI los competentes cuando la víctima no tiene domicilio en España, solución que será distinta de existir domicilio en España, en que será de aplicación el artículo 15 bis de la lecrim."*

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 Mujer¹⁰.

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.

El legislador ha querido venir, con ello, a dar respuesta a aquéllas situaciones que, constituyendo una evidente expresión de violencia de género en el ámbito de las relaciones afectivas o de pareja, aún no habían sido contempladas, puesto que se trataba de supuestos en los que existe una especial vinculación o unión que va más allá de la simple relación de amistad, pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho, por falta de ese elemento de la convivencia.

Pero no podemos dejar de reconocer, con la opinión unánime de los distintos operadores jurídicos, que no ha estado muy acertado en la redacción del tipo, lo que ha generado una enorme disparidad de criterios a la hora de interpretar a qué se refiere el legislador, qué tipo de relaciones de pareja están incluidas en dichos tipos penales, especialmente en lo que se refiere a la última expresión “aún sin convivencia”, que, la práctica más generalizada ha entendido que parece aludirse con ella, en esencia, a las relaciones de noviazgo.

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

¹⁰ Arts 44 *Ley Integral* y 87 ter LOPJ.

por alcanzar un proyecto de vida en común.¹¹ 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 futuro¹².

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”.

Aunque el análisis de las sentencias que vienen ocupándose de esta materia en las distintas Audiencias Provinciales de toda España (vid. la publicación “Estudio sobre la aplicación de la *Ley Integral* contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales” realizado por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial en marzo de 2016¹³) demuestra que persiste la existencia de los dos referidos criterios, lo cierto es que la reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desde las sentencias en que ha valorado el contenido de tal expresión a partir del año 2009, ha venido a adoptar el criterio menos restrictivo de los que hemos señalado.

Especialmente interesante resulta la siguiente reflexión, que contenía, ya, la STS 510/2009 de 12-5:

“La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas.”

11 STS 1348/2011

12 SSTS 510/2009 , 1376/2011, 547/2015 y 4146/2015

13 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Estudio-sobre-la-aplicacion-de-la-Ley-integral-contra-la-violencia-de-genero-por-las-Audiencias-Provinciales--Marzo-2016->

Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor.

III.3. Conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación a otras formas de violencia contra las mujeres

Con la acotación del legislador en la LO 1/2004, a reducir el ámbito de aplicación de las disposiciones de la misma a la violencia de género que 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, el legislador español no desconoce que el concepto de violencia contra las mujeres basada en el género, o violencia de género es mucho más amplio, puesto que en su Exposición de Motivos proclama sin ambages que es la violencia que se dirige sobre las mujeres **por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Y que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución.**

También, **que las conductas exteriorizadoras de esta violencia se manifiestan en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral.**

Quedan fuera de dicho ámbito de protección, por tanto, no sólo las violencias que se produzcan en otro contexto relacional o social, sino algunas de las más duras y particularmente degradantes manifestaciones de violencia de género, unánime e inequívocamente identificadas como tal, y que sí se incluyen, en el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul:

- obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero;
- los matrimonios forzosos;

- el tráfico o favorecimiento de la inmigración clandestina de mujeres con fines de explotación sexual;
- las mutilaciones genitales femeninas;
- el aborto y la esterilización forzosos (si el autor no es cónyuge, ex cónyuge, pareja o ex pareja de la víctima);
- el acoso sexual.

La evolución legislativa española en relación con las manifestaciones de la violencia de género, y la necesidad de ofrecer una respuesta inmediata, eficaz y ágil ante una dramática realidad social son, sin duda, las razones que explican tal restricción. En primer término hemos de situar su indudable mayor incidencia, en relación con el resto de manifestaciones de la violencia doméstica e intrafamiliar, con carácter general. Junto a ello, tampoco resulta difícil advertir que la actuación de los poderes públicos abordando tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, como los asistenciales y de atención posterior a las víctimas, hacía necesario acotar el ámbito de la intervención de los distintos servicios e instituciones involucrados en el proceso. Sólo de esta forma resulta posible facilitar el adecuado abordaje a un tipo de violencia, que presenta unas características específicas que la diferencian con claridad de otro tipo de agresiones: la que se ejerce contra la mujer por aquéllos hombres que sean o hayan sido sus cónyuges, compañeros de hecho o cualquier relación afín a una pareja en la que medie o haya mediado o no convivencia.

Más de diez años después de la entrada en vigor de la *Ley Integral*, es llegado el momento de visibilizar y dispensar también con el enfoque integral y multidisciplinar que se ha demostrado como la única respuesta eficaz, la protección adecuada a las víctimas de estas diferentes violencias que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo.

Que en muchas de las legislaciones autonómicas sí aparecen incluidas en su ámbito de aplicación, permitiendo extender las medidas de asistencia y protección contempladas a las víctimas de estos delitos.

Durante la próxima legislatura, pues, España debería realizar el esfuerzo de incluirlas en la *Ley Integral*, si se quiere llegar a cumplir las disposiciones del Convenio de Estambul, pero también

algunas recomendaciones de la ONU tras el examen realizado a España en Ginebra, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el pasado 24 de julio las Naciones Unidas presentaron las Observaciones finales sobre los séptimo y octavo informes periódicos combinados de España, de CEDAW, pide revisar la legislación para incluir otras formas de violencia hacia las mujeres.

IV. Derechos de las víctimas de Violencia de Género relacionados con el acceso a la Administración de Justicia

I.- La primera puntualización que debemos hacer al tratar este aspecto de la Guía es señalar que la progresiva facilitación del acceso de las víctimas de violencia de género a la Administración de Justicia se encuadra dentro de un cambio de filosofía global a nivel internacional sobre los fines y funciones propios del Derecho Penal, y la posición que dentro del mismo deben ocupar las víctimas.

Las teorías tradicionales del Derecho Penal, y los modelos de Administración de Justicia implementados a consecuencia de las mismas es evidente que habían venido focalizando su atención en el ejercicio del *ius-puniendi* estatal por parte de los Jueces y Tribunales sobre la persona del infractor, velando por la salvaguarda de los derechos de los mismo a lo largo de todo el proceso penal, incluyendo la fase de ejecución.

Sin embargo, de forma progresiva, en la sociedad moderna, ya desde principios del siglo XX rápidamente se constató que este modelo tradicional de concepción y ejercicio del *ius-puniendi*, por parte de Jueces y Tribunales, dejaba de lado la figura de la víctima, sus derechos y sus necesidades.

Es evidente que este modelo tradicional de concepción y ejercicio de la justicia penal hace tiempo ya que entró en crisis, por múltiples causas o razones que podemos considerar con-

fluyentes, como la propia lentitud de la respuesta judicial, el volumen de carga de trabajo, la insatisfacción final de los propios operadores jurídicos, la desafección de los ciudadanos que acuden en demanda de justicia a los Tribunales.

Frente a esta pléyade de factores, que están cercanos a hacer implosionar el modelo clásico de justicia, es palmario también que en la propia sociedad se ha producido un progresivo incremento de la sensibilización hacia la figura de la víctima, sus derechos y necesidades. Surge así una concepción de víctima no subordinada al infractor, que busca primero un reconocimiento de su propia condición, para, a partir de tal reconocimiento, poder ser considerada titular de concretos derechos susceptibles de ejercicio dentro y fuera del proceso penal.

A este nuevo modelo y concepción de la justicia penal, alejada del mero retribucionismo responde la justicia restaurativa que se sitúa así, como una justicia del S. XXI en la que, sin merma alguna de los derechos del acusado a un juicio justo, se introduce la figura de la víctima como partícipe activa, actor principal si se quiere, en la solución del concreto conflicto mantenido por el infractor, solución que hasta la fecha le venía dada por los Jueces y Tribunales, con mínima intervención por su parte. De esta forma, en definitiva, el proceso penal deja de considerarse binario, (*ius puniendi* estatal ejercido por Jueces y Tribunales frente al infractor –acusado), para ocupar una visión triangular, en la que, en uno de los vértices del triángulo estaría la figura de la víctima. Con esta nueva concepción se considera por la doctrina, a partir de datos empíricos que avalan esta afirmación, que el Derecho Penal servirá más eficazmente a los fines de pacificación social que le son propios.

La plasmación normativa de este nuevo modelo de justicia penal ha sido paulatina temporalmente en la normativa internacional¹⁴.

En el ámbito de la UE, la preocupación por la víctima dentro de la actividad normativa y de políticas de acción ha ido evolucionando y desarrollándose paulatinamente, a medida que se consolidaba una creciente sensibilización respecto de la situación de olvido, o al menos, no suficiente atención, en el sistema de justicia penal de los Estados miembros. Paralelamente, se constató la necesidad de una armonización que sirviera para vertebrar un espacio común de libertad, justicia y seguridad.

¹⁴ Estatuto Jurídico de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de Abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España. Juan Luis Gómez Colomer.

Así, uno de los primeros ámbitos de actuación normativa europea fue el reconocimiento de una indemnización en favor de las víctimas de actos de violencia. A tal efecto, en Septiembre de 1989, se aprobó **una Resolución sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos**, que reiteraba la necesidad de elaborar una normativa sobre la materia, incluyendo el pago anticipado de ayudas.

En la Resolución se avanzaban nuevos campos del Estatuto de la víctima. Se pedía que la normativa europea incluyera el pago de los gastos que se ocasionaran a las víctimas para retornar al país donde se cometió el delito en caso de su participación como testigos en el proceso penal. Se solicitaba la creación de estructuras de asistencia a la víctima en el ámbito policial y judicial.

No hubo que esperar tanto tiempo, porque, ya el 14 de Julio de 1999, la Comisión elaboró una **Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Consejo Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la UE- Normas y Medidas**. La Comunicación amplió su objeto de reflexión en general a los derechos de las víctimas. La Comunicación buscaba minimizar el impacto de ser víctima en un país de la UE diferente al propio. Se ocupa de la prevención, ayuda, posición de la víctima en el proceso penal, indemnización y cuestiones referidas a la información, lengua y formación. Finalmente el **Consejo Europeo reunido en Tampere (Finlandia), en Octubre de 1999**, se ocupó del tema de la justicia y asuntos del interior, y abordó aspectos del Estatuto de la víctima.

II.- Este fue el escenario que permitió la aprobación, el 15 de Marzo del 2001, de la **Decisión Marco sobre el Estatuto de la Víctima** del Consejo de Europa 2001/220/JAI, en el proceso penal. Por primera vez, en el ámbito de la UE, se regulaba con gran amplitud el estatuto de la víctima. En cuanto a su contenido, de forma previa al análisis de la Decisión, merece destacarse que se ocupa de la víctima en el proceso penal, pero no de forma excluyente, porque en el Preámbulo de la norma se señala ya que se contemplan algunas medidas de asistencia a la víctima, antes y después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito. Muchos de los derechos contemplados en la norma tienen carácter asistencial, incluso dentro del marco del procedimiento, más que procesal. El fin procesal del Estatuto de la Víctima, desde la perspectiva material, es el de establecer una regulación que evite o reduzca de manera significativa el proceso de victimización secundaria.

Mediante la Decisión Marco (DM) se realizó un primer paso para establecer estándares comunes para los diversos Estados. La Decisión desarrolló de modo desigual los derechos de las víctimas a la información, el acceso a la justicia y la participación, protección, reparación y asistencia. Los derechos de información fueron objeto de especial atención, de modo que pudieran hacerse efectivos desde el primer contacto de la víctima con las autoridades policiales y comprendiendo también su dimensión negativa, el derecho a no ser informado si la víctima no lo desea.

La mayoría de Estados miembros se mostró poco diligente a la hora de adaptar su legislación interna a los mandatos de la DM 2001, pero el efecto de la misma se ha hecho patente en gran medida por vía jurisdiccional. Cabe destacar así las sentencias dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950). La Corte ha tenido un papel destacado en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el proceso penal, lo cual ha generado una transformación de la concepción del proceso. De particular relevancia son los derechos derivados del art. 6 (derecho a un juicio justo), referidos al acceso a la justicia y a la participación. A partir de la jurisprudencia de la Corte el derecho a un juicio justo aparece referido, en el marco del proceso penal, no sólo a la figura del imputado, sino también a la de la víctima, cualquiera que sea la fórmula legal que en cada Estado se adopte para permitir su participación en el mismo.

Tras 11 años desde su aprobación, lo cierto es que su grado de implementación por parte de los Estados miembros ha sido notablemente deficiente hasta el punto en que ninguno llegó a ejecutar plenamente las disposiciones de la D.M. Se considera que la redacción de la D.M era ambigua, ayuna de obligaciones concretas y la imposibilidad de incoar procedimientos contra los Estados miembros que incumplieran el contenido de tales disposiciones.

En aplicación del Tratado de Lisboa, art. 82.2. del TFUE, la Unión Europea ha empezado a legislar sobre la materia mediante Directivas emanadas del Parlamento y del Consejo según el procedimiento legislativo ordinario. Ello se ha traducido en una tendencia hacia un mayor compromiso con los derechos de las víctimas, que se hace patente en primer lugar en la Directiva 2011/36/UE sobre *trata de seres humanos*. Frente al tradicional enfoque punitivista, la defensa de los derechos humanos y la protección de las víctimas surgen como finalidades valiosas por sí mismas e independientes de la respuesta punitiva frente al infractor. Más ambiciosa aún es la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, relativa a la *lucha contra*

los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Entre las medidas orientadas a la protección de las víctimas cabe destacar: a) la posibilidad de no enjuiciar o no imponer penas a los menores víctimas por su participación en actividades delictivas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de su victimización (art 14); b) la desvinculación de la perseguibilidad de los delitos de la denuncia o de la deposición de la víctima (art 15-1); c) la obligación de adoptar medidas de asistencia y apoyo a las víctimas, antes, durante y después del proceso penal, no supeditadas a su cooperación en la investigación penal (art 19,1 y 2); d) La necesidad de una evaluación individual de las necesidades y de las circunstancias especiales de cada víctima (art 19,3); e) Medidas de protección en las investigaciones y procesos penales, como la designación de un representante especial del menor, la asistencia jurídica y protección ante los interrogatorios (art 20); f) Medidas orientadas a la protección de la intimidad, identidad e imagen del menor (art 20-6). Algunos de estos aspectos han anticipado los contenidos de la Directiva de 25 de octubre de 2012.

En este mismo sentido, y como específico avance en protección de víctimas, no sólo de violencia de género, debemos citar la Directiva 2011/99/UE del Parlamento europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección, dirigida a proteger a una persona de los actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida, su integridad física, psicológica o sexual, más allá del Estado emisor, en concreto, con extensión de sus efectos al Estado de Ejecución.

El hito más importante, sin embargo, sobre esta materia, actual precedente de la Ley 27/15, de 27 de Abril viene constituido por la Directiva 2012/29/UE.

III.- Directiva 2012/29/UE 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:

La **Directiva de 25 de Octubre del 2012** sobre las víctimas de delitos desarrolla estos derechos mucho más allá de lo que lo había efectuado la DM.

El artículo 2 de la Directiva 2012/29/UE establece el alcance del concepto de víctima, definiéndola como 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” y, en caso de muerte de tal persona, al familiar “que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”.

La inclusión de los familiares, como “víctimas indirectas” ha sido una novedad que no existía en la Decisión marco 2001/220/JAI, la cual limitaba el “titular del bien jurídico vulnerado por la comisión del delito” a la víctima directa.

Según la nueva legislación europea, se trata como familiares al cónyuge o persona con una relación personal íntima con la víctima directa (manteniendo un hogar común y de manera estable y continua), así como los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas y las personas a cargo de la víctima.

Sin embargo, se deja a los Estados miembros el derecho a limitar el número de familiares que pueden acogerse el estatuto de víctima indirecta y a establecer la prioridad entre ellos.

Al igual que en la legislación anterior, el nuevo instrumento legislativo excluye del concepto de víctima a las personas jurídicas, pero eso no impide a los Estados miembros ampliar la definición en sus normas internas.

Su contenido sustancial aparece dividido en tres capítulos: en el capítulo 2 se regulan a la vez los derechos de **información y apoyo**, el capítulo 3 está dedicado al **derecho a la participación en el proceso penal** y el capítulo 4 a la **protección de las víctimas, con particular incidencia en aquellas necesitadas de protección especial**.

b). Información y apoyo

El Capítulo 2 establece la obligación de garantizar seis derechos básicos de información y apoyo de la víctima:

b.1). Derecho a entender y a ser entendido

El derecho a entender y a ser entendido significa que las comunicaciones se hagan en lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito y de manera individualizada, es decir, te-

niendo en cuenta las características personales de la víctima, la gravedad del delito y otras condiciones. Esto significa que en cada caso concreto las autoridades competentes tienen que valorar las necesidades individuales de cada víctima para entender y seguir el proceso. En la Decisión marco 2001/220/JAI este derecho fue sólo mencionado en el considerando, sin ser luego recogido de forma explícita en el articulado, y los Estados miembros se limitaron a la garantía de traducción e interpretación.

Este derecho incluye la posibilidad de que en el primer contacto con una autoridad competente la víctima sea acompañada por una persona de su elección, si no va en contra de los intereses de la misma y no perjudica al curso del proceso.

b.2). Derecho a traducción e interpretación

El derecho a traducción e interpretación se presenta de forma separada al derecho a entender y a ser entendido, porque el alcance de la traducción e interpretación depende de la posición procesal de la víctima en cada Estado miembro y puede variar. La interpretación gratuita se debe proporcionar a la víctima que no entienda o no hable la lengua del proceso penal, si así lo solicita y al menos durante la entrevista o toma de declaración, los interrogatorios policiales, las vistas orales del juicio y cualquier audiencia interlocutoria. Las mismas condiciones se aplican para la traducción escrita de los documentos, incluyendo al menos la decisión que ponga término al proceso penal relativo a la infracción penal que haya padecido la víctima. En todos los casos la traducción e interpretación tiene que acoger la información esencial para el ejercicio de derechos de la víctima. Sin perjuicio del derecho de defensa, se permite utilizar tecnologías de la comunicación y hacer la interpretación por videoconferencia u otras herramientas. Con respecto al derecho a traducción escrita, se puede sustituir por una traducción oral o un resumen oral si eso no afecta la equidad del proceso.

Se debe hacer hincapié sobre el momento de la interposición de la denuncia, en el cual la traducción e interpretación no se garantiza, pero se permite presentar la denuncia en una lengua que entienda el denunciante o recibir la asistencia lingüística necesaria (concepto que no es igual al derecho a traducción e interpretación, porque no siempre con la urgencia se puede encontrar un intérprete jurado, mientras dicha “asistencia” la puede proporcionar cualquier persona que entienda y hable el idioma oficial del Estado miembro en el que se denuncia y el de la víctima).

b.3). Derecho a recibir información previa

El artículo 4 de la Directiva 2012/29/UE establece la obligación, desde primer contacto de la víctima con la autoridad competente, de facilitarle información sobre: el tipo de apoyo que se puede obtener y las instituciones relevantes; los procedimientos de interposición de denuncia y su papel en este proceso; el modo y las condiciones para obtener protección, asesoramiento y asistencia jurídica, interpretación y traducción, acceder a indemnizaciones y obtener el reembolso de los gastos sufridos por su participación en el proceso penal. También se le deben proporcionar los datos de contacto para las comunicaciones con las autoridades competentes, información sobre los servicios de justicia reparadora y los procedimientos de reclamación. Si la víctima reside en otro Estado miembro, se le explicarán los procedimientos o mecanismos especiales que están disponibles para la defensa de sus intereses en el Estado miembro en el que se establece el primer contacto con una autoridad competente.

Los derechos a interpretación y traducción, a información sobre el procedimiento de reclamación, datos de contacto, justicia reparadora y reembolso de los gastos no fueron incluidos en la Decisión marco 2001/220/JAI.

Interpretando este artículo junto con el apartado 2 del artículo 8, resulta **que las autoridades competentes no sólo tienen que informar a la víctima sobre las instituciones de apoyo, sino también facilitar la derivación de la víctima a estos servicios.**

b.4). Derecho de acceso a los servicios de apoyo

El artículo 8 prevé el derecho de acceso gratuito y confidencial a los servicios de apoyo a las víctimas antes, durante y después de la conclusión del proceso penal, con independencia de la presentación o no de una denuncia formal por la parte de la víctima. Los servicios podrán establecerse como organizaciones públicas o no gubernamentales y podrán organizarse con carácter profesional o voluntario.

La legislación anterior sólo exigía promover los servicios de apoyo sin establecer la obligación del apoyo efectivo en cada caso.

Según la Directiva 2012/29/UE, los servicios de apoyo como mínimo deben facilitar información sobre los derechos de la víctima y posibilidades de apoyo especializado, asesora-

miento sobre las cuestiones prácticas y financieras resultantes del delito y sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria, intimidación, etc. También proporcionarán el apoyo emocional y, si disponen de él, psicológico.

b.5). Derechos vinculados con la interposición de una denuncia

En cuanto a los derechos que acompañan la interposición de una denuncia, el legislador ha ido más para allá de la Decisión marco 2001/220/JAI. Como ya se ha mencionado, la víctima puede presentarla en una lengua que entienda o recibiendo la asistencia lingüística necesaria. En todos los casos recibirá una declaración por escrito de reconocimiento de su denuncia formal y, si lo solicita, una traducción gratuita en una lengua que entienda.

b.6). Derecho a recibir información sobre su causa

Los derechos vinculados a la interposición de la denuncia están a su vez relacionados con el derecho de la víctima a recibir información sobre su causa. Se debe informar a la persona sobre su derecho a recibir información relativa al proceso penal iniciado por la denuncia del delito de la que haya sido víctima y, si lo solicita, se le proporcionará información sobre cualquier decisión de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor, la hora y el lugar de juicio y la naturaleza de los cargos contra el infractor. En función del estatuto de la víctima en el proceso penal de cada Estado miembro, a su solicitud también se le facilitará la información sobre cualquier sentencia firme en un juicio e información sobre el *statu quo* del proceso penal. La víctima también debe saber su derecho a pedir que se le notifique cuando la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que le afecten haya sido puesta en libertad o se haya fugado, salvo los casos en que exista peligro o riesgo concreto para el infractor que derive de esta notificación.

c). Participación en el proceso penal

En el Capítulo 3 de la Directiva 2012/29/UE se prevén los derechos de los que gozan las víctimas en el proceso penal. Sin embargo, su alcance depende del papel de la víctima en el proceso penal establecido por el Derecho nacional de cada Estado miembro. Así, el legislador europeo **“no obliga a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes del proceso [...], pero sí reconoce en su artículo 10, el derecho de partici-**

pación de la víctima en el proceso penal”. Además, el procedimiento en virtud del cual las víctimas pueden disfrutar de sus derechos también se determina en las normas de producción nacional.

Al nivel europeo se establecen los siguientes derechos de las víctimas en el proceso penal:

- * Derecho a ser oída y a facilitar elementos de prueba.
- * Derecho a solicitar la revisión de la decisión de no continuar el procesamiento que haya podido adoptar la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o el Juez de instrucción (pero no el Juez o Tribunal que haya dictado sentencia). Si según la legislación nacional el estatuto de víctima se adquiere sólo después de la decisión de continuar el procedimiento, en todos los casos se debe garantizar al menos a las víctimas de delitos graves la posibilidad de una revisión de la decisión de no continuar el procesamiento. El punto débil de este derecho es que depende del estatuto de cada víctima en el proceso penal autóctono y no se aplicaría en los Estados miembros que no proporcionan a la víctima un papel formal en el proceso.
- * Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora. Los Estados miembros tienen que aprobar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias. Se puede optar a la justicia reparadora si se cumplen al menos las siguientes condiciones:
 - Los servicios de justicia reparadora redundan en interés de la víctima.
 - A la víctima se le ha facilitado información completa sobre el procedimiento de justicia reparadora y sus consecuencias antes de aceptarlo.
 - El infractor reconoce al menos los elementos fácticos básicos del delito (es decir, no niega absolutamente los hechos).
 - El acuerdo es voluntario y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal.
 - Los debates que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán, salvo consentimiento de las partes o la necesidad de proteger un interés público superior si lo prevé el Derecho nacional.

Se debe poner de manifiesto que *“a diferencia de la Decisión marco del Consejo que centraba su objetivo en la mediación penal, la nueva Directiva asume una concepción más amplia en lo que se refiere a la búsqueda de mecanismos o fórmulas de justicia reparadora”*.

- * Derecho a la justicia gratuita (cuando la víctima tenga el estatuto de parte en el proceso penal), al reembolso de gastos (en caso de participación activa de la víctima en el proceso penal), a la restitución de bienes y a una decisión sobre la indemnización por la parte del infractor (excepto cuando las normas de derecho interno prevean otro procedimiento judicial).

Los Estados miembros tienen que tomar medidas para disminuir las dificultades procesales de las víctimas que son residentes de otro Estado miembro, entre otras: tomar declaración a la víctima inmediatamente después de que se presente la denuncia de la infracción penal ante la autoridad competente y cuando sea posible recurrir a los medios de videoconferencia o conferencia telefónica para oír a las víctimas residentes en el extranjero.

El aspecto en el que la Directiva es más ambiciosa es en el relativo a los derechos de **protección de las víctimas**, que ha sido objeto de un mayor desarrollo, mucho más allá de lo previsto en la DM 2001. La Directiva reconoce el derecho a la protección frente a la victimización secundaria y la re-victimización, con el fin de que se adopten medidas respecto a la toma de declaraciones y para evitar el contacto con el infractor (art. 19 y 20). Asimismo prevé el derecho a la protección de la intimidad (art. 21) y una evaluación individual de las víctimas para establecer en cada caso las necesidades especiales de protección en el proceso penal, mediante prueba anticipada y evitación de contacto visual con el imputado (art. 22 y 23).

La Directiva 2012/29/UE opta por un enfoque que obliga a revisar los planteamientos predominantes hasta el momento en la concepción de las necesidades de las víctimas y el diseño y aplicación de las fórmulas legislativas y las prácticas adecuadas para dar satisfacción a los intereses de aquéllas. El **principio de individualización**¹⁵: La diversidad de las víctimas, de sus experiencias, vivencias y reacciones emocionales desaconseja adoptar fórmulas generalizadoras y exige una concepción flexible de la respuesta. Ello requiere en ocasiones un cambio cultural

15 El estatuto de las víctimas de delitos: Comentarios a la Ley 4/2015. Coordinador: Josep M. Tamarit Sumalla. Capítulos III y IV.

por parte de las autoridades judiciales y los profesionales que deben contactar con las víctimas y obliga a poner el foco en la detección de las necesidades individuales. El paradigma que se abre paso se basa en la idea de la vinculación entre el ejercicio de los derechos y la identificación de las necesidades. De ahí la importancia de la labor de formación y sensibilización de todas las personas que desempeñan algún rol relacionado con la atención de las víctimas. Por ello la Directiva exige a los Estados que garanticen una formación adecuada de los profesionales que deben entrar en contacto con víctimas (art. 25), así como la coordinación de los servicios que presten atención a las víctimas para mejorar que éstas puedan ver efectivamente respetados sus derechos (art. 26).

La idea de individualización tiene diversas manifestaciones a lo largo de la Directiva, pero donde alcanza un mayor sentido es en la **evaluación individual** de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, como condición para acordar las medidas oportunas en cada caso en el seno del proceso penal. La protección de las personas especialmente vulnerables es una de las cuestiones que ha recibido un tratamiento más pormenorizado en la Directiva. La Directiva supera el *modus operandi* clasificador-estático, basado en la atribución apriorística de la condición de víctima especialmente vulnerable y la regulación tasada de sus efectos, dando paso a un enfoque que atiende a la identificación de factores de riesgo y factores de vulnerabilidad. Ello implica una concepción dinámica de la intervención centrada en una medición del riesgo de victimización secundaria en función de las circunstancias concretas del caso y del momento y en la posibilidad de adaptar las medidas a las necesidades. La vulnerabilidad no es una etiqueta genérica e indefinida y se aclara que está referida al riesgo de sufrir victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalia.

A partir de ahí se vienen a configurar tres niveles de protección: el que incluye medidas aplicables a todas las víctimas, el referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección y el de las víctimas menores de edad, aunque en cada uno de estos casos la clase y la forma de aplicación de las medidas se hace depender de las necesidades concretas. En el caso de los menores, la Directiva establece una presunción de vulnerabilidad (art. 22-4).

De acuerdo con las anteriores premisas la Directiva establece mínimos de protección en tres niveles:

- a) Un primer nivel de protección consiste en las medidas que deben garantizarse con carácter general respecto a todas las víctimas, entendiendo que todas ellas son de algún modo vulnerables al impacto negativo de las investigaciones y del proceso penal. Así, al precisar el alcance del derecho de protección, la Directiva dispone que los Estados deben adoptar medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger su dignidad cuando presten declaración o testifiquen (art. 18). Además deben garantizarse las condiciones necesarias para evitar el contacto con el infractor, de modo que existan salas de espera separadas (art. 19), y medidas de protección durante las investigaciones penales (art. 20). También se regulan aspectos referidos al derecho a la intimidad (art 21).
- b) El segundo nivel de protección incluye medidas que pueden adoptarse en relación con las víctimas respecto a las cuales se haya determinado la existencia de necesidades especiales de protección. Estas medidas van referidas, por una parte, a las investigaciones penales, y consisten en que las declaraciones de la víctima sean efectuadas en dependencias adecuadas, que la persona que las tome sea un profesional con formación adecuada o con su ayuda, que sea la misma persona y que, en delitos de violencia sexual, de género o en el marco de las relaciones personales, sea del mismo sexo de la víctima. Por otra parte, las medidas disponibles durante el proceso deben ser aquellas que eviten el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la prueba, a través de medios que pueden comprender el uso de tecnologías de la comunicación, garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar en la sala de audiencia, evitar preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima o que pueda celebrarse la audiencia a puerta cerrada (art. 23).
- c) El tercer nivel de protección es el referido a las víctimas menores de edad, que son las únicas respecto a las cuales se establece una presunción de que tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad (art. 22-4). En estos casos, además de las medidas comentadas anteriormente, los Estados deben garantizar que en las investigaciones penales las tomas de declaración puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones puedan ser utilizadas como elementos de prueba; que se designe a un representante para la víctima en caso de conflicto de intereses con los representantes legales o

cuando se trate de un menor no acompañado o separado de su familia; y el derecho a la asistencia letrada y representación legal en caso de conflicto de intereses con sus padres (art. 24).

IV.- En concreto, la Ley española del Estatuto de la Víctima del Delito

La aprobación de la **Ley 4/2015, de 27 de Abril**, que regula el estatuto de las víctimas de los delitos responde a la necesidad de incorporar al derecho español los contenidos de este Directiva. Se busca también, reunir en un texto único los derechos mínimos que la normativa española busca reconocer a las víctimas de los delitos, sin perjuicio de las remisiones normativas a las disposiciones especiales en vigor, en concreto, a la Ley 1/2004 de Violencia de Género,¹⁶ con las modificaciones que ha sufrido la misma y a las que más adelante nos referiremos. En todo caso, es importante destacar que las víctimas de violencia de género tendrán siempre derecho a aquel estatuto que le suponga un mejor acceso a la administración de justicia, tutela y protección frente al infractor y a los perjuicios derivados del contacto con el sistema penal.¹⁷

El estatuto entró en vigor el 28 de Octubre del 2015.

Trata de ofrecer una respuesta, no sólo jurídica, sino también social a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco del proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, con independencia de su situación procesal.

A tal efecto, recoge un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales de todas las víctimas de los delitos, con especial atención a las víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. A tal efecto, la protección y apoyo que se brinda a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en el proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, apoyo y protección, en aras a una salvaguarda integral de la víctima, para lo cual se busca ofrecer a las víctimas las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, minorando los trámites innecesarios que

¹⁶ Protección de las víctimas de violencia de género en la Ley 4/2015. Belén Hernández Maura.

¹⁷ Estatuto de la víctima del delito. Trascendencia de una Ley. Dra. Ana Isabel Blanco García.

supongan una segunda victimización, otorgándole una información y orientación eficaz de los derechos y los servicios que le corresponden. En concreto, la víctima deberá ser informada sobre aquellas prestaciones que le corresponden, que le son debidas, por tal condición de víctima del delito, dentro, pero también fuera o extramuros del proceso penal. Para el ejercicio de este derecho de información, destaca el papel que desempeñan las Oficinas de Asistencia a la Víctima.

En cuanto a su contenido y estructura parte de un Título Preliminar, que recoge las disposiciones generales, que viene a establecer un concepto de víctima omnicompreensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufre un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia del delito, incluye a la víctima indirecta. Esta ley será de aplicación para todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad y de si disfrutaban o no su residencia legal en España.

* El artículo 2 define el concepto de VÍCTIMA y lo hace de la siguiente forma:

- a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.
- b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:
 - 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.
 - 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Ha sido criticada por dejar fuera a las personas jurídicas, incluir sólo a los familiares, por no incluir a las denominadas víctimas difusas.

* El Título I de la ley se ocupa de los derechos básicos de la víctima, y entre éstos, además del derecho a entender y ser entendida, destaca, dentro del art. 5 de la Ley, el **DERECHO A LA INFORMACIÓN** desde el primer contacto con las autoridades. Es un derecho básico de las víctimas, dado que es condición previa para el ejercicio de otros derechos, y responde a una necesidad básica de las víctimas, cual es conocer las consecuencias del hecho que le afecta personalmente y poder ejercer un control respecto de las mismas.

¿QUIEN?

Su cumplimentación es obligación de

- 1.- Las autoridades policiales, empezando por el Juez de Instrucción.
- 2.- Las autoridades policiales, en concreto, la Policía Judicial, ex.art. 282 de la LECrim.
- 3.- Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.
- 4.- El Ministerio Fiscal.
- 5.- Los Letrados de la Administración de Justicia, conforme a la regulación prevista en el art. 109 y 109 bis en redacción dada por la disposición final 1, apartado 1, de la LEVD. El Letrado de la Administración de Justicia, tiene la obligación, conforme a los arts. 785.3 y 791.2 de la LECrim, modificados por la LEVD, de informar a la víctima que lo haya solicitado, aunque no sea parte en el proceso, ni deba intervenir, de la fecha, hora, y lugar del juicio, y del contenido de la acusación dirigido contra el infractor, y en el caso de víctimas de delitos enumerados en el art. 67 del CP, debe comunicar a la víctima todos los actos procesales que afecten a su seguridad. Art. 109. Lecrim, último párrafo.¹⁸

¹⁸ Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación, y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal. Parte Tercera: otras reformas procesales. Estatuto de la Víctima y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (La Ley 4/2015, de 27 de Abril). Julio Muerza Esparza.

¿COMO?

En líneas generales podemos decir que esta información ha de ser:

- personalizada y accesible,
- teniendo en cuenta las características personales de la víctima, las circunstancias y la gravedad del delito. Debe el operador jurídico que haya facilitado la información asegurarse, garantizarse, que la víctima haya comprendido el contenido de esta información, y los pasos que debe realizar para acceder a cada uno de los servicios que se le ofrecen,
- debe proporcionarse sin dilaciones pero de forma progresiva permitiendo que las víctimas comprendan y asimilen los datos que se les transmiten, actualizada a sus necesidades y a la fase en que se hallen las investigaciones, y la tramitación del proceso penal,
- especializada con el fin de dar respuesta a las necesidades específicas generadas por delitos de especial gravedad, respetando la autonomía de la voluntad de las víctimas en su decisión de recibir o no determinada información, por ejemplo, respecto de las formas en las que pueden participar en el proceso penal, y finalmente, ha de permitírsele cambiar de opinión, esto es, revocar las solicitudes previamente realizadas.

CONTENIDO:

Este derecho a la información comprenderá:

- Las medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas.
- Derecho a denunciar, o en su caso, el procedimiento para interponer denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.
- Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica, y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente. Para las víctimas de violencia de género, entre otros colectivos de víctimas, existe el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, se extiende el derecho a los causahabientes, en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor. A efectos de recibir este

beneficio, se adquiere la condición de víctima con la formulación de la denuncia o querrela, o cuando se inicie el procedimiento penal, según regulación del art. 2. G) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en redacción introducida por la Ley 42/15, de 5 de Octubre de reforma de la LEC. El beneficio se perderá cuando haya sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

- Posibilidad de solicitar medidas de protección, y en su caso, procedimiento para hacerlo.
- Indemnizaciones a las que pueda tener derecho, y, en su caso, procedimiento para reclamarlas, con sus correspondientes requisitos y autoridades administrativas encargadas de su gestión.
- Servicios de interpretación y traducción disponibles.
- Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.
- Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.
- Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.
- Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos que sean ajenos a la violencia de género, en que sea legalmente posible.
- Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales, y, en su caso, el procedimiento para reclamarlo.
- Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a que se refiere el art. 7. A estos efectos la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico, y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones de la autoridad.

Toda víctima tiene, en el momento de presentar su denuncia, derecho a obtener una copia de su denuncia, debidamente certificada, y a la asistencia jurídica gratuita, y la traducción escrita

de la copia de la denuncia presentada. A estos efectos, el art. 284.2 de la LECrim, en redacción dada por la Ley 41/2015 de 5 de octubre establece que la Policía Judicial comunicará al denunciante que caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción.

El art. 7.1 y 2 del RD 1109/2015, de 11 de Diciembre, por el que se desarrolla esta Ley, y se regulan las oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito precisa la conveniencia de que esta información sea escrita, y se apruebe un modelo de solicitud para ser notificado de las resoluciones que contempla el art. 7 de la Ley, o, en su caso, para dejar sin efecto la mencionada solicitud. No tenemos constancia de que, al día de la fecha, tal modelo se haya aprobado. En todo caso, sería deseable que fuera claro, preciso, y paralelamente, detallado en la información ofrecida.

Y como una vertiente especial de este derecho, el art. 7 de la LEVD, recoge el derecho a **recibir información sobre la CAUSA PENAL**, siempre bajo solicitud expresa de las víctimas.

Se les podrán notificar las siguientes resoluciones:

- a.- la resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal,
- b.- la sentencia que ponga fin al procedimiento,
- c.- las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales, o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima,
- d.- las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las acordadas cuando tengan por objeto garantizar la seguridad de las víctimas,
- e.- las resoluciones de la autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada,

f.- Las resoluciones del art. 13 de la LEVD.

La víctima puede, en cualquier momento, cambiar de opinión y manifestar que no desea ser notificada de las anteriores resoluciones.

Las víctimas de violencia de género siempre serán notificadas de las resoluciones fijadas en el punto c) y d) del precepto, que están estrictamente vinculadas a su seguridad, salvo en aquellos casos en que hayan manifestado su deseo de no recibir estas notificaciones.

A partir de aquí, la víctima notificada-comunicada de una resolución judicial, podrá recurrir la misma en los términos que aparece reconocido bien en la propia Ley, art. 12 (sin necesidad de que se haya personado previamente), y art. 13, bien en la LECRim. Es decir, no se reconoce un derecho al recurso de carácter ilimitado. En concreto, puede recurrir la decisión policial de no facilitar interpretación o traducción a la víctima, la decisión de sobreseimiento, que haya sido notificada a la víctima directa que hubiera denunciado el hecho, y a las restantes víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tenga conocimiento. En estos casos, parece pues que no basta con que se haya intentado, es preciso la notificación efectiva a la víctima directa conocida en el proceso.

* Los derechos de **PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA CAUSA PENAL** aparecen recogidos en el Título II de la Ley. De entre el elenco de derechos que se reconocen en este Título, además del ejercicio de la acción penal y civil conforme a lo dispuesto en la LECrim, destaca el derecho a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación, para aportarles las fuentes de prueba y la información que se estime relevante para el esclarecimiento de los hechos. Es un claro ejemplo de participación activa de la víctima en esta fase pre-procesal, que pasa a ser tenida en cuenta como sujeto con iniciativa, con derecho a influir en el curso de las investigaciones, recayendo en ellas la iniciativa de su intervención.

Además, el art. 12 de la Ley reconoce el derecho de la víctima a recurrir la decisión de sobreseimiento, sin que sea necesario que previamente se hayan personado en el proceso.

Una de las vertientes más características y polémicas de este nuevo papel de la víctima en el proceso penal tiene lugar con la entrada de la misma en **EJECUCIÓN**.¹⁹ Esta previsión de la

¹⁹ Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena. Felipe Renart García.

Ley española no tenía traslación en la Directiva, ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales, en la medida en que sigue correspondiendo al Estado el monopolio del ejercicio exclusivo del ius-puniendi también en esta fase de ejecución, y en definitiva, tal como aparece contemplado en su regulación del art. 13 de la LEVD, comprende a todas las víctimas que previamente hubieran manifestado su interés en recibir esta notificación, sean o no parte en el proceso.

En concreto, esta notificación debe comprender:

- El auto del JVP por el que autoriza la clasificación del penado en el tercer grado, antes de que se extinga la mitad de la condena, en el caso de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo con violencia e intimidación, terrorismo y trata de seres humanos.
- Auto por el que el JVP acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado, cómputo de tiempo de libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de la condena y no suma de penas impuestas, cuando la víctima lo sea en alguno de los delitos citados ut supra, o cometido en un grupo u organización criminal.
- Auto por el que se conceda al penado la libertad condicional cuando se trate de los delitos citados o contenidos en el párrafo segundo del art. 36.2.CP o alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado siempre que se hubiera impuesto pena de más de cinco años de prisión.

La víctima deberá anunciar al Letrado de la Administración de Justicia competente su voluntad de recurrir en el plazo máximo de cinco días desde la notificación de estas resoluciones, e interponer el recurso en el plazo de los quince días siguientes a tal notificación.

La víctima que hubiera manifestado su ejercicio activo del derecho a recibir información, en la forma que venimos exponiendo, tendrá un plazo de cinco días para formular alegaciones previas a la decisión del JVP.

Además, dentro del proceso, la víctima está legitimada para:

- Interesar que se pongan medidas o reglas de conducta al sujeto a libertad condicional, vinculadas a la existencia de un riesgo para su seguridad.

- Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información relevante sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso acordado. (Aspecto relevante y directamente vinculado a la ejecución y modalidades de inejecución, en forma de suspensión, y/o sustitución de la pena de prisión impuesta).

La víctima tiene preferencia para el reembolso de los gastos, art. 14 de la LEVD, que supone, en la práctica, una modificación del orden de prelación en los pagos recogido en el art.126.2 y 3 del C.P. porque establece la prioridad en el reembolso de gastos y costas procesales de las víctimas que hayan participado en el proceso, con preferencia al Estado, cuando se establezca en la sentencia la condena al acusado y se le imponga la condena en costas y tal condena se hubiera producido a instancias de la víctima, no habiendo formulado acusación el Ministerio Fiscal, o tras haberse revocado la resolución de archivo tras un recurso interpuesto por la víctima.

El art. 15 regula los **Servicios de Justicia Restaurativa** en los términos que reglamentariamente se determinen siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.
- Que el infractor y la víctima hayan prestado su consentimiento, estando la víctima informada exhaustiva e imparcialmente del contenido, resultados, y procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.
- No exista riesgo para la seguridad de la víctima, ni peligro de causación de nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima, y no esté prohibida por la Ley para el delito cometido. Recordemos pues, que se mantiene la prohibición de mediación (entendida en sentido estricto) en los delitos relativos a la violencia de género. Art. 87.ter, quinto de la LOPJ. Se regula la confidencialidad de los debates, el secreto profesional de los mediadores y demás profesionales que participen y el acceso a mediación en cualquier momento del curso del procedimiento.

A partir de aquí, se recogen en el texto legal una serie de derechos que aparecen más bien dirigidos a la remoción de los obstáculos físicos y económicos que dificulten la participación de la víctima en el proceso penal.

En concreto:

- * El art. 16 contempla la justicia gratuita y es trasunto del art. 13 de la Directiva. Recoge, además, el derecho de las víctimas de cualquier delito a presentar solicitudes ante el funcionario o autoridad que les haya informado de sus derechos, así como ante las Oficinas de asistencia a las víctimas de la Administración de Justicia que estas deberán remitir a las autoridades competentes.
- * El art. 17 se ocupa de las Víctimas de Delitos cometidos en otros Estados de la Unión Europea, es trasunto del art. 17 de la Directiva, e impone la transmisión de la denuncia a las autoridades competentes del territorio en el que hubieran cometido los hechos, comunicándolo siempre al denunciante.
- * El art. 18 contempla la devolución de bienes incautados en el proceso, sin demora, salvo que sea imprescindible para el correcto desarrollo del proceso penal, o en un procedimiento de investigación técnica del accidente. La persona afectada por la incautación podrá recurrir la medida ante el Juez de Instrucción, sin necesidad de intervención de Abogado. Art. 334 según redacción dada por la LEVD.
- * El Título III de la Ley se ocupa específicamente, de la **PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS**, de forma que no podemos entenderla desligada de los derechos de asistencia y apoyo a las mismas. Se trata de articular medidas que prevengan los daños físicos y emocionales que pueda sufrir la víctima como consecuencia de su paso por el sistema de justicia penal, se constituya o no parte del proceso. Es evidente que determinados colectivos de víctimas, en concreto, las víctimas del terrorismo y las víctimas de la violencia de género habían sido objeto de una protección reforzada al margen del contenido que aparece establecido en esta Ley, y que se mantiene, en la medida en que suponga una mejora o reforzamiento respecto al modelo por ésta implementado. El estatuto, además, deja en buena parte intacta en su contenido la regulación preexistente en nuestra LECrim.

La LEVD establece el derecho a la protección en el marco del proceso penal. Se persigue evitar a la víctima el padecimiento de riesgos relacionados con la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, así como la protección de su dignidad.

Se articula esta protección a través de tres niveles.

- a) Un **nivel básico de protección**, por el cual el legislador establece una serie de medidas orientadas a conjurar los peligros derivados de posibles atentados contra la vida, integridad física y psíquica, libertad, seguridad e indemnidad sexual, orientándose el legislador español a neutralizar las fuentes de los peligros según provengan del infractor, art. 20, del propio contacto de la víctima con el sistema de justicia penal, y finalmente de la información que sobre la víctima o el propio proceso trascienda a la opinión pública.

Así, en este nivel básico se recoge:

- El derecho a evitar el contacto con el infractor, de modo que las dependencias en las que se desarrollen actos del procedimiento penal deberán estar dispuestas para evitar este contacto.
 - Además, durante la investigación penal se buscará que las víctimas declaren sin dilaciones injustificadas, el menor número de veces, únicamente cuando resulte necesario para la investigación penal, que estén acompañadas, no sólo por su representante legal, sino por persona de su elección, que será quién les brinde apoyo moral, y que los reconocimientos médicos se lleven a efecto cuando sea imprescindible, y el menor número de veces.
 - Además, se recoge, dentro del contenido básico de este derecho a la protección, el derecho a la protección de la intimidad, fundamentalmente frente a los medios de comunicación, que como todos sabemos juegan un importante papel en la conformación de la opinión pública. Este derecho aparece recogido en el art. 22 de la LEVD, como una competencia de las autoridades y funcionarios encargados de la investigación o proceso penal, que adoptarán las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares. Se introduce así, como excepción al régimen general de la publicidad, o para permitir el mantenimiento del sumario secreto, en salvaguarda del derecho a la intimidad. Se establece pues, una nueva regulación de los arts. 680 y 681 de la LECrim. En el caso de las víctimas de violencia de género no podemos obviar la regulación contenida en el art. 63 de la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- b) El **segundo nivel de protección** incluye medidas que pueden adoptarse en relación con las víctimas respecto a las cuales se haya determinado la existencia de necesidades especiales

de protección, producto de una evaluación individual. El régimen de esta evaluación individual aparece contemplado dentro del art. 23.2 de la LEVD y el art. 9 del Reglamento, partiendo de las características personales de las víctimas, la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a las víctimas, así como el riesgo de reiteración del delito y las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos. La adopción de esta decisión, es competencia bien del Juez de Instrucción, o del Juez de Violencia sobre la Mujer o en su caso del Fiscal, remitiéndose en cuanto al procedimiento, a su ulterior tramitación reglamentaria.

El contenido de estas medidas o facultades de protección reforzada aparecen recogidas en el art. 25 LEVD.

- Estas medidas van referidas, por una parte, a las investigaciones penales, y consisten en que las declaraciones de la víctima sean efectuadas en dependencias adecuadas, que la persona que las tome sea un profesional con formación adecuada o con su ayuda, que sea la misma persona y que, en delitos de violencia sexual, de género o en el marco de las relaciones familiares, o de trata de seres humanos sea del mismo sexo de la víctima, siempre que ésta lo solicite.
 - Por otra parte, las medidas disponibles durante el enjuiciamiento deben ser aquellas que eviten el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de medios que pueden comprender el uso de tecnologías de la comunicación, garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar en la sala de audiencia, evitar preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima o que pueda celebrarse la audiencia a puerta cerrada (art. 25.2.LEVD).
- c) El tercer nivel de protección es el referido a las víctimas menores de edad, y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que gozan de un **estatuto de protección hiper-reforzado**. Estas medidas especiales serían de aplicación pues, a las mujeres con discapacidad, bien física, y sobretodo psíquica.

En el caso de los menores de edad, a diferencia de la directiva que partía de una presunción de vulnerabilidad,²⁰ la regulación española considera que se adoptarán, en cada caso, las medidas

20 El estatuto de las víctimas de delitos: Comentarios a la Ley 4/2015. Coordinador: Josep M. Tamarit Sumalla.

que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se convierta en una nueva fuente de perjuicios para la víctima.

Se contempla, de forma específica, que la declaración pueda recibirse por medio de expertos, y que durante la fase de investigación la declaración sea grabada por medios audiovisuales para ser reproducida ulteriormente en el juicio oral en los casos y condiciones que determine la LE-Crim, esto es, de conformidad con el art. 730 de la LECrim. A estos efectos, se ha producido una reforma del art. 433 y art. 448 de la LECrim. Se prevé también la designación de un defensor judicial en caso de conflicto de intereses con los representantes legales o cuando se trate de un menor no acompañado o separado de su familia; y el derecho a la asistencia letrada y representación legal en caso de conflicto de intereses con sus padres (art. 24), además de contemplarse las medidas específicas de protección de la intimidad, que integrarían este estandar super- reforzado de protección.

El breve recorrido normativo que acabamos de realizar nos pone de manifiesto que en esta Ley, los derechos de las víctimas relacionados con la información, participación y protección en el proceso penal son los que han sido objeto de un mayor desarrollo normativo, y, por el contrario, los aspectos de reparación, y apoyo especializado han recibido menor atención.

En la búsqueda de una reparación integral de la víctima debemos destacar la regulación que aparece contenida dentro del art. 10 de la LEVD. De acuerdo a este precepto, toda víctima tiene derecho a acceder, de forma gratuita y confidencial, a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones Públicas, así como los que presten las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, Este derecho podrá extenderse a sus familiares, cuando se trate delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad. Los hijos menores, y menores sujetos a tutela, guarda y custodia de mujeres víctimas de violencia de género o de violencia doméstica, tendrá derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley.

En la búsqueda de esta recuperación y reparación integral de las víctimas debemos destacar, pues, el importante papel que juegan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, reguladas por RD 1109/15, de 11 de Diciembre. Estas oficinas se configuran como una unidad especializada, y un servicio público cuya finalidad es prestar asistencia y/o atención coordinada

para dar respuesta a las víctimas de delitos en los ámbitos jurídico, psicológico y social, así como promover las medidas de justicia restaurativa que sean pertinentes.

El acceso a estos servicios de asistencia y apoyo se extiende también a los hijos menores y menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica, en una regulación plenamente acorde a su actual consideración de víctimas directas de la violencia ejercida sobre las mujeres conforme a la reforma introducida por la LO 8/2015, de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia cuya D.Final Tercera modifica determinados preceptos de la LO1/2004, de 28 de Diciembre, y normativa concordante. Es, sin duda alguna, una de las reformas más importantes que se produjo el año pasado, en la medida en que, haciéndose eco de la normativa internacional sobre la materia, y sobre todo, de las voces más autorizadas, supone el reconocimiento al menor que conviva con una mujer víctima de violencia psicofísica, como víctima directa de este maltrato.

Dentro de las funciones que el reglamento confiere a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, se encuentran las funciones de información a las víctimas, atención jurídica, y asistencia, en el área jurídica, psicológica y social. Esta asistencia cobra especial relevancia en el plano psicológico, porque, tras la evaluación de la vulnerabilidad de las víctimas, y de las medidas de protección que precisan, son las Oficinas, cuyo implementación sería deseable fuera uniforme en todo el territorio nacional, quienes se ocupan de la asistencia terapéutica- psicológica, y el tratamiento psicológico de las víctimas, durante el proceso penal, en coordinación con el resto de servicios sociales, policiales u otros, y con posterior seguimiento, tras la finalización del proceso penal, el tiempo que se estime adecuado, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y el resultado del proceso.

Debe potenciarse, a mi entender, el papel activo de estas Oficinas, dotándoles de medios, personales, y materiales, para el adecuado ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, sobretodo, como vemos, en la información, asistencia a las víctimas, acompañamiento a lo largo de todo el proceso penal, y también ulteriormente, en el proceso de reparación y recuperación integral de las mismas.

V.- A modo de **CONCLUSIÓN**, no podemos menos que destacar, poner el acento en el importante hito normativo que supone el Estatuto, en cuanto modelo unitario de derechos para todas

las víctimas del delito, aunque sea criticable, como señalan los distintos operadores jurídicos, tanto la deficiente técnica legislativa empleada, en la reforma de la LECrim, vía Disposición Final Primera, como la falta de dotación presupuestaria que acompañe a la Ley, que hará inviable buena parte de sus loables propósitos.

No obstante, creo que desde este foro merece destacarse su relieve, en cuanto que supone un avance más en la visibilización de la figura de la víctima, en el reconocimiento de los derechos, procesales y extraprocesales que merece por tal condición, aunque es indudable que queda un importante camino por recorrer hasta lograr, precisamente, que todas las víctimas, incluyendo especialmente las mujeres víctimas de violencia de género, y los hijos a su cargo, dejen de serlo, se despojen del traje de víctimas para convertirse en, nuestro caso, mujeres e hijos plenamente recuperados del daño sufrido.

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 sus usuarios.

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 dis-

tintas 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 ESTATAL

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 2005.
- 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 2006.
- 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 2006, revisado, actualizado y ampliado en 2012.
- 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 2007.

- Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género aprobado por medio de Acuerdo suscrito entre el ministerio de Justicia, Ministerios del Interior, Ministerio de sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la fiscalía General del Estado el 11 de octubre de 2013.
- Protocolo de actuación en el ámbito penitenciario del sistema de seguimiento por medios telemáticos de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género, aprobado por acuerdo de 19 de octubre de 2015 entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, a fin de dar cumplimiento al anterior en lo que se refiere al ingreso, excarcelación o salidas penitenciarias de los internos de los centros penitenciarios.

V.2.2. PROTOCOLOS PARA LA VALORACIÓN DEL RIESGO

- Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas) aprobado por la Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad.
- En octubre de 2011 se aprobó 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 pareja.

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*).

Los artículos 33 y siguientes de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG) que integran su Título IV, bajo la rúbrica “Tutela Penal” introducen modificaciones sustanciales en algunas figuras delictivas relacionadas con la violencia de género: el delito de lesiones –artículo 148.2, 4ª y 5ª CP-; el delito de malos tratos ocasionales –artículo 153.1 CP-; el delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar -artículo 468 CP, en este caso referido también a la violencia doméstica-; y las figuras de amenazas y coacciones leves, –artículos 171.4 y 172.2 CP, que elevan ambas

infracciones penales leves a la categoría de delito cuando el autor las perpetre contra quien “sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Por su parte, el artículo 1.1 de la misma Ley define como objeto del nuevo texto legal el de “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”.

El contenido del artículo 1.1, el elemento descriptivo que recoge, no se ha incorporado a la redacción de estos tipos penales.

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 las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

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 de-

terminar 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, entendiendo 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 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”.

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 de menor gravedad de las previstas en el apartado 2º del art. 147 CP según la nueva redacción dada por la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, 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 Ex-

posición 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 2006, 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. En cualquier caso sí que se entiende que sería aconsejable una reforma de estos preceptos del Código Penal que incluyera en los tipos penales la mención de la conducta para referirse “al que con cualquier intención...”, reforma que debió incluirse ya en la última del Código Penal por LO 1/2015, pero que finalmente no se acabó incluyendo manteniendo la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre este tema.

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. En concreto, en la de 30-9-2010 se apunta que “En apoyo de la objeción relativa al art. 153 CP, se afirma que la conducta correspondiente careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja o mantener sobre ella una situación de dominación, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas. Pero la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados, incluso por el propio reconocimiento del mismo. Y siendo así, a efectos legales, **es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta”.**

Por otro lado, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 31 de julio de 2013 (Ponente: Antonio DEL MORAL GARCÍA), que descarta la necesidad de la concurrencia de un elemento subjetivo para la culminación del delito, basándose en la STC 59/2008, de 14 de mayo. El citado Auto aborda directamente la controversia enunciada, señalando que “es conocido como en un no

despreciable número de órganos judiciales integrados en el orden penal se ha abierto paso una exégesis de esa norma que, aún siendo minoritaria, no es en absoluto insólita ni extravagante. Se viene entendiendo por algunos que junto al elemento objetivo (lesión, golpe o maltrato físico) se requiere otro de naturaleza subjetiva o anímica: que in casu la agresión se revele como manifestación de un ánimo larvado o explícito de dominación o sometimiento de la mujer, lo que se calificaría como un componente "machista", única forma, según ese entendimiento, de justificar la desigualdad de trato punitivo por razones del sexo respectivo de agresor y víctima. Algún esporádico reflejo ha tenido esa tesis en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo" Señala que "Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobado" y añade a propósito de la antijuridicidad que "La presencia de una mayor antijuridicidad, así definida, no es una presunción iuris et de iure. No siempre que concurran todos los elementos objetivos típicos del art. 153.1 se podrá apreciar ese mayor desvalor...". 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.

En el mismo sentido, la STS, Penal núm. 856/2014, del 26 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5442/2014 – ECLI:ES:TS:2014:5442) Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, tras

analizar, también, el contenido de la STC 59/2008, de 14 de mayo, y que, según razona, contiene alguna dosis de ambigüedad, criticada por alguno de sus numerosos votos particulares, por no haber extraído de manera explícita la conclusión que sí es sugerida. Pero en general se puede estar conforme en entender que a raíz de tal pronunciamiento no serán sancionables por la vía del art. 153.1º episodios desvinculados de esas pautas culturales de desigualdad que se quieren combatir (por buscar un ejemplo claro e indiscutible: agresión recíproca por motivos laborales de dos compañeros de trabajo que estuvieron casados mucho tiempo antes).

“Ahora bien eso no se traduce en un inexigible elemento subjetivo del injusto que es lo que hace a juicio de este Instructor de manera improcedente, la tesis interpretativa que antes se ha expuesto. No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente "machista" hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades. Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo. En este caso el contexto comporta ese componente; más allá de las intencionalidades concretas o de la personalidad del autor, o de la forma en que se desencadena el episodio concreto. Lo relevante es que es un incidente sobrevenido en el marco claro de unas relaciones de pareja rotas y con motivo de su ruptura. **No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual.** Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.

En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello

iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los arts. 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no puede hablarse de desequilibrio físico o emocional.”

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 concre-

tas 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).

En cualquier caso es preciso recordar en este análisis la mención específica que sobre este tema se ha llevado a cabo en el “Estudio sobre la aplicación de la *Ley Integral* contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales (Marzo 2016) en el que se destaca, tras el análisis de las sentencias dictadas por las Audiencias que han sido objeto de estudio que la mayor parte de las sentencias de las Audiencias Provinciales analizadas (438) no contienen ningún pronunciamiento sobre esta cuestión, lo que necesariamente implica que ninguna de las partes ha planteado en estos casos referencia alguna a la existencia o no de un elemento finalístico en los delitos de violencia de género. Pero cuando sí ha sido objeto de examen, lo que ha sucedido, tan sólo en un 13,24 % de los casos, bien porque ha sido suscitada por las partes, o examinada de oficio por el propio Tribunal, mayoritariamente, un 60,35% de las sentencias que han constituido el objeto de la muestra, han estimado que el artículo 1 de la *Ley Integral* define un elemento subjetivo de los tipos penales que en la misma se modifican e incorporan.

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

VI.2.1. SOBRE LA SUSPENSIÓN

La suspensión condicional de la pena 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 (**pena impuesta o suma de las impuestas**), por lo que resulta de aplicación a la pena de prisión, a la pena de localización permanente y a la responsabilidad personal por impago de la multa, al estar catalogadas todas ellas como privativas de libertad en el art. 35 del C.P; **en el caso de delitos de violencia de género la pena de localización permanente está prevista para el delito leve de injuria o vejación injusta tipificado en el art. 173.4 del C.P. del Código Penal.**

El beneficio, sin embargo, no es automático, **habiéndose producido una importante modificación de su regulación a partir de la vigencia de la L.O. 1/15 que da nueva redacción a los artículos 80 a 87 de C.P.**

A partir de la vigente redacción del C.P. se pretende agilizar la ejecución de las penas cortas de prisión de manera que desaparece la figura de la sustitución de la pena que estaba prevista en el art. 88 C.P. (en la actualidad sin contenido), integrándose las circunstancias que debían tenerse en cuenta para la antigua figura de la sustitución, en uno los actuales supuestos de suspensión (suspensión extraordinaria del art. 80.3 C.P.).

En el vigente art. 82.1 del C.P. se especifica que el Juez o Tribunal debe resolver en la sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena *“siempre que ello resulte posible”*; en el caso de no ser así, deberá pronunciarse con la mayor urgencia tras la declaración de firmeza de la sentencia, una vez oídas las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

En el ordinal 2 del vigente art. 80 del C.P. se recogen las condiciones necesarias para acordar la suspensión de la pena de forma similar al anterior art. 81 del C.P., aunque con una importante variación en la condición 1ª a los efectos de determinar la primariedad delictiva del condenado, por cuanto establece que *“no se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para*

valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”, lo que supone que podría considerarse delincuente primario a un condenado por delito de violencia de género al que le constaran condenas anteriores no cancelables por delitos de otra naturaleza.

En la nueva redacción del C.P. existe también una novedad en la condición necesaria para otorgar la suspensión de la pena recogida en el art. 80.2.3ª del C.P., porque si bien se mantiene como requisito para otorgar el beneficio el pago de la responsabilidad civil, el citado requisito *“se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica”* y *“sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine”*.

La concurrencia de las condiciones previstas en el art. 80.2 del C.P. no significa que de forma automática deba dejarse en suspenso la pena privativa de libertad no superior a dos años (o la suma de las impuestas), sino que se sigue manteniendo el beneficio como una decisión potestativa del Juez o Tribunal que debe adoptarse mediante auto motivado en el que, tras la valoración de una serie de circunstancias, tendrá que efectuarse un pronóstico probabilístico de comisión de nuevos delitos y una conclusión relativa a la no necesidad de la ejecución de la pena para evitar la comisión futura de nuevos delitos.

En efecto, la novedad fundamental de la nueva regulación está en el ordinal 1 del referido art. 80 del C.P. en el que ya no se hace referencia como elemento valorativo a la peligrosidad criminal del sujeto, sino que establece que *“Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medias que fueren impuestas”*.

Ello significa que la resolución por la que se otorgue (o se deniegue) el beneficio de la suspensión deberá tener una motivación exhaustiva al deber efectuarse un análisis individualizado no sólo de las circunstancias del delito cometido, sino de las personales del autor (incluidos sus

antecedentes y su conducta posterior), el esfuerzo para reparar el daño causado (que puede ser distinto de la simple reparación económica, dado que la satisfacción de la responsabilidad civil es una de las condiciones necesarias para otorgar la suspensión) y de sus circunstancias familiares y sociales.

Tras la valoración de esas circunstancias, el Juez o Tribunal debe razonar la expectativa de comisión futura de delitos (si es probable o no que el penado vuelva a delinquir) y finalmente pronunciarse acerca de la necesidad o innecesidad de la ejecución de la pena para evitar la comisión de nuevos delitos; sólo en el caso de que concluya que la ejecución de la pena es innecesaria para evitar la comisión de nuevos delitos otorgará al condenado el beneficio de la suspensión de la pena.

La redacción del artículo puede plantear un problema interpretativo por cuanto sólo refiere “evitar la comisión futura de nuevos delitos”, sin diferenciar si se trata de delitos de la misma naturaleza que el cometido por el penado o de todos los delitos; contribuyendo a ese problema interpretativo la novedad antes expuesta relativa al requisito de la primariedad delictiva, al no tenerse en cuenta para apreciar la concurrencia del primer requisito necesario para otorgar la suspensión los antecedentes correspondientes a delitos que *por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros*.

En el caso de delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido (en los tipos de violencia de género serían los delitos de agresión, acoso y abuso sexual –art.191 C.P.- y el delito leve de injuria –art. 173.4 CP), el Juez o Tribunal deberá oír a la ofendida antes de conceder el beneficio de la suspensión de la pena (art. 80.6 C.P.)

En el art. 83 del C.P. se recogen las prohibiciones y deberes a los que puede quedar condicionada la suspensión, pero en el ordinal 2 del artículo se recoge una particularidad para los delitos de violencia de género, por cuanto establece que *“cuando se trate de delitos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia”* (en la antigua redacción del art. 83 se hacía una referencia mas amplia a “delitos relacionados con la violencia de género”), se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del apartado 1,

Por ello, cuando se trate de la suspensión de una pena privativa de libertad impuesta por un delito comprendido dentro de la violencia de género, se impondrán de forma preceptiva como condiciones a la suspensión los siguientes deberes y obligaciones:

- Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio (que será siempre comunicada a la mujer con relación a la cual se acuerde).
- Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo.
- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales, de igualdad de trato y no discriminación y otros similares (en los delitos de violencia de género se sobreentiende que el curso formativo debe estar relacionado con esos delitos).

En el art. 84 del C.P. se establecen unas prestaciones o medidas potestativas a la suspensión de la pena, como son: 1) el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación; 2) el pago de una multa; y 3) la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, con una especialidad para los delitos de violencia de género, por cuanto el pago de la multa sólo podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación o de la existencia de una descendencia común.

SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIA DE LA PENA DE PRISIÓN:

Como ya se ha expuesto anteriormente, en la actual redacción del C.P. ha desaparecido la figura de la sustitución de la pena de prisión de manera que la antigua sustitución prevista en el art. 88 del C.P. (en la actualidad sin contenido) se integra en los actuales supuestos de suspensión.

El art. 80.3 del C.P. establece que *“Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando*

las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”.

De la estricta redacción del precepto se infiere que la suspensión extraordinaria sólo está prevista para las penas de prisión (sólo se refiere a estas penas, sin efectuar la referencia general a las penas privativas de libertad que se hace en el ordinal 1) y para el supuesto de que el penado no sea delincuente primario y/o que la suma de las penas de prisión impuestas supere los dos años (sin que cada una de ellas individualmente contempladas superen los dos años), siempre que no sea reo habitual (artículo 94 C.P.).

En estos casos podrá acordarse la suspensión mediante auto motivado, cuando, tras la valoración de las circunstancias descritas, el Juez o Tribunal considere que es aconsejable la suspensión de la pena.

Además, “la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

En el supuesto de suspensión extraordinaria de la pena de prisión impuesta por un delito de violencia de género, la medida del pago de multa (84.1,2ª C.P.) queda muy limitada por la especialidad antes expuesta, por cuanto el pago de la multa sólo podrá imponerse cuando conste acreditado que entre el autor y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación o de la existencia de una descendencia común, por lo que normalmente se impondrá la “medida condicionante” de trabajos en beneficio de la comunidad.

Como condiciones a la suspensión extraordinaria de la pena de prisión, en el supuesto de delitos de violencia de género deberán imponerse también de forma preceptiva las prohibiciones y deberes indicados en la reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 del C.P.

OTROS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIA

- 1) En el ordinal 4 del art. 80 C.P. se establece la potestad del Juez o Tribunal para la suspensión de “cualquier pena”, sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.
- 2) En el ordinal 5 del art. 80 C.P. se establece la potestad del Juez o Tribunal para la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cinco años, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del ordinal 2 del mismo artículo, cuando el penado hubiera cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20 del C.P., siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

En el caso de que el condenado se halla sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización, aunque no se entenderá abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.

En el supuesto de delitos de violencia de género, como condiciones a esta modalidad de suspensión extraordinaria de la pena privativa de libertad, deberán imponerse también de forma preceptiva las prohibiciones y deberes establecidos en la reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 del C.P.

PLAZOS DE SUSPENSIÓN DE LA PENA

Los plazos vienen recogidos en el art. 81 C.P., siendo de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves, con una diferencia en el supuesto de la suspensión extraordinaria regulada en el art. 80.5 C.P. para la que se establece un plazo de suspensión de tres a cinco años.

REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

El art. 86.1 C.P. establece que el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) Sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y *“ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”*.
- b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.
- c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.
- d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De la redacción del artículo se colige que:

- si la causa de la revocación es la comisión de un delito en el plazo concedido, el Juez o Tribunal mediante auto motivado deberá argumentar las razones para entender que el delito cometido durante aquel plazo pone de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida.
- si la causa de la revocación es el incumplimiento de las prohibiciones y deberes impuestos deberá exponer las razones que le llevan a considerar que tal incumplimiento es grave o reiterado, porque en el caso de que el incumplimiento no hubiera tenido el carácter de grave o reiterado, a tenor del ordinal 2 del mismo artículo, no procederá la revocación de la suspensión, sino que podrá modificar las medidas impuestas o acordar nuevas prohibiciones, deberes o condiciones e incluso prorrogar el plazo de suspensión (sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado).

Establece del ordinal 4 del mismo artículo que en todos estos casos (revocación de la suspensión o modificación de las condiciones) el Juez o Tribunal resolverá después de haber oído al Mº Fiscal y demás partes, con una excepción puesto que podrá revocar la suspensión de la

ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión *“cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima”*.

REMISIÓN DEFINITIVA DE LA PENA

Por último, el art. 87 del CP. establece que transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que *“ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas”*, se acordará la remisión de la pena.

De ello se colige que para la remisión de la pena se exige necesariamente haber cumplido las reglas de conducta impuestas, pero si el penado ha cometido un delito en el plazo de suspensión de la pena que no ha llevado a la revocación de la suspensión, el Juez o Tribunal deberá efectuar una valoración acerca de la naturaleza y circunstancias del delito para fundamentar el mantenimiento de la expectativa por la que se otorgó inicialmente el beneficio, o lo que es lo mismo que la ejecución de la pena sigue siendo innecesaria para evitar la comisión de nuevos delitos.

El citado artículo contiene una particularidad cuando la pena se hubiera suspendido al amparo del artículo 80.5 C.P., puesto que en este caso deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento; en caso contrario, el Juez o Tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que estimara necesaria la continuidad del tratamiento, en cuyo caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

SUSPENSIÓN DE LA PENA POR LA TRAMITACIÓN DE INDULTO

No es infrecuente que la representación del condenado interese la suspensión de la pena impuesta porque ha solicitado un indulto (total o parcial).

El art. 4,4 del C.P. establece que si mediara petición de indulto y el Juez hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada; añadiendo el último párrafo del referido artículo que *“También*

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”.

La interpretación del referido párrafo no puede llevar sin mas a la suspensión de la pena siempre que medie una petición de indulto, puesto que tal automatismo desvirtuaría la finalidad perseguida por el legislador y llevaría de hecho a que el penado, simplemente por solicitar un indulto, podría dilatar a su antojo la efectiva ejecución de la condena.

Por ello, dado que también esta suspensión se configura como una potestad del Juez o Tribunal, aun cuando la competencia para resolver la petición de indulto le corresponda al Consejo de Ministros, nada obsta para que el Juez o Tribunal efectúe un juicio de prosperabilidad de aquella petición para resolver acerca de la suspensión o no de la pena.

Al hilo de la suspensión de la pena procede efectuar una específica referencia a la suspensión de la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima y de la pena accesoria de prohibición de comunicación con la misma.

En el ámbito de los delitos de violencia de género se plantea una problemática cuando, pese a ser condenado el hombre por un delito de aquella naturaleza, la relación de la pareja o no se interrumpió nunca, o bien se reanudó por haberse producido una reconciliación en el momento en que debieran ser ejecutadas aquellas penas accesorias.

El único cauce legal para paliar el conflicto familiar que pudiera conllevar la pena de prohibición de acercamiento y comunicación respecto de la mujer está en la solicitud de indulto de tales penas, con la consiguiente solicitud simultánea al Juez o Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de la referida pena accesoria al amparo del art. 4,4 del C.P. en tanto el Gobierno no se pronunciara al respecto; todo ello, con la finalidad de evitar una separación forzosa de la pareja que fuera contraria a la voluntad de ambos (en el mismo sentido Circular Fiscalía 2/2004).

Ahora bien, esta solución sólo sería eficaz en el supuesto de que la pena principal no fuera privativa de libertad (p.e. la de trabajos en beneficio de la comunidad).

Por el contrario, carecería de eficacia en el caso de que la pena principal fuera privativa de libertad y se hubiera acordado la suspensión de esta pena al amparo del art. 80 del C.P., dado

que subsistirían en este caso las obligaciones a las que se condicionó la suspensión consistentes en la prohibición de aproximación y comunicación con la mujer (y prohibición de acudir a determinados lugares) a las que no abarca la decisión de suspensión de las penas accesorias, al no tener esa naturaleza, sino la de prohibiciones o deberes condicionantes de la suspensión de la pena principal privativa de libertad.

Por ello, aunque se conceda la suspensión de la ejecución de la pena de prohibición de aproximación y comunicación, si el condenado no solicita igualmente el indulto respecto de la pena privativa de libertad impuesta y/o no se hubiera acordado la suspensión también de la ejecución de la pena principal durante la tramitación del indulto, en el caso de que reanudara la convivencia con la víctima o se acerca a la misma, podría revocarse el beneficio sin computar el tiempo de la prohibición como obligación en la liquidación efectiva de la pena accesoria que pudiera efectuarse.

La tramitación del indulto corresponde al órgano encargado de tramitar la Ejecutoria; sin embargo, aunque la Ejecutoria se siga ante el Juzgado de lo Penal, si aquella deriva de una sentencia revocada total o parcialmente por la Audiencia Provincial, le corresponde a ésta la tramitación del indulto (sentencia Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 17-3-14 que declara *"Esta conclusión resulta coincidente con el parecer manifestado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al pronunciarse sobre quién tiene la consideración de "tribunal sentenciador", a los efectos de emitir los informes preceptivos exigidos por la Ley del Indulto, cuando la sentencia de instancia haya sido modificada por el Tribunal Supremo estimando un recurso de casación. En concreto, en dos Acuerdos del Pleno no jurisdiccionales de la Sala Segunda de 20 de abril de 2001 y de 5 de abril de 2005 decidieron que "El Tribunal Supremo será competente para informar indultos, como tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia". Acuerdos que posteriormente se plasmaron en diversos Autos de la Sala Segunda de 25 de mayo de 2001 (rec. 6017/1988), de 8 de junio de 2001(3/2001), 27 de junio de 2001 (rec. 30/2000), 7 de enero de 2002 (rec. 2618/1997) de 19 de julio de 2011 (rec.31/2000) en los que se afirma ".....No se discute que la competencia para informar sobre el indulto corresponde siempre a esta Sala, en los casos en que el órgano judicial de instancia hubiera dictado sentencia absolutoria que posteriormente haya sido casada y anulada y sustituida por otra condenatoria. ...Las razones que inspiran el criterio sostenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo son trasladables a los supuestos en los que por la estimación de un re-*

curso de apelación la Audiencia Provincial, revisando en plenitud la sentencia de instancia, modifica y eleva la pena impuesta, pues es éste tribunal el que finalmente ha determinado la pena que definitivamente ha de imponerse al condenado y que por vía del indulto se trata de conmutar”).

VI.2.2. EL TRATAMIENTO REHABILITADOR EN LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

El artículo 83.2 del Código Penal dispone, como se acaba de señalar, que, tratándose de delitos cometidos sobre la mujer (nueva redacción dada por la LO 1/2015), el Juez/a o Tribunal impondrá siempre las prohibiciones o deberes enumerados en las reglas 1ª, 4 y 6 del mismo, siendo la 6ª, tras la nueva redacción dada al art. 83 CP por la LO 1/2015 la de “Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares”.

En el auto que se dicte se le harán las advertencias sobre el caso de incumplimiento, ya que a tenor de la nueva redacción del art. 86 CP por LO 1/2015:

“El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.
- b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.”

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 4º que

El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión.

Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

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 83.14º..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 83.1.4º a 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 junio²¹).

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 elabora-

²¹ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-10598

rán, 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 realizara 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, 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. 86 del C.P., lo que determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Debe entenderse que sería interesante implantar en todo el territorio un modelo homogéneo y uniforme en materia de implementación de programas de reeducación en delitos cometidos sobre la mujer. Y para ello deberían crearse unos servicios comunes procesales en las Audiencias Provinciales de control centralizado de la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces y tribunales penales, coordinado por los Presidentes de las Audiencias, y que darían cuenta anualmente a las Salas de Gobierno de los TSJ de los resultados del funcionamiento de estas oficinas para la corrección de los problemas detectados en su caso, o trasladar a otras las ventajas de la mecánica de actuación en un sentido, a fin de implantar programas homologados que garanticen la correcta ejecución de las medidas del art. 83 CP adoptadas por los jueces y tribunales penales. Todo ello, en coordinación con los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. El coste de estos medios debería ser asumido por las Administraciones Autonómicas con competencia transferida en Justicia y por el Ministerio de Justicia en el resto. Con ello, se concentraría en el Poder Judicial el cumplimiento de estas medidas y se coordinaría a la perfección con la Administración penitenciaria en lugar de seguir manteniendo el sistema actual de “externalizar” en muchas Comunidades Autónomas el cumplimiento de estas medidas perdiendo su control el Poder Judicial.

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, se dictará el auto de aprobación de la liquidación de la condena.



VI.3.1. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

El artículo 33 del Código Penal en la redacción vigente operada por la L.O. 1/15 cataloga como pena menos grave la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 días a 1 año y como pena leve si su duración es de 1 a 30 días.

En los términos del artículo 39 C.P. es pena privativa de derechos, **estableciendo el artículo 40 C.P. que tendrá una duración de 1 día a 1 año.**

La reforma del C.P. operada por la citada L.O. 1/15 ha tenido varios efectos en relación a los trabajos en beneficio de la comunidad.

Centrándonos en la violencia de género se mantiene como pena principal alternativa en los delitos específicos de maltrato/lesiones a la mujer, amenazas a la mujer y coacciones a la mujer (art. 153.1; 171.4.; 172.2), estando prevista también como pena principal alternativa en el nuevo delito leve de injurias del art. 173.4 y en el delito de acoso del art. 172.ter 2 cuando la víctima sea alguna de las personas del art. 173.2.

En la vigente redacción del C.P. se contemplan también los trabajos en beneficio de la comunidad como “medida” condicionante de la suspensión de la pena de prisión en algunos supuestos (art. 80.3 y 84); e incluso de forma ya muy residual como pena sustitutiva a la de prisión cuando, por aplicación de las reglas establecidas, la resultante de la rebaja de la pena de prisión sea inferior a 3 meses (art. 71.2).

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 servicios²².

2ª) No atentará a la dignidad del penado.

3ª) El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin²³.

4ª) Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social²⁴.

5ª) No se supeditará 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.

22 El 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.

23 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.

24 Concreta 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.

- 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.*
- 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 468²⁵.

7ª) 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”.

El Real Decreto 840/2011, de 17 de junio **tiene por objeto la regulación de las actuaciones que debe realizar la Administración penitenciaria para hacer efectivo el cumplimiento de las penas de localización permanente en centro penitenciario y de trabajos en beneficio de la comunidad, de determinadas medidas de seguridad, así como de la sustitución y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. (art.1)**

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 gé-

²⁵ El 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.

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.

nero, 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.

El Artículo 3 del RD 840/11 se refiere a la Comunicación de la resolución judicial, estableciendo que *“Recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena”*.

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.

En el art. 5.3 del RD se establece que *“Realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución dándose traslado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”*, de lo que se infiere que el Plan de Ejecución elaborado por los Servicios de Medidas Alternativas es ejecutivo, aunque sometido al control judicial posterior a través de la puesta en conocimiento del Plan.

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 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.

No obstante, en el caso de que el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de ejecución, se informará al Juez de Vigilancia Penitenciaria de tal hecho, a los efectos que considere oportunos. (art. 5.3 del RD 840/11).

De los términos del art. 49,6ª C.P. antes expuesto se infiere que cuando el penado no cumpla el Plan de Ejecución por darse alguna o algunas de las incidencias allí determinadas, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dictará auto de incumplimiento a los efectos del art. 468 C.P. (quebrantamiento de condena).

Cuando el penado haya cumplido el Plan de Ejecución, el art. 9 del RD 840/11 prevé un informe final declarando que *“Una vez cumplido el plan de ejecución, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán de tal extremo al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos oportunos”*.

CONFLICTOS DE COMPETENCIA

A) Al hilo del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es preciso hacer referencia al conflicto de competencia que pueden surgir entre el Juzgado que tramita la Ejecutoria y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en relación al momento en que éste último asume el control de la pena; habiéndose planteado en la práctica cuestiones de competencia negativa entre ambos órganos.

De la exposición de motivos del R.D. 840/11 se desprende que el órgano competente para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es el Juez o Tribunal que tramita la Ejecutoria; en el Capítulo II del citado R.D. relativo al cumplimiento de la pena de trabajos

en beneficio de la comunidad, unas competencias se atribuyen al encargado de la Ejecutoria y otras al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, confiriendo a éste el control de la ejecución (art. 5.3 R.D. antes expuesto), por lo que el criterio mas extendido considera que corresponde al Juzgado o Tribunal que tramita la Ejecutoria la remisión del testimonio y mandamiento que determine las condiciones de cumplimiento, así como los particulares necesarios al servicio de gestión de penas (art. 3 R.D.), conociendo también de la incomparecencia del penado ante el servicio (art. 5.2 del R.D.) y que la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria comienza cuando se ha elaborado el Plan de Ejecución.

B) En el supuesto de que los trabajos en beneficio de la comunidad deban cumplirse no como pena, sino como “medida” condicionante de la suspensión, también puede dar lugar a un conflicto de competencia, porque podría sostenerse que también sería aplicable el art. 49 C.P. para el control de la ejecución y que ésta corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (sin diferenciar entre la naturaleza de pena y la naturaleza de medida).

Sin embargo, no se puede obviar que el art. 49 del C.P. está comprendido dentro del Capítulo I, del Título III del Libro I del C.P. cuya rúbrica es “De las penas, sus clases y efectos”; en este caso los trabajos en beneficio de la comunidad no son una “pena”, sino una “medida condicionante de la suspensión”, por lo que debe aplicarse el art. 86 del C.P. en virtud del cual todo lo relativo a las condiciones y su cumplimiento le corresponde al órgano encargado de tramitar la Ejecutoria.

Por ello, el criterio más extendido considera que cuando los trabajos en beneficio de la comunidad tienen la naturaleza de “medida condicionante de la suspensión”, su control le compete al Juez/Tribunal encargado de tramitar la Ejecutoria, por entender que en otro caso podrían darse resoluciones contradictorias puesto que el Juzgado de Vigilancia podría dictar auto de incumplimiento (contra el que podría interponerse recurso de reforma y apelación) y existiendo tal auto firme, el Juzgado que tramita la Ejecutoria al amparo del art. 86 C.P. podría efectuar una valoración distinta y considerar que el incumplimiento “no es grave” y que por ello no procedería la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad.

Se aconseja en los casos en que exista la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad por el delito del que es objeto la acusación que en el juicio oral se le comunique al acusado al final del juicio que a los efectos de que, y sin prejuzgar la culpabilidad, fuera decisión

del juez o tribunal imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se le requiere antes de concederle el derecho de última palabra para que manifieste si acepta en su caso la imposición de esa pena al ser preceptivo su consentimiento por disposición del art. 49 CP.

VI.3.2. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

La pena de localización permanente es pena privativa de libertad, puesto que así lo establece el art. 35 del C.P.

El proceso expansivo que pareció tener con la L.O. 5/10, ha sufrido una clara contracción a partir de la reforma del Código Penal operada por la L.O. 1/15, puesto que al suprimirse la sustitución ordinaria de la pena de prisión (el antiguo art. 88 C.P. preveía el cumplimiento de la pena sustitutiva de localización permanente en lugar distinto y separado del de la víctima) se ha recortado notablemente su aplicación.

Esta pena queda limitada en la actualidad a: 1) determinados delitos leves (en el ámbito estricto de la violencia de género sólo está prevista como pena principal alternativa en el nuevo delito leve de injuria y vejación injusta del art. 173.4 C.P.); 2) como modalidad de responsabilidad penal subsidiaria por impago de la multa impuesta por delito leve (art. 53.1 C.P); y 3) como sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses (art. 71.2 C.P.).

En la actualidad, tras la citada reforma, la localización permanente está catalogada como pena leve, porque a diferencia de la anterior redacción del artículo 33 C.P., sólo se recoge como tal la pena de *localización permanente de un día a tres meses* (vigente art. 33.4.h C.P.); aunque subsiste el art. 37 C.P. que establece “La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses”.

El cumplimiento de la pena obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente por auto motivado (art. 37.1 C.P.).

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. (art. 37.3 C.P.).

La pena de localización permanente en los delitos leves que la llevan aparejada como pena principal alternativa, siempre deberá cumplirse en domicilio diferente y alejado del de la vícti-

ma (así viene establecido en el art. 173.4 C.P. -delito leve de injuria o vejación injusta- y demás delitos leves que la prevén).

El art. 37. 1, segundo párrafo C.P. establece que el juez sentenciador podrá acordar que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario cuando concurren los siguientes tres requisitos: a) que la localización permanente esté prevista como pena principal, excluyéndose, por consiguiente, los supuestos en los que su aplicación derive del ámbito de la responsabilidad personal por impago de multa; b) solamente podrá acordarse cuando el tipo penal lo establezca de forma expresa, lo que significa que queda excluido el cumplimiento en centro penitenciario en los supuestos de delitos de violencia de género debido a que el único tipo que la prevé no establece esa posibilidad de forma expresa; y c) la decisión Judicial deberá basarse en la constatación de reiteración en la comisión de la infracción.

Por consiguiente en materia de violencia de género, la pena de localización permanente se cumplirá en domicilio diferente y alejado del de la víctima.

Rige el principio de flexibilidad por cuanto el art. 37.2 C.P. establece que *“Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”*, de lo que se colige que la pena se cumplirá de forma continuada en el domicilio, a no ser que el juez o tribunal autorice el cumplimiento discontinuo de la forma prevista en el precepto.

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 traspasos en materia de ejecución de la legislación penitenciaria; **teniendo por objeto la Instrucción 13/05 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el “procedimiento de ejecución de la pena de localización permanente”**.

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 que tramita la ejecutoria por el **delito leve** 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: **delito leve** por 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.

Los métodos de los que se dispone para comprobar el cumplimiento de la pena de localización permanente son dos:

- 1) La supervisión por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad –normalmente la policía local o la guardia civil-.

2) La supervisión por medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.

Por lo que respecta al primer método la Instrucción 13/05 de la DGIP insta a reservar el control por las fuerzas y cuerpos de seguridad en aquellos casos en los que no sea posible asegurar el cumplimiento efectivo de la pena mediante medios electrónicos de control; consistirá en asignar agentes de policía para su personación en el domicilio a horas aleatorias al objeto de comprobar la presencia del penado.

Por lo que respecta al segundo método, tras la reforma del artículo 37 CP, por LO 5/2010, de 22 de junio, se prevé en su ordinal 4 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.

A mayor abundamiento, aunque como ya se ha dicho en los delitos de violencia de género no parece posible el cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario, esta modalidad de cumplimiento viene regulada en el R.D. 840/11 de 17 de junio, cuyo Capítulo III contiene la regulación del cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario (arts. 12 y 13 del R.D.).

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, se contempla expresamente dentro del ámbito de competencias de los JVM establecido en el artículo 87 ter de la LOPJ, tras el apartado veinticinco del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial e introduce en el art. 87 ter LOPJ la letra g) atribuyendo la competencia a estos juzgados... g) *De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por*

una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente

Con ello, se resuelve un viejo problema que excluía del ámbito de la competencia de estos juzgados a un delito tan puro de violencia de género como es el dimanante de la imposición de una medida cautelar o pena de alejamiento quebrantada.

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”, habían 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, advertía ya de 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 proponía la adición de un apartado e) al artículo 87 ter.1º de la LOPJ con el siguiente contenido: “*De la instrucción de los pro-*

cesos 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”.*

Fruto de todas estas demandas ha sido, pues, la modificación del citado precepto que resuelve ahora en la letra g) del art.87 Ter el problema existente.

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. La atribución a los Juzgados de Violencia de la competencia para conocer de los delitos del artículo 468 del Código Penal soluciona 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.

En esta materia se plantean algunos temas de interés tales como:

1.- Los encuentros casuales.

En el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar de alejamiento son frecuentes las alegaciones por la defensa de que concurren los encuentros casuales alegados por el acusado cuando se le sorprende invadiendo la distancia de seguridad. No obstante, en estos casos de ser causal el encuentro lo que no está permitido es el contacto e iniciar la conversación con la mujer, ya que el encuentro casual pierde su razón de ser en este caso. Si el afectado por la orden coincide con la mujer lo que no puede hacer es mantenerse, buscar el momento y aprovecharse de ello para hablar con ella o plantearle temas personales, ya que no existe ámbito de excusa para justificar el aprovechamiento del encuentro casual para poder hablar con la persona sobre la que está prohibido acercarse. El encuentro casual es impune, pero no aprovecharse de ello para hablar.

2.- La alegación del error invencible.

¿Cabría apreciar error invencible en el acusado si la víctima consiente? Trata este tema el Tribunal Supremo en Sentencia 539/2014 de 2 Jul. 2014 que señala que: "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 posteriores sobre su mantenimiento o derogación, solo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado (STS. 61/2010 de 28.1)."

3.- La alegación del error de prohibición.

Suele alegarse también por las defensas de los acusados que no hubo oposición por parte de la mujer a que se aproximara a ella contra lo ordenado por el Juez. Pero la jurisprudencia entiende que no puede ser admitido tal error ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir una orden expresa del Juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada (STS. 519/2004 de 28.4).

No hay error de prohibición. El acusado tiene noticia de la sentencia y de su firmeza -dice la STS. 172/2009 de 24.2, pues le fue notificada. No puede alegarse error alguno respecto del conocimiento de la obligatoriedad de cumplir lo resuelto por el Juez por encima de los deseos de las partes, pues se trata de un aspecto de general conocimiento.

4.- El consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de pena y y medida cautelar de alejamiento.

Trata de este tema recientemente el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 539/2014 de 2 Jul. 2014, Rec. 11055/2013, donde recuerda que la STS. 1156/2005 de 29.9, 20.1.2006 y 8.4.2008, rechazó la existencia de quebrantamiento cuando se reanuda la convivencia, estando vigente la medida de alejamiento, razonando que la pena o medida de alejamiento está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección. Pero el Pleno no jurisdiccional de 25.1.2008, acordó que: "...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Código penal", tesis fue acogida por la STS 39/2009, 29 de enero en base a la irrelevancia en derecho penal del perdón de la ofendida por la infracción criminal.

Con ello, ese consentimiento es irrelevante y cometerá el delito aunque la víctima sea la que consienta en el acercamiento y reanudación de la convivencia, ya que no está legitimada para ello, ni el juez para alzar una pena que ha sido impuesta. Otra cuestión es que se pudiera levantar una medida cautelar de alejamiento, pero hasta sentencia, ya que si esta es condenatoria la imposición del alejamiento es preceptivo.

5.- ¿Puede operar como atenuante el consentimiento de la víctima como analógica del art. 21.7 CP?

Se ha alegado en alguna ocasión que podría aplicarse la atenuante analógica de provocación o consentimiento del incumplimiento de la prohibición de aproximación y comunicación del art. 21.7 CP en relación a las recogidas en el art. 21.1 de génesis -hecho o impulsos exteriores que inciden en la conducta del sujeto limitando su responsabilidad y en relación al delito de quebrantamiento de condena.

Pero hay que destacar que el art. 21.7 CP no es un expediente que permita la creación, si el legislador diseña una atenuante exigiendo para su apreciación la concurrencia de ciertos elementos o requisitos, no es lógico que por la puerta del art. 21.7 se introduzcan como atenuante los supuestos en que faltan esos requisitos y que han sido conscientemente desechados por el legislador (STS. 1346/2009 de 29.12).

6.- El consentimiento puede operar al individualizar la pena. Podríamos admitir, sin embargo, que si bien no puede operar como atenuante si lo tiene en cuenta en el juicio de punibilidad al individualizar la pena.

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 tradi-

cionalmente 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 inmediatez, 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 2011²⁶ 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”.

²⁶ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-483/09&language=es>

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 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 ayudan 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 convenien-

te 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. Recientes modificaciones legislativas afectantes a la violencia de género y la intangibilidad de las sentencias firmes

1.- EL DELITO DE STALKING O ACOSO

Tipo penal introducido en la LO 1/2015 que castiga en el art. 172 ter CP: *“Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

- 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.*
- 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*
- 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*
- 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

El acoso o acecho, más conocido ahora en nuestro país como la técnica del stalking viene a ser objeto de regulación novedosa en el nuevo art. 172 ter CP y en la Exposición de Motivos viene a explicarse las razones de su introducción en el punto núm. XXX que apunta que “También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones,

no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.”

Es decir, lo que el legislador lleva a cabo es incluir en el capítulo de las coacciones núm. III del Título VI en los delitos contra la libertad el nuevo delito de Stalking, quizás como una variante de las coacciones, al no poder sancionar como una coacción, o encontrar dificultades penales para ello la conducta de «quien persigue a alguien, pero no lleva a cabo otra conducta más allá del mero atosigamiento», lo que puede que ahora mismo pueda recibir la repulsa social, pero que cuando se intenta trasladar al ámbito del derecho penal es cuando vienen los problemas de la falta de tipificación exacta de hechos que puede que tengan un rechazo por la sociedad, pero que si no están incorporados a un tipo penal no puede recibir el castigo del derecho penal.

El legislador ha querido introducir en el tipo penal en el apartado 2.º la especialidad propia del acoso en la violencia de género, (aunque también doméstica) para señalar que: *2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.*

Estas conductas se repiten con frecuencia en los casos de violencia de género, por lo que puede ocurrir que la mujer no haya sufrido episodios de malos tratos durante su relación, pero que es a raíz de su separación cuando el hombre comienza a acosarla, vigilarla y perseguirla sin más. Esta conducta no integraba delito alguno cuando en el derecho anglosajón sí que queda configurada como el delito de stalking. Pero es más, es que por ello la víctima no podría ni tan siquiera pedir una orden de alejamiento porque no había cometido «todavía» un delito ni de maltrato físico, ni amenaza o coacciones. ¿Tiene que estar esperando la víctima a que su ex pareja cometa uno de estos delitos para que pueda intervenir la justicia? Pues precisamente por ello se tipifican estos hechos para evitar la impunidad de los mismos, ya que muchas mujeres que rompen su relación con sus parejas se ven acosadas hoy en día por ellos por la sencilla

razón de que no aceptan un «no» por respuesta al tener configurada su relación bajo la idea del sentimiento de propiedad. Por ello, la vía del acoso, persecución y/o atosigamiento mediante presencia cercana, mensajes o llamadas de cualquier tipo lo que pretenden es vencer la oposición de la víctima y conseguir que vuelva con ellos.

2.- EL DELITO DE SEXTING

Tipo penal introducido en la LO 1/2015 que castiga en el art. 197.7 CP: *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

El legislador ha querido introducir en el tipo penal en el párrafo 2.º la especialidad propia del acoso en la violencia de género, (aunque también doméstica) al añadir que: *La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.*

La primera matización que debemos hacer es que la penalidad en el caso de que la difusión se haga en caso de violencia de género es en la mitad superior de la pena en el caso del delito básico, lo que es muy diferente al delito de stalking en la violencia de género en donde el delito básico de stalking o acoso o acecho está sancionado con la pena de tres meses a dos años de prisión, o de multa de seis a veinticuatro meses que se puede imponer como opcional en el caso de que entre las partes no exista una relación de violencia de género. Pero si se trata de stalking de violencia de género la pena de prisión es de 1 a 2 años y la multa opcional se sustituye por la de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días en lugar de la multa, ya que sabido es que la multa no suele imponerse en los casos de Violencia de género para no gravar económicamente a las víctimas de VG.

Sin embargo, en el delito de sexting que puede tener la misma gravedad que el de stalking la pena es distinta en el delito básico, ya que es de tres meses a un año de prisión o multa de seis

a doce meses, es decir doce meses menos de multa como opcional y en el caso de stalking en la violencia de género la pena de prisión es la mitad superior del básico.

Es decir, no se hace como en el delito de stalking de dar la opción de imponer la pena de TBC sino que simplemente se opta por imponer la pena en la mitad superior, pero la de prisión de entre tres meses y un año y la de multa, con lo que no se entiende esta diferencia cuando se trata de delitos de la misma o semejante gravedad, y, sobre todo, que se mantenga la pena de multa en los supuestos de sexting en la VG cuando es sabido que la pena de multa no debe imponerse en estos casos por suponer un arma arrojadiza del autor del delito contra su denunciante reprochándole que al denunciarle e imponerle el juez una sanción económica no le va a poder hacer pago de la pensión acordada en el proceso de familia si se habían divorciado o separado.

En cualquier caso, para resolver este problema la reforma del Código Penal ha incluido en el art. 84.2 una solución, ya que señala que: *Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge 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 del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere el núm. 2 del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.»* Con ello, aun en los supuestos de que el delito permita la pena de multa como en este caso solo podrá imponerse en los casos en los que no existen obligaciones económicas del acusado con la denunciante, lo que es una buena solución a este problema. El delito de sexting puede ser muy común en el caso de la violencia de género cuando la pareja en su relación tenga imágenes íntimas grabadas, y que a raíz de la petición de separación o divorcio de uno de ellos el otro difunde las imágenes que tenía grabadas a terceros.

Otra precisión importante es que la regulación que nos ofrece el precepto al referirse como autor al cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia es que esta regulación afecta tanto a la violencia de género como a

la doméstica, de tal manera que la agravación por cometerse el delito en el seno de la pareja tiene cabida tanto en la violencia doméstica como en la de género, es decir, tanto sean difundidas las imágenes por él o por ella tendría la misma penalidad, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de los arts. 153, 171.4 y 172.2 en donde la agravación está en que el comete el delito es el varón.

En el caso de que se haya cometido el hecho delictivo la denunciante podrá pedir al juez de violencia sobre la mujer si es la mujer la denunciante o en el de instrucción si es el hombre el denunciante que se adopte la medida cautelar de la retirada de las imágenes de la red social, para lo cual se deberá ordenar a los servidores la anulación de la difusión, sobre todo a raíz de la sentencia del TJUE del derecho al olvido, pero que si no lo hace el propio servidor lo deberá hacer el órgano judicial ordenando la retirada de los contenidos. También se podrán interesar la adopción de las medidas cautelares del art. 544 ter Lecrim si se trata de la mujer la denunciante ante el Juzgado de violencia contra la mujer y las del art. 544 bis Lecrim en el caso de ser el hombre el denunciante. En el fondo las medidas a adoptar son las mismas en cualquier caso, ya que se podrán interesar de igual modo las de prohibición de acercamiento, pero sobre todo las de prohibición de comunicación con la víctima como medida cautelar, ya que en estos casos con independencia de que a las víctimas les atemoriza el acercamiento, lo que más les aterra es la comunicación y ahí es donde debe enfocarse, sobre todo, la adopción de las medidas cautelares.

3.- AGRAVACIÓN POR DISCRIMINACIÓN AL COMETER EL DELITO POR RAZÓN DE GÉNERO

Se modifica en la LO 1/2015 el art. 22.4 CP que queda como sigue:

«4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

Con ello, en cualquier caso en el que se pueda acreditar que el hecho objeto de investigación y enjuiciamiento ha sido cometido en razón al género, se considerará como agravante de la responsabilidad criminal. Para ello tendrá que acreditarse en el proceso penal esta circunstancia en la prueba.

4.- DESAPARECE LA FALTA DE INJURIAS LEVES EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SE CONVIERTE EN DELITO LEVE

En primer lugar, se modifica el art. 57.3 CP que queda como sigue:

«3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves».

Se introduce un nuevo apartado en el art. 173 CP, que señala: *«4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del art. 84».* Se aprovecha la redacción del art. 173 CP para desplazar aquí la antigua falta de injurias o vejaciones injustas de carácter leve, cuando lo correcto hubiera sido situarlo en el art. 208 CP. Nótese que la posibilidad de imponer la pena de multa en esos casos de injurias o vejaciones lo será cuando concurren las circunstancias del art. 84.2 CP.

5.- EL DELITO DE MATRIMONIOS FORZADOS

Se introduce como novedad el castigo de los matrimonios forzados. Y así, dice el nuevo art. 172 bis: *«1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. 3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad».*

6.- QUEBRANTAMIENTO DE PULSERAS ELECTRÓNICAS.

Se introduce en la LO 1/2015 el delito de quebrantamiento de la inutilización de los dispositivos electrónicos impuestos al condenado por violencia de género. En efecto, porque se añade un apartado 3 al art. 468, con el siguiente contenido:

«Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses».

Así, en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se estaban planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos.

7.- EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL

Se castiga en el art. 149.2 CP:2. *El que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.»*

Dicho apartado fue introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, cuya rúbrica es «de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros». La Exposición de Motivos de esta reforma justifica la introducción del precepto expresado al abundar en «la existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico», afirmando que «la mutilación genital de mujeres y niñas es

una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales».

VI.6. La violencia económica sin acto adicional de violencia de género

El impago de pensiones del art. 227 del Código Penal es un delito de violencia de género de carácter económico por el que el obligado al pago niega a la mujer el derecho que le corresponde por resolución judicial al cobro de lo fijado en sentencia o acordado en convenio de mutuo acuerdo.

Es importante que se haya incluido en el art. 87 ter LOPJ por la LO 7/2015 de 21 de Julio al estar incluido el art. 227 CP entre los delitos contra los derechos Y deberes familiares y por ello estar atribuido a estos juzgados en el art. 87 ter.1, b) LOPJ.

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”.

Sin embargo, de la redacción actual dada por la LO 7/2015 se desprende claramente que no es preciso un hecho ilícito adicional para atraer la competencia a los JVM, sino que de la redacción de la letra b) ya se señala su específica competencia al estar atribuidos a estos “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.”



VII. Tutela Judicial

VII.1. Bienes jurídicos afectados

Si el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2001 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 declaró 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 fre-

cuencia 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 Igualdad²⁷. Ésta, expresamente, no sólo afirma la igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico sino que vincula en determinados pre-

²⁷ La 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.

ceptos 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 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”.

Este apartado ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que le ha dado la siguiente nueva redacción «2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia».

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.

Mandato que ha venido a reforzarse mediante la ya citada LO 8/2015, de 22 de julio, así como por las disposiciones contenidas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, como seguidamente veremos.

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.

Es necesario que se produzca la concurrencia de 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, De forma más específica, que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima, que requiera de la adopción de alguna de las medidas de protección que vamos a examinar.

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...*”.

Las dos recientes leyes citadas: LO 8/2015, de 22 de julio, y Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, han venido a reforzar este mandato del legislador, cuando la violencia de género afecte a los y las menores integrados en la convivencia familiar de la mujer que la sufre, introduciendo una normativa tendente a dar visibilidad como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, y la necesidad de pronunciamiento expreso, en todo caso, por parte del Juez competente, incluso de oficio, y aún cuando no se hubieren instado ante él medidas civiles.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia contiene, sobre este aspecto, una importante declaración de principios, al señalar que “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma.

Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Modificación a la que ya hemos hecho referencia.

También se modifica el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue:

«2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse **en todo caso**, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.»

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.”

También STC nº 179/2011, de la misma Sala, del 21 de noviembre de 2011, respecto de la necesidad de motivación de la resolución en que se acuerde, señalando al efecto que:

*“...consistiendo la detención judicial en una medida cautelar limitativa de la libertad personal que puede adoptar la autoridad judicial dentro del marco de un proceso penal, una de las exigencias necesarias para su constitucionalidad es que se exprese a través de una resolución judicial debidamente motivada en que se ponga de manifiesto el presupuesto habilitante de la medida y se pondere adecuadamente la concurrencia del fin constitucionalmente legítimo que justifique la limitación del derecho a la libertad personal. Este fin legitimador es en el caso de la detención judicial, conforme al ya señalado fin general legitimador de todas las medidas cautelares de naturaleza personal y en los términos específicamente previstos en el art. 494, en relación con el art. 492 LECrim , para esta medida cautelar, la concurrencia de circunstancias del hecho que hicieran presumir que la persona objeto de la medida no comparecerá cuando fue-
re llamado por la autoridad judicial.*

Este deber de motivación, que en cualquier caso es ineludible, sin embargo, como es obvio, tiene una diferente exigencia de intensidad según la naturaleza, incidencia y prolongación temporal de la medida cautelar en el derecho a la libertad personal. De ese modo, si bien su intensidad es máxima en los supuestos de prisión provisional, puede ser menor, pero nunca desaparece, en los casos de detención judicial en que, por su propia previsión legal, es una medida limitada temporalmente a 72 horas, tras la cual el propio órgano judicial debe volver a pronunciarse bien para elevar la situación de detención a prisión bien para dejarla sin efecto (art. 497 LECrim)."

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.”

Además de los supuestos anteriormente mencionados, el apartado 11 del artículo 544 ter LE-Crim, dispone que “en aquéllos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.

Ello implica que, con independencia de las dificultades y problemas que pueda plantear su tramitación en un momento distinto del inicio del procedimiento, en el que parece pensar, esencialmente, la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, lo cierto es que si en cualquier momento posterior del procedimiento se advirtiese la existencia de una situación de riesgo para la víctima (p.ej. tras la admisión de un recurso o ante el inminente enjuiciamiento) el Juez o Tribunal entonces competente, deberá convocar la comparecencia del apartado 4 de dicho precepto procesal.

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 Letrado/a de la Administración de Justicia, 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.

Debe tenerse en cuenta que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales ha introducido la posibilidad de plantear en determinados supuestos el recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, por lo que, de haberse adoptado medidas cautelares durante la tramitación de la causa, también la sentencia dictada en el recurso de apelación, de estimar procedente su mantenimiento, deberá acordarlo expresamente, a tenor de lo dispuesto en el precepto enunciado.

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, que pueden adoptarse en la misma resolución o en un Auto independiente, valorándose el sistema que resulte más conveniente, en función de las circunstancias que puedan concurrir, particularmente en lo que atañe a la más adecuada protección de la víctima.

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 delitos leves. y tan sólo pueden mantenerse hasta la existencia de una sentencia firme que, dada su instrumentalidad, extingue cualquier medida cautelar, más allá de la cual no cabe su mantenimiento.

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 investigado 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,²⁸ 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.”

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 Judicial²⁹ (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).

28 Como 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.”

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

También, y con el objeto de resolver frecuentes problemas de interpretación del apartado, 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, siendo, por ello, 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:

- 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.
- 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 investigado para oírlo y ratificar o alzar la medida.

Si se encontrare en ignorado paradero podrá acordarse su búsqueda y detención a fin de poder traerlo al procedimiento, recibirle declaración y notificarle la medida.

La motivación exigible al Auto por el que se acuerde esta medida (vid. a este respecto la STC nº 179/2011, de la misma Sala, del 21 de noviembre de 2011, que hemos analizado más arriba) 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 17ª, 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 decía 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**³⁰ 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 en tal momento había introducido los dispositivos para el control de cumplimiento de las 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.

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

Objeciones a las que viene a darse respuesta por medio del vigente Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género aprobado el 11 de octubre de 2013, y completado por el posteriormente aprobado, de 19 de octubre de 2015, para adecuar las actuaciones de instalación y desinstalación de los dispositivos del sistema de seguimiento con ocasión del ingreso, excarcelación o salidas penitenciarias de internos de los Centros Penitenciarios, el Protocolo de actuación en el ámbito penitenciario del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género.

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.

Sobre la necesidad de tramitar, en todo caso, la solicitud de orden de protección y de convocar la audiencia establecida en el apartado 4 del artículo 544 ter LECrim se han evidenciado diversos criterios en las distintas Audiencias Provinciales, entendiéndose, en algunos casos, que el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer puede denegar la tramitación de la petición de una orden de petición, y la convocatoria de la referida audiencia, tras la práctica de las diligencias mínimas de investigación –por ejemplo tras recibir declaración a la denunciante y al denunciado- descarta desde el inicio de la misma la concurrencia de los presupuestos necesarios para su adopción.

Existe un segundo criterio, sin embargo, conforme al cual, dada la redacción del referido precepto procesal, la negativa a convocar la audiencia prevista en el mismo debe ser realmente

excepcional y cuando, desde el inicio de las actuaciones, el Juez advierta que los hechos no son constitutivos de delito, o que no constan suficientes indicios de criminalidad, y vaya a acordar el sobreseimiento y archivo, o albergue serias dudas sobre la veracidad de lo expuesto en la sentencia, puede "ab initio", así como que, en todo caso, debería recibir declaración a la solicitante de la orden de protección antes de resolver en tal sentido.

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 Procedimiento por Delitos Leves.

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 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que, como se recoge en su Exposición de Motivos, tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, no podía dejar de visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su protección integral.

Así, en su artículo 10. “Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo” se establece que “Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley.”

Asimismo, el legislador refuerza la protección de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género en el marco de la orden de protección, al prever que el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de las medidas civiles. (régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia, etc), añadiendo al apartado 7 del artículo 544 ter, un inciso final, con la siguiente redacción:

“Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.”

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.

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

Ha de remitirse testimonio a la Administración Pública competente para la adopción de las medidas de protección, sean éstas de protección o de asistencia social, jurídica, sanitaria o de cualquier otra índole. En el apartado 8 del artículo 544 ter de la LECrim. se dispone que se establecerá, mediante un reglamento general, que podrá ser desarrollado por cada Comunidad Autónoma, un sistema integrado de coordinación administrativa (el Punto de Coordinación, al que el Juez remitirá la orden de protección), lo que facilitará la asignación a la víctima la asistencia y protección adecuadas a sus necesidades y las de las personas que de ella dependan.

Los Puntos de Coordinación establecidos en cada una de las Comunidades Autónomas se encuentran en el portal web del CGPJ-Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género.

Asimismo, habrá de comunicarse a la Policía Judicial, mediante la remisión de copia impresa, de forma inmediata, y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 24 horas, a efectos de su ejecución y seguimiento, conforme dispone el artículo 13 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, que deroga el RD 355/04, de 5 de marzo, por el que se regulaba el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

Finalmente, la orden de protección habrá de inscribirse 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, o, si ello no fuera posible por razones técnicas, por remisión por fax de los impresos normalizados aprobados como Anexo del RD 95/2009 citado.

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 alguno para realizar esta audiencia de forma simultánea a las anteriores.

Al amparo de estos preceptos se puede acordar:

1. La salida obligatoria del investigado del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. (artículo 64)
2. La suspensión para el investigado de la patria potestad o de la custodia de los menores a que se refiera. (artículo 65)
3. La suspensión del régimen de visitas del investigado a sus descendientes. (artículo 66)
4. La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas. (artículo 67)

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, efectúa dos modificaciones paralelas en los artículos 65 y 66 citados, con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

En el primero de los artículos citados, y tras prever en su primer párrafo la posibilidad de que el Juez suspenda para el investigado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera, añade un segundo párrafo, con el siguiente contenido:

«Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.»

Del mismo modo, en el artículo 66, que prevé la posibilidad de acordar la suspensión del régimen de visitas, adiciona un segundo párrafo, con el siguiente contenido:

« Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculgado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.»

Cohherentemente, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito introduce un nuevo artículo 544 quinquies con la siguiente redacción:

«Artículo 544 quinquies.

1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.*
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.*
- c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.*
- d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.*

2. *Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.*

3. *Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.»*

VII.2.11. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

Tras la nueva redacción dada a esta norma por las Leyes 15/2015 de 2 de julio y 26/2015 de 28 de julio, dispone el artículo 158 del Código Civil que:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

- 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 La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios **en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.**

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Se trata por tanto de medidas de naturaleza eminentemente civil, directamente enderezadas a la protección de los hijos/as y compatibles con el resto de las medidas de protección de la víctima de violencia de género, manteniendo la redacción actual la posibilidad de que sean adoptadas por el Juez de oficio, o a instancia del propio hijo/a, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal.

Se mantiene igualmente la previsión de que podrán ser acordadas dentro de cualquier proceso civil o penal o en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Así, podrán dictar medidas al amparo del artículo 158 del Código Civil en los asuntos competencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, el Juez de Familia antes de inhibirse al Juzgado de Violencia cuando se den los presupuestos del artículo 87 Ter 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces de Instrucción cuando actúan en sustitución de estos, incluso, el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial a los que corresponda el enjuiciamiento de los hechos.

Por lo que respecta al procedimiento para su adopción, salvo la previsión de que se adopten en un procedimiento de jurisdicción voluntaria en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 13 a 22 y 85, 87 y 88 de la Ley 15/2015 de 2 de julio, el Código Civil nada dice.

El artículo 544 ter 7, permite la adopción de las medidas del artículo 158 en el seno de una orden de protección, por tanto junto con las medidas penales que pueda acordar el órgano judicial, tras la celebración de la comparecencia que establece el artículo 544 ter 4 de la Lecrim.

Será necesaria por tanto la audiencia y contradicción de todas las partes interesadas, previendo la ley la citación a una comparecencia tanto en el caso de la orden de protección como en el caso de un expediente de jurisdicción voluntaria, no siendo preceptiva en este caso la intervención de abogado ni de procurador.

Tales medidas, se han de resolver en todo caso 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 cuando se evidencie un riesgo urgente para los menores que exija su adopción inmediata.

Así, cuando se soliciten al amparo de la orden de protección, en la comparecencia del artículo 544 ter deberán las partes ser oídas acerca de las medidas que se interesen consignándose en el acta correspondiente y, si solicitada la orden de protección no pudiera celebrarse la citada comparecencia, nada impide que por el Juez/a se acuerde, por un lado la protección penal al amparo del artículo 544 bis, y medidas concernientes a los hijos al amparo del artículo 158.

Cabe también la posibilidad de que, denegada la orden de protección, el órgano judicial aprecie una situación de urgencia para los hijos menores pudiendo adoptar medidas relativas a los mismos mediante el expediente del artículo 158 del Código Civil.

De igual manera si a la vista de la solicitud se aprecia que, de forma palmaria, no existe riesgo alguno para los menores puede rechazarse la admisión del incidente.

Las medidas del art. 158 tienen carácter abierto y están directamente enderezadas a la protección de los menores y a evitarles perjuicios.

Así, Como dice el Auto 64/2015 de 23 de abril de la Sección 2 AP Santander, "...el art. 158 del CC no contiene una enumeración taxativa de medidas que limite al juzgador, ya sea penal

o civil, para adoptar, por razones de urgencia y celeridad, todas aquellas que sean necesarias para proteger los superiores intereses del menor."

Cabría por tanto y con fundamento en tal norma y en relación con otras como los artículos 544 ter 7 y 544 quinquies de la Lecrim y 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004 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, o en el Auto de la Sección 3ª Audiencia Provincial de Santander 18/2016 de 21 de enero 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".

La Sentencia 525/2016 de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de junio, señala que "...Ante dicha situación, de grave riesgo para la estabilidad emocional y afectiva de los comunes descendientes, se impone necesariamente la continuación de la intervención de los profesionales del CAI con dicho grupo familiar, en orden a una imprescindible normalización de las relaciones paterno-filiales, y de no haberse producido la misma al comienzo del próximo curso escolar, el Juzgador a quo habrá de adoptar, incluso de oficio y por la vía del *artículo 158 del Código Civil*, las medidas necesarias para proteger el interés prioritario de la prole, no descartándose, en último término, el internamiento institucional de los hijos, si ello fue imprescindible a tal fin."

Si el Juez/a considera que efectivamente no existe riesgo alguno para la integridad o la indemnidad física de los menores o, en definitiva, una situación de urgencia puede inadmitir la solicitud. Auto 123/2014 Sección 4 AP de Valencia.

Respecto de la la solicitud de autorización de cambio de país o de residencia, en ocasiones se articula a través del expediente del artículo 158 y otras por la vía del artículo 156 del Código Civil.

Así, el Auto Sección 1ª AP Sta Cruz de Tenerife 133/2015 de 1 de octubre, cita de la STS 20 de octubre de 2014 se refiere a esta cuestión.

El optar por uno u otro procedimiento puede tener importancia desde el punto de vista de los recursos.

En este sentido, resulta interesante el Auto de la AP de Barcelona 50/2015 de 10 de febrero, Sección 18 y en el que "Entiende la Sala que si hay que atender específicamente a la naturaleza del desacuerdo y que si se trata de un mero debate sobre problemas que hay que resolver en el día a día y en la cotidianeidad del hijo, que por razones de urgencia se ha consumado en una determinada actuación o cuando se trata de cuestiones leves o banales no cabe recurso. Pero otras controversias como el cambio de domicilio (a veces al extranjero), que implique la necesidad de plantear la modificación de otras medidas relacionadas (desplazamientos, alimentos, etc.) son de suficiente enjundia como para merecer no sólo la determinación del progenitor decisor (lo que implica normalmente un juicio de valor sobre la decisión de fondo), sino también el eventual control en alzada. Se trata de supuestos que, en puridad, son de modificación de efectos y que deberían *reconducirse ab limine* a dicho trámite."

Finalmente, y en cuanto a la interpretación de las novedades introducidas por la Ley 26/2015 de 28 de julio, en los números 4, 5 y 6 del artículo 158 del Código Civil la exposición de motivos de la misma señala que "Se opera una modificación del artículo 158 del Código Civil, partiendo del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encostramientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo. Con la modificación del artículo 158 se posibilita la adopción de nuevas medidas, prohibición de aproximación y de comunicación, en las relaciones paterno-filiales."

VII.2.12. MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

El artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) establece en su número 7, en la nueva redacción dada al mismo por la Disposición Final 1.13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito que:

"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 personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, 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. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles 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 instancia que resulte competente."

1. Supuestos en que procede la adopción de medidas civiles y legitimación para pedir las.

Es una cuestión pacífica la de que la orden de protección no puede comprender tan solo medidas civiles, pues la adopción de estas se supedita siempre a la de medidas penales por haber valorado el órgano judicial la existencia de indicios fundados de un delito y de una situación objetiva de riesgo para la beneficiaria de la medida.

Existe, por otro lado, un requisito de orden negativo: que no existan ya medidas civiles adoptadas y vigentes.

Por tanto, no puede plantearse la hipótesis de una orden de protección únicamente con medidas civiles (SAP Madrid, 26ª, 22/7/09, rec. 1419/2009) y SAP Alicante, Sección 1ª 827/2013, que señala que *"la solicitud de medidas civiles ostenta un carácter complementario de las de orden penal que se interesen, de forma que las de este carácter civil no pueden adquirir autonomía propia y acordarse con independencia de las de orden penal."*

En la práctica, sin embargo, existe una excepción a lo dicho. Es el caso en que se interesa una orden de protección solicitando medidas penales y civiles al tiempo de la denuncia o en la declaración judicial de la víctima en el seno de unas diligencias urgentes y el acusado reconoce los hechos y acepta la pena más grave de las que son objeto de acusación recayendo por tanto tanto Sentencia de conformidad.

En tal caso, nada impide dictar un Auto que recoja como orden de protección tan solo medidas civiles pues las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación se habrán sustituido por las correspondientes penas ex artículos 57 y 48 del Código Penal.

La alternativa para poder dictar esas medidas civiles que se pidieron sería acudir al expediente del artículo 158 del Código Civil.

Por lo que respecta a la legitimación para pedir las, se mantiene la redacción anterior, de manera que sólo pueden solicitarlas la víctima o su representante legal y el Ministerio Fiscal.

Respecto de la posibilidad del Juez/a de adoptarlas de oficio, existe una novedad de suma importancia pues en virtud del inciso final del primer párrafo del artículo 544 ter 7, "Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas."

Debe recordarse que el Juez/a puede dictar una orden de protección penal aún cuando la víctima no la haya solicitado e incluso contra su voluntad si aprecia, de una forma palmaria, que la misma se encuentra en una situación grave de riesgo. Si existen hijos menores o persona con la capacidad judicialmente modificada y que convivan con ella se impone al órgano judicial la obligación de resolver sobre las medidas concernientes a los hijos e hijas aún cuando nadie las pida.

Lógicamente en tales casos deberá celebrarse la comparecencia del artículo 544 ter de la LECrim y oír a todas las partes sobre qué medidas adoptar.

2. Relación con las medidas provisionales civiles.

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 existen 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 su suspensión o restricción o 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 deben 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 554 ter.7 LECrim prevé la “incoación”, que es un acto del órgano judicial y no de parte. Debe interpretarse “interposición” y no “incoación”³¹.

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 demanda³²) 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 y de una situación de riesgo “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”³³.

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

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

33 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

No obstante, debemos incidir en una cuestión de especial interés. Cuando es el Juzgado de Instrucción el que actúa en sustitución del JVM dicho órgano debe resolver, en todo caso, sobre las medidas civiles que sean solicitadas en la comparecencia de la Orden de Protección y no diferir el pronunciamiento sobre las mismas ante el Juez/a de Violencia, pues su competencia alcanza a resolver sobre las medidas civiles y tal pronunciamiento es imperativo.

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. 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.

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, 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.

Para aquellos casos en los que la perjudicada manifieste que su intención es abandonar la que fuera la vivienda familiar y carezca de otra, deben articularse los necesarios medios para atender a la necesidad de habitación de los hijos menores mediante la coordinación con los centros mujer o los correspondientes recursos municipales o autonómicos como casas de acogida a las víctimas de violencia de género.

adicional 4ª de la LECrim, donde se dice que esa referencia será, en su caso, al Juez Violencia sobre la Mujer.

Debe también recordarse que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar no prejuzga la titularidad dominical de la misma, por lo que en principio puede hacerse esa atribución aún cuando sea privativa del progenitor no custodio o de los padres de éste, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a éstos para reclamar lo que a su derecho corresponda.

Lógicamente no puede hacerse la atribución de una vivienda que haya sido ocupada ilegalmente por las partes.

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.

Hay que tener en cuenta en esta materia, que las reformas legislativas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito refuerzan la protección a los hijos/as de las víctimas de violencia de género.

Así, en el seno de la orden de protección será siempre inviable la custodia compartida³⁴, al existir violencia de género, de acuerdo con el artículo 92.7 CC.

Abundando en esa idea, la **STS 36/2016 de 4 de febrero señala que** “...sus razones no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que **son también víctimas, directa o indirectamente**, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia **les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre**, directamente amenazada... una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese

³⁴ Resulta 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.

marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.”-

Así, conviene recordar que en la adopción de las medida relativa a la guarda y custodia ha de tenerse en cuenta que el interés primordial que se ha de proteger es el de los hijos/as.

Así, la **STS 680/2015 de 26 de noviembre** señala que "El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara". Igualmente el *art. 2 de la mencionada LO 8/2015* exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un **entorno "libre de violencia"** y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

En cuanto a las visitas en favor del progenitor no custodio, deberá valorarse igualmente el interés del menor a la hora de establecer las mismas, de establecerlas con carácter restringido o, incluso, de no acordar visitas en favor del padre.

Así, con cita de las SSTS 11 de febrero de 2011 y 13 de febrero de 2015, en la citada Sentencia 680/2015, señala la Sala Primera que: "A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar **que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.**"

Deberá valorarse así, circunstancias tales como si los menores han sido testigos o víctimas directos del episodio violento o de otros anteriores, o de si existe cualquier circunstancia que

permita pensar que existe un riesgo para los mismos o para la madre, tales como algún tipo de patología o adicción en el investigado, así como si éste tiene un lugar adecuado para tener consigo a los menores.

Puesto que la vigencia de la prohibición de aproximación va a determinar la imposibilidad del padre de recoger y reintegrar a los menores en el domicilio familiar, puede resultar conveniente que en la comparecencia de la orden de protección las partes designen a un familiar o una persona de la confianza de ambos que pueda llevar a cabo tal cometido.

Otra forma de salvar tal inconveniente sería el de establecer que el padre recogerá y reintegrará al niño/a en el centro escolar o en el domicilio de un familiar.

Para el caso de que se acuerde en la Orden de protección el ingreso en prisión del detenido, habiéndose acordado medidas civiles no parece aconsejable el establecer visitas en favor del padre, sin perjuicio de lo que pueda resultar en el correspondiente proceso civil si llega a entablarse la demanda y en función de los correspondientes informes periciales. Vid Sentencia del TS 319/2016, de 13 de mayo.

Tampoco parece aconsejable el establecer visitas en favor del padre cuando se acuerda el ingreso de la víctima en una casa de acogida si el cumplimiento de las visitas puede suponer un riesgo para los menores o para la madre.

Si se considerara adecuado al interés de los menores el fijar visitas en favor del padre pero con carácter restringido, puede también acordarse la derivación al Punto de Encuentro Familiar. Vid Sentencia del TS 598/2015 de 27 de octubre, si bien conviene recordar que éste es un recurso subsidiario, como señala la Sentencia 89/2016 de la Sección 6ª Ilma Audiencia Provincial de Málaga.

Régimen de prestación de alimentos

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”.

En la medida de lo posible debe practicarse prueba en la comparecencia de la orden sobre la capacidad económica de los progenitores, así como sobre las necesidades de los menores con el fin de cuantificar dicha pensión, pudiendo acudir al Punto Neutro Judicial.

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 sustracción 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).

En los casos en los que se dicta la orden de protección, normalmente la medida penal comprenderá tanto la prohibición de aproximación del investigado con la víctima como la prohibición de comunicación lo que va a dificultar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

A fin de evitar perjuicios a los menores y obligar a la madre a acudir al expediente del artículo 156 del Código Civil, puede resultar conveniente el ejercicio unipersonal a la madre si ostenta la guarda y custodia del ejercicio unipersonal de la patria potestad, lo que le permitirá tomar decisiones atinentes a los menores como la de llevarlos a tratamiento psicológico si fuera preciso o cambiarlos de centro escolar sin precisar el consentimiento del padre, investigado en el procedimiento.

Permite abonar esta solución la citada Sentencia del Tribunal Supremo 319/2016, de 13 de mayo.

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 ci-

viles (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.

7. Referencia al nuevo artículo 544 Quinquies

La disposición Final 1.14 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, introduce el art. 544 quinquies en la Lecrim con la siguiente redacción:

"En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.
 - b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.
 - c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.
 - d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.
2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil."

VII.2.13. MEDIDAS AUTÓNOMAS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

En este punto nos remitimos a lo dicho en el apartado VII.2.11

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, introdujo 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 justificaba esta nueva redacción en la necesidad de adaptar la prisión provisional a la doctrina jurisprudencial y constitucional emitida al respecto, al respecto 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.
 - Evitar el riesgo de que el investigado pueda cometer otros hechos delictivos.

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.
- 1.4 Téngase en cuenta que la introducción del recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales por la ya citada Ley 41/2015, de 5 de octubre va a suponer, caso de interponerse, una mayor duración del procedimiento, lo que determina la necesidad de extremar la vigilancia de las incidencias que pudieran derivarse de la situación de los presos preventivos, y, en especial, el posible transcurso de los plazos.

Acerca de cuál ha de ser el órgano judicial que debe asumir el control de la pieza de situación personal en tales casos, mientras no haya adquirido firmeza la sentencia, algunas Audiencias Provinciales han acudido a la adopción de Acuerdos de Juntas de Unificación de Criterios.

En este sentido, la Audiencia Provincial, que ha adoptado el siguiente criterio:

“En los casos en los que se interponga recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal o por las Audiencias Provinciales (o Sala de Audiencia Nacional), estas en única instancia, se elevará el procedimiento al órgano competente para conocer de la apelación (Audiencia Provincial, o Sala de Apelación de la AN, y TSJ respectivamente) pero quedando el Juzgado que dictó la sentencia con la pieza de situación y el control de la situación personal del preso.

Cuando la Audiencia Provincial dicte sentencia resolviendo recurso de apelación ante sentencia dictada por Juez de lo Penal y se interponga recurso de casación la Audiencia comunicará al Juzgado de lo Penal que la sentencia no es firme hasta

que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la admisión o no a trámite del recurso a los efectos de control de la mitad de la pena de prisión al tratarse generalmente de penas cortas de prisión.

De la misma manera, cuando la Audiencia Provincial dicte sentencia en juicio en primera Instancia en causa con preso y se interponga recurso de apelación se quedará la pieza de situación y elevará los autos al Tribunal Superior de Justicia estando a la espera de la comunicación de su firmeza o de si se ha interpuesto recurso de casación a los mismos efectos del control de la mitad de la pena de prisión.”

Criterio basado en el que se ha de seguir siempre que se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo con respecto de la pieza de situación personal, que conservaba la Audiencia Provincial, elevando los autos sin ella, con base al Artículo 861 bis a LECRIM: *“Las sentencias contra las cuales pueda interponerse recurso de casación no se ejecutarán hasta que transcurra el término señalado para prepararlo. Si en dicho término se preparare el recurso, el Tribunal dispondrá, al remitir la causa o ramo, que se contraiga testimonio de resguardo de la resolución recurrida, que conservará con las piezas separadas de la causa para ejecución de aquélla en su caso.”*

Así, el criterio que debe entenderse correcto según la AP de Alicante se centraría en que es el órgano judicial que dicta la primera sentencia, el que se queda la pieza de situación personal, aunque se interponga recurso contra la misma. Y este órgano será el competente para adoptar las medidas respecto a la libertad del preso, lo que ocurrirá si se llega a la mitad de la pena de prisión impuesta al condenado y todavía no se ha podido dictar el Auto de firmeza al no haberse resuelto el último recurso admisible que ahora cabe contra la sentencia.

Con algunas modificaciones, derivadas del contenido de los Acuerdos previos, también la Audiencia Provincial de Madrid opta por remitir la pieza de situación personal al Juzgado de lo Penal que dictó la sentencia de instancia, en este caso sobre la base de que, una vez resuelto el recurso de apelación dictando la correspondiente sentencia, la Audiencia Provincial carece ya de ningún tipo de competencia para conocer de cualquier incidencia que pueda derivarse de la subsiguiente tramitación del procedimiento.

Así, el 26 de octubre de 2001, la Junta General de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió que, en relación con la situación de los presos incurso en causas cuya sentencia se halle en fase de apelación ante la Audiencia *“se indique a los Juzgados de lo Penal que envíen las piezas de situación personal junto con la causa principal, para que sea la respectiva Sección la que resuelva las incidencias que puedan surgir mientras la causa se halle en la Audiencia, pendiente de resolución”*.

Que ha sido recientemente modificado por el adoptado en fecha 26 de septiembre de 2016, con el siguiente contenido: *“el órgano competente para la resolución de la segunda instancia conocerá de la pieza separada de situación personal. Si resuelta la apelación se interpusiera recurso de casación, se devolverá la pieza de situación personal al órgano judicial que resolvió la primera instancia, junto con testimonio del Auto por el que se tenga por preparado el recurso de casación”*.

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 ritualaria 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 acabo 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 cau-

telar 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 investigado. 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 aproxi-

mación 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.”

“Ante la Ley 41/2015 que reforma la LECRIM e introduce el recurso de casación ante sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación contra sentencias dictadas por los juzgados de lo penal y ante la necesidad de unificación de criterios alguna Audiencia Provincial como la de Alicante ha adoptado el criterio que podría mantenerse en cuanto a quien se debe hacer responsable del control de la pieza de situación personal mientras no adquiere firmeza la sentencia consistiría en que:

En los casos en los que se interponga recurso de apelación contra sentencias dictadas por los juzgados de lo penal o por las Audiencias Provinciales (o sala de Audiencia Nacional), estas en única instancia, se elevará el procedimiento al órgano competente para conocer de la apelación (Audiencia Provincial, o sala de apelación de la AN, y TSJ respectivamente) pero quedando el juzgado que dictó la sentencia con la pieza de situación y el control de la situación personal del preso.

Cuando la Audiencia Provincial dicte sentencia resolviendo recurso de apelación ante sentencia dictada por juez de lo penal y se interponga recurso de casación la Audiencia comunicará al juzgado de lo penal que la sentencia no es firme hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la admisión o no a trámite del recurso a los efectos de control de la mitad de la pena de prisión al tratarse generalmente de penas cortas de prisión.

De la misma manera, cuando la Audiencia Provincial dicte sentencia en juicio en primera Instancia en causa con preso y se interponga recurso de apelación se quedará la pieza de situación y elevará los autos al Tribunal Superior de Justicia estando a la espera de la comunicación de su firmeza o de si se ha interpuesto recurso de casación a los mismos efectos del control de la mitad de la pena de prisión.

Ello se basa en que es lo que se estaba haciendo hasta la fecha siempre que se interponía recurso de casación ante el Tribunal Supremo con respecto de la pieza de situación personal que se quedaba siempre en la Audiencia Provincial elevando los autos sin ella en base al Artículo 861 bis a LECRIM: Las sentencias contra las cuales pueda interponerse recurso de casación no se ejecutarán hasta que transcurra el término señalado para prepararlo. Si en dicho término se prepara el recurso, el Tribunal dispondrá, al remitir la causa o ramo, que se contraiga testimonio de resguardo de la resolución recurrida, que conservará con las piezas separadas de la causa para ejecución de aquélla en su caso.

Es decir, que el criterio más correcto según la AP de Alicante se centraría en que se queda la pieza de situación quien dicta la primera sentencia aunque se interponga recurso contra la misma. Y este órgano será el competente para adoptar las medidas respecto a la libertad del preso, lo que ocurrirá si se llega a la mitad de la pena de prisión impuesta al condenado y todavía no se ha podido dictar el auto de firmeza al no haberse resuelto el último recurso admisible que ahora quepa contra la sentencia.

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

La tan citada Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuya vocación es la de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delito, establece en su artículo 19 el derecho de las víctimas a la protección, disponiendo al efecto que

“Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de pro-

tección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso”

En su artículo 20 establece el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor, disponiendo, al efecto que:

“Las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra.”

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”.

El artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Víctima dispone la protección de la víctima durante la investigación penal, con la finalidad de evitar la victimización secundaria, estableciendo que las víctimas podrán hacerse acompañar, además de por su defensa y representante legal, por otra persona de su elección.

En los artículos siguientes se dispone la necesidad de evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, estableciendo quien debe realizar la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección que correspondan en cada momento o fase procesal, y las medidas a adoptar para evitar la victimización secundaria, disponiéndose, en particular, medidas complementarias para el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En esencia, puede concluirse que 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 acoja 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.

Sin embargo, la reforma de la LEcr ha dejado pasar la oportunidad de acometer la modificación del citado art .416, que permanece inalterado, por lo que su aplicación continúa suscitando la discusión acerca de mantener dicha dispensa en ámbito de los delitos de violencia contra la mujer y violencia doméstica...

Es reiterada doctrina jurisprudencial del T.S. la que configura la dispensa, como un derecho de la persona que declara , de manera que debe ser dicho testigo/a quien decida “libremente” si quiere o no prestar declaración, o si desea o no renunciar a esa posibilidad. Y en concreto las Sentencias Sala II 134/07, de 22 de febrero, y 385/07, de 10 de mayo, entre otras muchas posteriores en el mismo sentido, apuntaban que la excepción o dispensa de la obligación de declarar al pariente del procesado o al cónyuge, venía a 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, sin distinción por tanto en relación al/la testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado...

Pues efectivamente siendo conscientes de que, como afirma la STS 29.10.14, *“las propuestas de corrección para restringir su alcance, cuando el pariente exento es además de testigo, víctima... son vía lege ferenda”*, no parece que la situación personal del/la testigo-víctima de violencia, pueda determinar esa “libre” decisión sobre su cómo deba afrontar su declaración en el curso del proceso penal seguido por los delitos de tal naturaleza, en cuyo ámbito, además de que la víctima pueda sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario por encima del legítimo derecho a declarar contra él...su propia realidad, ubicada en el círculo de la violencia, puede propiciar el acogimiento a dicha dispensa de manera nada “libre”, acuciada por sus circunstancias personales o de su entorno, cuya consecuencia, frecuentemente, determina la absolución del acusado.

La dificultad interpretativa del precepto analizado sobre varias de las cuestiones que suscita su aplicación, determinó que el Tribunal Supremo adoptara **el Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013** estableciendo 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".

El tenor del Acuerdo transcrito vino a zanjar alguna cuestión interpretativa, pero no ha evitado el planteamiento de otras que continúan resultando conflictivas:

1. Aplicación de la dispensa a los miembros de las **uniones de hecho**, que gocen de las notas de continuidad y estabilidad, y se mantengan al tiempo de la comisión de los hechos violentos.

Equiparación que ya había admitido el propio TS desde la Sentencia 134/07, de 22 de febrero, señalando 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”.

STS Sala 2ª de 25 junio 2015 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 25-6-2015, nº 400/2015, rec.10018/2015

“el Auto de esta Sala de 3-11-2011, nº 1829/201, recuerda que: "El artículo 416.1º de la LECr. (EDL 1882/1) dispensa del deber de declarar a " los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261".

*Interpretando dicho precepto procesal y adecuándolo a la realidad actual, esta Sala ha señalado en diversas sentencias (vid. SSTS num. 164/2008, de 8 de abril, num. 164/2008, de 8 de abril, num. 101/2008, de 20 de febrero, y num. STS 385/2007, de 10 de mayo) que **entre las personas amparadas por la dispensa , las que ha de incluirse hoy en día a aquéllas que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio**, dispensa que constituye un derecho del que deben ser advertidas las personas que, encontrándose en esa relación, sean requeridas para participar en la indagación de hechos delictivos y cuya manifestación sobre lo que tengan conocimiento pueda contribuir al esclarecimiento de lo que se investiga. La jurisprudencia de esta Sala en reiteradas ocasiones ha establecido que la dispensa de declaración que se recoge en el artículo 416 de la LECr. (EDL 1882/1), sólo juega, en los casos específicamente, en que el familiar, -tratándose del cónyuge o persona afectivamente unida por relación similar al declarante-, mantenga ese vínculo y, consiguientemente, la convivencia. Así, la STS 164/2008,*

de 22 de febrero señala que al dispensa del conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada, pero que, en consonancia con tal argumento, se supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio -así aparece claramente en la sentencia del 22/2/2007".

2. **Momento procesal de la instrucción a la víctima/testigo de la acción violenta, del “derecho a no declarar”** ya había sido señalado por la Sentencia del TS 385/07, de 10 de mayo, reiterando la doctrina que ya recogía la de 6 de abril de 2001 y 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.

Se da por reproducido en este punto, lo dicho hasta ahora en diversos pasajes de esta Guía (en concreto pags. 195 y ss.) en relación al “derecho de información” a las víctimas de los que les asisten, y que se recoge expresamente en el “Estatuto de la víctima”, coincidente con la línea marcada por la LO. 1/2004, y los diferentes Protocolos aprobados ya por las F.F. y C.C. de Seguridad del Eº, Colegios de Abogados etc. y de crucial trascendencia habida cuenta de la drástica consecuencia de la falta de instrucción al testigo de dicha dispensa, que determina la prohibición de admitir la declaración emitida, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ.

3. **Momento procesal en que el/la testigo puede acogerse a dicha dispensa.**

Resulta igualmente de relevante importancia por cuanto apunta otra de las cuestiones discutidas que deben resolverse cuando, siendo el/la testigo, víctima de la acción violenta, y debidamente advertida del contenido del art. 416 LECr, tras haber declarado contra su agresor ya ante la policía, ya ante el Juzgado de instrucción, decide no declarar en el acto del juicio oral; es determinante contrastar cuál es la validez de la declaración sumarial, y si puede ser incorporada por la vía del art. 730 LECR.

El criterio expresado por determinadas Audiencias Provinciales admitía la lectura de las declaraciones de la víctima prestadas en fase de instrucción, por la vía del artículo 730 de la LECrim, siempre y cuando las mismas hubieren sido prestadas con la debida contradicción y a presencia del letrado/a del imputado; para lo cual se extraía algún pronunciamiento de la Sala II del T.S. - p.e., la S. 21.02. 2007 – relativo a la interpretación de la “imposibilidad” a la que

se refiere el art. 730 LECr que señalaba que “...no se trata de una enumeración exhaustiva y cerrada que impida considerar otros supuestos de imposibilidad...”.

Se defendía la posibilidad de valorar las declaraciones de la víctima prestadas en fase de instrucción introduciéndolas en el plenario al amparo de dicho precepto, arguyendo 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 señalaba expresamente la Sentencia de la AP de Castellón, de 12 de abril de 2006- “se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho Penal en el ámbito familiar, aún en los delitos públicos o semipúblicos”... Idea que 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”.

Concluyendo que, una interpretación excesivamente restrictiva del artículo 416, excluyente de otras posibilidades procesales como las que ofrecen los artículos 714 y 730 de la LECrim, o la prueba de indicios llevaría a situaciones de auténtica impunidad.

Pues bien, respecto a las posibilidades procesales “ex arts.” 714 y 730 LECr, la **STS Sala 2ª de 29 octubre 2014 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-10-2014, nº 703/2014, rec. 908/2014,** ha venido a precisar el criterio del Alto Tribunal:

“las sentencias de esta Sala, 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; 160/2010, de 5 de marzo; 459/2010 de 14 de mayo, 1010/2012, de 21 de diciembre, explicitan que la libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial.

Incluso, no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el Juicio Oral, entre otras razones

porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado.

Por tanto, admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculpativa. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa, luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa. Consecuentemente, tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr. (EDL 1882/1) que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediatez, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de

práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral.

Llamar a esto "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende.

Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho no a declarar, que la Ley le atribuye.

Este criterio, se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973, y ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, además de la ya citadas, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar. Y tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca.

Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral, y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario.

(...) las declaraciones anteriores de quien legítima y voluntariamente, hace uso de la dispensa no podrán integrar prueba de cargo”.

4. Ninguna novedad se deriva en relación a la **admisión de la prueba preconstituída**, ante la eventualidad de que la víctima no sea habida el día del juicio oral, o se haya ausentado del país - caso de ciudadanas extranjeras- pues la posibilidad de grabar tales declaraciones, ex artículos 325 y 731 bis de la LECrim y 229 de la LOPJ, permiten después su introducción en el plenario, a petición de parte, por la vía del artículo 730 de la LECrim.

Y así aparece reconocida expresamente por la **Sentencia del TS 125/08, de 11 de enero**, en la que la Sala II 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 preconstituída 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 preconstituída 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 preconstituída, 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”.

5. Por último, y en cuanto a la **valoración de la prueba**, es claro que el mantenimiento en la LECR, de la dispensa del art.416, y la posibilidad del silencio sorpresivo de la víctima-testigo en el acto de juicio, mantiene también claras consecuencias probatorias para las acusaciones, obligadas a articular pruebas que rodean al hecho, en previsión de la posible alteración de los medios de prueba que supone el ejercicio de dicha dispensa.

En este punto, se corrobora la trascendencia de la prueba indiciaria si, llegado el acto del juicio, la víctima se acogiera a su derecho a no declarar en contra del reo... lo que exige una instrucción judicial bien hecha, susceptible de ser valorada por el órgano sentenciador en el plenario, en el que -a salvo los supuestos excepcionales de prueba anticipada antes referidos- el Tribunal pueda apreciar otras testificales -“directas”, no de referencia- ya de los agentes policiales actuantes, conforme a la doctrina sentada por la STS 625/07, de 12 de julio; ya del personal médico que atendió a quien ahora silencia los hechos, o -como señala dicha resolución- de los vecinos en cuya casa se refugió huyendo del agresor, constituyendo así 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”.

Debe insistirse en todo caso, en la “función” (derecho/deber) judicial, de indagar la causa del silencio de la víctima... Situación procesal que perfectamente ilustra la STEDH, de 9 de junio de 2009, en el caso “Opuz c. Turquía” – referente en el tema y que vino expresamente a sancionar a este país- censurando “que las autoridades no considerasen los motivos que había detrás de la retirada de las demandas, en un supuesto de violencia en el ámbito de la violencia de género con resultado de muerte”.

El grupo de expertos y expertas en materia de violencia de género del CGPJ propone una reforma del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que el legislador aclare y resuelva las diversas situaciones que acontecen en la práctica judicial.

NECESIDAD DE REFORMA DEL ART.416

Resulta una realidad contrastada por los trabajos desarrollados por este grupo de Expertos, que un elevado número de las resoluciones dictadas poniendo fin a los procesos de violencia, bien sobreseyendo las actuaciones en la fase misma de instrucción, bien por sentencia absolutoria obedece a que las víctimas, a la hora de declarar, se acogen a dicha dispensa legal, y privan al proceso de una prueba que -también en un alto porcentaje- resulta ser la única directa de la conducta delictiva del acusado.

De ahí la reflexión acerca de la necesidad de reforma legal de dicha dispensa.

Si resulta indiscutible que la lucha frente a la violencia contra la mujer, constituye un objetivo, firme y primordial, de la política criminal desarrollada en los últimos decenios en nuestro país, parece también obvio que el legislador debería replantearse el mantenimiento de la dispensa para su aplicación en los delitos de esta naturaleza.

Su comisión misma, apunta a la evidente quiebra de las razones que justificaron la existencia de dicha dispensa, tales como la solidaridad familiar o el equilibrio afectivo entre sus miembros, abundando en ello además, la realidad de que la víctima que ha de declarar sobre los hechos acaecidos a lo largo del proceso, se ve inmersa en unas circunstancias que, desde luego, le impiden decidir libremente.

Al tratarse de un derecho de previsión constitucional, la reforma de la dispensa que se apunta, deberá conciliar el respeto al compromiso constitucional que le da amparo y enervar no solo

los efectos derivados de impunidad que propicia, claramente contrarios a ese objetivo común de acometer el fenómeno de la violencia, sino las consecuencias procesales de la víctima, en concreto la de excluir su persecución penal.

VII.5. La valoración de la prueba

VII.5.1. LA MOTIVACIÓN Y LA RAZONABILIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN

Tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional se han pronunciado reiteradamente acerca del deber de motivación de las resoluciones judiciales como reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva, declarando por todas las STS 376/15 de 9 de junio, con cita de la sentencia de la misma sala 555/2003, de 16 de abril y de la STC 57/2003, de 24 de marzo que *“el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 de la CE , comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el art. 142 de la LECrim, está prescrito por el art. 120.3 de la CE , y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma; que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera”*.

Son numerosas las sentencias del TS y del TC que señalan cuando puede considerarse que una resolución ha vulnerado efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva, delimitando el contenido y alcance de tal derecho en la faceta relativa a la obtención de una resolución motivada y fundada en derecho, declarando la STC 101/2015, de 25 de mayo con cita y reproducción de la STC 102/2014, de 23 de junio que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi, por lo que se produce infracción constitucional:

1. *“Cuando no hay motivación -por carencia total-”*
2. *“Cuando es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado”*

Afirma la misma sentencia que *“La arbitrariedad e irracionalidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad”* o cuando *“aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo”*.

De la Jurisprudencia expuesta se infiere que la finalidad de la motivación es 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, la motivación de las resoluciones judiciales debe ser suficiente 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 citada STC 101/15 recoge la doctrina consolidada del Tribunal y declara que la motivación *“ha de ser suficiente –en el sentido de expresiva ad casum de la ratio decidendi- y ajustada a aquellos límites de su fundamentación en Derecho –esto es, no arbitrariedad- manifiesta*

irrazonabilidad o error patente en la interpretación de la causa legal aplicada”, habiendo ya recordado la STC 193/96 , de 26 de noviembre 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...”.

Ahora bien, aunque el propio Tribunal Constitucional ha advertido en reiteradas ocasiones (STC 26/97 de 11 de febrero; también en las SSTC 66/96, 169/96) que *“... 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 vengan 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)”*, los Altos Tribunales también se han referido en ocasiones a la concreta valoración de las pruebas practicadas, declarando la STS 376/15, de 9 de junio que *“tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo en el juicio sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas” (cita de la STS 123/04, de 6 de febrero)*, añadiendo que el deber de motivar los elementos fácticos de las resoluciones, tiene –entre otras– las siguientes conclusiones:

“1º) No es posible una simple valoración conjunta de la prueba, sin dar cuenta el Tribunal de las fuentes probatorias concretas de las que se ha servido para obtener su convicción judicial.

2º) Que tal deber no se satisface con la mera indicación de las fuentes y los medios de prueba llevados a cabo al juicio, «sin aportar la menor información acerca del contenido de las mismas» (Sentencia 123/2004, entre otras).

3º) Que, en el caso de tratarse de diversos acusados, deben individualizarse los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada.

4º) Que, en caso de tratarse de prueba indirecta, han de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados.

5º) Que en el supuesto de que tales pruebas se refieran a observaciones telefónicas, no basta con una referencia genérica a la documental de la causa, o a sus transcripciones, sino que debe indicarse cuáles son las frases concretas de donde se deduce, por prueba directa o indirecta, la participación de cada acusado en cuestión”.

No obstante, a propósito de la primera conclusión se han producido matizaciones, declarando la STS de 15 de julio de 2016 que *“La necesidad de valorar toda la prueba, no implicará siempre que deban citarse en la sentencia todas y cada uno de las pruebas, incluidas aquellas accesorias o marginales. Tampoco obliga a detallar uno por uno cada elemento probatorio. Es técnica no indefectiblemente reprochable, omitir toda mención de alguna prueba de descargo compatible con la inculpatoria que avale inequívocamente la culpabilidad; o que ha quedado ya descalificada sin necesidad de mayores apreciaciones por la prueba inculpatoria. Pero cuando los elementos de descargo arrojan una calidad informativa relevante que no queda sin más descartada por la valoración de la prueba de cargo o por su apabullante fuerza demostrativa, y, además, sugieren objeciones de peso en la hipótesis inculpatoria que conducirían de forma inexorable a conclusiones distintas, se hace imprescindible una explicitación de las razones por las que no se consideran concluyentes” (cita SSTS 1228/2006, de 12 de diciembre y 503/11, de 25 de mayo).*

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, por aplicación de la consolidada doctrina del TS y del TC que se ha expuesto, 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 (dimensión normativa y fáctica).

Como declara la STS 376/15, de 9 de junio, con cita de la STC 68/2010, de 28 de octubre, el derecho a la presunción de inocencia *“está configurado como regla de juicio que prohíbe ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado”* por lo que *“Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo”*.

Por su parte el principio *“in dubio pro reo”* tiene dos dimensiones, la normativa y la fáctica, declarando la STS 277/13, de 13 de febrero con cita del ATS de 3 de junio de 2004 que, en su dimensión normativa, *“impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis mas favorable al mismo”*.

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 expuesto, en la práctica totalidad de los casos el sentido absolutorio del fallo nada tiene que ver con una eventual denuncia falsa, sino que es el resultado de la aplicación del derecho constitucional de presunción de inocencia o del principio *“in dubio pro reo”* que preside la función valorativa del Juez o Tribunal.

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 el número de sentencias condenatorias o el número de diligencias (previas o urgentes) incoadas por delito del art. 456 del C.P. (acusación y denuncia falsa) ó por delito del art. 458 del CP (falso testimonio) contra mujeres denunciantes de hechos subsumibles en la 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 vícti-

mas 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 según reiterada Jurisprudencia (por todas, STS 7384/11) 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.

La Jurisprudencia viene afirmando de manera reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no fuera mas que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (STS 21/03/2011 -con cita de otras anteriores, como las SSTS 19/02/2011 y de 21/09/2010).

En los concretos delitos de violencia de género, atendiendo a la clandestinidad e intimidad en que se ejecutan los hechos, normalmente sólo se cuenta como prueba de cargo con el testimonio de la víctima, no siendo ello óbice para dar plena credibilidad al testimonio, cuando se compruebe y valore por el Juez o Tribunal la concurrencia de una serie de requisitos, descritos reiteradamente por la Jurisprudencia (por todas, 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, 9 de julio de 1999, 6 de julio de 2000, de 17 de diciembre de 2013, 10 de julio de 2014, entre otras muchas) de la que se infiere 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 incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad,

venganza, enfrentamiento, u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2. Verosimilitud del testimonio, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109, 109 bis y 110 L.E.Criminal).
3. Persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresa y expuesta sin ambigüedades o contradicciones en lo fundamental, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad.

Esta doctrina jurisprudencial, que podríamos llamar clásica, mantiene hoy 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 referir la Sentencia del TS, de 18 de julio de 2002, 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, habiendo señalado ya anteriormente 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 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 sucedería en buena parte de los procedimientos competencia de los JVM; por lo que, como declara la STS de 21 de marzo de 2011, si no se aceptara la validez de ese testimonio se llegaría a la más absoluta impunidad en 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.

Al hilo de lo anterior, y siguiendo igualmente la línea marcada por la Sentencia del TS de 30 de junio de 2005 y la anteriormente citada de 13 de septiembre de 2007, *"no pueden establecerse en esta cuestión criterios apriorísticos"*.

Efectivamente, 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, declarando la S.TS de fecha 10 de julio de 2014 (con cita de la sentencia del mismo Tribunal 964/13, de 17 de diciembre) que el Tribunal Supremo *"viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ella un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre"*.

Siguiendo en la misma línea la más reciente sentencia del T.S. de fecha 15 de julio de 2016 declara que *"La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta "creérselo", es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios.*

En los casos de "declaración contra declaración" (es preciso apostillar que normalmente no aparecen esos supuestos de forma pura y desnuda, es decir huérfanos de todo elemento periférico), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia; así como un cuidadoso examen ... de los elementos que podrán abonar la incredibilidad del testigo de cargo. Cuando una condena se basa esencialmente en un único testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia en sintonía con muchos otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH alemán), añadiendo la misma sentencia que "La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno, ni lo otro".

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, declarando la citada STS de fecha 15 de julio de 2016 que "Un testimonio único plagado tanto de incoherencias internas, como de incidencias previas y posteriores que parecen contradecir máximas de experiencia, no es apto para desmontar la presunción constitucional de inocencia. La STS 815/2013, de 5 de noviembre explica que, cuando en cada uno de los tres parámetros clásicos utilizados para testar la credibilidad de las declaraciones de la víctima aparecen deficiencias, ha de concluirse en su inhabilidad general para derrotar a la presunción de inocencia".

De la Jurisprudencia expuesta se infiere que la razonabilidad de la argumentación que debe contener la Sentencia debe expresar el juicio de inferencia realizado por el/la Juzgador/a cuan-

do la declaración de la víctima se erige en prueba de cargo, por lo que cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito 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, debiendo verificarse la racionalidad de la decisión que fundamenta la condena.

Entrando en la casuística, llama la atención de la lectura de un buen número de Sentencias dictadas por Juzgados de lo Penal y por Secciones Especializadas de AP que se utilice como criterio para negar credibilidad a la víctima el hecho, el que la misma se encuentre inmersa en un procedimiento de separación o divorcio, pese a que de 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-, se colige que en los supuestos de separación 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, es el lapso de tiempo transcurrido desde que se producen los hechos hasta la presentación de la denuncia; **esta circunstancia ha de ser igualmente valorada con suma prudencia porque la tardanza en denunciar puede deberse a razones tales como el temor de la mujer a su agresor prolongado en el tiempo, al bloqueo psicológico propio de una situación de maltrato constante e incluso a vergüenza o a razones sentimentales (dependencia emocional)**, habiendo declarado el TS, en Sentencia 725/07, de 13 de septiembre que

“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 y dar credibilidad de la víctima es el que ésta haya renunciado o no a las indemnizaciones civiles que le pudieran corresponder. Esta postura ha sido criticada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, declarando ya en la STS 404/2005 de 25 de marzo de 2005 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, por lo que no puede sostenerse, sin más, que las víctimas que solicitan indemnizaciones tienen menor credibilidad que quienes renuncian a ellas, dado 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 e incluso informes psicológicos relativos a su credibilidad.

A propósito del móvil espurio, para descartarlo también deberán analizarse escrupulosamente todos los elementos probatorios con los que se cuente, pero el mismo no puede inferirse sin más por el deseo de la víctima de que se produzca una condena del acusado o procesado, por cuanto, como declaró la STS de 17 de junio de 2000 respecto del requisito de ausencia de incredibilidad subjetiva, no es razonable exigir a la víctima de cualquier agresión la solidaridad o indiferencia respecto a la persona causante del perjuicio, dado que el presupuesto ha de actuar respecto de hechos, relaciones o situaciones diferentes de los concretos hechos a enjuiciar,

declarando la mas reciente STS de fecha 10 de julio de 2014 (con cita de las sentencias del mismo Tribunal 17 de diciembre de 2013 y 10 de julio de 2013) que “el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la declaración de la víctima”.

Por lo que respecta a la petición de informes psiquiátrico o psicológicos acerca de la salud de la víctima, el Tribunal Supremo ha declarado que sólo puede admitirse con carácter excepcional y cuando efectivamente pudiera haber indicios de algún tipo de patología relevante en la víctima (STS de 15 de octubre de 2004).

Y por lo que se refiere a la petición de informes psicológicos acerca de la credibilidad de la víctima, su admisión también debe ser excepcional por cuanto la función de la valoración de la credibilidad del testigo le corresponde al Juez o Tribunal atendiendo a lo antes expuesto, habiendo declarado la STS de fecha 15 de julio de 2016 que *“No pueden convertirse ese tipo de informes en un subrogado de la tarea judicial de valoración de la prueba”*.

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 porque como recordó, entre otras muchas, la STS 140/04, de 9 de febrero *“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

La experiencia nos demuestra 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 o bien se retractan de su inicial declaración, por lo que al día de hoy sigue siendo válida una de las conclusiones a las que se llegó 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 2007, en el sentido de 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”*.

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

porque son muchas las artimañas e incluso amenazas y coacciones que aquel puede perpetrar para conseguir la retractación de la mujer, bien cuando el proceso se encuentra en fase de investigación o bien cuando se ha abierto el juicio oral contra él.

Lo contrario sería tanto como otorgar al perdón de las víctimas de violencia de género una relevancia jurídica de la que carece, con la excepción del delito leve de injurias del art.173.4 del C.P. para cuya persecución se exige la denuncia de la persona agraviada, al estar previsto el perdón como causa de extinción de la responsabilidad criminal sólo para los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado o cuando la ley así lo prevea (art. 130.5 del C.P.).

Por tanto, cuando la retirada de la denuncia o retractación de la denunciante se produzca en la fase de investigación los Jueces/zas deben agotar la instrucción y valorar la existencia de otros elementos probatorios de los que puedan extraerse indicios de las comisión por parte del investigado de un delito de violencia de género y que, en el caso de ser suficientes, permitan continuar el procedimiento contra él.

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/procesado) acogerse a la dispensa legal del artículo 416 de la LECrim., dado que ello 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 fecha 27 de febrero de 2015 declara *“Las diligencias sumariales, también las personales, siempre que hayan sido debatidas en el juicio oral son prueba utilizable. El acceso al acto del juicio oral en alguna forma (como puede ser su lectura o aportación de*

testimonios) permite valorar como material probatorio las declaraciones en fases previas y legítima desde el punto de vista de la presunción de inocencia, una condena que busque apoyo probatorio en esa prueba, inicialmente sumarial pero que se convierte en prueba del plenario.

Son innumerables las sentencias del Tribunal Constitucional que apuntan en esta dirección. Muestra representativa de este postulado es la *STC 284/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 284)*: «Por otro lado, respecto de las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal ha exigido en los supuestos previstos en los *artículos 714 y 730 LECrim* que el contenido de la diligencia practicada en la instrucción con los testigos o imputados se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la rectificación o retractación de la declaración operada en el acto del juicio oral, o ante la imposibilidad material de su reproducción, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción. En el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado modifique o se retracte de anteriores manifestaciones se le puede sugerir que explique la diferencia o contradicción, siendo este interrogatorio posterior a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia; de manera que, si se cumplen las exigencias indicadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo las alegaciones que considere oportunas" *SSTC 265/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 265), F.5; 155/2002, de 22 de julio (RTC 2002, 155), F. 10; y 190/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 190), F. 3, entre otras*”.

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 aquélla, 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.

El 8 de julio de 2016 se publica la nueva Instrucción 7/2016, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel del riesgo de violencia de género, adecuando el anterior a las previsiones introducidas por las Leyes 4/2015 de 27 de abril y 26/2015 de 26 de julio.

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, recogiendo el Protocolo que "en el caso de discrepancia entre las medidas de Protección acordadas por la Autoridad Judicial y las que resulten de la valoración de riesgo policial, se aplicarán siempre las acordadas por ésta, informándola de inmediato sobre la discrepancia existente para que acuerde lo que proceda".

También se prevé en el nuevo Protocolo, en relación con la VPER, cuando se produzcan incidencias como nuevas agresiones o hechos presuntamente delictivos o cambios significativos en las circunstancias o la conducta de la víctima o del agresor, que las nuevas valoraciones se hagan en 72 horas en el caso de Nivel extremo; siete días en el riesgo alto; 30 días en el riesgo medio; sesenta días en el bajo y en el no apreciado cuando en éste caso haya orden de protección en vigor.

Finalmente, el Protocolo recoge en su Adjunto II, las Medidas de autoprotección relativas al Plan de Seguridad personalizado con cada víctima y en el Adjunto III las relativas a los menores.

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 Orgánica 1/2004 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 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.

Insiste en lo anterior, el Convenio de Estambul establece en su art. 51 bajo la rúbrica “Valoración y gestión de riesgos que;

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que todas las autoridades pertinentes puedan llevar a cabo una valoración **del riesgo de letalidad**, de la **gravedad de la situación** y del **riesgo de reincidencia** de la violencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo.
2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la valoración mencionada en el apartado 1 tenga debidamente en cuenta, **en todas las fases de la investigación** y de la aplicación de las medidas de protección, el hecho de que el autor de

actos de violencia incluidos en el campo de aplicación del presente Convenio posea o tenga acceso a armas de fuego.”

Finalmente, el artículo 19 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima, señala que "Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso."

Existe por tanto un verdadero mandato del legislador nacional e internacional 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 investigado y de cuantas otras circunstancias permitan efectuar un pronóstico del riesgo para la vida o integridad de la mujer, así como del riesgo de reiteración delictiva.

También el Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁵, 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.

35 <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/27/pdfs/A18824-18860.pdf>

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 y, en su caso, a sus hijos e hijas.

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 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.

No obstante, tal y como señala Miguel Lorente resulta conveniente diferenciar entre peligrosidad y riesgo. La peligrosidad es un concepto clásico, aunque es el utilizado en Derecho, pero desde el punto de vista médico-psicológico hace referencia a una serie de elementos en la persona que lo *“llevan a ser peligroso”*.

Por su parte el concepto de *“riesgo”* no habla de condiciones de la persona, sino de factores asociados a determinadas conductas criminales, y pueden estar vinculadas a la persona o a las circunstancias, como por ejemplo sucede en VG con la separación de la pareja, que es un factor precipitante del riesgo.

Ese juicio indiciario de peligrosidad ha de hacerse por el órgano judicial para valorar, junto con los indicios de infracción penal con los que cuenta, si procede dictar una orden de protección o una medida cautelar penal.

Por ello, conviene poner de manifiesto la importancia que tiene la intermediación judicial, tanto en la declaración del investigado 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.

Otro tanto cabe decir cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar contra el investigado o detenido al amparo del artículo 416 de la Lecrim, pues como se concluye en el Seminario de Fiscales Delegados, Madrid noviembre de 2009:

“Si, en cualquiera de las fases del procedimiento, la víctima se acoge a su derecho a no declarar, el Fiscal podrá interesarse por los motivos que le inducen a ello, a fin de descartar que tal posición de deba a motivos espurios, cuidando de que todo lo que alegue quede reflejado en el acta.”

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General 6/2011 señala que la información sobre el 416 “debe venir referida expresa y claramente a la posibilidad de no declarar en contra del pariente imputado, sin que se cumpla tal obligación con un vago interrogatorio sobre la voluntad de declarar sin una información precisa que garantice el conocimiento por el testigo de dicha facultad”

Por su parte, La STS 459/2010 de 14 de mayo señala que “...hay que tener en cuenta, no obstante, lo distinto que sería, por supuesto aquel caso en el que el Tribunal a quo apreciase que, como por desgracia en otras ocasiones sucede, la testigo presentaba rasgos o actitudes que hicieran sospechar el que pudiera sufrir amenazas o que, de cualquier forma se sintiera atemorizada, a cuyo fin debieran adoptarse medidas excepcionales de esclarecimiento de tales

circunstancias y, en su caso, de la consiguiente protección para la declarante, pudiéndose encontrar entonces, por tal motivo, justificada la negativa a otorgar valor a su decisión, no plenamente voluntaria, de declarar.”

Debe por tanto indagarse si la negativa a declarar o a solicitar protección es efectivamente voluntaria o, si por el contrario, obedece al miedo o al hecho de haber recibido la mujer amenazas o coacciones, bien del investigado bien de sus familiares o de otras personas de su entorno.

Si la conclusión a la que llega el Juez/a a partir del atestado policial, de la declaración de testigos o de cualesquiera otras diligencias de instrucción es la de que existe efectivamente una situación objetiva de riesgo deberá dictar la protección, aún contra la voluntad de la víctima.

Así, para poder valorar el riesgo el órgano judicial debe ir más allá del último episodio denunciado, indagando en la declaración de la perjudicada acerca de circunstancias esenciales tales como si ha habido otros anteriores, 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).

Para calibrar el riesgo en que pueda estar la víctima, 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.

Como instrumento que permite al órgano judicial llevar a cabo ese pronóstico de peligrosidad, se cuenta con el 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 deci-

sión 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 programada³⁶, 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.”

Llama la atención el citado Protocolo sobre el hecho 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 riesgo de violencia se extiende a otras personas cercanas a la pareja (hijos/as, personas dependientes...) se recomienda que también se refleje esta circunstancia.

Lo anterior permitirá el órgano judicial resolver sobre las medidas concernientes a los hijos e hijas, ex artículos 544 ter 7, 544 Quinquies de la Lecrim, 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004 y 158 del Código Civil.

No obstante lo anterior, no en todas las Comunidades Autónomas se han desarrollado por igual las previsiones del citado Protocolo, por lo que sería deseable que se dotara a los Jueces/zas de dicho instrumento allí donde aún no esté operativo.

Existen además otros instrumentos que pueden coadyuvar a esa valoración del riesgo en sede judicial como lo serían los informes de las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito, los informes de Centro Mujer, los informes emitidos por los Puntos de Encuentro Familiar sobre la evolución de

³⁶ “en 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.”

las visitas acordadas o, finalmente, las incidencias remitidas por el Centro Cometa en los casos de control de la pena o de la medida cautelar mediante un dispositivo telemático de control.

Entre las previsiones de la Ley de Estatuto Jurídico de la Víctima 4/2015, se recoge en sus artículos 24 y 25 la posibilidad de una evaluación individual para determinar sus necesidades de protección y, en su caso, medidas especiales, teniendo en cuenta las características personales de la víctima, el tipo o naturaleza del delito y las circunstancias del mismo.

Dicha evaluación individual podrán pedirla el Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación, así como los funcionarios de policía que actúen en las primeras diligencias y, en la fase de enjuiciamiento el Juez o Tribunal que conozca del juicio.

La resolución ha de ser en todo caso motivada, previéndose que "La valoración de las necesidades de protección de la víctima incluirá siempre la de aquellas que hayan sido manifestadas por ella con esa finalidad, así como la voluntad que hubiera expresado. La víctima podrá renunciar a las medidas de protección que hubieran sido acordadas de conformidad con los artículos 25 y 26. Art. 24.2 Ley 4/2015."

La modificación relevante de las circunstancias en que se basa la evaluación dará lugar a la actualización de la misma.

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.

Por su parte, la Guía del Colegio de Psicólogos de Madrid señala como factores determinantes de una **alta probabilidad de violencia física severa** los siguientes:

1. Las distorsiones cognitivas para justificar la violencia contra la pareja.
2. La experimentación de celos exagerados e incontrolados.
3. Las conductas de control sobre la pareja.
4. La presencia de psicopatología.
5. La ideación suicida u homicida.

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.

Si se compara el contenido de este precepto con el artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los procesos de familia, ambos coinciden básicamente con algunas diferencias.

El artículo 748 LEC, tras la reforma operada por la Ley 15/2015 de 2 de junio, de Jurisdicción Voluntaria, (disposición final 3ª) establece que “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 de 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 versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional.
- 7º Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
- 8º Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.”

El artículo 87 ter 2 de la LOPJ no atribuye expresamente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el conocimiento de los procesos de capacidad, de modificación de medidas de nulidad, separación o divorcio, de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial ni de medidas de restitución de menores en los casos de sustracción internacional. Sin embargo, algunos de estos procedimientos tienen cabida en el apartado genérico de “adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar”; de manera que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, serán competentes en el orden civil para su conocimiento, siempre que existan actuaciones penales en materia de violencia de género y concurren los demás presupuestos legales.

Más concretamente, debemos excluir de este ámbito competencial, los procesos que versen sobre la capacidad de las personas y sobre la declaración de prodigalidad (art. 748. 1º LEC).

Los de modificación de medidas adoptadas en procesos de nulidad, separación o divorcio (art. 748.3º), serán, en cambio, competencia de los JVM, por su indudable trascendencia familiar y su carácter autónomo. Así lo entienden las distintas Audiencias Provinciales, por todas, AAP Barcelona, Sección 12ª, 24/1/2013.

Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial (art. 748. 5º) serán de la competencia de los JVM cuando en la demanda de reconocimiento se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas (art. 778.2 LEC), al tener encaje en el apartado d) del artículo 87 ter 2 LOPJ. Por la misma razón, a sensu contrario, quedarán excluidos del ámbito competencial del JVM los procesos de reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas matrimoniales cuando no se soliciten medidas con la demanda de reconocimiento (supuesto del art. 778.1 LEC).

Y el procedimiento para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, cuando el menor se encuentre en España, regulado en los nuevos artículos 778 quarter y quinquies LEC, está comprendido en el ámbito de la competencia civil de los JVM por su inequívoca trascendencia familiar. Lo mismo sucede en el supuesto de declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional de un menor con residencia habitual en España, contemplado en el artículo 778 sexies LEC.

Dentro de las “medidas de trascendencia familiar”, competencia de los JVM se incluyen otros supuestos a los que no hace referencia el artículo 748 LEC, a saber:

- El procedimiento para la adopción de medidas relativas a las parejas de hecho y uniones estables heterosexuales, cuya ruptura puede precisar de la adopción de medidas de trascendencia familiar, como pueden ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda común o la fijación de una indemnización equiparable a la pensión compensatoria de los procedimientos matrimoniales. Aunque se trata de una cuestión debatida, la competencia para el conocimiento de este tipo de procedimientos ha de ser atribuida a los JVM a fin de no incurrir en ninguna discriminación para las víctimas por su condición matrimonial o no matrimonial. La tramitación del procedimiento, en cambio, se ajustará a las normas del juicio verbal u ordinario, según los casos, al quedar excluido del ámbito de los procesos especiales del artículo 748 LEC.

- El procedimiento para la fijación de un régimen de visitas a favor de los abuelos del menor/es cuando ambos progenitores sean demandados.
- Los previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de junio de 2015 sobre autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (arts. 23 a 26); habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial (arts. 27 a 32); adopción (arts. 33 a 42); tutela, curatela y guarda de hecho (arts. 43 a 52); concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (arts. 53 a 55); autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieren a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 61 a 66); intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad e intervención judicial en caso de ejercicio inadecuado de la guarda o de la administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 84 a 89); e intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (art. 90).

Así mismo, los JVM serán competentes en el ámbito civil para conocer de la impugnación de las resoluciones denegatorias del derecho a la asistencia jurídica gratuita y de los procedimientos de reclamación de honorarios de abogados y cuentas de procuradores que se deriven de los procedimientos principales de los que conozcan o hayan conocido.

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 contemplaba de forma expresa las faltas ni hacía referencia a infracciones penales susceptibles de ser encuadradas dentro de la categoría de las faltas. Aunque se trataba de una cuestión polémica, considerábamos más acertado el criterio de incluir las faltas como causa de atracción de la competencia civil, con base en el apartado 1 d) del artículo 87 ter de la LOPJ, sobre la competencia penal para las faltas y sobre todo, en el apartado 3.d) del mismo artículo y el párrafo segundo del artículo 49 bis.3 LEC, que claramente vinculaban las faltas con la competencia civil. Así lo entendían las Audiencias Provinciales de Granada (Sec. 5ª AA de 9 y 23 de noviembre de 2007 y de 15 de febrero y 26 de marzo de 2008), 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., las cuales consideraron que la existencia de un juicio de faltas (obviamente, concurriendo el resto de requisitos) determinaba la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Esta cuestión ha resultado superada tras la supresión de las faltas como infracción penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Tras su entrada en vigor, los juicios por delito leve de injurias leves y vejaciones injustas leves, claramente, ejercerán su vis atractiva respecto de la competencia civil.

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”.

El término “imputado” no ha sido modificado por “investigado” o “encausado”, según la terminología introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

No presenta dificultad, al menos aparentemente, el contenido de la letra c) cuando exige que alguna de las partes del proceso civil sea imputada (“investigada o encausada”) como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. Pero nue-

vamente, 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 baladí.

Para 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.

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).

Resulta, por otra parte, irrelevante la posición que las partes ocupen en el proceso civil. Es decir, es preciso que el investigado o encausado y la víctima de violencia sobre la mujer sean partes en el procedimiento civil, con independencia de que ocupen la posición de demandante y demandado/a, o ambos demandantes (en el caso de proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo), o ambos demandados (como es el caso de régimen de visitas a favor de los abuelos).

De igual modo, en los expedientes de jurisdicción voluntaria deberán intervenir ambos, investigado y víctima.

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”.

La referencia a las faltas no ha sido eliminada, pese a la supresión de las mismas por la LO 1/2015 de 30 de marzo.

Este presupuesto originó también cuestiones de competencia negativa que dieron 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”, si al proceso civil o al proceso penal. Las dudas fueron resueltas a favor del primero, del procedimiento civil. En este sentido el ATS de fecha 04 de febrero de 2008 señala: *“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 “de forma notoria” no existan hechos de violencia de género o en términos del precepto, 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 22ª 25/11/2011; 20/3/2012; Madrid 24ª 10/11/12; 2/3/2011; Cádiz 5ª 1/2/2011; Valencia 10ª 17/1/2012 –con orden de busca y captura vigente-; Alicante 5ª

26/10/2011 –con orden de alejamiento vigente-; etc., pero puede haber supuestos especiales (AAP Madrid 22ª 26/4/2011: que esté apelado pidiendo el sobreseimiento libre). Basta que sea sobreseimiento provisional y no libre (AAP Madrid 24ª 29/3/2012; 22ª 11/2/2011; Zaragoza 2ª 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 12ª 14/6/2012; 5/3/2012, 15/1/2013, 25/4/2013) y la resolución exculpatoria ha de ser firme (AAP Barcelona 12ª 24/1/2008; 23/4/2008; Madrid 22ª 11/5/2012). Mientras no se haya extinguido la responsabilidad penal según el artículo 130 del Código Penal habrá competencia del JVM (Auto del TS de 23 de marzo de 2010), pudiendo estar la causa en fase de ejecución (AAP Bilbao 3ª 7/3/2012 para un supuesto de faltas). La prescripción de esa responsabilidad excluye la competencia del JVM (AAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 18/11/2011), que puede apreciarse a los solos efectos de la cuestión de competencia (AAP Barcelona 12ª, 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 y la reciente Sentencia del TS de 17/11/2015 que considera que existen actuaciones penales mientras el procedimiento penal se encuentre en trámite, lo cual ocurre cuando aún habiendo recaído sentencia firme de condena y a la fecha de interposición de la demanda quedase pendiente el cumplimiento de las penas establecidas en la sentencia, de forma que no se encuentre extinguida la responsabilidad penal fijada en aquélla, hallándose en trámite la ejecutoria.

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 sobrevinida 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. 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.

Otra cuestión que se plantea es la relacionada con la competencia del JVM para conocer de las demandas de modificación de medidas en aplicación del artículo 775 de la LEC tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la LEC, cuando al tiempo de interposición de la demanda, el JVM carezca ya de competencia objetiva conforme al artículo 87 ter 2 y 3 de la LOPJ.

El artículo 775 de la LEC dispone que “el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en

defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

El cambio que ha supuesto la reforma consiste precisamente en atribuir la competencia para conocer de las demandas que pretenden la modificación de medidas al tribunal que acordó las medidas iniciales, añadiendo a la redacción original el inciso “del tribunal que acordó las medidas” para identificar el órgano destinatario de la demanda de modificación (ATS 14/9/2016, 28/9/2016, 30/3/2016 y 20/6/2016 y Auto del Pleno de 27/6/2016). La competencia para conocer de la demanda de modificación de medidas vendrá determinada entonces, por el fuero del Juzgado que dictó la sentencia de medidas definitivas.

Sin embargo, el TS advierte que la aplicación del artículo 775 de la LEC no prejuzga la solución del problema que pueda plantearse cuando la resolución inicial haya sido dictada por un JVM que al tiempo de la demanda de modificación de medidas carezca ya de competencia objetiva por inexistencia de actuaciones penales.

La regla competencial contenida en el nuevo artículo 775 LEC entra en colisión con las normas que sobre competencia exclusiva y excluyente de los JVM determina el artículo 87 Ter de la LOPJ, así como, con la doctrina jurisprudencial que considera que el procedimiento de modificación de medidas es un procedimiento autónomo y no un incidente del pleito principal.

En tanto no exista un pronunciamiento al respecto por el Tribunal Supremo, las respuestas serán dispares. A modo de ejemplo, el AAP de Málaga, Sección 6ª de 9/3/2016, atribuye la competencia a favor del JVM por aplicación estricta del artículo 775 de la LEC, en tanto que el AAP de Madrid, Sección 22ª de 12/1/2016 resuelve la cuestión de competencia negativa a favor del Juzgado de Primera Instancia, por entender aplicable las reglas generales que sobre competencia territorial establece el artículo 769 de la LEC, con base en los siguientes argumentos: *“Resulta obvio, a tenor de tales previsiones (artículo 87 ter LOPJ y artículo 49 bis LEC), que la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil tiene un carácter excepcional, en cuanto supeditada a la pervivencia de las actuaciones penales seguidas contra una de las partes en dicho procedimiento civil, por lo que habiendo finalizado las seguidas en la jurisdicción penal y, en su caso, extinguidas las responsabilidades de tal índole, carece de toda justificación legal la prórroga de dicha excepcional atribución competencial,*

en relación con ulteriores procedimientos civiles, planteados cuando ya no concurren los requisitos exigidos en el artículo 87 ter.

De otro lado, la aplicación indiscriminada del artículo 775, en su nueva redacción, nos llevaría, y no obstante concurrir al tiempo de plantearse un procedimiento de modificación de medidas los requisitos del repetido artículo 87 ter, a excluir la aplicación a tales supuestos del artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manteniendo la competencia en la jurisdicción civil”.

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 2005, 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 2005:

“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 divorcio, pues el hecho de que el artículo 87 de la LOPJ no precise esta competencia entre las de orden civil que corresponden a los JVM no impide que se considere que la tienen por conexión, determinada por el artículo 807 de la LEC³⁷.

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 investigado, 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.

En este sentido, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia 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.

³⁷ 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.



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 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo 2011³⁸, ratificado por España el 6 de junio de 2014, con entrada en vigor el 1 de agosto de 2014, establece en el Artículo 31 sobre “Custodia, derecho de visita y seguridad” 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 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.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, en su dictamen de fecha 16 de julio de 2014 sobre el caso Ángela González Carreño,

38 <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

establece entre sus recomendaciones generales al Estado español, que tome medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no pongan en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberá prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a través del “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica” instó al Estado español en su informe de fecha 2 de julio de 2015 sobre la situación de las mujeres en España para que, entre otras medidas, garantice que no se otorguen derechos de visita sin supervisión a los padres cuando pueda suponer un riesgo para los derechos, el bienestar y la seguridad de la víctima o de su hijos/as.

En definitiva, las medidas civiles habrán de adaptarse a las penales vigentes, entre las que se encuentran la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y del régimen de visitas, previstas en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, reformados por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Así, el nuevo artículo 65 establece que “el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él” y el artículo 66 dispone que “el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él”.

El artículo 158 del Código Civil, reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade entre las medidas cautelares a adoptar por el Juez, de oficio o a instancias del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal “dentro de cualquier proceso civil o penal o expediente de jurisdicción voluntaria”, las medidas de prohibición de aproximación de los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas al menor, a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, y de prohibición de comunicación con el menor, impidiendo a los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio

de comunicación o medio informático o telemático, en ambos casos, con respeto al principio de proporcionalidad (apartados 4º y 5º), y “en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”, para lo cual, “se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses”. Y “en caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública”.

Las medidas contempladas en el artículo 158 Cc, tienen el carácter de medidas cautelares, se caracterizan por su carácter urgente y necesario y tienen por finalidad apartar al menor de situaciones puntuales excepcionales de peligro o perjuicio en el entorno familiar o frente a terceros.

En cuanto a la privación de la patria potestad, puede ser impuesta como pena en una sentencia que ponga fin al proceso penal o como sanción civil ante el incumplimiento de los deberes familiares en un procedimiento civil, al amparo del artículo 170 del Código Civil. El criterio de las Audiencias Provinciales en el orden civil, fundado en la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la institución de la patria potestad ha sido muy restrictivo, limitándose en la mayor parte de los casos, a los supuestos en los que resultara acreditado que el menor hubiera sido objeto de un delito grave, como puede ser el delito de abusos sexuales. En los casos en que el menor hubiera sido víctima de violencia de género, se ha optado en gran parte por la adopción de otras medidas menos restrictivas, como puede ser la fijación de un régimen de visitas progresivo y tutelado en un Punto de Encuentro Familiar o la suspensión del régimen de visitas.

No obstante, es preciso hacer referencia a la STS de 9 de noviembre de 2015 que en el orden civil, priva de la patria potestad al progenitor de una menor nacida en el año 2006, que fue condenado por un delito de lesiones en el ámbito familiar, que no acudía al Punto de Encuentro familiar para relacionarse con su hija y que no abonaba la pensión alimenticia. Califica de “graves y reiterados incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo”, el no relacionarse con su hija, no acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba con muy poca edad; por lo que considera que “ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad

del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro, conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancias”.

Es de destacar también, la STS de 30 de septiembre de 2015, que en el orden penal, acuerda la privación de la patria potestad del condenado por un intento de asesinato de su pareja en presencia de la hija menor de edad, refiriendo que si bien “la jurisprudencia de la Sala Penal ha sido reacia a la adopción de esta pena de privación de la patria potestad , sin perjuicio de que en la vía civil se pudiera acordar tal medida”, en el caso concreto entiende que concurre el requisito del artículo 55 del Código Penal (precepto reformado en el año 2010), pues “la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad”, valorando que “ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre”.

Se trata de una sentencia importante en el ámbito de la violencia de género, que se corresponde con los principios inspiradores de las últimas reformas legislativas en materia de protección de los menores de edad.

En lo que respecta a la previsión del artículo 92.7 del Código Civil relativa a la no atribución de la guarda y custodia exclusiva o custodia compartida a favor del investigado o encausado en un proceso por violencia de género, está en consonancia con el citado artículo 31 del Convenio de Estambul. Tales medidas están ligadas a la existencia de indicios de comisión de actos de violencia de género. Si la causa penal se hallara en estado de sobreseimiento provisional, el Juez de violencia sobre la mujer en ejercicio de su función jurisdiccional en el ámbito civil, deberá analizar y evaluar nuevamente, a efectos civiles, la situación de los progenitores y menor/es de edad, al tiempo de resolver sobre una petición de custodia compartida, o en su caso, de custodia exclusiva a favor del progenitor.

Para concluir, es preciso citar en este ámbito, el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW) de 24 de julio de 2015, que, entre sus observaciones, manifiesta preocupación por los veinte niños y niñas que fueron asesinados por sus padres en el ejercicio de sus “derechos de visita”; recuerda que aunque el Consejo

General del Poder Judicial niega cualquier validez al “síndrome de alienación parental”, aún hay decisiones judiciales por las que se retira la custodia del niño/a a la madre y se concede a un padre acusado de ejercer violencia; alerta de que los derechos, bienestar y seguridad de los niños y niñas están en peligro al otorgar visitas sin supervisión por lo que reclama que no se concedan estas medidas en este tipo de situaciones; e igualmente, reclama que no se apruebe una ley de custodia compartida, mostrando su preocupación “por los intentos de aprobar una ley que establece la custodia física conjunta como regla predeterminada en la determinación de los casos de custodia de los hijos”, por lo que pide que se determinen adecuadamente las necesidades de mujeres e hijos/as para resolver sobre la custodia en casos de violencia.

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 2001, 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.

La reivindicación de especialización culminó con la creación de los actuales Juzgados de Violencia sobre la Mujer -JVM- (artículo 43 de la *Ley Integral*, que adicionó 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 modificaron 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 adicionó 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 2005, 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 denunciantes, 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 2001, viene realizando cursos de formación, inicialmente en materia de *violencia doméstica* y, en la actualidad, específicamente, en relación con la violencia de género.

Entre los diversos cursos celebrados anualmente sobre la materia, debe hacerse especial mención al curso virtual de formación obligatoria sobre violencia de género destinado a los Jueces/ Juezas y Magistrados/as que “obtuvieren plaza por concurso o ascenso en Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en Juzgados de lo Penal especializados en violencia de género, en Secciones penales y civiles especializadas en violencia de género” (artículo 329 apartado 3 bis de la LOPJ).

La finalidad de este curso es dar una formación exhaustiva en materia de violencia de género. Con este propósito se abordan contenidos teóricos diversos que comprenden aspectos de prevención, intervención y asesoramiento, de actualización y adquisición de nuevos conocimientos jurídicos, de conocimiento de la realidad y de sensibilización y desarrollo de un espíritu crítico al conocer de procedimientos sobre violencia de género. Más concretamente, versan sobre la terminología básica en violencia de género, la distinción entre violencia de género y violencia doméstica, las características específicas de la violencia de género y los rasgos que la configuran, las diferencias con otros tipos de violencia en general, y análisis de las características de la víctima y del agresor. Responde a la exigencia de formación en materia de tratados e instrumentos internacionales sobre igualdad, discriminación y violencia, con detallado estudio de la normativa de las Naciones Unidas, especial referencia al CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), y a las recomendaciones del Comité, así como, de la normativa de ámbito europeo, distinguiendo entre las

decisiones y resoluciones del Parlamento Europeo y el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, adoptado por el Comité de Ministros el 7/4/2011, y cuya entrada en vigor en nuestro país tuvo lugar el 1/8/2014). Engloba los aspectos materiales y procesales en el ámbito penal de la violencia de género, la prohibición de la mediación en la violencia de género, la dispensa del artículo 416 de la Lecrim., la análoga relación de afectividad en los delitos de violencia de género, los elementos objetivos y subjetivos, en su caso, en este tipo de delitos, el consentimiento de la víctima en los delitos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, la orden de protección, la declaración de la víctima como prueba de cargo, y el Estatuto de la víctima del delito, entre otros. Analiza los tipos penales relacionados con la violencia de género, las nuevas competencias atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la mujer y las medidas a adoptar por este tipo de juzgados. Y en el orden civil, comprende el estudio de las medidas civiles de la orden de protección, la competencia en el orden civil de los JVM, las cuestiones de competencia civil entre los juzgados civiles y los JVM, y la necesidad de coordinación de las decisiones de fondo en los pleitos civiles cuando hay procedimiento penal. Desde una visión psicológica, proporciona formación sobre los mecanismos de la violencia (ciclos de la violencia y proceso de la violencia), explica las consecuencias psicológicas de los malos tratos, las consecuencias sobre los hijos/as y los efectos de ser testigos, los elementos que afectan a los testimonios de las víctimas, etc. Bajo la denominación de “buenas prácticas en los JVM” proporciona unas pautas de actuación homogéneas en los JVM, tanto en el ámbito civil (patria potestad, guarda y custodia, uso del domicilio familiar, cambios del domicilio del progenitor custodio, prestación de alimentos, pensión compensatoria y liquidación del régimen económico matrimonial, entre otras), como en el ámbito penal (el deber de investigar, las denuncias cruzadas, algunas pruebas de carácter personal, entre las que se incluyen las declaraciones de la víctima y del investigado o acusado...). Y es también objeto de minucioso estudio la orden europea de protección, su concepto, emisión y ejecución, adjuntando una guía práctica sobre la misma.

Una vez concluido este curso teórico de formación, los profesionales del ámbito judicial realizarán estancias en sus respectivas Comunidades Autónomas para adquirir conocimiento directo de los servicios que se prestan a las víctimas de violencia de género, tanto en el ámbito autonómico, como en el ámbito provincial.

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 2002, 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 2006, *“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).

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través del “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica”, en su informe de 2 de julio de 2015 sobre la situación de las mujeres en España, instó al Estado español, entre otras medidas, para “la realización de programas de formación en violencia de género para todo el personal relevante de todas las instituciones, incluido el poder judicial”.

Así mismo, entre las Observaciones finales realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en fecha 24 de julio de 2015, se reclama nuevamente, al Estado español (como ya se hizo en el dictamen de 16 de julio de 2014 por el caso de Angela González Carreño), formación obligatoria para jueces, fiscales, policía y quienes traten casos de violencia de género, para que conozcan especialmente los procedimientos y la necesidad que estos tengan perspectiva de género.

A nivel interno, la LO 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial prevé la formación especializada de los operadores jurídicos para desarrollar con eficacia las respectivas funciones que tienen encomendadas. Así quienes obtengan plaza en los Juzgados de Menores deberán participar antes de tomar posesión de un nuevo destino en las actividades de especialización en materia de menores y en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial y el personal de los equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Además su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres.

La participación en actividades formativas en esta materia por parte de jueces y juezas es fundamental para proporcionar una respuesta eficaz desde el punto de vista judicial frente a la violencia que se ejerce 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 2013, **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 (...).

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, multidisciplinares, 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.

Por último, entre los diversos cursos de formación organizados recientemente por el Consejo General del Poder Judicial, podemos citar por su interés, el relacionado con “los Instrumentos legales de garantía de la Igualdad: 10º Aniversario de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género y la incidencia de la Ley 3/2007”, celebrado en septiembre de 2015, en el que se realizó un balance de la *Ley integral* en su décimo aniversario y un análisis, entre otras cuestiones, de la efectividad de las medidas de protección de las mujeres víctimas de la violencia de género; y el relativo a las “Definiciones del Convenio de Estambul y ámbito de aplicación, en relación con la LO 1/2004”, celebrado en

marzo de 2016. La entrada en vigor del citado Convenio, el día 1 de agosto de 2014, coincidió prácticamente con los diez años de vigencia en España de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, si bien su ámbito de aplicación y protección es más amplio que el de la ley española, tanto en lo relativo a las víctimas que pueden ser objeto de las mismas como de las formas de violencia contempladas.



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 imprescin-

dible 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. En este sentido, en el año 2011 se aprobó el Protocolo Forense para la Valoración Urgente del Riesgo³⁹ que presenta una metodología científica que permite predecir el futuro comportamiento violento de los detenidos o denunciados por violencia de género. La valoración forense del riesgo, llevada a cabo en un momento posterior, debe tener en consideración la valoración policial del riesgo (VPR-VPER) para evaluar la evolución y los factores de riesgo que pueden incidir en el momento del estudio, en sentido negativo o positivo, es decir, generando un incremento o decremento del riesgo.

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 sobre tres referencias esenciales:

³⁹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/Protocolo-medico-forense-de-valoracion-urgente-del-riesgo-de-violencia-de-genero>

1. VIOLENCIA

La valoración debe partir de la última agresión como expresión más cercana de una historia de violencia previa que afecta al plano físico y al psicológico. El informe se desarrollará según las características de la violencia en cuanto a su expresión en el último ataque y a su prolongación en el tiempo.

Desde el punto de vista práctico la valoración debe centrarse en:

- Lesiones físicas: Descripción, mecanismo causal y compatibilidad con la misma, si se trata de una asistencia o un tratamiento médico, tiempo de sanidad, secuelas.
- Lesiones psíquicas: 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.
- 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.
- Historia de violencia y “clima violento” en la relación: Hechos agresivos lesivos, otras conductas violentas aunque no provoquen lesiones (amenazas, humillaciones, vejaciones...), 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.
- Valoraciones específicas sobre circunstancias particulares de cada caso: Estudiar las agresiones sexuales en el entorno de la relación de pareja o familiar, las personas especialmente vulnerables con dependencia o discapacidad, la violencia ritual, el riesgo de victimización y los menores y ancianos. También es importante el análisis de la presencia de estresantes sociales y de los intentos de suicidio que se produzcan.

2. VALORACIÓN DEL RIESGO

En la valoración del riesgo indicar que depende de los factores relacionados con el agresor, y de otros elementos relacionados con las circunstancias alrededor de la denuncia y de la situación de la relación. Salvo en las situaciones de urgencia, para las cuales se ha elaborado el antes referido Protocolo Forense para la Valoración Urgente del Riesgo, la valoración del riesgo ha de hacerse por un equipo multidisciplinar y mediante la aplicación de instrumentos psicológicos diseñados para tal fin como parte del proceso.

Los estresantes sociales (consume de alcohol, drogas, desempleo...) deben analizarse dentro del contexto de la violencia de género, no como factores ajenos que producen la violencia.

Del estudio realizado, el informe puede incorporar medidas aconsejables desde el punto de vista forense para facilitar la prevención de nuevas agresiones y la protección de las mujeres, sus hijos e hijas, y cualquier persona de su entorno que pueda estar en situación de riesgo.

3. HOMICIDIO

El homicidio forma parte de la violencia de género como consecuencia de su evolución cíclica de intensidad creciente. Las características de este tipo homicidios muestra diferencias respecto a otros homicidios, tanto en la conducta criminal como en las circunstancias en las que se produce. La investigación, por tanto, no debe limitarse al resultado de la agresión determinado por la autopsia, y debe ampliarse a las circunstancias en las que se produjo el homicidio, a la determinación de la historia de violencia previa, y a la presencia de elementos de riesgo en el presunto homicida.

Naciones Unidas ha elaborado un Modelo de Protocolo para la investigación de los femicidios/femincidios especialmente práctico en estos casos y circunstancias.

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 testimoniales 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 investigado 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 todo ello, tramitar unas diligencias urgentes en estos casos conlleva una pérdida del elenco probatorio necesario que puede dar lugar a una sentencia absolutoria por falta de pruebas, por lo que la anhelada rapidez en otros casos en la instrucción de los casos de violencia de género se torna aquí desaconsejada al perder “capacidad probatoria” la víctima si se desea acudir al trámite del juicio rápido, lo que se nos presenta con especial claridad en el maltrato psicológico que precisa de la oportuna prueba pericial no aconsejada por la vía de las diligencias urgentes, por lo que se recomienda que de incoarse las D.U se interese la tramitación/conversión en diligencias previas para que la víctima pueda aportar en fase instructora las pruebas determinantes de su alegación de culpabilidad del investigado.

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 posttraumático, 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 2005, habiendo sido refrendado dicho criterio por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2006.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no bastará la simple manifestación del investigado 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 investigados 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 investigados, 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.

Hay que destacar que el apartado cuatro del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica ha modificado el art. 520 LECRIM en este tema reconociendo el derecho de todo acusado a:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.

- d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.
- e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.
- f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.
- g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.
- h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.
- i) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
- j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

Se añade, también, en esta nueva regulación un apartado 2 bis que recoge que:

La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita. Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

Si se tratare de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad.

En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención.

Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

Si el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho.

La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su lo-

calización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio.

Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio.

El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

La asistencia del abogado consistirá en:

- a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el apartado 2 y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i).
- b) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.
- c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527. Ver jurisprudencia.

Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118.

No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.

El respeto a los derechos del investigado 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 2001, 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”*.

Ante la creciente reclamación acerca de un estatuto de la víctima en el proceso penal se ha conseguido alcanzar una mayor protección mediante la Ley 4/2015 de estatuto de la víctima

del delito. Una Ley muy necesaria que se publicó en el BOE de 28 de abril de 2015 y que entró en vigor el día 28 de octubre de 2015. Además, a ello hay que añadir el Real Decreto 1109/2015, de 11 de Diciembre por el que se desarrolla esta Ley 4/2015 y sobre todo lo que podemos establecer el desarrollo, que se acompaña como Anexo para la presente guía de actuación práctica en orden a perfilar y definir los derechos de las víctimas.

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 econó-

mico, 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, anular 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 27^a 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.

IX.6. Necesidad de consultar el Sistema Viogen y de derivar a las FF.CC. las denuncias por comparecencia

El sistema informático Viogen es la herramienta que utilizan las fuerzas y cuerpos de seguridad para gestionar las denuncias presentadas en materia de violencia de género y realizar las correspondientes valoraciones policiales del riesgo. Partiendo de que el Sistema Viogen aglutina a distintas instituciones públicas con competencia en materia de violencia sobre la mujer, que se nutre de información multidisciplinar y variada, y que efectúa una labor preventiva (Notificaciones automatizadas), sería conveniente que se incentivase la consulta al mismo en relación a los expedientes tramitados en el Juzgado. Serviría para lograr una mayor información, real y próxima en el tiempo respecto de la víctima y redundaría, en suma, en una mejor protección de la denunciante. El Consejo General del Poder Judicial firmó un convenio con el Ministerio del Interior para que todos los órganos judiciales pudieran tener acceso a esta útil herramienta que proporciona una información muy completa para adoptar las decisiones judiciales en los procedimientos de violencia de género.

Por otro lado, las denuncias que se interponen en los Juzgados no cuentan con la oportuna valoración de riesgo en relación a la víctima y no pueden ser gestionadas, por tanto, por las fuerzas y cuerpos de seguridad a la hora de evaluar la necesaria protección a la víctima. Nótese que el momento de la interposición de la denuncia suele ser uno de los momentos de mayor peligro para la víctima, por lo que de remitirse inmediatamente a las fuerzas y cuerpos de seguridad se conseguiría una mayor garantía para la denunciante hasta el momento de su comparecencia judicial y de la resolución, en su caso, de la orden de protección.

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-V 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 cuando los menores han podido ser víctimas directas o indirectas de la violencia por parte del padre, la aversión o rechazo de éstos 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 esa 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 protegerles⁴⁰.

⁴⁰ Este supuesto síndrome ha ido incorporándose a las resoluciones judiciales. En este sentido, la SAP de Vizcaya, Sección 6ª, de 27 de marzo de 2008, 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

En este sentido, en el curso de Formación Continua, sobre “Valoración del daño en las víctimas de violencia de género”, celebrado en septiembre de 2007 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 rela-

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 imputación y formulación está sirviendo para culpabilizar a las madres de conductas “anormales” de los hijos”.

ción 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.

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”.

Conforme a lo anteriormente expuesto, creemos que no puede fundamentarse un cambio de custodia en favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género en el llamado SAP, debiendo en todo caso presidir la decisión judicial el interés de los menores, valorando en particular la prueba pericial y debiendo en todo caso entrar a resolver sobre dicha cuestión la Sentencia para no incurrir en un vicio de incongruencia omisiva cuando haya sido alegado por una de las partes en su demanda o contestación.

En este sentido rechaza el citado síndrome la Sentencia 162/2016 del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, así como la Sentencia 399/2015 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de junio, cuando señala que "el denominado síndrome de alienación parental, conocido como el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de

impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina "lavado de cerebro", desarrollando los hijos que sufren este síndrome un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado." Esta Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia de ese síndrome, y, en su caso, sus causas, consecuencias y soluciones, no obstante, sin entrar en dicho debate, pero teniendo en cuenta que el padre sostiene que los hijos están mediatizados por la madre, debe indicarse que no ha quedado acreditado que las menores puedan estar condicionadas por lo que su madre les haya dicho, sino más bien por las vivencias experimentadas con su padre, incluso en las visitas en el Punto de Encuentro Familiar. Por tal razón, la pericial del Gabinete Psicosocial, deberá analizar si el rechazo de los menores a la figura del padre está directamente relacionado con el clima de violencia que han podido vivir aquellos, o si existe algún tipo de interferencia por parte de la madre obstativa al cumplimiento del régimen de visitas.

Para alcanzar una conclusión en tal sentido, deberán tenerse en cuenta circunstancias tales como la gravedad de los hechos denunciados, su calificación jurídica, posibles antecedentes por violencia, la posibilidad de que los menores hayan sido testigos directos o incluso víctimas y cómo era la relación con el padre antes del episodio que motiva la incoación del proceso penal.

Igualmente, resulta esencial formar en violencia de género a los profesionales de los gabinetes psicosociales adscritos a los Juzgados de Violencia y de Familia.

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 y aparece conectado con algunos de los derechos de las víctimas de violencia de género, como el de que se les reciba declaración sin dilaciones injustificadas, el menor número de veces y sólo cuando sea indispensable al fin de la investigación.

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 modificó el artículo 962 de la norma procesal en relación con los Juicios Rápidos de Faltas, debiendo estar hoy a la nueva redacción dada a dicha norma por la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal para los delitos leves.

Se mantiene la previsión legal anterior a la reforma de 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. (Art. 962.5 de la Lecrim).

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 permanente 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.

No obstante, en el caso de Madrid, Barcelona, Sevilla y Valencia, donde existe servicio de guardia en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer desde las 09,00 horas hasta las 21,00 horas, la celebración de los juicios rápidos puede tener también lugar durante la tarde, y en el caso de los delitos leves parece que debería regir la previsión del artículo 962.1 de la Lecrim en su nueva redacción, de manera que la Policía Judicial "procederá de forma inmediata a citar ante el Juzgado de Guardia a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos.

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, debiendo comunicar igualmente las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los Letrados/as que hayan asistido al detenido la hora en que el mismo será puesto a disposición judicial.

Para aquellos Partidos Judiciales en los que no exista servicio de guardia permanente de violencia sobre la mujer, debería existir la adecuada coordinación con el Juzgado de Instrucción 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 en su artículo 9 a los Estados miembros a garantizar el derecho de los menores a tener relaciones personales y contacto directo con los dos progenitores de forma regular, salvo que ello vaya contra su interés personal, consagrando el artículo 39 de nuestra Constitución la protección integral de los hijos.

Por su parte, tal y como señala la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal 598/2015 de 27 de octubre, "el art. 94 del C. Civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visitas. Igualmente la Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita.

Por su parte el *art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño* establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de intereses del niño."

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2005 de 21 de noviembre declara 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."

Igualmente deben tenerse en cuenta las previsiones de la Ley 8/2015, cuyo artículo 2 exige que la vida y desarrollo del menor se desenvuelva en un **entorno "libre de violencia"** y que exige que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Abundando en lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo 680/2015 de 26 de noviembre, señala que "El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que **"se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares"**, **se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"**; **se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"**; **"la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..."** y a que **"la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"**.

Así, cuando se haya producido un episodio de violencia de género y el interés del menor no exija acordar la suspensión o la supresión de las visitas en favor del padre, el Juez/a deberá asegurarse de que el régimen de estancias y comunicación no supone un riesgo ni para los hijos/as ni para la madre, analizando en todo caso las circunstancias concretas del caso, pues como se indicó en el Seminario "Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzga-

dos 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).

En todo caso 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.

Puede en ese sentido citarse la Sentencia del Tribunal Supremo 598/2015 de 27 de octubre.

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 o, incluso una condena, 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 o la condena siendo determinante, como se ha dicho, el interés superior, no de los progenitores sino del niño/a.

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 indicios 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.

Así, las diferencias en la actuación de los puntos de encuentro 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.

Por tal razón, 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 su creación allí donde no existan y el establecimiento de las bases jurídicas de su funcionamiento con el fin de evitar problemas en la ejecución de las previsiones contenidas en las resoluciones judiciales y, al propio tiempo, de permitir su fácil conocimiento por los usuarios de los mismos.

En cuanto a las funciones prioritarias de estos puntos de encuentro habrían de ser:

1. Permitir las entregas y recogidas de los menores por el progenitor no custodio cuando éste tenga prohibido acercarse al domicilio de la madre o comunicar con ésta, como cuando existe una medida o pena de alejamiento.
2. Constatar que el progenitor no custodio se encuentra en condiciones de tener consigo a los menores en las visitas programadas fuera del centro o, si estos manifiestan algún rechazo hacia el mismo al tiempo de realizar la entrega o de la devolución, por existir problemas de adicción al alcohol o a las drogas por parte del progenitor no custodio o por sufrir éste alguna patología mental.
3. Posibilitar que se realice la visita entre los/las menores y el progenitor no custodio, con la intervención, en su caso de los profesionales del mismo para garantizar la finalidad de la resolución judicial y al propio tiempo la seguridad del niño/a.

4. Restablecer la relación paterno-filial en aquellos casos de ruptura más o menos prolongada en el tiempo pues la imposición de una prohibición de aproximación y de comunicación o de una 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 previstos por los artículos 57.2 y 48.2 del CP puede dar lugar a que se interrumpa el contacto entre los menores y el padre durante periodos prolongados de tiempo debilitándose o incluso desapareciendo los lazos afectivos, por lo que cesada la medida cautelar o cumplida la pena, y, para el caso de que la resolución judicial fije visitas en favor del padre, es preciso que la reanudación de la relación paterno-filial 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 esas relaciones asegurando su interés y su indemnidad tanto física como psicológica.
5. Dotar al progenitor no custodio de habilidades parentales con el fin de normalizar la relación con sus hijos/as.
6. 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 en condiciones de seguridad y para prevenir situaciones de violencia.
7. Realizar entrevistas a los familiares implicados en el régimen de visitas, pudiendo comprender a la familia extensa cuando así lo reconozca la resolución judicial.
8. Permitir el seguimiento del expediente y emisión de informes periódicos por los profesionales del Punto de Encuentro al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que haya acordado la intervención, recogiendo todas las incidencias en el cumplimiento de la resolución judicial, la evolución de las mismas y, en su caso las propuestas futuras de cumplimiento con el fin de progresar en las visitas hasta alcanzar un régimen ordinario, una vez restablecida y normalizada la relación paterno-filial, si así lo establece la resolución judicial.
9. Realizar una intervención psicológica y educativa con los menores y con los progenitores para posibilitar esa evolución positiva.

En cuanto a la naturaleza jurídica de 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, debiendo ser remitidos con la periodicidad que se fije por éste, sin perjuicio de la comunicación al Juez/a por los profesionales del punto de encuentro de cualquier incidencia reseñable en las visitas, como cuando uno de los progenitores no comparece en el Punto de Encuentro a entregar o recoger a los menores, o cuando éstos se niegan a realizar las visitas con el progenitor no custodio.

Por todo ello, resulta esencial, la formación en igualdad y perspectiva de género de todos los profesionales de estos puntos de encuentro, siendo aconsejable que entre los mismos haya trabajadores sociales, juristas y psicólogos.

Por lo que respecta a las modalidades o niveles de intervención en los Puntos de Encuentro, podrían ser tres:

1. Supervisión de las entregas y recogidas de los menores. La actuación se limitaría a las entregas y recogidas de los menores en el punto de encuentro cuando se haya dictado una medida de alejamiento u orden de protección, siempre que no exista un medio menos gravoso para los menores, pues como dice la Sentencia 89/2016 de 11 de febrero de la Sección 6ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, "...sin que la mera existencia de una orden de alejamiento sea suficientes para que necesariamente las entregas y recogidas se tengan que realizar a través del PEF, máxime vistas las razones concurrentes antes expuestas y cuando existen otros medios para ello, que no resultan tan gravosos ni perturbadores para el menor y que permiten al padre a través de familiares recoger a sus hijos dando cumplimiento, como no puede ser de otra forma, a la orden de alejamiento arbitrándose otras medidas como las adoptadas inicialmente en el caso que nos ocupa, tras la orden de alejamiento y así ha venido haciéndose con anterioridad a la sentencia, y con garantías absolutas de pleno cumplimiento de la orden dictada, mediante la colaboración de familiares que pueden recoger al menor y llevarlo, familiares que han venido colaborando sin que existan elementos que indiquen que no quieran continuar haciéndolo..."
2. 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 aqué-

llos 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.

3. 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.

A tal fin, resulta conveniente que por el órgano judicial se cumplimente una ficha de derivación que especifique los datos identificativos de los usuarios del servicio (progenitores) y de los menores, así como la modalidad de la intervención, su duración y la periodicidad de las visitas.

No obstante, en relación con esta última cuestión, debe dejarse un cierto margen en la resolución judicial para que los horarios se ajusten a las disponibilidades horarias de los Puntos de Encuentro, debiendo comunicar esta circunstancias a las partes afectadas al tiempo de hacer la derivación.

En este sentido, la Sentencia de la Sección 12 de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona 544/2014, de 9 de septiembre señala que:

"La sentencia apelada en el punto tercero del fallo establece de forma somera que fija la atribución de un régimen de visitas a determinar por los profesionales del Punt de Trobada. Esta referencia a una futura determinación del régimen por los profesionales del Punt de Trobada resulta desafortunada por indeterminada e incorrecta porque la medida, en cuanto a su concreto contenido y frecuencia debe ser fijada por el órgano judicial , previo informe del equipo técnico psicosocial correspondiente y sin perjuicio de que la periodicidad que el juzgado señale sea posteriormente adaptada a las necesidades del servicio. Lo expuesto obliga a integrar la sentencia en este extremo de fijar un régimen de visitas paternofilial en el Punt de Trobada y bajo supervisión técnica con una periodicidad semanal , siendo los profesionales los que deberán fijar día y hora, así como la duración de la visita atendidas las necesidades del menor y las posibilidades del servicio"

Entendemos que es también esencial, que la ficha de derivación vaya acompañada de testimonio de la orden de protección o de la Sentencia condenatoria, en su caso, así como que se

lleven a cabo protocolos de seguridad en los puntos de encuentro para asegurar, en todo caso, la indemnidad de la mujer y sus hijos, implicando activamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mediante la necesaria coordinación.

Es igualmente aconsejable que se acompañe a la ficha de derivación el informe emitido por el Gabinete Psicosocial, con el fin de facilitar a los profesionales del punto de encuentro el cumplimiento de los fines señalados por la resolución judicial.

Los profesionales del Punto de Encuentro deberán notificar al órgano judicial el inicio de las visitas en el mismo, así como cualquier incidencia que surja, proponiendo en su caso la externalización de las mismas, o la progresión conforme a las determinaciones de la Sentencia.

Finalmente, de las diversas normas aprobadas a nivel autonómico, podemos señalar que los principios que han de regir la actuación de los puntos de encuentro son los de interés del menor, neutralidad, confidencialidad, subsidiariedad, temporalidad y especialización.

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).

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, señaló determinados pilares que permitirán conseguirla. Uno de ellos es su artículo 4, que consagra la igualdad de trato como principio informador del ordenamiento jurídico.

Su trascendencia en nuestro ordenamiento español vigente a la fecha, se corrobora con la ratificación por nuestro país del Convenio de Estambul que, en idéntico sentido recoge en su Preámbulo, el reconocimiento de que “la realización de jure y de facto de **la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer**”

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...”,

“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, en la línea marcada por la Ley de Igualdad que ya la preveía expresamente en diversos preceptos, e impuesta por la ratificación del Convenio de Estambul, que en su catálogo de definiciones, del **art.3º**, ofrece los conceptos de

- «género» como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;”

- y de «violencia contra la mujer por razones de género» entendiéndose como tal “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”

Trascendente resulta igualmente el **art.6º del mismo Convenio** que bajo la rúbrica “**políticas sensibles al género**” recoge el compromiso derivado para España en cuanto firmante, a “*incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio, y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres*”.

Esta labor de interpretación como ya se dijo, 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*, los explicitados en la *Ley de Igualdad* y en el *Convenio de Estambul*: 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 ratificada por la legislación española a través del Convenio de Estambul, que en su art.4 y bajo la rúbrica de **“Derechos fundamentales, Igualdad y no discriminación”** condena textualmente “todas las formas de discriminación contra las mujeres” de forma que el Estado

“tomará, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular:

- Indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio;*
- Prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones;*
- Derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer.*

3. La aplicación por las Partes de las disposiciones del presente Convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna”.

Concluyendo que :

“Las medidas específicas necesarias para prevenir y proteger a las mujeres contra la violencia por razones de género no se considerarán discriminatorias en el presente Convenio”.

Todo ello, en la misma línea que la seguida por la comunidad internacional.

Así, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2006, 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”.

En relación al apartado

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 2006, 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 2007, 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 (interesado/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 2008, 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 Igualdad⁴¹ 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.*

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

41 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

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

LEGISLACION DE LA UE

Directiva 2012/29/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2011/220/JHA, del Consejo⁴²;

Directiva 2011/99/EU del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección⁴³.

PARLAMENTO EUROPEO

Resolución del Parlamento Europeo, de de febrero de 2006, sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones⁴⁴;

42 <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

43 <https://www.boe.es/doue/2011/338/L00002-00018.pdf>

44 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0038+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁴⁵;

Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres⁴⁶;

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea – 2011⁴⁷;

Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres⁴⁸;

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre el 57º periodo de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas: Eliminación y prevención de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas⁴⁹.

CONSEJO DE LA UNION EUROPEA

Conclusiones del Consejo de 16 de junio de 2016 sobre Igualdad entre mujeres y hombres⁵⁰;

Council conclusions of 8 March 2010 on the Eradication of Violence against Women in the European Union⁵¹;

45 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2009-0098+0+DOC+XML+V0//ES>

46 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//ES>

47 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0085+0+DOC+XML+V0//ES>

48 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0126+0+DOC+XML+V0//ES>

49 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0045+0+DOC+XML+V0//ES>

50 <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/06/16-epsco-conclusions-gender-equality/>

51 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lisa/113226.pdf

Resolution of the Council OF 10 June 2011 on a roadmap for strengthening the rights and protection of victims, in particular in criminal proceedings⁵²;

Council conclusions of 7 March 2011 on European Pact for Gender Equality (2011-2020)⁵³;

Council conclusions on combating violence against women and the provision of support services for victims of domestic violence (22 November 2012)⁵⁴;

EU guidelines on violence against women and girls and combating all forms of discrimination against them (8 December 2008)⁵⁵.

COMISION EUROPEA

Communication from the Commission for a Strengthened Commitment to Equality between Women and Men. A Women's Charter (2010)⁵⁶;

Special Eurobarometer 344: Domestic Violence Against Women (September 2011)⁵⁷;

Estrategía para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015⁵⁸;

Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo⁵⁹;

European Commission. Employment, Social Affairs and Equal Opportunities: “Opinion on an EU Strategy on Violence against Women and Girls”. Opinion of the Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men (7th December 2010)⁶⁰;

52 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/122529.pdf

53 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:155:0010:0013:EN:PDF>

54 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16382.en12.pdf>

55 <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16173cor.en08.pdf>

56 http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305_1_en.pdf

57 http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_344_en.pdf

58 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52010DC0491>

59 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0036>

60 http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/opinions_advisory_committee/2010_12_opinion_on_eu_strategy_on_violence_against_women_and_girls_en.pdf

Opinion of the European Economic and Social Committee on “Eradicating domestic violence against women” (2012/C 351/05)⁶¹;

EU strategy to measure crime and criminal justice (Action Plan 2006-2010).

CONSEJO DE EUROPA

Recommendacion Rec (2002) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia⁶²;

Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia de Género, de 11 de mayo de 2011⁶³, firmado en Estambul, a iniciativa del Consejo de Europa;

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶⁴.

NACIONES UNIDAS

Recomendación General nº 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer⁶⁵;

Informe del Secretario General “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra las mujeres”, (A/61/122/Add.1), 6 Julio 2006⁶⁶;

Resolución adoptada por la Asamblea General (sobre la base de la Tercera Comisión (A/64/433). 64/137. “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia sobre la mujer”⁶⁷;

Resolución aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)] 65/228. Fortalecimiento de las respuestas en ma-

61 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0021:0026:EN:PDF>

62 http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf

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

64 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

65 http://www.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

66 https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/61/A_61_122_add1_es.pdf

67 <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/137>

teria de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/65/228>⁶⁸;

Campaña del Secretario General de Naciones Unidas “UNeTE para poner fin a la violencia contra las Mujeres”⁶⁹;

Comisión de las Naciones Unidas de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 57ª sesión: “Conclusiones convenidas sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer y la niña”, 4 – 15 Marzo 2013, NY⁷⁰;

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995⁷¹;

División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: “Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer”, NY, 2010⁷².

68 <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/65/228>

69 <http://www.un.org/es/women/endviolence/documents.shtml>

70 [http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_\(CSW_report_excerpt\)_E.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_(CSW_report_excerpt)_E.pdf)

71 http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf

72 [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf)

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 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.

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 1/2004, de 1 de abril. Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

Ley 3/1997, de 26 de mayo, de Creación del Consejo de la Mujer de Cantabria

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 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de 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.

COMUNIDAD CASTILLA-LEÓN

Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la Violencia de Género en Castilla y 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 1/2011, de 11 de marzo, de evaluación de impacto de género en Castilla y León.

CATALUÑA

Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

EXTREMADURA

Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura.

Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de 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 11/2016, de 15 de junio, por la que se modifica la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de 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 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres.

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 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

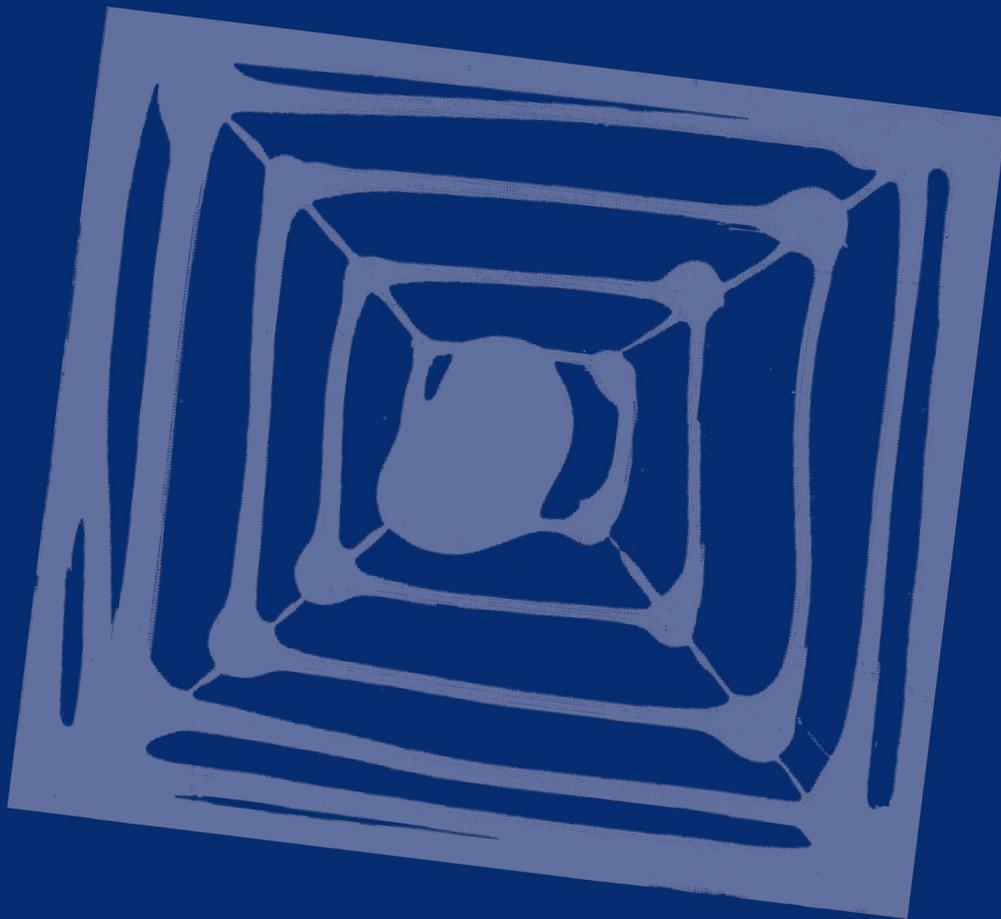
Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

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.



**Consejo General
del Poder Judicial**

C/. Marqués de la Ensenada,8. 28004 Madrid

Tel.; 91 700 62 75

www.poderjudicial.es

E-mail: observatorio@cgpj.es