

Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de *lege ferenda*.

Elena Martínez García (*)
Profesora Titular de la Universitat de València

SUMARIO: I. Estado de la cuestión: La asunción de la realidad por el legislador. II. El principio de igualdad como principio informador e interpretador de la LO 1/2004: el género como fundamento para su comprensión. III. La ciencia de la victimología como clave para la interpretación de los procesos por violencia de género. IV. *De Lege ferenda*: algunas cuestiones procesales por resolver: 1. El objeto de tutela por la Ley; 2. Revisión de la adecuación de los juicios rápidos en los delitos de violencia sobre la mujer; 3. Las Unidades de Valoración Integral Forense; 4. La mediación penal en violencia de género: Historia de una prohibición incompatible con los intereses de la víctima; 5. El control de la aplicación efectiva de los protocolos existentes, supervisión de la coordinación de servicios y asunción de responsabilidades por anormal funcionamiento; 6. La pena de alejamiento como pena aneja obligatoria. 7. La ejecución penal: una asignatura pendiente; 8. La problemática práctica entorno a la aplicación del derecho a no declarar contra el cónyuge ex art.416 LECrim: A) Breve resumen del estado de la cuestión; A) El fundamento de la necesaria revisión del art.416 LECrim. V. El cambio efectivo.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: SOBRE LA VISIBILIDAD O ASUNCIÓN DE LA REALIDAD POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL

La violencia de género ha sido durante muchos años un problema negado a la vez que ubicado dentro del ámbito privado y familiar. Por esta razón, esa violencia nunca ha sido un problema político, tampoco social y menos aún jurídico. La consecuencia inmediata ha sido la dificultad real de lograr una intervención pública, bien porque la víctima no denunciaba la agresión, bien porque, si se atrevía a hacerlo, la policía y/o los jueces tendían a minimizar el problema y, dada la escasa sensibilidad social existente ante este conflicto, incluso animaban a la agredida a regresar a casa con su verdugo. Asumida esta realidad por nuestra sociedad, el paso siguiente ha sido adoptar las decisiones políticas necesarias para erradicar el problema así circunscrito con los instrumentos propios de una sociedad que se rige por los principios de libertad, justicia y seguridad. En tal sentido, la decisión adoptada por el legislador ha sido clara y tendente a no tolerar ningún tipo de violencia hacia la mujer dentro del ámbito de las relaciones afectivas. La conciencia que de este problema tuvieron todos nuestros representantes parlamentarios ante la cruda realidad que muestran las estadísticas, terminó por imponer una voluntad unánime en el Parlamento y su fruto fue la LO 1/2004 de *Protección Integral de contra los Actos de Violencia de Género*. La sociedad española acaba de asistir al cuarto aniversario de

la aprobación de dicha Ley que, junto a la LO 3/2007 de *Igualdad entre hombres y mujeres*, han marcado un punto y aparte en lo que debe de ser entendido como igualdad y género.

En conclusión, la *Ley de Igualdad* y la *Ley de Violencia de Género* suponen, con toda seguridad, un punto de inflexión que hace imposible el retorno a esas épocas de silencio anteriores. Pero ni las desigualdades de género, ni la situación de violencia contra la mujer enquistada en la sociedad, pueden erradicarse a golpe de B.O.E. Debemos propiciar un cambio social que lo haga posible y para ello las leyes han de ser una herramienta viva y eficaz en manos de los ciudadanos, de la sociedad civil y de las instituciones y todos y cada uno de los componentes de la sociedad, debemos corresponsabilizarnos en la pretendida transformación de los valores y actitudes que estas leyes diseñan para nuestra ciudadanía.

En el presente trabajo pretendemos reflexionar sobre aquellos aspectos arrojados por la casuística judicial que impiden una aplicación segura y plena de determinados aspectos de la tutela impartida por los Jueces en violencia de género, distorsiones éstas derivadas de la anomia, desfase y contradicción entre el ordenamiento procesal penal existente y la moderna filosofía que imbuye la regulación a la que nos venimos refiriendo. Ejemplo de lo que decimos será el creciente protagonismo que la víctima tiene en el proceso penal, la progresiva confianza en el Juez especializado para repensar las posibilidades de la mediación cuando éste aprecie determinadas circunstancias, la no imposición del alejamiento si se estimara adecuado ante supuestos de violencia incipiente y así lo quisiera la víctima, finalmente, en esta misma línea, la necesidad de reformar la Ley procesal en aspectos tales como la exención de la obligación de declarar contra el cónyuge agresor, la adecuación de los juicios rápidos para este tipo de delitos y faltas, etc. En última instancia, les corresponde a los órganos jurisdiccionales interpretar esta parte del ordenamiento jurídico y sus posibles disfunciones, siempre conforme a la Constitución y los principios informadores de ésta y, en tal sentido, el principio de igualdad del art.14 CE dentro de las relaciones de afectividad debe de estar presente al suplir todas y cada una de las lagunas y al ejercer esa parte de creación judicial que les corresponde.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR E INTERPRETADOR DE LA LO 1/2004: EL GÉNERO COMO FUNDAMENTO PARA SU COMPRENSIÓN.

Para entender la acción llevada a cabo por el legislador en el marco de la LO 1/2004, es necesario hablar del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad.

Cuesta reconocer que desde que se promulgó la Constitución española de 1978, donde se sitúa al principio de igualdad como piedra angular de la misma, este mandato a los poderes públicos todavía no se ha hecho una realidad en materia de género, entre el hombre y la mujer, en casi ninguno de los ámbitos en los que éstos interactúan y tampoco en el de las relaciones de afectividad.

El artículo 14 consagra ese derecho desde una doble perspectiva. En primer lugar, se refiere a la *igualdad formal*, que impone la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Pero este mandato es doble. Por un lado, exige la *igualdad de trato* a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación. Es decir, ante supuestos de hecho iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales y cualquier desigualdad debe de ser razonable y proporcionada (STC 229/1992)¹. Pero por otro lado, también impone la *prohibición de discriminación, de modo que se prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables*, “que afectan a colectividades concretas”, que históricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos a los que expresamente se refiere el precepto (art.10 CE).

En segundo lugar, y con el fin de alcanzar la igualdad, la prohibición de la discriminación tiene un alcance *material* en el artículo 14 en relación con el art. 9.2 CE, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su efectiva realización². Ello implica una obligación para los poderes públicos de generar las condiciones necesarias para asegurar la igualdad efectiva. Y es aquí cuando se permite la discriminación positiva para lograr tal fin. En este sentido, afirma el Tribunal Constitucional “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados” (STC 216/1991)³. Se trata, pues, en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el “derecho desigual igualatorio”*; esto es, la desigual situación de partida de un determinado colectivo requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con el objetivo de igualarlas de modo real y efectivo. De lo contrario se produciría la *“discriminación por indiferenciación”*, es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles⁴.

La Ley Orgánica 1/2004 parece haber asumido esta diferenciación de trato lo largo de su articulado. Una de ellas –y la única controvertida- incide sobre el ordenamiento penal. A ella se refiere el pronunciamiento del Tribunal Constitucional 59/2008 que ha declarado expresamente la constitucionalidad del art. 153.1 CP. Pero no se trata de un supuesto de discriminación positiva ni de medida de acción de esta índole, sino simplemente de “una legislación sexualmente diferenciada, que es razonable porque obedece a la selección constitucionalmente legítima, al amparo del art.9.2 CE, de bienes jurídicos y finalidades constitucionalmente legítimas distintos a los protegidos por las normas generales del Código penal sobre malos tratos, lesiones, coacciones o amenazas”⁵. O, en otros términos, se trata de una ley sexo-específica⁶.

En este sentido, entender la posición del Alto tribunal, supone partir de los en los siguientes aspectos⁷:

- a) La desigualdad de género en las relaciones de afectividad que generan violencia y sometimiento constituyen el plus de protección dispensado por el legislador en estos tipos penales. Se trata del principio de igualdad entre el hombre y la mujer del artículo 14 CE.
- b) El género (y la vulnerabilidad en que se encuentra estas personas frente a la violencia en el ámbito de la pareja) es el fundamento de la diferencia de penalidad, pero el sexo es el elemento diferenciador en la norma. Por esta razón, la agravación de las penas al maltratador la ha generalizado el legislador para todos los casos que afecten a los sujetos pasivos que sufran dicha violencia dentro enclave de la relación afectiva, tanto para la mujer como para las personas especialmente vulnerables (hijos, ancianos, etc), siempre y cuando preceda acto de violencia de género contra la mujer pareja o expareja del agresor.
- c) Esta agravación no es algo ajeno a nuestra tradición jurídica. Cuando el código penal castiga al sujeto activo (empresario) que emplee sin contrato a españoles y a extranjeros y le impone mayor reproche si el empleado es extranjero que si es nacional, lo hace porque se encuentra en mayores condiciones de vulnerabilidad y la especial situación de debilidad son diferentes en uno y otro caso (arts.311 y 312 CP).
- d) No se quiebra el principio de proporcionalidad, dado que no se priva al Juez de la posibilidad de realizar un juicio de ponderación dentro de la aplicación del Derecho penal, en las condiciones definidas por el legislador y acordes al art.9.2 CE para perseguir las finalidades constitucionalmente legítimas (principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la especial vulnerabilidad de ésta frente a la violencia de su pareja).

- e) El art. 153.1 CP (así como los arts. 148.4, 172.2, 171.4,5 y 6 CP) se trata de una norma sexo-específica que se dirige directamente a romper con la subordinación generada en el ámbito de la pareja y a restablecer la igualdad de género.

A pesar del pronunciamiento del Alto Tribunal sigue habiendo un rechazo visceral desde algunos miembros de la judicatura. Parece que las resistencias sutiles que rodean a estos temas de género plasmados en la Ley no han tardado en manifestarse dentro del ámbito judicial⁸.

III. LA CIENCIA DE LA VICTIMOLOGÍA COMO CLAVE PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO.

La presente Ley 1/2004 –en sus aspectos procesales- viene fuertemente marcada por las tendencias de la ciencia de la victimología. Hasta ahora el proceso penal se ocupaba poco o casi nada de las víctimas, algo comprensible en la visión del legislador liberal decimonónico. La concepción de este instrumento del Estado parte de una finalidad única: reestablecer el orden público quebrantado y sobre éste la víctima no tiene derecho alguno. Siendo esto así, a ésta le corresponde simplemente el derecho a ser parte en el proceso que se llevará a cabo y a ejercitar los actos procesales sucesivos hasta llegar a una sentencia -en su caso-, que sólo será condenatoria, cuando se llegue a alzar la presunción de inocencia que todo ciudadano posee. En conclusión, la parte tradicionalmente “débil” del proceso es el imputado, pues se encuentra solo y asistido por su letrado frente a la policía y la administración de justicia.

Esta somera explicación sirve como base para anticipar que las cosas están cambiando⁹. La ciencia de la victimología lleva años estudiando todo lo atinente a la figura de la víctima e intentando cohonestar en el proceso penal los intereses de éstas, de los infractores y de la sociedad en general¹⁰. Si al ciudadano que es víctima se le prohíbe la autotutela y se le otorga el derecho a la tutela judicial efectiva, el Estado de derecho debe garantizarle el restauración en sus derechos e intereses legítimos, como parte necesaria del restablecimiento del orden público al que se deben los órganos jurisdiccionales del Estado y siempre respetando la garantía de los derechos del imputado así como de su reinserción. Así se entendió en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea el 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹¹.

La presente Decisión diseña cinco frentes de tutela para las víctimas dentro de este proceso: *Información, participación, asistencia, protección y reparación*. Sin ánimo de entrar en su análisis sí debemos adelantar que la LO 1/2004 hace una reproducción fiel de estos contenidos y representa, por tanto, un claro punto de inflexión en la política criminal desarrollada hasta ahora,

admitiendo estas nuevas tendencias de derecho de las víctimas y justicia restauradora¹². Se trata de un paso más en el pretendido cambio en la cultura jurídica del proceso penal cuyo objetivo “no es excluir a quien ya está (...), sino en incluir a quien no está, debiendo estarlo”¹³. El único aspecto en el que nuestro legislador no ha seguido la presente tendencia ha sido al imponer la prohibición de la mediación penal en este tipo de procesos (art.87 ter pfo.5 LOPJ)¹⁴.

Más allá de las ayudas económicas y sociales que tiene asignadas esta víctima¹⁵, también tiene derecho a percibir, por un lado, una indemnización por la responsabilidad civil derivada del delito, incluso aunque no haya querido ser parte en el proceso pero, por otro lado, tiene derecho a no sufrir daños colaterales fruto de una victimización secundaria innecesaria provocada por el propio sistema policial y judicial¹⁶. Además, qué duda cabe que el aumento de las denuncias de estos actos que, hasta ahora, permanecían en el ámbito de lo privado ha sido un logro político, pero también es verdad que el hecho de denunciar puede llegar a provocar un aumento potencial del riesgo de la víctima prolongado en el tiempo hasta que se obtenga sentencia firme. Ello debe exigir al legislador un esfuerzo por crear los mecanismos necesarios para lograr una efectiva protección de la víctima frente al agresor¹⁷. Si el sistema de protección que otorga el Estado es inseguro e insuficiente debe dar lugar a la responsabilidad de éste por el anormal funcionamiento de sus servicios (art.106.2 y 121 CE).

Pero junto a ésta reparación económica y, dado que el daño ha tenido un alcance pluridimensional, se puede hablar –siguiendo con los parámetros aludidos al dar tratamiento a la justicia restauradora *supra*- de una reparación que satisfaga a la víctima en sus derechos e intereses dañados, aunque sea de forma indirecta. Con ello, queremos abogar por una puesta en marcha de un plan realista de trabajos en beneficio de la comunidad (art.49 CP), que transmita a la sociedad en general y a la víctima en particular un esfuerzo personal reparador, a la vez que una reintegración corresponsable (sociedad-agresor) del agresor en la sociedad¹⁸.

IV. DE LEGE FERENDA: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS POR RESOLVER

La puesta en marcha del Título V relativo a la tutela judicial de la violencia de género ha mostrado la adecuación de las novedades introducidas por el legislador pero también la necesidad de ajustar determinados aspectos procesales que, necesariamente, pase por la reforma de la LECrim y del Código penal. Procedemos a exponer algunos de ellos.

1. El objeto de tutela por la Ley

Admitida la madurez de nuestra sociedad y nuestros órganos jurisdiccionales para aplicar estas normas que incluyen una perspectiva de género, tal vez sea el momento de replantearse la introducción progresiva de nuevas competencias en la materia para ser enjuiciadas a través de estos órganos especializados. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en un futuro deberán conocer de todos los asuntos delictivos, cuyo origen se encuentre en las relaciones de poder y de fuerza dirigidas del hombre contra la mujer, dentro y fuera de las relaciones de afectividad. Haría falta un estudio estadístico que arrojara si nos encontramos ante cifras de suficiente interés político criminal para llevar a cabo dicha ampliación objetiva. Dentro de esta línea son varios las situaciones a tener en cuenta.

Tras la promulgación de la Ley no han faltado casos de violencia dentro de las relaciones de afectividad presentes o pasadas entre parejas de gays, lesbianas y transexuales. Hay que afirmar que en el supuesto de que un miembro de la pareja sea transexual, conforme a la Circular 4/05 y a diferencia del supuesto anterior, sí viene reconociéndose por la jurisprudencia la aplicación la Ley Orgánica 1/2004 (Auto de la Sección 4ª AP de Tarragona de 12 de febrero de 2008). Esta resolución se inclina por atribuir la competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en aquellos casos en los que la víctima se ha sometido a una operación de cambio de sexo e incluso aún cuando no conste todavía inscrito como mujer en el Registro Civil (decisión, en absoluto, unánime, en la práctica judicial).

En segundo lugar, la violencia objeto de erradicación por esta Ley es la que se basa en la existencia de una relación de afectividad (matrimonio, parejas de hecho y noviazgos), como condición *sine quae* no se aplicará estas especialidades procedimentales¹⁹. Para que quede clara la existencia una relación de afectividad debe indagarse en este sentido durante la fase de instrucción y su prueba debe de corresponder al juicio contradictorio propio de la fase del juicio oral (Sentencia nº 55/08 de la Sección 1ª AP de Valencia de 27 de febrero de 2008). Sin embargo, puede haber casos en los que quede enteramente acreditada *ab initio* -incluso admitiendo la práctica de una prueba en esta fase de instrucción- la inexistencia de esa relación, debiéndose, en consecuencia, inhibir el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Para que llegue a practicarse esta prueba el Juez de Violencia tiene que tener una duda muy razonable sobre la real existencia del presupuesto objetivo básico aludido, a partir de las alegaciones de las partes o testigos pues, de otra forma, no puede anteponer a esta fase lo que debe de ser objeto de debate contradictorio en juicio oral.

En estos casos, atendidas las circunstancias específicas del supuesto, consideramos que la carga de la prueba de esta relación sigue sin corresponder al acusado sino a las partes acusadoras. Sin embargo, puede llegar a ser comprensible en determinados casos, la aplicación del *principio de facilidad probatoria* a este acusado, si en su alcance está la prueba de la inexistencia de relación de afectividad. En este mismo sentido, se ha generado numerosa jurisprudencia relacionada en torno a la prueba del ánimo de “sometimiento y discriminación” que presupone el art.1 LO 1/2004²⁰. Inadmitida su competencia objetiva debe darse una inhibición al Juzgado de Instrucción que corresponda (Sentencia AP Girona de 11 de febrero de 2.005 y Sentencia de la AP Córdoba, Sección 1ª, núm. 59/2004, de 9 de febrero), con las consecuencias de índole penal correspondientes (arts. 153 CP *versus* 617 CP).

Por último, el ámbito objetivo del art. 87 *ter* se ha manifestado un tanto difuso. El legislador quiso plasmar una cláusula genérica o residual para introducir por esta vía cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación dentro del ámbito subjetivo tipificado como delito de violencia de género²¹. Pero la situación resultante sigue siendo un tanto imprecisa. Así lo reconoce la Circular de la Fiscalía 4/2005. A título de ejemplo, no parece claro que sean competencia objetiva de estos juzgados especializados materias claramente incardinables como actos de violencia por razón del género y que se podrían dar dentro del ámbito afectivo de la pareja, tales como, el homicidio, aborto o las lesiones de naturaleza imprudentes (arts. 142, 146, 152 y 158 del CP).

2. Revisión de la adecuación de los juicios rápidos en estos delitos de violencia contra la mujer

El enjuiciamiento rápido, como su propio nombre indica es un juicio acelerado, en el que se puede proceder así porque, dada su sencillez instructora y/o su flagrancia, la localización del imputado y la menor gravedad de los hechos (penalidades de hasta cinco años). En principio, parece que el perfil del conflicto en violencia de género podría incardinarles dentro de estas características. Sin embargo, la realidad de este tipo de violencia suele ser doble. Por un lado, encontramos supuestos en los que la víctima afortunadamente posee un bajo nivel de tolerancia a la agresión y denunciaría ante un primer episodio de ésta. Desafortunadamente no suele ser así y la mujer que denuncia carga con un gran historial de amenazas y agresiones físicas y verbales. Esa segunda opción parece no adecuarse bien con la tipología procesal del enjuiciamiento rápido²².

En la práctica, este juicio acelerado o rápido suele versar sobre el último episodio de violencia que lleva a la denuncia, pero no se transforma habitualmente el procedimiento en diligencias previas destinadas a averiguar qué hay detrás de esa primera denuncia, según obliga al Juez el art.798 LECrim. Simplemente se enjuician rápidamente esos hechos y, a lo sumo, el Juez deducirá testimonio para la investigación de ese presunto delito de malos tratos habituales, pero poco más. Esta práctica, además, puede arrojar un doble perjuicio de orden procesal tanto para la víctima como para el imputado. Desde la perspectiva de la víctima, la diversificación de procesos redundaría negativamente en una doble victimización, en posibles sentencias contradictorias, incremento del riesgo, etc. Por lo que se refiere al imputado, la duplicidad de procesos –cuando el delito de violencia habitual ya goza de una penalidad cualificada- puede conllevar dos sentencias, una posible condena por enjuiciamiento rápido y una segunda sentencia futura que de ser condenatoria, deberá partir de la existencia de unos antecedentes penales. Ello trae consigo otra consecuencia penal, como es, la imposibilidad de acogerse al beneficio de suspensión de la condena.

3. Las Unidades de Valoración Integral Forense.

Una de las bondades de la Ley ha sido la de asumir y entender este conflicto desde una perspectiva multidisciplinar, de forma conectada entre sus diferentes aristas y perspectivas destinadas a la prevención y erradicación. Y hemos dicho que pretender acabar esta forma de violencia sin transformar hábitos, valores, etc. es imposible. Dentro de esta línea el legislador previó la creación de las Unidades de Valoración Integral Forense en y por las diferentes Comunidades Autónomas²³.

Estas unidades se encuentran adscritas al Instituto de Medicina Forense y tienen la siguiente composición: Un/a médico forense, un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social. La citada composición pretende abarcar el conflicto de forma plural y compleja, a imagen y semejanza de este tipo de violencia. Su función es realizar los informes sobre los que el órgano jurisdiccional va a decidir, abarcando un estudio tanto de la víctima como del agresor e hijos, en su caso. Dicho estudio se entrega al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de modo que las medidas civiles que dicte un Juzgado de Familia debieran basarse también en dicho informe y que no fueran competencia de un equipo psicosocial diferente. Una finalidad no prevista pero evidentemente de utilidad práctica sería extender las posibilidades que ofrecen dichas Unidades a la actuación preventiva de la policía, que debe evaluar riesgos objetivos. La valoración integral debe hacerse sobre los siguientes ejes a tenor del citado Informe:

- Valoración del resultado de las agresiones puntuales y de las consecuencias de la exposición prolongada a la violencia que ejerce el agresor como mecanismo de control de la mujer en el seno de la relación de pareja.
- Valoración de la agresión y la violencia en el plano físico y psíquico, y sus repercusiones en el ámbito social de la pareja.
- Estudio de la mujer y menores víctimas de la Violencia de Género, y del agresor en cada uno de los casos para poder integrar todos los elementos y circunstancias de la violencia, y alcanzar de este modo una imagen global de la situación denunciada.
- En el caso del estudio sobre el agresor, debe incluirse de manera sistemática una valoración del riesgo o peligrosidad que presente en los momentos del estudio.

Allí donde se han desarrollado dicha Unidades, como por ejemplo, Comunidad de Andalucía, la práctica impone que sólo actúen en el ámbito de las Diligencias previas, proceso ordinario o tribunal del jurado pero nunca en juicios rápidos ni juicios de faltas, dada su inminencia y celeridad. Tampoco hace seguimiento de penas ni funciones coordinadoras entre el centro penitenciario, Policía, Juzgado y víctima. Además tampoco se han creado en funciones de Guardia. Sin embargo, en mi opinión sería conveniente su creación por varios motivos:

A) En la práctica tanto Policía como Juzgados (en funciones de guardia o en horas de audiencia) se encuentran a menudo en situaciones en las que deben decidir sobre una orden de protección y una medida cautelar penal y el hecho de no contar con apoyo psicosocial alguno dificulta que su labor se realice en condiciones de asegurar una mayor seguridad jurídica²⁴. Aquellos Juzgados de partidos ubicados fuera de la capital, podrían valerse de un equipo itinerante hasta que se produzca la llamada “comarcalización” o “agrupación de territorios” que se pretende llevar a cabo fuera de las capitales de provincia²⁵.

B) La existencia del presente servicio contribuiría a que también en caso de juicio rápido el Juzgado tuviera posibilidad de recurrir al mismo en caso de duda.

C) En tercer lugar, esta asistencia especializada contribuiría, respecto de la víctima, a que su declaración pudiera tener mayor consistencia y que el miedo no le hiciera retractarse y, respecto del agresor, a ser consciente de la necesidad de recibir una terapia adecuada y a ser derivado de forma inmediata para recibir ayuda.

Por último, esta Unidades podrían realizar las funciones de mediación penal de las que se habla a continuación.

4. La mediación penal en violencia de género: Historia de una prohibición incompatible con los intereses de la víctima

La mediación como fórmula de resolución de conflictos no sólo generados en el ámbito civil sino también el penal, nos llega desde el ámbito europeo a través de la Decisión Marco de la Unión Europea 2001/220/JAI por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal, en la línea con lo dicho *supra*.

Para entender la prohibición de mediación penal del art. 87 *ter* pfo.5 para los conflictos de violencia de género, en mi opinión, debe de partirse de la aparente desconfianza de nuestros representantes parlamentarios hacia los aplicadores de la norma que estaba diseñándose en el Parlamento. Se debió pensar que admitir la mediación penal sería tanto como posibilitar al juez a que obviara o restara importancia al hecho delictivo, tal y como venía desde antaño siendo frecuente, sobrevalorando el ámbito de la privacidad familiar en detrimento de la dignidad e integridad física y moral de la persona y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en la pareja (*vid.* nota 14).

Excede del objeto del presente trabajo profundizar en las aristas y pormenores que presenta la mediación penal con carácter general, pero sí quisiera hacer mención de ciertos aspectos que fundamentan la necesidad de que el legislador modifique la prohibición del aludido precepto legal²⁶.

Entender la violencia de género supone partir de una base no siempre comprensible como es, en primer lugar, la de dar voz a la víctima en el proceso llegando a comprender y respetar sus intereses en cuanto sean coherentes con el orden público; en segundo lugar, dentro de la rehabilitación del condenado agresor está la necesidad de que se corresponsabilice de lo realizado y repare el daño y ello exige darle esa oportunidad de ofrecer algo a la víctima y que ella lo admita o no como reparación. De esta forma, el compromiso o acuerdo al que se llega no es una pena independiente o ajena al bien jurídico dañado, sino que tiende directamente a restablecerlo. Para entenderlo, pensemos que en una pareja que se quiebra la igualdad en los términos que ocurre en la violencia de género, la víctima pretende –en numerosas ocasiones– acabar con el desequilibrio pero no perder el ámbito afectivo que le une a la pareja. Y esta doble pretensión es incompatible con el sistema punitivo y procesal actual y ello por las razones dadas *supra* sobre el diseño decimonónico de nuestro proceso penal.

La mediación es un medio de resolución de conflictos de naturaleza autocompositiva, es decir, a través de un tercero que se sitúa *intrapartes* y que, en ningún caso, es la persona que adopta la decisión aplicable al conflicto sino que aproxima posturas, las limpia de acritud y permite que ellos mismos lleguen a proponer la solución que es adecuada para ambos. El hecho de llegar por ellas mismas a decidir lo que les sería satisfactorio, hace que se corresponsabilicen en su cumplimiento. La mediación exige equilibrio entre las partes, seguras de querer solucionar un conflicto y conscientes de que en esa toma de decisión ambas tienen algo que ganar y que perder. Precisamente esta idea de “equilibrio *inter partes*” es lo que más dificulta la admisión de la presente fórmula en los casos de violencia de género, de ahí, que no se pueda admitir de forma generalizada.

Los conflictos en violencia de género sólo deben de ser mediables según las características del mismo y el estadio o grado de violencia impuesto por el hombre hacia su pareja. No es lo mismo una primera amenaza o zarandeo que una situación de violencia habitual. En el primer caso, roto el principio de igualdad, la mujer víctima reacciona solicitando a la Justicia la tutela de sus derechos, *dado que el principio de igualdad lo tiene dicha mujer interiorizado* y por esta razón acude inmediatamente ante los Tribunales. En el segundo supuesto, dicho principio constitucional ha sido minado durante ese periodo donde la violencia se ha convertido en habitual y cuando la mujer acude a la Justicia el desequilibrio preexistente entre las partes no permite negociar o transaccionar, por eso el orden público pasa a ocupar un primer plano y no puede dejarse en suspenso, atenuarse o negociarse la ejecución de una pena. Por esta razón, en el proceso penal con carácter general las faltas son ampliamente admitidas por la doctrina y jurisprudencia como objeto de mediación pero no los delitos. No queremos con ello decir, que esas acciones –hoy constitutivas de delito y antes falta- son exclusivamente las que deben ser susceptibles de mediación penal, porque afirmar esto sería tanto como decir que, la reforma penal realizada por la LO 1/2004 tan profundamente debatida, carece de sentido. No lo creemos. Nos parece acertada –y constitucional- la agravación y en esa misma línea de cambio -propiciado por el valor pleno que el legislador le da al principio de igualdad en función del género/sexo dentro de las relaciones de afectividad-, la víctima debe poder ser oída por el sistema procesal penal, ante determinados supuestos de violencia menos grave. Nuevamente las variables igualdad/género deben ser introducidas como claves para interpretar sistema procesal (al igual que acontece en el art.416 LECrim).

5. Control de la aplicación efectiva de los protocolos existentes, supervisión de la coordinación de servicios y asunción de responsabilidades por anormal funcionamiento

La protección de la mujer maltratada conlleva la intervención en este conflicto de una pluralidad de profesionales, según hemos visto *supra*. Fruto de la complejidad propia de dicha intervención puede llegar a darse espacios de incomunicación entre las personas y las instituciones que traigan como consecuencia el fallecimiento o agresión de una mujer, goce o no de un estatus de protección especial, a saber, la orden. Es decir, podría darse este error por falta de coordinación, por ejemplo, entre la Policía Local y el órgano jurisdiccional o las propios representantes de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado; pero también puede haberse denegado injustificada e inmotivadamente una orden de protección²⁷. En puridad, se trata de casos distintos. En el primer supuesto nos encontraríamos ante un caso de responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de los servicios públicos²⁸. En el segundo supuesto se trataría de una responsabilidad patrimonial por el Estado-Juez²⁹, dentro de su ejercicio jurisdiccional y, por tanto, responden a fundamentos y premisas muy diferentes³⁰. Cuestión diferente –en muchos casos- será deslindar cuándo se trata de la responsabilidad de la administración ex art. 109 y cuándo del estado-Juez (art.292).

Para evitar una descoordinación entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otros servicios (órganos jurisdiccionales, servicios sociales, centros sanitarios, centro penitenciario, etc..) se han establecido los aludidos “protocolos de actuación”, tendentes a lograr una respuesta coordinada y eficaz frente a una situación de violencia de género. Dichos protocolos establecen niveles de diligencia exigibles en entre las instituciones vinculadas por los mismos y, por tanto, si fallan debe de responder la *Administración Juez por anormal funcionamiento*. El Tribunal Supremo viene estableciendo en su jurisprudencia que el valor de dichos protocolos o *lex artis* es una realidad, en cuanto provocan confianza desde y en la actuación de los servicios, lo que indudablemente podría entenderse como una cobertura legal para entender y/o valorar si ha existido negligencia y daño³¹.

El concepto de funcionamiento anormal viene entendido por doctrina y jurisprudencia como un concepto jurídico indeterminado que trae al Derecho Administrativo conceptos propios del derecho común tales como el estándar de diligencia media del buen padre de familia³². No se trata de un funcionamiento erróneo de la Administración de Justicia, pero sí de un *funcionamiento deficiente* que pudiera producir daños al ciudadano³³. Surge aquí un primer interrogante al no existir una delimitación clara sobre qué es y no es Administración de Justicia y administración de la Administración de Justicia³⁴, algo importante dada la plural intervención del

órgano jurisdiccional, Ministerio Fiscal, auxiliares, Policía Judicial y médicos forenses en una breve secuencia de actos.

Sin ánimo de ir más allá, dado que no puede ser el objeto de este trabajo, simplemente traer a colación los casos de imposibilidad de dictar una orden de protección por inasistencia del Ministerio Fiscal a la audiencia obligatoria del art. 544 *ter*, o la separación por el Juez en la apreciación de riesgo evaluado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad según dispone la Instrucción 10/2007 y 14/2007 con una motivación deficiente y con un resultado lesivo para la víctima o el olvido o retraso en el registro de la orden por parte del secretario judicial con la posible falta de cobertura protectora para la mujer que sufre el daño³⁵.

En este orden de cosas, es imprescindible que se acabe de desarrollar y poner en funcionamiento las Juntas Locales de Seguridad para que se concreten las funciones de la policía judicial en los municipios, se integren en el Sistema Estatal de Bases de Datos y, en definitiva, que se expliciten el grado de vinculación deben de ofrecer los Ayuntamientos para sus policías³⁶.

6. La pena de alejamiento como pena aneja obligatoria.

Al hilo de todo lo dicho, consideramos que otro de los aspectos que indudablemente va a tener que modificar el legislador, es el relativo a la obligatoriedad derivada del art. 57.2 CP, cuando impone al Juez la necesidad de adoptar pena de alejamiento respecto de la víctima en la sentencia por aplicación de lo dispuesto en el art. 48.2 del CP. No tiene sentido privar al Juez de la potestad de modular proporcionalmente la existencia de riesgos y la penalidad derivada de una condena. El resultado de la aplicación de esta norma, es la frecuente comisión del delito de quebrantamiento consentido de la pena (art.468 CP).

La suspensión de la pena de alejamiento, en la práctica, se suele conceder por los Juzgados de ejecutorias cuando se solicita con la petición de indulto³⁷. El indulto se tramita ante el Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución de la Sentencia, aún cuando ésta hubiera sido dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en los casos de conformidad³⁸. La práctica demuestra que la totalidad de los indultos resultan denegados, lo que lleva a revocarse la suspensión de la pena de alejamiento y la reactivación de la ejecución de la misma.

7. La ejecución penal: una asignatura pendiente

En la misma línea de lo que acabamos de decir, el legislador debe de revisar la forma de proceder de la ejecución de sentencias en violencia de género. Tanto en los medios de comunicación como en las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial se viene

constatando en estos últimos tiempos la difícil situación por la que atraviesa el proceso de ejecución de sentencias penales en general y de sentencias penales en violencia de género, en particular. Los datos estadísticos indican que la pena que se les impuso a estos individuos no alcanzó su fin de prevención especial³⁹.

Nos encontramos ante un tema que debe de ser profundamente desarrollado en un futuro próximo y que supone una puesta en común de medios, personas y coordinación para los Juzgados de lo Penal, Juzgados de ejecutorias, servicios sociales penitenciarios y ayuntamiento⁴⁰. No perdamos de vista que la rehabilitación del maltratador es un fin constitucionalmente previsto pero –además- es la única forma de evitar nuevos y futuros riesgos para las víctimas.

El art. 83.1 del Código condiciona la suspensión de la pena privativa de libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes enumerados en las reglas 1ª, 2ª y 5ª, es decir, que el penado participe en programas formativos, laborales, de educación sexual y otros similares. En la práctica se ha planteado el problema de a quién corresponde la articulación de tales programas y su seguimiento.

Declarada la firmeza de la Sentencia, el órgano jurisdiccional remitirá a los servicios sociales penitenciarios testimonio de la misma determinando las condiciones precisas para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, para que se cumpla la obligación de participar en programas formativos. Los servicios sociales penitenciarios serán los encargados de realizar las actuaciones necesarias para su cumplimiento y a tal fin, entrevistarán al penado, analizarán la información recibida de los centros donde vaya a realizar el programa y elaborarán el plan individual de intervención y seguimiento. Corresponderá por tanto al órgano jurisdiccional aprobar dicho plan de intervención y seguimiento (art. 17 RD 515/05, del 6 de mayo). “Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas” (art.83 CP) y, en todo caso, cuando las circunstancias personales del penado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando se cumplan las obligaciones impuestas. Igualmente, su incumplimiento por parte del penado de las condiciones fijadas en el correspondiente programa determinará la revocación de la suspensión de la condena, por aplicación de lo dispuesto en el art. 84 del CP.

8. La problemática práctica existente en torno a la aplicación del derecho a no declarar ex art.416 LECrim

Para entender la problemática generada en torno al art.416 LECrim, relativo al derecho de un cónyuge a abstenerse a declarar contra su pareja imputada, una vez más, debemos de recurrir al sentido del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad sobre el que venimos argumentando nuestra exposición, fines constitucionalmente legítimos que deben aplicarse al proceso penal por delitos de violencia de género.

A) Breve resumen del estado de la cuestión.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la obligación de denunciar la posible existencia de un delito para todo aquel que presenciare su perpetración (art.259). La consecuencia inmediata será el inicio de un procedimiento penal y la obligación del Juez de proceder a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o la denuncia fuera manifiestamente falsa. Sin embargo, excepcionalmente se exime de la obligación de denunciar en los casos de los arts. 260, 261 y 263 de la Lecrim, referidos, entre otros, a determinados parientes⁴¹. De dichos preceptos interesa ahora la citada exención recogida en el art. 261.1 en relación con la víctima, que es testigo y cónyuge del delincuente agresor al mismo tiempo.

Ello significa que en estos delitos la víctima dañada en sus derechos e intereses legítimos es también *testigo* directo de los hechos y la Ley le exime de la obligación de denunciar (art. 259 y 261.2 LECrim), así como de la de declarar en juicio en contra de su marido o compañero (arts.410 y 416 LECrim). La víctima sí tiene la obligación de comparecer cuando es citada por el Juez, pues conforme al art. 410 de la Lecrim todos los que residan en territorio español tendrán la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, alcanzando dicha obligación al acto del juicio oral, ex art. 707 de la Lecrim⁴². Una vez comparecido, todo testigo tiene la obligación de prestar juramento o promesa, responder a las preguntas que le formulen las Defensas y decir verdad. La excepción no obstante vendría establecida por los arts. 416 y 418 de la Lecrim para el caso de la víctima cónyuge o pareja estable del presunto maltratador en cuyo caso puede negarse a declarar o a contestar aquellas preguntas que pudieran perjudicar a su marido o compañero⁴³. La razón de ser de estas excepciones se encuentra –según reconocen las STS 134/07 de 22 de febrero y 385/07 de 10 de mayo-, el vínculo de solidaridad familiar que une a la testigo con el acusado. Su fundamento, por tanto, no sería proteger al reo sino el ámbito de solidaridad familiar aludido.

Expuesta esta situación, la cuestión más controvertida es la de si, en el caso de que la mujer se acoja a su derecho a no declarar contra el acusado, se podrían valorar sus declaraciones anteriores prestadas en fase de instrucción o incluso ante la policía⁴⁴. En este sentido, es doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional la que reconoce el derecho del acusado a interrogar a los testigos que vayan a declarar contra él en juicio público y con todas las garantías. Ello exige que la práctica de prueba sea en juicio oral y de forma contradictoria. Sólo razones de “urgencia” y de “imposibilidad de repetición práctica”, habilitan al Juez juzgador para convertir en prueba una declaración sumarial. En este caso la víctima está en condiciones de declarar, pero se niega a hacerlo y, por tanto, difícilmente podemos considerar este caso como uno de los supuestos “excepcionables”.

Frente a la presente tesis, existe alguna jurisprudencia menor que se ha decantado por admitir en el plenario como prueba la declaración sumarial de la víctima (ahora retractada) bajo la argumentación de que -entenderlo de otra forma- podría suponer una manipulación de la finalidad última del art. 416 LECrim. (SAP Cuenca 24 de mayo 2006) o un verdadero fraude de ley procesal (Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón 12 de abril de 2.006.). Algunas Audiencias consideran que, en estos casos, ha existido una “renuncia concluyente” de la víctima a la referida exención del art.416 LECrim (STS 21 noviembre 2003).

La discusión se centra en si estaríamos en tales casos ante una fuente de prueba, apta para ser introducida en el plenario mediante su lectura y para fundamentar por tanto un fallo condenatorio ex Art. 730 LECrim. En puridad, se trata de una fuente de prueba obtenida ante la policía y/o el órgano jurisdiccional instructor, sin ser prueba preconstituida ni prueba practicada de forma anticipada, por lo que su valor residirá en la medida que se pueda introducir en juicio oral. Quienes se oponen a esta posibilidad aducen que el supuesto en que la víctima comparece al plenario y se niega a declarar al amparo del art. 416 de la LECrim, no puede equipararse a un supuesto de imposibilidad material de declarar y por tanto no sería factible introducir su declaración prestada en instrucción, ni siquiera por la vía de su lectura a petición de las acusaciones. (STS de 21 de febrero de 2007).

B) El fundamento de la necesaria revisión del art.416 LECrim.

Con la redacción actual del art.416 LECrim resulta difícil cohonestarlo con la finalidad de tutela del principio de igualdad dentro de las relaciones de afectividad tan buscada por el legislador de en la LO 1/2004. En puridad, se trata de la ponderación de dos intereses públicos que pueden llegar a coincidir en un proceso penal –casi de forma exclusiva- cuando se tutela la violencia de género, la violencia doméstica y todos los delitos y faltas que se realicen dentro de

un entorno familiar y de afectividad. Se trata, pues de una confrontación de dos intereses públicos cuyas transgresiones se encuentran elevadas a la categoría de delito. Nos referimos, en primer lugar, al interés del Estado de que se colabore con la justicia (delito de no colaboración para el testigo que no declare o diga falso testimonio) y la tutela del interés de que las relaciones en el ámbito de afectividad (y familiar) sean pacíficas y no regidas por el desequilibrio de la dominación. El primer interés tiene rango constitucional aunque no de derecho fundamental (art.118 CE). El del segundo interés tiene rango constitucional y de derecho fundamental (art.14 CE). El ejercicio del primero atribuye más obligaciones que derechos; a saber, la obligación de comparecer el testigo, la obligación de decir verdad, la obligación de contestar a las preguntas que se le formulen. El segundo se trata –exclusivamente- de un derecho a un trato igualitario sin vejaciones ni violencia. La limitación de este derecho le convierte al sujeto en víctima, y puede convertirle a su sujeto en parte procesal, aunque esto último no siempre se dará si no media su voluntad, como sabemos.

La tutela de este interés de la ley en que se colabore con la justicia, encuentra una importante y lógica excepción, como vemos, “relaciones familiares o de afectividad”. Se entiende razonablemente que este deber de colaboración no se le exija al ciudadano cuando su testimonio debe de ir en contra de sus familiares, pues el afecto del ser querido llevaría a que mintiera. Valdría igual que el legislador –como acontece en Francia- no hubiera dispuesto una excepción como la del 416 LECrim, pero hubiera una mención expresa a la no perseguibilidad de los familiares que cometan falso testimonio en un proceso contra parientes como testigos. Se protege la paz familiar y se evitan así tesituras que la destruirían.

Contrariamente, cuando la persona víctima de un proceso reúne la característica de tener ese vínculo de afectividad con el delincuente, lo que no existe precisamente y *a priori* es paz familiar o relación de afectividad (salvo ese entendimiento perverso que afectividad que tienen las situaciones de maltrato). Si el legislador pretende tutelar ese bien tan preciado como es el principio de igualdad dentro de las relaciones de afectividad son inaceptables “privilegios” que instrumentalizan o imposibilitan la realización efectiva del art.14 CE. Si lo que se pretende por el Estado es establecer relaciones afectivas sanas o equilibradas en el seno de la pareja, difícilmente puede eximir de declarar al ciudadano víctima del delito frente al que le intenta proteger.

La tutela del principio de igualdad dentro de las relaciones de afectividad exige en esencia negar que el afecto sea justificante de un privilegio de este tipo, dado que le convierte al Estado en corresponsable de la victimización secundaria sufrida por esa mujer que es instrumentalizada por la pareja, de forma inmediata, y por el proceso penal, de forma mediata,

para seguir bajo esa esfera de violencia. De hecho, es el ámbito de afectividad lo que racionalmente le impide denunciar y testificar. Porque si sufriera golpes, desprecios, violaciones, del vecino, compañero de trabajo o transeúnte las denunciaría sin lugar a dudas.

El problema surge en la persona víctima que decide denunciar hechos delictivos contra su pareja. Ese ámbito de afectividad no puede ser usado como herramientas en contra. Son incompatibles la protección de la violencia de género y la de los vínculos de solidaridad familiar en un mismo proceso penal.

Modificar la Ley en este sentido tampoco arrojará mejores estadísticas, dado que el talón de Aquiles es la falsa creencia de la relación de afectividad que ella mantiene en su imaginario, más que el temor, incluso, la falsa ilusión del amor, de creer que no declarar contra él es una prueba de amor. En realidad, ¿qué ámbito de decisión se le debería dejar a la mujer? En un estado idílico de las cosas, la que denuncia debería estar bajo la tutela de los servicios sociales evolucionando en su estado emocional y tras ese trabajo, sería libre de decidir si quiere o no continuar con el proceso y si quiere o no ser parte. Pero, hoy por hoy, los medios personales y materiales son limitados.

IV. EL CAMBIO EFECTIVO

Los datos estadísticos a los que nos hemos referido son expresión objetiva de una realidad social; esa realidad debe ser, primero, asumida por la sociedad, que debe empezar por conocerse así misma y luego advertir que quien tiene que reaccionar contra esta violencia sexista es principalmente la sociedad misma. Nadie puede estar conforme con esta realidad, pero sería ingenuo esperar que sea el legislador *exclusivamente* quien la cambie. La sociedad no es algo ajeno a cada uno de nosotros; la sociedad no es el resultado amorfo de una suma de personas, la sociedad somos todos, cada uno de nosotros, y sólo nosotros podemos cambiar la realidad. No podemos contentarnos con que la ley reaccione penalmente cuando una mujer se ha convertido en víctima; el verdadero cambio tiene que consistir en evitar que llegue a existir la mujer víctima. Lo decisivo para el cambio social es llegar a convencerse de que todos y cada uno de nosotros es responsable de lo que sucede en la sociedad⁴⁵.

En resumidas cuentas, una vez localizado por la Administración un caso de violencia de este tipo, la protección cautelar de la víctima frente al presunto agresor es básica. Razones de aseguramiento de la persona imputada para que no se evada de la Justicia y pueda ser juzgado en un futuro, la evitación de nuevos riesgos para la víctima, la posible desaparición de pruebas, etc. son las finalidades que deben mover a los Miembros y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los órganos jurisdiccionales a la hora de decidir preventivamente y siempre dentro de un

marco de seguridad jurídica y respeto de los derechos y libertades fundamentales. Ya hemos aludido *supra* a la importancia de la coordinación de servicios que entran en funcionamiento ante un acto de violencia de género con el fin de que no existan espacios “sordos” en la protección de la víctima frente al agresor⁴⁶. Dichos fallos podrían derivar en posibles exigencias de responsabilidades patrimoniales al Estado⁴⁷.

Pero toda la actividad jurisdiccional y sus aledaños son insuficientes si no van acompañados de una intervención asistencial de las partes, con carácter particular, y una sensibilización social, con carácter general. Por tal razón consideramos de enorme importancia desarrollar el Título I de la LO 1/2004 relativo a “Las medidas de sensibilización, prevención y detección” de forma comprometida tanto por la Administración central como en aquellos asuntos cuya competencia sea de la Administración autonómica, así como implementar los derechos de las víctimas señalados en el Título II de la misma. Aquí se engendrará el verdadero cambio, dado que cuando la mujer llega ante la Administración de Justicia ya es víctima (Título IV y V), lo que supone un fracaso del sistema de prevención⁴⁸.

(*) Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación SEJ2006-15544 “Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio transdisciplinar”.

¹ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

² VVAA, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de Constitución española*, (Coor. VIVAS LARRUY, A., Cuadernos de Derecho Judicial, 2004.

³ STC 216/1991, de 14 diciembre.

⁴ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, pp.65 y ss.

⁵ ALÁEZ CORRAL, B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.12/2008, de 13 de enero, Thomson Aranzadi, pág.14.

⁶ AÑÓN ROIG, M.J./MESTRE MESTRE, R.”Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho”, *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, pp.64 y ss.

⁷ COMAS D'ARGERMIR, M., “La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución”, *Tutela procesal frente a hecho de violencia de género*, (VVAA, Coor. GÓMEZ COLOMER), *op.cit.*, pp. 61 y ss.

⁸ *Vid.* la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm.24 de Madrid a través del Auto de 2 de marzo del 2006, donde se alude expresamente al escaso servicio que esta Ley está realizando al principio de igualdad y a la situación retrógrada y desequilibrante que ha traído como consecuencia el voto feminista. Esta cuestión fue desestimada *a limine* por el Tribunal Constitucional en su Auto de 4 de abril del 2006 (RTC 2006, 136 Auto).

⁹ El uso del proceso penal como medio de asistir o paliar determinados factores exógenos a la propia naturaleza del proceso no es un fenómeno nuevo en nuestra sociedad. Nuestro legislador lleva años utilizando este instrumento de tutela para dar respuesta a fenómenos sociales, dentro de un nuevo marco de criminalidad, nuevos contextos tecnológicos, bajo la influencia de por un poderoso imperio de los medios de comunicación y, entendido dentro de un marco a veces impuesto por el propio contexto internacional y comunitario. A este respecto, *vid.* BARONA VILAR, S., *Seguridad, Celeridad y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, 2004.

En este mismo sentido podemos justificar y entender la intervención que ha llevado a cabo el legislador frente a un colectivo desfavorecido en el ámbito de las relaciones de afectividad y por la sola razón de pertenecer a género mujer.

¹⁰ ALONSO RIMO, A., “Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal”, *Estudios de victimología*, Tirant lo Blanch, 2005, pp.47 y ss.

¹¹ Sobre la evolución sufrida entorno al tratamiento que debe recibir de la víctima *vid.* Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de Naciones Unidas, Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa 1977, Convenio 116 del Consejo de Europa de 24 de diciembre 1983 en materia de indemnización, Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio 1985 en materia de protección penal, Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal (DOCE L 82, de 22 de marzo de 2001), Libro Verde sobre la Indemnización de las víctimas, la Directiva comunitaria sobre Indemnización a las víctimas de 16 de octubre 2002. Dentro del ámbito nacional encontramos la Ley Orgánica 35/1995, de 11 de diciembre y su RD 738/1997, de 23 de mayo, modificado por el RD 429/2003, de 11 de abril, relativos a las indemnizaciones y ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aplicable al presente tipo de delitos, conforme a la LOVG (art.27.5).

¹² En este marco deben entenderse los pasos dados por el legislador al dar regulación legal a la institución de la orden de protección (art.544 *ter* LECrim), la orden de alejamiento (art.544 bis LECrim), la reforma de la prisión provisional (art. 503 LECrim), la especialización de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Abogados, servicios sociales y sanitarios, la asunción de competencias civiles y penales por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la creación de las Unidades de Valoración Integral de la Víctima o, entre otras muchas, la regulación de vías de reparación real de la presente tipología de violencia.

¹³ Para ampliar estos conceptos *vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa”, *Panorama Actual y perspectivas de la victimología: Victimología y el sistema penal*, Cursos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 4, 5 y 6 de junio 2007.

¹⁴ Probablemente porque existe una desconfianza hacia algún sector de la Judicatura que llevara a hacer pensar que una mediación estaría enfocada a una minimización del conflicto y a un intento de reconciliación en la pareja, www.periodistadigital.com de 12 de diciembre.

¹⁵ Respecto a las ayudas asistenciales y otros derechos extra-procesales o cuyo disfrute no depende de un reconocimiento judicial *vid.* Título II de la LO 1/2004 citada y normativa de desarrollo que básicamente se centra en los siguientes frentes: 1. Derecho a la información de la víctima de todos los derechos que tiene como mujer presuntamente maltratada. 2. Derecho a la asistencia social integral. 3. Derechos laborales y prestaciones de la seguridad social. 4. Derechos de las funcionarias públicas. 5. Derechos económicos. 6. El derecho al cambio de apellidos.

Por su lado, la víctima tiene una serie de derechos de índole procesal que se pueden resumir de la siguiente forma: 1. Derecho a una atención e información por servicios especializados. 2. Derecho a su asistencia jurídica gratuita desde el inicio. 3. Derecho a un tratamiento respetuoso de su intimidad y no victimizante. 4. Derecho a ser informada en todo caso de las diferentes actuaciones y situación del (presunto) agresor. 5. Derecho a una gestión adecuada y eficaz por todos los funcionarios que gestionen su caso con el fin de que exista coordinación suficiente para asegurar su persona en todos los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal. 6. Derecho a la percepción de ayudas económicas, derecho de reparación e indemnización de la víctima. 7. Derecho a la eficacia en la recogida de las pruebas. 8. Derecho a una protección penal y civil adecuada (derecho a la tutela judicial efectiva). 9. Derecho a retractarse de las declaraciones formuladas contra su marido en la denuncia ante la comisaría o ante un Juez (art.416 LECrim).

¹⁶ La persona víctima de actos de violencia de género, debe de enfrentarse a un sistema normalmente desconocido para ella donde se le requiere de un esfuerzo extraordinario para que pueda producirse una investigación con cierta eficacia. Esta víctima debe declarar ante la policía, órgano jurisdiccional, el médico forense, abrir las puertas de su casa en situaciones muy lamentables, enfrentarse a su agresor en Juzgados y a un conjunto de operadores jurídicos que, pueden volver a hacerle sentir su condición e incluso llegar a arrepentirse de haber dado este paso adelante.

¹⁷ A este respecto, véase el *Plan Nacional para la Igualdad*, donde se recogen algunas cuestiones relacionadas con el tratamiento individualizado de cada caso.

¹⁸ En realidad los Ayuntamientos ofrecen pocos destinos útiles para la realización de trabajos en beneficio de la comunidad y, cuanto menos, útiles a la restauración de bienes jurídicos protegidos en este ámbito relativo a los delitos basados en el género. También debemos afirmar que es muy discutida la adecuación de la incorporación de un maltratador a una casa de acogida o un centro de 24 horas como cumplimiento de la pena en beneficio de la comunidad.

¹⁹ Nos referimos a términos tales como los tipos penales de los arts. 153, 171, 172 y 173 del CP; las reglas sobre suspensión o sustitución de condena de los arts 80 y ss del CP; las medidas cautelares previstas en los arts. 61 y siguientes de la LO 1/2004; la agravante prevista para el delito de lesiones en el art. 148.4 del CP; la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP; la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416 de la Lecrim o las normas sobre fuero territorial o la conexidad (arts. 15 bis y 17 bis de la Lecrim).

²⁰ La jurisprudencia es contradictoria. Ejemplo de lo que decimos sería la Sección 1ª de la AP de Valencia de 30 de marzo de 2007, donde se entiende que la carga de la prueba de dicho ánimo le corresponde a las partes acusadoras; sin embargo, la Sentencia 303/07 de la Sección 1ª de la AP de Burgos de 26 de diciembre, afirma que la carga de la prueba puede llegar a corresponder a la parte acusada, dentro de esta línea de facilidad probatoria, pues de otra forma puede llegar a convertir en una *prueba diabólica*.

²¹ Esa cláusula residual permite que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, entre otros, de los siguientes delitos: Allanamiento de morada con violencia o intimidación. (Art. 202 CP); robo con violencia o intimidación. (Art. 242 CP); extorsión. (Art. 243 CP); obstrucción a la justicia. (Art. 464 CP); quebrantamiento de pena o de medida cautelar acompañado de violencia o intimidación. (Art. 468 CP).

²² VERDEJO TORRALBA, F., (Coor. RIVAS VALLEJO/BARRIOS BAUDOR) "Los juicios rápidos", *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense*, Thomson Aranzadi, 2007, p.328 y ss.

²³ Un amplio estudio de esta materia lo ha realizado el *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia de Género del año 2007*.

²⁴ Para estas unidades se ha creado una base de datos destinada a sus informes sean accesibles a las personas autorizadas en este proceso que deberían de ser Policía, Jueces y Ministerio Fiscal.

²⁵ Existe una propuesta la desaparición juzgados "compatibles" a favor de los "exclusivos" la posibilidad de "comarcalizar" Juzgados de Violencia sobre la Mujer que asuman la competencia en materia de violencia de género en partidos judiciales próximos entre sí. (Art. 43.2 LO 1/2004, art. 87 bis 2 LOPJ y art. 4.1 de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial).

²⁶ Existe muy poca bibliografía específica. Recomendamos la lectura de ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant monografías, 2008.

²⁷ Sobre la valoración del riesgo al que se encuentra sometido la víctima y la coordinación entre órganos jurisdiccionales, Policía y Ministerio Fiscal a estos efectos citados *vid.* Instrucción núm.10/2007, de la secretaria de Estado de seguridad, por la que se aprueba el *Protocolo para la Valoración Policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal*, modificada por la Instrucción 14/2007.

²⁸ Arts. 139 y ss de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

²⁹ La indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está prevista en el artículo 121 de nuestra Carta Magna, el cual establece lo siguiente: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley". Este precepto es desarrollado por los artículos 292 a 297 LOPJ

³⁰ El Tribunal Supremo viene siendo muy restrictivo al interpretar los casos de error judicial, señalando que debe de haber una "*palmaria y notoria confusión de las bases de hecho de la resolución, al margen de divergencias en el juicio; se haya dictado con una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible; se contradiga lo que es evidente; o se lleve a cabo una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance*" SSTs de 1 de marzo de 1996, 19 de noviembre de 1998, 23 de febrero de 2002, 24 de julio de 2003, 23 de noviembre de 2005 y 20 de diciembre de 2006.

En esta línea la STS de 15 de febrero de 2002 establece qué es lo que no se entiende incluido en el error judicial: "no se comprenden en esta figura al análisis de sus hechos y sus pruebas, ni su interpretación de la norma, que acertada o equivocadamente obedezca a un proceso lógico, cuyo total acierto no es exigible, habida cuenta de que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, *sino la desatención a datos de carácter indiscutible, que ha generado una resolución esperpéntica, absurda al romper la armonía del orden jurídico, por lo que el error judicial procede ser acogido si se trata de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho*".

³¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6) de 10 de mayo de 2007: Al ofrecer a los padres como seguros unos resultados que carecían de los contrastes que el estado científico de la medicina ya requería en aquel entonces, otorgaron a estos una información, en relación a un feto varón normal, que no se correspondía con la realidad, pero que hizo que estos confiados en que los servicios médicos especializados a los que habían acudido, habían actuado con arreglo a la "lex artis" y por tanto habían hecho un diagnóstico prenatal correcto, decidieron continuar con el embarazo, no dándoseles opción para optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 8ª edición, Cívitas, Madrid 2002, Pág. 345

³³ DÍAZ DELGADO, J., *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, Administrador y Juez*, Consejo General del Poder Judicial, Pág. 322. Los requisitos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que jurisprudencialmente y doctrinalmente vienen siendo reconocidos se centrarían en cinco fuentes: El elemento subjetivo, el elemento funcional, la imputación de daños al Estado, los títulos de imputación, la producción del daño, el nexo causal.

³⁴ STC núm. 294/2006 (Pleno), de 11 octubre. BOE nº 274 de 16 de noviembre de 2006.

³⁵ A este respecto véase MONTALBÁN HUERTAS, I., *"Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional"*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid 2004 y VEGAS AGUILAR, J.C. "La posible responsabilidad del Estado Juez en los delitos por violencia de género", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, enero, 2008, pp. 31-47.

³⁶ Las Juntas Locales de Seguridad son instrumentos de coordinación entre Policía Local (en las localidades en las que hay Policía Local), Policía Nacional y Guardia Civil. En estas reuniones se analiza el tipo de infracciones que se cometen en la población, y se coordinan servicios para mantener una mayor presencia policial ante los ciudadanos. En el caso de que hubiera algún problema específico se sigue un plan de actuación conjunto

³⁷ Así, a tenor del art. 4.4 del CP si hubiera mediado petición de indulto y el Juez o Tribunal hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena pueda 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. Según esa misma norma 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.

³⁸ Auto de la AP de Murcia, Sección 1ª de 6 de junio de 2006.

³⁹ El primero extraído del *Informe que emite el Servicio de Inspección en Relación a la Situación que Presentan los Juzgados Penales de Ejecutorias de España*, de mayo de 2008, en el que su primera conclusión señala que "La pendencia global de Ejecutorias existentes entre los Juzgados de lo Penal Ordinarios y los Órganos Especializados en esta materia, según datos de la Sección de Organización y Gestión de este Consejo General, asciende a 269.405 Ejecutorias (31/12/2007), de las que el 70.25 % (189.280 Ejecutorias) se residen en Juzgados de lo Penal, y el 29.74 % restante (80.125 Ejecutarlas) en los Juzgados Penales Especializados."

En el *Balance sobre denuncias y homicidios por violencia de género en el año 2008 y de las llamadas al teléfono 016*, realizado por el Ministerio de Igualdad y presentado el 19 de enero de 2009 por el Delegado del Gobierno para la Violencia de Género se dice que "en un 31,4% de los casos de homicidio, el agresor tenía antecedentes, siendo mayoritariamente éstos, relacionados con casos violencia de género sobre la víctima (21,4%), violencia de género sobre otra mujer (7,1%) y antecedentes por otros delitos (2,8%)."

⁴⁰ En tal sentido, creo que es el momento de contrastar las diferencias de funcionamiento y eficacia de los juzgados encargados de ejecutar estas sentencias penales de violencia de género y averiguar en colaboración con los órganos policiales especializados cuáles son las dificultades con las que se encuentran en el control, seguimiento y coordinación de esta. En segundo lugar, también se debe de detectar qué penas impuestas a los maltratadores cumplen mejor los fines de prevención tanto general como especial. Estudiar la posibilidad de establecer controles periódicos posteriores, destinados a evaluar al maltratador condenado, su actitud y actividad. Estos periodos, cursos, controles etc.. podrán configurarse como penas accesorias, como beneficios para reducción de penas privativas o limitativas de derechos (prisión, alejamiento, visitas a hijos, etc..) o simplemente como elementos necesarios a para instar la cancelación de antecedentes o reducir plazos para poder solicitarla. Así se dispone en el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, que prevé la incorporación de una nueva pena accesoria de libertad vigilada, por tanto la actualidad y novedad del tema planteado es indiscutible. En esta misma línea, se debería de averiguar el grado de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad designados por servicios sociales conforme con convenios firmados con Ayuntamientos.

⁴¹ Se trata de un desarrollo constitucional del art. 24 CE cuando afirma que la Ley regulará los supuestos en los que por razón de parentesco no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

⁴² El testigo que no comparece puede ser sancionado con una multa de hasta 5.000 euros y ser perseguido como autor de un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad judicial.

⁴³ Por lo que respecta al ámbito subjetivo de esta exención, la Sentencia del TS 134/07 de 22 de febrero afirma que la exención es extensible tanto a la relación conyugal como a la mujer que esté ligada de forma "estable" por análoga relación de afectividad al presunto agresor. Hay que matizar que se viene exigiendo para las uniones de hecho que dicha relación se "estable" y con "vocación de permanencia".

⁴⁴ En este sentido vid. las STS de 6 de abril de 2007 y de 21 de noviembre de 2003 cuando exigen a los poderes públicos el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación descrita en el art. 416.1º LECrim, a saber, su derecho a no declarar contra su cónyuge, alcanzando al Juez y también a la policía. La omisión de tal advertencia podría acarrear la nulidad de tal declaración y una Sentencia absolutoria.

⁴⁵ MONTERO J./MARTÍNEZ E., "Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género", *Tutela procesal frente a los hechos de violencia de género*, op.cit. pp.133 y ss.

⁴⁶ Por tal razón se entiende la creación de numerosos protocolos en la materia que desde la aprobación de la LO 1/2004 se ha ido generando. En este sentido, entre otros, vid. el *Protocolo de actuación Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* Resolución de 1 de julio de 2004 de la Secretaría de Estado de Seguridad y que se actualizaría el año siguiente, por otra resolución del mismo órgano y de fecha 28 de junio de 2005, el *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* del 13 de marzo 2006 y el *Protocolo de*

Actuación y Coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del estado y Abogados ante la Violencia de Género, aprobado en la reunión de 3 de julio de 2007 por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en cumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de junio 2007. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Tutela judicial de la violencia de género*, Iustel 2008.

⁴⁷ MONTALBÁN, I., *"Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional"*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid 2004 p. 206.

⁴⁸ Vid. el *Informe Anual del Observatorio Estatal contra la Violencia de Género* del 2007.