

**LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA
LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ALCANCE Y RETOS**

Teresa Peramato Martín

Fiscal adscrita a la Fiscalía de Sala contra la Violencia sobre la Mujer

**Actividad: "Unión progresista de Fiscales: Mujer e igualdad. Perspectiva de género",
2 y 3 de marzo de 2017**

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

RESUMEN	3
1. ALGUNOS ASPECTOS DEL PANORAMA ACTUAL DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LA PAREJA Y EX PAREJA.....	4
2.- AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE LA RESPUESTA INTEGRAL Y ESPECIALIZADA A OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: CONVENIO DE ESTAMBUL Y RESOLUCIÓN DEL CEDAU DE 24 DE JULIO DE 2015.....	6
3.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y PROPORCIONALIDAD EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL	9
3.1. PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	9
3.2. PROPORCIONALIDAD	11
4. IMPLANTACIÓN DE LA L.O.1/04: DEFICITS EN PREVENCIÓN, PROTECCIÓN Y PUNICIÓN	12
4.1. PREVENCIÓN.....	12
4.2. PROTECCIÓN.....	13
4.2.1. órdenes de protección.....	14
4.2.2. El quebrantamiento de medidas cautelares/penas como factor indicativo del riesgo de reiteración de actos violentos	16
4.2.3. Protección de los menores como víctimas de violencia de género.....	18
4.2.3.1. Interés superior del menor	18
4.2.3.2. Derecho del menor a ser oído.....	19
4.2.3.3. Nueva regulación de las medidas cautelares civiles.....	21
4.3. PUNICIÓN: RESULTADO DE LOS PROCEDIMIENTOS PENALES	22
4.4. CONCLUSIONES	29

RESUMEN

La violencia sobre la mujer por razón de género, tanto en el ámbito público como en el privado, es la manifestación más grave de discriminación por esta razón. Partiendo de que la L.O.1/2004 de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género fue un hito fundamental en relación a la violencia de género que sufren las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja y un referente a nivel internacional, la valoración que hagamos sobre su implantación y eficacia, no podrá hacerse al margen de la evolución que se ha experimentado en relación a esta específica forma de violencia en el marco de la Unión Europea y en nuestro derecho interno y del análisis de los déficits, si los hay, y de las necesidades legislativas y de cualquier otra índole que se precisen para alcanzar los objetivos propuestos.

Sin desconocer los grandes esfuerzos realizados por todos los actores implicados en la lucha contra esta violencia, entiendo que lo que más nos puede ayudar a avanzar es precisamente hablar de nuestras carencias y del horizonte que se vislumbra a consecuencia de nuestros compromisos internacionales.

Comenzaré haciendo referencia a la ampliación del concepto de violencia de género- punto tratado por todos los expertos en la Subcomisión para un pacto de Estado en materia de Violencia de Género- como consecuencia de la firma y ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 –ampliación por otra parte exigida a España por la Resolución del CEDAW de 24-7-15- y a la necesidad de dotar a las investigaciones y procedimiento de una perspectiva de género.

A continuación y para la identificación de algunos déficits, partiré de los tres ejes de actuación marcados por el legislador en el año 2014: prevención, protección y punición.

Analizaremos en el ámbito de la prevención, las carencias existentes en relación a la sensibilización, concienciación e implicación de todos/as y en especial de los profesionales socio-sanitarios.

En el ámbito de la protección, a las dificultades con las que nos encontramos para proteger efectivamente a las víctimas en el procedimiento penal, con especial referencia a la orden de protección, a los incumplimientos de las medidas y penas de prohibición de aproximación y a la protección de los menores, hijos/as de las víctimas de violencia de género, que son también víctimas de esta violencia, con referencia a las más importantes novedades introducidas por la L.O.8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia y la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

Y, por último, en el ámbito de la punición analizaremos cual es el resultado final de los procedimientos penales a fin de valorar dos de los grandes escollos a los que nos enfrentamos: la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la L.E.Crim y la dificultad de conseguir una adecuada valoración de la prueba indiciaria en los casos de silencio de la testigo víctima.

1. ALGUNOS ASPECTOS DEL PANORAMA ACTUAL DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ÁMBITO DE LA PAREJA Y EX PAREJA

Han pasado 12 años desde que la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) fue publicada y el análisis de su aplicación no puede hacerse al margen de la evolución que se ha experimentado en relación a esta específica forma de violencia en el marco de la Unión Europea y en nuestro derecho interno y del análisis de los déficits, si los hay, y de las necesidades legislativas y de otra índole que se precisen para alcanzar sus objetivos.

En primer lugar, hemos de reconocer que nuestra Ley Integral fue un hito importantísimo en la lucha contra la violencia sobre la mujer, que es la manifestación más grave de discriminación por razón de género, pues, fue capaz de situarnos en el camino adecuado para “*combatir esta abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad*”¹ desde una perspectiva multidisciplinar e integral, más allá de la respuesta penal; pero es que, además, consiguió sacar a la luz pública esta violencia y originar un nivel de concienciación frente a esta lacra como nunca antes se había producido aun cuando aún estemos lejos de una deseable implicación activa de toda la sociedad como veremos más adelante.

Desde su promulgación y entrada en vigor no se pueden negar avances en su aplicación, pero, no debemos ser triunfalistas ni grandilocuentes a la hora de referir los logros conseguidos, pues, los resultados ponen de manifiesto importantes debilidades del sistema..

Con posterioridad a esta Ley se han publicado una serie de instrumentos normativos con clara repercusión en la lucha contra la violencia sobre la mujer:

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya mencionada
- El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul), que fue ratificado por España en abril de 2014 y que ha entrado en vigor el día 1 de agosto del mismo año. En el instrumento de ratificación publicado en el BOE el día 6 de junio de 2014, se dispone que “*España llevará a cabo las modificaciones que sean necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad.*”
- La Ley 27/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, reguló en el Título VI (art. 130 a 142) la Orden Europea de Protección que como dice su preámbulo, “*tiene por objeto extender la protección que a través de las medidas pertinentes haya impuesto la autoridad competente de un Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra, al territorio del Estado miembro al que se desplace esa persona para residir o permanecer durante un determinado período de tiempo*”... “*Esta orden es una resolución penal que puede adoptar la autoridad competente de cualquier Estado miembro en relación con una medida de protección previamente adoptada en ese Estado, por la que se faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que se encuentren en peligro, cuando se hayan desplazado a su territorio. Esta regulación permite que las medidas de protección adoptadas a favor de una víctima, la acompañen en cualquier lugar de la Unión Europea al que se desplace, ocasional o*

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 14 de mayo de 2008.

permanentemente. El causante de este peligro también tendrá que enfrentarse con las consecuencias del incumplimiento de esta orden europea". No cabe duda de que dado que esas medidas de protección de las víctimas han de ser medidas cautelares o penas de prohibición de aproximación con las víctimas o a determinados lugares o de prohibición de comunicación, la posibilidad de acordar la Orden Europea de Protección en materia de violencia de género se hace evidente nos solo porque la representación de mujeres víctimas extranjeras en España sea muy importante sino también por la facilidad de movilidad internacional que se produce en nuestro días con independencia de la nacionalidad y por muchas causas(trabajo, estudios, ocio,...). Por lo que se prevé la posibilidad de su adopción no sólo para desplazamientos definitivos sino también temporales.

- Para dar cumplimiento a alguno de los compromisos adquiridos con la firma y ratificación del Convenio de Estambul, la L.O.1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo el delito de acoso y hostigamiento (art. 172 ter del C.P.) y el de Matrimonio Forzado (art. 172 bis) e introdujo entre las agravantes del art. 22-4 del C.P. la nueva de , discriminación por razón de género; por otra parte, se aprovechó la reforma para incluir el en el art. 197 del C.P. un nuevo apartado para castigar la divulgación sin consentimiento de la víctima de imágenes captadas con su anuencia menoscabando gravemente su intimidad, hechos que alcanzan su real magnitud en el ámbito de la pareja o ex pareja.
- La L.O. 8/2015 de Modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia se modificó la Ley Integral al entender el legislador, con buen criterio, 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”* y por ello quiso reconocer a los menores víctimas de la violencia de género modificando el art. 1 de la Ley en su apartado 2º con la finalidad *“...de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos”*. Pero además efectuó otras tres modificaciones de gran calado en la Ley Integral al reformar los arts. 61, 65 y 66 que se tratarán más adelante; y en la idea de proteger a los menores frente a cualquier situación que les sea dañina o perjudicial, modificó también la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (L.O.P.J.M.) , modificación a la que deberemos atender cuando nos enfrentemos a procedimientos de violencia de género, penales o civiles, en los que existan menores que convivan con la víctima, en concreto para la determinación de su interés superior y el respeto a su derecho a ser oídos en todos los procedimientos en los que se vayan a acordar medidas que les afecten.
- Por último, la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito (L.E.V.D.) regula un catálogo de derechos procesales y extraprocesales para todas las víctimas directas o indirectas del delito, y por tanto también para las de violencia de género, por lo que habrá de ser tenida en cuenta como “manual de cabecera” para

proteger a la víctima frente al procedimiento penal y evitar su revictimización; pero es que además en su contenido regula la posibilidad de la participación en el proceso de la víctima aunque no sea parte en todas sus fases, incluso en la fase de ejecución de las penas, tanto en la ejecución judicial como en la penitenciaria, lo cual es una novedad que requerirá de mecanismo de coordinación eficaces. Pero además, esta ley introdujo una modificación importantísima en el art. 544 ter de la L.E.Crim. e incluyó un nuevo art. 544 quinquies que necesariamente han de traerse a colación cuando hablamos de violencia de género y violencia familiar

2.- AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE LA RESPUESTA INTEGRAL Y ESPECIALIZADA A OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: CONVENIO DE ESTAMBUL Y RESOLUCIÓN DEL CEDAU DE 24 DE JULIO DE 2015.

Como ya sabemos la Ley Integral utiliza la expresión “violencia de género” y limita su objeto, exclusivamente, a la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja. Sin embargo, el Convenio de Estambul, que ya forma parte de nuestro derecho interno, siguiendo la línea marcada por otras instituciones internacionales, da un concepto amplio de la violencia sobre la mujer por razón de género y así, tras decir que la Violencia sobre la Mujer es “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer...”, define la “«violencia contra la mujer por razones de género» como “...toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, incluyendo en el concepto de violencia tanto la que padecen las mujeres en la vida privada como en la pública y en todos los ámbitos de su vida y, para su concreción, utiliza tres conceptos distintos pero íntimamente vinculados:

- **Violencia contra la mujer** a la que define como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer **que incluye los actos de violencia de género que producen o son susceptibles de producir sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico a las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en público o en la vida privada**”.
- **Género**, para aludir a “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera **propios de mujeres o de hombres**”.
- **Y violencia contra la mujer por razones de género** para referir a toda violencia que sufre la mujer “*porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”, reiterando así la definición contenida en la Recomendación General del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) nº 19 de 1992.

Por otra parte, el Convenio impone a las Partes la obligación de adoptar “... las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio” (art. 49), exigiendo así una respuesta especializada a esas otras formas de violencia.

En igual sentido el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en las Observaciones finales sobre el séptimo y octavo informes periódicos combinados de España, emitidas el 24 de julio de 2015, entre otras muchas cosas, todas ellas de gran interés, puso de manifiesto su alarma “...por la prevalencia de la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual, en el Estado Parte y el alto porcentaje de mujeres que han muerto como resultado de una violencia de género en las relaciones íntimas” y hace alusión, en particular, a “Que la Ley Orgánica 1/2004 no cubre la gama completa de la violencia de género, que no sea la violencia de pareja” y, en consecuencia, insta al Estado parte a que proceda a “Revisar su legislación nacional vigente sobre la violencia contra las mujeres para incluir otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia de los cuidadores, la violencia policial y la violencia en los espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas”

Efectivamente, la limitación conceptual de la Ley Integral no sólo es terminológica sino que afecta al objeto de la misma con todas sus consecuencias por lo que siempre ha provocado importantes críticas, pues, del ámbito de aplicación de la Ley quedan excluidas aquellas mujeres que son víctimas de violencia de género cuando son agredidas por otros familiares o personas de su ámbito doméstico, o fuera de aquél -cuando los agresores son jefes o compañeros de trabajo, vecinos, amigos, o un cliente sexual, o un extraño y no cabe duda que esto ocurre cuando una mujer sufre un atentado contra su libertad o indemnidad sexual o acoso sexual en el trabajo, o cuando es mutilada genitalmente, u obligada a contraer matrimonio, o tratado y/o explotada sexualmente; actos todos ellos que deben ser considerados delitos de violencia de género porque los sufren las mujeres por el simple hecho de serlo y, por que además, les afectan de una forma desproporcionada.

Si nos centramos en cada una de esas manifestaciones violentas veremos cómo efectivamente estamos hablando de delito de violencia de género cuando lo sufre la mujer, pues, su representación como víctimas es desproporcionada, muchísimo mayor que cuando la víctima es un hombre, lo cual solo puede revelar que éstas lo sufren por el simple hecho de ser mujeres.

Veamos algunas de ellas:

1.-Delitos contra la libertad e indemnidad sexual:

Según datos del Ministerio del Interior² en el año 2015, últimos publicados, del total de víctimas de estos delitos- 8.125, los fueron una mujer o una niña 6.823, lo que representa el 84% del total. Es preciso además manifestar que 3.919 víctimas eran menores de edad (un 48,30%) lo cual es absolutamente alarmante; de ellos eran niños 851 y niñas 3068, lo que revela que incluso en víctimas menores la mayoría son niñas (78,28%)

2.-Delito de mutilación genital femenina.

Como su propio nombre indica el total de víctimas son mujeres pero, además no cabe duda que la causa por la que las mujeres y las niñas son sometidas a esta terrible práctica obedecen a motivaciones sexistas pues cualquiera de las que se aleguen al respecto³, están vinculadas al objetivo de controlar la sexualidad de la mujer desde una óptica claramente discriminatoria.

²<http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/delitos-faltas-detenciones-e-imputaciones-y-victimizaciones>

³ Sociológicas, religiosas, higiénicas o estéticas o psicosexuales. Peramato T. y Astudillo. I. Mutilación Genital Femenina. Una manifestación de la Violencia de Género. Prevención, Protección y Sanción . Editorial Jurídica Sepin. SP/DOCT/19172 Artículo Monográfico. Junio 2015

En todo caso hemos de tener en cuenta que en ningún caso se puede considerar a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor” como justificación de dichos actos⁴ Aunque pudiera parecer que esta sea una práctica ajena a nuestra sociedad no podemos olvidar que vivimos en un mundo de globalización donde los movimientos migratorios son constantes, fenómeno que hace que ésta y otras prácticas nocivas para la salud de la mujer y la niña, se den en todos los rincones del planeta. En nuestro país, según datos del “Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012”⁵, hay 16.869 niñas entre 0 y 14 años procedentes de países donde esta práctica es habitual y por tanto que están en riesgo de ser mutiladas. En concreto en Madrid hay 2.059 niñas de estas edades y procedencias y en Catalunya, 6.182⁶. En todas las Comunidades Autónomas hay niñas en situación de riesgo por lo que las estrategias de prevención se erigen como fundamentales⁷

3- Delito de Matrimonio forzado.

Una de las existencias del Convenio de Estambul es que se tipifiquen como delito las conductas a que se refiere el Convenio refiriéndose al matrimonio forzado en el art. 37, compromiso al que ha dado cumplimiento el legislador español con la reforma operada por la L.O. 1/2015 al incorporar el delito de matrimonio forzado en el art. 177 bis del C.P. Al margen de la valoración que pueda hacerse respecto de la manera en que se ha producido y las limitaciones derivadas de su redacción, lo cierto es que también es un delito que sufren desproporcionalmente las mujeres; partiendo de que, lógicamente, puede ser forzada a contraer matrimonio tanto un hombre como una mujer, tanto un niño como una niña, lo cierto es que la mayoría de las víctimas son mujeres menores de edad. La OMS nos dice que cada día en el mundo 39.000 matrimonios infantiles y añade que más de 140 millones de niñas se casarán entre 2011 y 2020; la Resolución 69/56 de la AG de UN de 18-12-14 dice que “cada año aproximadamente 15 millones de niñas se casan antes de cumplir los 18 años y que más de 700 millones de mujeres y niñas actualmente vivas se casaron antes de los 18” y en la International Protecting Girls by Preventing Child Marriage Act of 2011 de EEUU se dice que “entre 1/2 y 3/4 de todas las niñas en Níger, Chad, Malí, Bangladesh, Guinea, la República Centroafricana, Mozambique, Burkina Faso y Nepal, están casadas antes de la edad de 18 años, según la Encuesta Demográfica y de Salud.

De nuevo y ante la globalización de la que hablábamos anteriormente, también en España se han registrado matrimonios forzados; según una noticia publicada en la prensa de 2009 a 2014, los Mossos d'Esquadra detectaron un centenar de casos de matrimonios forzados en toda Catalunya. De estos, uno de cada cuatro (el 25%) se han dado en comarcas gerundenses y en el 60% de los casos, las víctimas eran niñas menores de 18 años.⁸

4:- delito de trata de personas con fines de explotación sexual y prostitución coactiva.

No cabe duda de que cuando la finalidad de la trata (art. 177 bis) es la explotación sexual, la víctima mayoritaria también lo es la mujer o la niña. Veamos algunos datos.

⁴ Art. 42 del Convenio de Estambul

⁵ Kaplan Marcusán A. y López Gay A. Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 [Internet]. España: Universitat Autònoma de Barcelona y Fundació Wassu-UAB, 2014.

⁶ La Comunidad autónoma que menos niñas en esa situación de riesgo registra es la de Extremadura con 19 niñas

⁷ En el ámbito de la prevención de estas prácticas tiene gran experiencia Cataluña donde existen desde el año 2003 protocolos de actuación, se inició la experiencia en Girona y en la actualidad en Cataluña tiene el Protocolo de actuaciones para la prevención de la MGF en Cataluña. Existen otros como el Protocolo para la prevención y actuación ante la MGF en Aragón., el Protocolo para la prevención y actuación contra la mutilación genital femenina de Navarra, aprobado por O.M. 608/2013 de 18 de julio y por último a nivel nacional tenemos el Protocolo Común Para La Actuación Sanitaria Ante La Mutilación Genital Femenina 2015 M. Sanidad

⁸ El Periódico 6-10-14

Según datos facilitados por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen Organizado (UNDOC), las mujeres representan la gran mayoría de las víctimas detectadas que fueron objeto de trata con fines de explotación sexual y añaden que la víctima de la trata puede ser mujer (51%) hombre (21%) niña (20%) o niño(8%), lo cual evidencia que con independencia de la finalidad, en abstracto, la mayoría de las víctimas son mujeres, pero, aún concreta más y determina que el 96% de las víctimas de trata para explotación sexual son mujeres o niñas.

Lo mismo ocurrirá cuando la finalidad es la del matrimonio forzado, como lógica consecuencia con lo referido más arriba en relación a esta conducta.

Por lo tanto el Estado Español se ve compelido a dar respuesta efectiva al compromiso adquirido de dar una respuesta integral, especialidad y multidisciplinar a esa otras víctimas e violencia para lo cual, muy probablemente, haya que modificar el art. 1 de la L.O. 1/2004 y de nuevo el art. 87 ter de la L.O.P.J y 14-5 de la L.E.Crim, para atribuir a los JVM la competencia para tramitar los procedimientos que se incoen por estos delitos.

3.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y PROPORCIONALIDAD EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL

El Convenio de Estambul contiene dos preceptos a mi modo de ver fundamentales en la lucha contra esta violencia que son:

-El art. 49-2 que dispone que *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio”*.

- Y el art. 45 al disponer que *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los delitos previstos en el presente Convenio sean castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según su gravedad. Estas incluirán, en su caso, las penas privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición”*- art. 45.

Ello nos obliga a examinar su aplicación en el derecho interno.

3.1. PERSPECTIVA DE GÉNERO

En relación a la necesidad de tener en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia para garantizar una investigación y procedimientos eficaces, hemos de reconocer que no era la primera vez que asumíamos esta obligación pues, Naciones Unidas en la Cuarta conferencia sobre la mujer celebrada en Beijing los días 4 a 15 de septiembre de 1995, en el apartado 123 del informe, exhortó a todos los Estados a que *“Cuando aborden cuestiones relacionadas con la violencia contra la mujer, los gobiernos y otras entidades deberán propiciar la integración activa y visible de una perspectiva de género en todas las políticas y programas, a fin de que se puedan analizar las consecuencias para la mujer y el hombre antes de adoptar decisiones”*

Hemos asistido a una importante reforma del Código Penal con la L.O. 1/2015 y se han incluido una serie de nuevos delitos íntimamente relacionados con la violencia de género pero sin perspectiva de género; esta ausencia se detecta igualmente en otros delitos de viejo cuño, como por ejemplo en el de mutilación genital.

Si examinamos el art. 149-2 del C.P. que fue introducido por la L.O. 1/2003 advertimos que castiga al que *“...causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus*

manifestaciones...” de manera que sujeto pasivo del delito puede serlo tanto un hombre como una mujer; es cierto que en la Exposición de Motivos se dice que “...la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación...”

Esa indeterminación del sujeto pasivo se advierte también en relación a otros tipos delictivos como es el matrimonio forzado, nuevo delito incluido en el art. 172 bis, o en el de trata con fines de explotación o de matrimonio forzado, art. 177 bis del C.P., aunque la víctima de todos ellos sea exclusiva o mayoritariamente la mujer o la niña.

A diferencia de lo que ocurrió con la L.O. 1/2004 en la que el legislador introdujo unos tipos penales específicos en relación a ésta violencia en atención a los sujetos activo y pasivo y la relación existente entre ellos, presente o pretérita, en relación a los nuevos delitos el legislador ha optado por dar una redacción neutra de los mismos, al igual que hizo con la mutilación genital y para dar cumplimiento a esos compromisos internacionales e incorporar la perspectiva de género a su regulación penal, incluyó una nueva circunstancia agravante, la circunstancia agravante de discriminación por razones de género en el art. 22-4 del C.P. que plantea numerosos problemas en su aplicación⁹ sobre todo debido a que, al igual que las demás circunstancias agravantes de discriminación, exigirá para su aplicación la acreditación de esa específica motivación, y ello a pesar de la incongruencia que se producirá al no exigir la acreditación de que el hecho violento es manifestación de dominio, relación de poder y desigualdad en aquellos delitos que fueron modificados por la L.O.1/2004 (153-1, 172-4 y 172-2 del C.P.) que son las manifestaciones más leves de esta violencia y si tener que acreditar esa motivación cuando estamos hablando de hechos más graves.

Esa prueba no está exenta de dificultad pues se trata de acreditar un elemento subjetivo que pertenece a los arcanos más íntimos del agresor. A la necesidad de acreditar ese elemento subjetivo y a la dificultad probatoria se refiere la STS 315/15 de 4 de mayo, nos dice que “Como dice la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, esta agravante ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución.

No obstante los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.”

Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la

⁹ Peramato Martín T. Sexo y género. Dificultades de aplicación de la nueva agravante de discriminación por razón de género. Revista de Jurisprudencia Lefebvré- el derecho, Nº 2, marzo 2016

víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.”

No obstante podemos decir que ya se ha aplicado en dos ocasiones la agravante de género en delitos de asesinato en el ámbito de la pareja o ex pareja: la Sentencia 18/2017 de 20 de enero de la Secc. 2ª de la A.P. de Oviedo (TJ. 24/16) y la Sentencia 64/2017 de 23 de febrero de la Secc. 5ª de la A.P. de Tenerife (TJ. 90/16)

3.2 PROPORCIONALIDAD

No cabe ninguna duda, que cuando los hechos responden a esa motivación discriminatoria basada en la pertenencia de la víctima al sexo/género femenino, concurre un plus de antijuridicidad que no puede quedar velado, pues, de no llevarse a cabo una investigación adecuada que permita ponerlo en evidencia, se condenará esos hechos igual que aquellos otros en que no concorra esa motivación; es decir, no se estará dando una respuesta ni justa ni proporcionada, pues no es justo ni proporcional sancionar de igual manera hechos de distinta gravedad.

Sin embargo, de nuevo la realidad se impone; sin perjuicio de que se pueda aplicar esta circunstancia agravante a aquellos actos de violencia en el ámbito de la pareja o ex pareja que no fueron modificados por la L.O. 1/2004 (sólo lo fueron, por lo que aquí importa, el maltrato, las amenazas leves y las coacciones leves), es prácticamente inexistente en los escritos de acusación del Fiscal; no obstante hemos de decir, al margen de alguna sentencia dictada en conformidad por el JVM, ya se han conseguido dos sentencia condenatorias por delito de asesinato en la que se aplicó esta agravante (Sentencia 18/2007 de 20 de enero de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección del Jurado y la Sentencia 64/2017 de 23 de febrero de la Secc. 5ª de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife).

Cuando nos enfrentemos a investigaciones por delitos de matrimonio forzado o de trata de mujeres con fines de explotación sexual o de matrimonio forzado, o de prostitución coactiva o de cualquier otro de aquellos que sufre la mujer por el simple hecho de ser mujer, sino aplicamos la agravante de género serán sancionados igual que si el sujeto pasivo fuera un hombre, aunque la realidad nos diga que estamos ante delitos que son la manifestación más grave de mal discriminación por razón de género.

No es un problema de fácil ni pacífica solución, pues la alternativa sería crear tipos penales específicos que contemplen ese mayor desvalor, como por otra parte ya hizo el legislador con algunos en la L.O. 1/2004.

Será éste seguramente un tema de debate y no a muy largo plazo; de hecho ya existen algunas manifestaciones institucionales a nivel internacional que abogan por la creación de algunos de esto tipos penales específicos. Sirva de ejemplo, la Resolución Parlamento Europeo de 31 de enero de 2014 que “Pide a los Estados miembros que califiquen jurídicamente el asesinato de mujeres por razones de género como feminicidio y desarrollen un marco jurídico para erradicarlo”; o en el Resolución de urgencia: sobre el feminicidio en la Unión Europea y en

América Latina de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana de 29 de marzo de 2014, en la que se *“Incita vivamente a los Estados a eliminar todo concepto discriminatorio hacia las mujeres de sus leyes; y tipificar como delito la violencia de género contra las mujeres en todas sus formas y en particular los feminicidios y el acoso sexual, en todos los ámbitos de la vida pública y privada; ...”*

4. IMPLANTACIÓN DE LA L.O.1/04: DEFICITS EN PREVENCIÓN, PROTECCIÓN Y PUNICIÓN

La Exposición de Motivos de la L.O.1/2004 cuyo objeto, como hemos visto, queda constreñido a la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja abarca, eso sí, en relación a éstas, no sólo los aspectos preventivo, educativo, social, asistencial y de atención posterior a las víctimas y una respuesta punitiva; enfoca la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación, entendiendo que “la conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización”.

De una forma sintética, podríamos decir que los objetivos propuestos por el legislador, en este ámbito, se encuadraron en tres ejes: prevención, protección y punición, de los que voy a partir para referir algunos avances pero también las deficiencias o déficits ante los que aún no os encontramos; sólo conociendo las carencias podremos encontrar soluciones.

4.1.PREVENCIÓN

En relación al primer eje- prevención- uno de los objetivos fundamentales se deduce de los principios rectores recogidos en el art. 2 cuando se plantea el legislador fortalecer las medidas de **sensibilización ciudadana** de prevención dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático- art. 2- para después dedicar el Título I a las medidas necesarias para alcanzarlo en tres capítulos relativos al ámbito educativo, publicidad y medios de comunicación y al ámbito sanitario, destacando de su contenido el fomento de la igualdad y la sensibilización y formación de los profesionales sanitarios para la detección precoz, intervención y apoyo a las víctimas de la violencia de género.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres reiteró, como criterio general de actuación de los poderes públicos, la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género y la consideración de éstas víctimas como especialmente vulnerables a tales efectos-art. 14-; reguló como acción administrativa para la igualdad la integración de ese principio en la formación de los profesionales sanitarios, en especial, en relación a su capacidad para detectar y atender las situaciones de violencia de género-art. 27- y reguló la colaboración de determinados entes (RTV y EFE) en las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género y previó la obligación de las administraciones de impartir cursos de formación sobre la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre prevención de la violencia de género dirigidos a todo su personal.

Se han efectuado numerosos esfuerzos con el objetivo de que las víctimas denuncien y pidan ayuda en la confianza de que hay salida frente al maltrato, campañas que, por otra parte, también persiguen, como objetivo fundamental, a concienciar a la ciudadanía en general de la conveniencia de que cuando conozcan de la existencia de esos hechos, lo pongan en

conocimiento de las autoridades¹⁰, lo que redundaría indudablemente en una más acertada respuesta judicial.

Sin embargo, y pese a que han sido muchos esos esfuerzos, los estudios nos dicen que sigue existiendo una cifra oculta de esta violencia muy importante.

Es cierto que tras la entrada en vigor de la Ley Integral uno de los primeros efectos positivos apreciados estadísticamente fue el ascenso en el nº de denuncias formuladas por actos de esta naturaleza¹¹ pero sigue existiendo una cifra oculta verdaderamente alarmante.

De acuerdo con la Macroencuesta del año 2015¹² podemos concluir que, de toda la violencia que en el ámbito de la pareja o ex pareja sufren las mujeres en España, sólo el 28,5% llega a conocimiento del juez lo que quiere decir que, si descontamos el 6,4% de las encuestadas que no contestan, el **65%** de esa violencia permanece oculta.

El hecho de que haya una proporción tal alta de violencia oculta es debido no sólo al silencio de la propia víctima sino, también, al de los familiares, vecinos, amigos que conocen esa situación y callan, y a la falta de denuncia por los profesionales socio-sanitarios pese a la obligación contenida en los arts. 262 y 544 ter.2 de la L.E.Crim.

No se puede llegar a otra conclusión si tenemos en cuenta que, según la misma fuente, el 81% de las mujeres víctimas han contado su situación alguna vez a parientes, amigos, vecinos o profesores..., en concreto el 75,6% a familiares y que el 50,15% han acudido a algún servicio médico o a un servicio de atención social (37,2% y 13,13% respectivamente) pese a lo cual, según datos que facilita el Observatorio de Violencia de Género y Doméstica del CGPJ², en el año 2015, sólo el 2,25% de los procedimientos penales se iniciaron a denuncia de los familiares y sólo en 13,20% a denuncia de un profesional; respecto de esta última información hemos de tener en cuenta que la mayoría de estas denuncias se hicieron a través de la emisión del correspondiente parte de lesiones físicas de conformidad con el art. 355 de la LECrim (11,28%), lo que pone en evidencia que esta comunicación en la práctica se reduce a aquellos supuestos en los que el maltrato es físico y que, prácticamente, no se comunica la violencia psicológica detectada.

Lo que en todo caso queda absolutamente claro es que la víctima no calla su situación; que no guarda silencio; la víctima está pidiendo auxilio como puede y ante quien cree que puede ayudarle; son los demás los que callan o no reaccionan como era de esperar. No se trata de culpabilizar a nadie de lo que sólo es responsable el propio agresor, pero resulta escalofriante saber que cuando la víctima acudió a los familiares de su pareja, lo cual refleja su extrema vulnerabilidad, el 18,5% de ellos les aconsejaron que dieran otra oportunidad al maltratador, el 18,1% reaccionaron con indiferencia y, lo que es peor, el 11,5% recriminó a la mujer maltratada.

4.2.PROTECCIÓN

¹⁰En la última campaña de la Delegación de Gobierno contra la violencia de género-2016- el slogan fue “Si hay salida a la Violencia de Género, es gracias a ti. ÚNETE” y” La erradicación de la violencia de género es posible con la implicación de toda la sociedad” En el año 2015 una de las campañas fue dirigida a las víctimas más jóvenes utilizando el slogan “Si tu chico te hace daño cuéntalo”

¹¹ Se produjo un ascenso de denuncias en los años 2006 al 2009 cercano al 140% , según datos que facilita el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, desde el 2009 al 2013 se registró una caída cercana al 8% respecto de la cifra máxima computada en 2009, lo que pudo obedecer a distintas causas; a partir del año 2014 se ha vuelto a registrar un crecimiento en el nº de denuncias que se advierte incluso en las últimas estadísticas publicadas en el Observatorio respecto del año 2016: en el tercer trimestre se registraron 4.485 denuncias más que en el primer trimestre, lo que supone un 13,22% más.

¹²Macroencuesta de violencia contra la mujer. 2015. Libro 22 de la Colección Contra la Violencia de Género. Documentos. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

Exigir a la ciudadanía en general que denuncie, a la víctima que no calle y que acuda a las diferentes instituciones, incluidas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la administración judicial y, a los profesionales socio-sanitarios que den cumplimiento de su obligación de comunicar al Juez o al Ministerio Fiscal cualquier acto de violencia de género de la que tengan conocimiento, exige una contrapartida, que la respuesta institucional sea, sino la esperada, si la adecuada, justa y proporcional y de protección efectiva de las víctimas; recuérdese que el art. 2 en la letra g refiere como uno de los fines perseguidos al “*fortalecer el marco penal y procesal vigente*” el de “*asegurar una protección integral desde las instancias jurisdiccionales alas víctimas de violencia de género*”, hasta el punto de que la modificar los arts. 153-1, 172-4, 171-2 y 148.4 C.P. (art. 36 a 39 de la L.O.1/2004) habla de la protección contra las lesiones, contra los malos tratos, contra las amenazas...erigiéndose así como pretensión fundamental del legislador, la prevención y la protección de las víctimas.

No es posible hacer aquí un análisis profundo de la respuesta que se está dando desde las diferentes instituciones implicadas pero, por lo que a nosotros nos afecta, como Fiscales, parte activa integrante de la Administración de Justicia y como promotores de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 de la CE) y en atención a las funciones que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) nos atribuye en orden a la protección procesal de las víctimas y de testigos y peritos, y a la facultad que nos confiere de instar de la autoridad judicial, en el proceso penal, la adopción de las medidas cautelares que procedan, cualquiera que sea su naturaleza (art. 3 párrafos 5 y 10), sí que es preciso que analicemos cuál es la respuesta que se está dando desde este ámbito.

4.2.1. órdenes de protección

Siguiendo la información facilitada por el Observatorio del CGPJ, en el año 2015 se solicitaron un total de 41.757 órdenes de protección (O.P.), 36.296 en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM); y 5465 en los Juzgados de Guardia. Del total fueron acordadas el 59%, luego el 41% fueron delegadas; sin embargo, un dato poderosamente llamativo es que en los Juzgados de Guardia se acordó el 70% de las órdenes solicitadas y en los JVM sólo el 57%, dato que sin duda nos ha de hacer reflexionar pues, en principio parece difícil de entender que cuanto más sea la especialización menor sea la protección efectiva a las víctimas. Podría pensarse que la razón pudiera estar en que en los Juzgados de Instrucción que actúan en sustitución de los JVM cuando estos no ejercen funciones de guardia, son menos meticulosos a la hora de valorar el riesgo por entender que, una vez llegue el procedimiento ante el JVM., éste, como órgano especializado ratificará, modificará o dejará sin efecto las medidas cautelares con mayor criterio y conocimiento; sin embargo ese argumento no es defendible pues todo órgano judicial llamado a resolver sobre las solicitudes de orden de protección, deben actuar con la máxima diligencia, pues la adopción de cualquier medida que se adopte, supondrá una limitación de la libertad del investigado. Y si estos obran con toda la diligencia que les es exigible, como doy por supuesto, es difícil entender que cuando la solicitud ha de ser resuelta por el juzgado especializado tenga menos posibilidades de éxito.

En todo caso la media de O.P.es del 59%; ahora bien, no siempre las medias reflejan la realidad, más al contrario, pueden contribuir a maquillarla; si examinamos las O.P. que han sido acordadas y denegadas por partidos judiciales, nos sorprenderá los altos porcentajes de ordenes acordadas en unos y el alto porcentaje de denegadas en otros, en ambos casos, a veces, muy alejados de la media referida. Veamos algunos ejemplos en la siguiente tabla, teniendo en cuenta sólo las O.P. que fueron tramitadas:

Partido judicial	O.P. acordadas	%	O.P. denegadas	%
Barcelona	260	22,33%	904	77,66%
Madrid	1012	36,72	1744	63,28%
Sevilla	383	30,43%	876	69,57%
Almería	120	98,37%	2	1,63%
Granada	458	97,86%	10	2,14%
Jaén	240	83,62%	47	16,38%
Cádiz	64	88,88%	8	11,22%
Palencia	36	75%	12	25%
León	74	75,15%	30	24,85%
Burgos	110	92,44%	9	17,66%
Albacete	114	91,94%	10	8,06%
Sta Cruz de Tfe	128	60,95%	82	29,05%
Salamanca	77	100%	0	0%

De la tabla se desprende que existe tal disparidad que alcanzar cualquier conclusión al respecto va a ser muy difícil. En todo caso, hay dos parámetros que no podemos olvidar si queremos llegar a cualquier conclusión:

Primero, que la violencia de género, en sus características, causas y consecuencias es igual en todos los lugares y que el procedimiento y las normas a aplicar también los son. Segundo que aunque no tengamos datos estadísticos al respecto, sabemos que la gran mayoría de las O.P. denegadas los son por que el Juez no apreció una situación objetiva de riesgo.

No contamos con datos sobre cuantas órdenes de protección han sido solicitadas por el Ministerio Fiscal y cuantas solicitó que fueran denegadas. Es cierto que las órdenes de protección pueden ser acordadas de oficio por el juez, aunque nadie se las pida, pero la experiencia me dice que en la mayoría de los casos existe una coincidencia muy alta entre la posición del Fiscal y la del Juez.

Por ello lo que sugieren los datos referidos anteriormente es, primero, que nos hemos de plantear la necesidad de promover una formación adecuada, verdaderamente especializada en violencia de género de todos los profesionales y en concreto de Jueces y Fiscales y segundo, que necesitamos de profesionales que nos auxilien en la difícil tarea de la valoración del riesgo y que se nos proporcionen herramientas que nos permitan acercarnos a una valoración del riesgo más ajustada a la realidad.

Tenemos las Valoraciones de Riesgo policial, que aunque se están haciendo grandes esfuerzos para la mejora del sistema, lo cierto es que éstas no son vinculantes y en muchas ocasiones son de poca ayuda, a lo que hay que añadir que su eficacia va referida a la adopción de medidas policiales hasta que se pronuncie la autoridad judicial.

La ley previó la creación de Unidades de Valoración Integral Forense que no existen todas las CC.AA. Su existencia, dotada con profesionales debidamente formados, y en número suficiente, serían una herramienta adecuada para abordar la valoración de riesgo en el plazo de 72 horas en que se ha de celebrar la comparecencia de la O.P. aunque fuera una valoración provisional.

Por otra parte contamos con un Protocolo Médico Forense de Valoración del Riesgo que fue aprobado por el Ministerio de Justicia en año 2011 y que apenas se utiliza, por lo que no estaría de más que Jueces y Fiscales solicitarnos la emisión de informes en base a ese protocolo en aquellas O.P. en las que existen dudas sobre la existencia de una situación objetiva de riesgo que exige la Ley; éste puede ser emitido provisionalmente lo cual

posibilitaría solicitar medidas cautelares sin perjuicio de modificarlas o pedir su revocación cuando se emita el informe definitivo.

4.2.2. El quebrantamiento de medidas cautelares/penas como factor indicativo del riesgo de reiteración de actos violentos

El conocimiento del incumplimiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación por parte del Juzgado que tramita el procedimiento de violencia de género en el que se haya acordado aquella medida, es de vital importancia pues, sólo ese órgano judicial es el que puede valorar las circunstancias concurrentes para determinar si es necesario agravar esa medida o adoptar otras que puedan permitir mayor protección de la víctima en riesgo. Precisamente por ello el art. 544 bis de la L.E.Crim., en el último apartado dispone que *“En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”* (precepto aplicable a la orden e protección: 544 ter-6 de la L.E.Crim.)

Con la nueva atribución de la competencia para la instrucción de los delitos de quebrantamiento del art. 468 del C.P. a los JVM¹³, competencia de la que se ha tratado en las Conclusiones de 2016 de los Fiscales especialistas¹⁴, el problema se diluye pues, el propio

¹³ Art. 87 ter 1 letra g): 1. 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:

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. (Modificación efectuada en la L.O.P.J. por la L.O. 7/2015, de 21 de julio)

¹⁴ Las Conclusiones alcanzadas al respecto son las siguientes:

“A. La seguridad jurídica, entendida esta como suma de los principios de certeza y legalidad e interdicción de la arbitrariedad, nos obliga a no distinguir donde la norma no lo hace, de manera que como regla general, hemos de entender que la competencia objetiva para conocer del delito de quebrantamiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares impuestas a un condenado/investigado por delitos de violencia de género corresponde a los JVM (art. 87 ter g de la L.O.P.J.)

B.- Para la determinación de la competencia territorial se deberá atender, conforme al art. 15 bis) L.E.Crim y el Acuerdo no jurisdiccional del TS de fecha 31 de enero de 2006, al domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos, y ello aunque no se corresponda ni con el lugar donde se dictó sentencia o auto por el que se impuso la prohibición que se quebranta ni con lugar en el que se comete el quebrantamiento.

C.- En el supuesto de que el quebrantamiento de la pena o medida cautelar, vaya acompañado de otro delito que no sea competencia del JVM, por ejemplo, un quebrantamiento de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y participación en una riña tumultuaria con lesiones, debe romperse la conexidad siempre que ello sea posible sin afectar al buen fin de la causa, atendiendo a los nuevos criterios restrictivos que regulan la conexidad. No será posible entre la tenencia ilícita de armas y el quebrantamiento de la pena pues estamos ante un concurso de delitos, pero sí en los demás casos.

D. Las medidas provisionales y penas que se imponen en un procedimiento de violencia de género (554 bis, 544 ter y 503-c de la L.E.Crim. y 57 del C.P.), afectan particularmente a la seguridad y tranquilidad de las víctimas pues, persiguen la consecución de unos efectos preventivo-especiales; precisamente por ello, su adopción, vigencia y aplicación, y su adecuado y exacto cumplimiento, afecta e interesa a las víctimas protegidas, y también la ejecución de las demás penas impuestas interesan a éstas hasta el punto de que el propio legislador

JVM que acordó la medida, en la mayoría de las ocasiones será el competente para tramitar el nuevo procedimiento por el delito de quebrantamiento Pero eso no será siempre así, pues, puede darse dos situaciones distintas:

- En el caso de que la víctima haya cambiado de domicilio tras la comisión de aquellos primeros hechos que determinaron la adopción de la medida presuntamente incumplida, será competente, de conformidad con el art. 15 bis de la L.E.Crim, el JVM del domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos., por lo que este debería remitir testimonio bastante de lo actuado al JVM que tramita el procedimiento en el que se acordó la medida cautelar incumplida o, si la causa ya se eleva al órgano de enjuiciamiento competente al J. de lo Penal o Secc. De la A.P. correspondiente, lo que enlaza con la siguiente excepción.
- Si el procedimiento en el que se acordó aquella medida hubiera sido elevado para su enjuiciamiento al órgano competente, Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial, sólo éste podrá acordar lo que proceda en relación al medida cautelar presuntamente incumplida. En tal caso el órgano de enjuiciamiento tendrá que conocer de ese presunto incumplimiento y convocar a la comparecencia del art. 544 bis de la L.E.Crim, para lo cual los Fiscales que tengan conocimiento de ese incumplimiento tendrán que pedir al J. de Instrucción en funciones de guardia o al JVM que se remita testimonio de lo actuado a aquel Juzgado de lo penal o Sección de la Audiencia Provincial. En este sentido sigue vigente la Conclusión de 3 de las Conclusiones de especialistas del año 2005 refrendadas por el FGE¹⁵

Precisamente esa comparecencia se erige en un instrumento fundamental para que los Fiscales podamos valorar todas las circunstancias concurrentes a fin de dar la mejor protección a las víctimas de esta violencia, teniendo en cuenta que el legislador nos permite en tales casos agravar la medida cautelar, incluso solicitando la prisión provisional cuando exista un riesgo grave de reiteración de nuevos actos de violencia (art. 503-1-3º- c de la L.E.Crim) y que, para el caso de que no entendamos necesaria una medida tan gravosa, tenemos a disposición de los órganos especializados en violencia de género los dispositivos telemáticos que, sin ser la panacea, son instrumentos muy válidos para controlar el cumplimiento de esa medida y garantizar la protección efectiva de las víctimas ante cualquier intento de aproximación del inculpado, a través de un sistema de alarmas que determina la activación del protocolo de protección¹⁶.

prevé que estén continuamente informadas de la situación procesal del investigado o condenado (art. 544 ter-9 y art. 7 de la Ley del EVD). Ello confiere un carácter pluriofensivo al delito de quebrantamiento por lo que las víctimas han de tener la posibilidad de intervenir en estos procedimientos más teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos van a ser testigos presenciales de los hechos que se investigan. Por tanto los Sres/as Fiscales informarán, cuando proceda, a favor de admitir la personación de las víctimas en los procedimientos penales que se incoen en los JVM por delito de quebrantamiento del art. 468 del C.P. “

¹⁵- El Delito de quebrantamiento de medida o pena, no es competencia de los J.V.M. a no ser que sea el medio para cometer el acto de violencia sobre la mujer, en cuyo caso en base al art. 17-5 de la L.E.Cr si resultarían competentes dichos juzgados; no obstante y para dar cumplimiento al art. 544 bis último párrafo, deberá deducirse testimonio y remitirse al juzgado que acordó la medida presuntamente quebrantada a los efectos de celebrar la comparecencia del art. 505 o al órgano enjuiciador que hubiere impuesto la pena quebrantada a los efectos de la posible revocación de los beneficios de la suspensión de la condena; además en el escrito de acusación se deberá interesar la remisión de la sentencia en caso de ser condenatoria al órgano que hubiere impuesto la pena presuntamente quebrantada a los efectos referidos.

¹⁶ 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.

4.2.3. Protección de los menores como víctimas de violencia de género

Con la reforma operada por la L.O. 8/2015 de Modificación del Sistema de protección a la Infancia y adolescencia, se modificó el art. 1-2 de la L.O. 1/04 para garantizar la asistencia integral también a los hijos menores y a los menores sometidos a la tutela, guarda o custodia de las mujeres víctimas, pues, entiende el legislador que *“...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”*¹⁷.

Por otra parte, la misma ley efectúa una serie de modificaciones en la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (L.O.P.J.M.) con el objetivo de reforzar el derecho de éste a que su interés superior sea prioritario, aun cuando concurra con otros intereses también legítimos, y a hacer efectivo su derecho a ser oído en todos los procedimientos judiciales o administrativos antes de que se adopte cualquier medida que les afecte.

Así, el legislador está poniendo sobre el tablero dos principios rectores a los que el Fiscal y el Juez habrán de atender en todo caso y, muy especialmente, cuando deban adoptar medidas que les afecten, ya sean cautelares o definitivas, penales o civiles: el interés superior del menor y el derecho de éste a ser oído previamente.

4.2.3.1. Interés superior del menor

En la L.O.P.J.M. se han establecido unos criterios generales a los que se ha de atender para interpretar y aplicar el interés superior del menor en su triple contenido: como derecho sustantivo, como criterio interpretativo y como norma de procedimiento.

Entre los criterios generales (art. 2.2) destacan dos, por lo que aquí interesa:

- La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas,
- y la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Ambos criterios, que están indefectiblemente vinculados, han de ser examinados teniendo en cuenta diferentes elementos a fin de que la medida que se adopte “no restrinja o limite más derechos de los que ampara” (apartado 3 del art. 2). Esos parámetros son:

- la edad y madurez del menor.
- La igualdad y no discriminación.
- El transcurso del tiempo en su desarrollo.
- La estabilidad de las soluciones que se adopten para minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pudiera ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

¹⁷ Apartado VI del Preámbulo de la L.O.8/2015.

- Aquellos otros elementos de ponderación que sean pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Sin perjuicio de que la incidencia que puedan tener tales parámetros pueda ser diferente según nos encontremos ante la necesidad de efectuar un pronunciamiento de carácter definitivo o de regular con carácter cautelar las relaciones paterno filiales, ello no debe impedir que en las audiencias y comparecencias que se efectúen para la adopción de estas últimas, el Fiscal y el Juez, procuren analizar la situación de la manera más amplia posible, practicando todas aquellas diligencias que el trámite procesal permita y resulten necesarias, a fin de que esas medidas cautelares se asemejen lo más posible a las definitivas y, así, evitar modificaciones que puedan perjudicar a los menores.

1.2.3.2 Derecho del menor a ser oído

La Convención de los Derechos del Niño de 1989, que es parte de nuestro derecho interno, regula en el art. 12 el derecho del niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, para lo cual se le ha de dar la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

El art. 9 de la L.O.P.J.M, que regula ese derecho, ha sido modificado por la L.O.8/2015 introduciendo una serie de novedades relativas a la efectividad de ese derecho sin discriminación alguna; a la asistencia de profesionales cualificados o expertos cuando sea necesario; a la necesidad de utilizar un lenguaje asequible al menor y de informarle sobre el motivo y consecuencias de la comparecencia; a la posibilidad de que ejercite ese derecho por sí mismo o por la persona que designe si tiene 12 años cumplidos o es suficientemente maduro, madurez que ha de valorarse por personal especializado; a la asistencia de intérpretes y otras cuestiones procesales relacionadas con la resolución.

El art. 92.2 del Código Civil (C.C.), dispone que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. Este precepto pareciera que recoge la voluntad del legislador de oír siempre y en todo procedimiento a los menores a que se refieran esas medidas de custodia, cuidado y educación, sin embargo, al desarrollar ese principio en el párrafo 6º del mismo precepto, el legislador no establece la obligación de proceder a oír a los menores con carácter general y sin excepciones sino que, precisamente para preservar a éstos frente a la victimización secundaria que puede producir su intervención en todo proceso de familia, dispone que el juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia oír a los menores que tengan suficiente juicio sólo cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.) sin embargo, en el art. 770-4, dispone que si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio, pero se deberá proceder a oírlos, en todo caso, si fueren mayores de doce años, lo que no exige en los procedimientos de mutuo acuerdo, pues, en el art. 777-5 de nuevo establece un criterio valorativo pues solo ha de ser oídos los menores cuando tengan suficiente juicio y se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.

Ante la disparidad existente entre el criterio abierto y valorativo del C.C. y el imperativo de la L.E.C. en relación a los procedimientos contenciosos respecto de menores de más de 12 años, en el Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica, al tratar las medidas civiles a adoptar en la orden de protección se estableció que “Cuando los hijos/as menores de edad sean mayores de doce años, o tengan suficiente juicio, pueden aportar trascendentes datos sobre la situación familiar y sobre la realidad de la existencia de actos de violencia. En estos casos, el Juez de guardia podrá valorar si resulta procedente oírlos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, por los artículos 92.2º del Código Civil y 770.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como por el apartado 27 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia”

La Fiscalía General del Estado también se ha manifestado al respecto y, así, en la Circular 3/2009¹⁸, en el capítulo 11, al tratar de la audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, concluyó en el sentido de hacer primar el carácter sustantivo de la norma contenida en el artículo 92 C.C. y, por tanto, entender que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y que su práctica queda subordinada a que se estime necesario.

Con la L.O.8/2015 tantas veces referida nos enfrentamos a una nueva regulación del derecho del menor a ser oído, más detallada y que pretende dar respuesta al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual que establece una serie de medidas que han de prevalecer a la hora de oír a los menores¹⁹, y de la Observación nº 12 de 12 de junio de 2009 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño que analiza minuciosamente el contenido del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (C.D.N.)²⁰, cambio legislativo que nos obliga a replantear la audiencia del menor, ahora sí, como obligatoria en todos los procedimientos en los que se vayan a adoptar medidas que le afecten, ya sean provisionales o definitivas, exista o no acuerdo entre sus progenitores, y con independencia de su edad; además, sus opiniones, expresadas verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación, por sí o por tercera persona que designen, con la intervención de sus progenitores o de un defensor judicial en caso de conflicto o discrepancia de los padres o tutores con el menor, se han de tener en cuenta en función de su edad y madurez, es decir, han de tomarse en consideración y valorarse adecuadamente en la resolución que se adopte, con expresa referencia a las razones por las que la decisión se aleja de la opinión del niño en su caso.

Esta conclusión tiene una incidencia fundamental en la adopción de las medidas cautelares civiles en los procedimientos de violencia de género, ya se adopten de conformidad con el art. 544 ter 7 o 544 quinquies de la L.E.Crim, o de conformidad con los arts. 65 y 66 de la L.O.1/2004, o en los procedimientos de familia competencia de los Juzgados especializados, supuestos en los que será necesario conocer la opinión de los menores afectados, ya sea

¹⁸Circular 3/2009, de 10 De Noviembre, Sobre Protección de los menores víctimas y testigos.

¹⁹Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y que ha sido ratificado por España el 12 de noviembre de 2010

^{20c} 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el **derecho de expresar su opinión libremente en** todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

directamente o a través de otra persona que designe o del equipo psicosocial o Unidad de Valoración Forense integral; salvo imposibilidad acreditada, el menor tiene derecho a ser oído antes de que se adopte ninguna medida que le afecte y ello obligará a poner en marcha los mecanismos precisos para hacer ese derecho efectivo, garantizando la incolumidad del menor. Ello exigiría que los menores sean citación a través de la madre para que comparezca en el juzgado el día en que se celebre la comparecencia de la orden de protección (544 ter 4 de la L.E.Cr); pero además, se deberá asegurar la intervención en su declaración del psicólogo cuando sea preciso para minimizar al máximo la victimización secundaria a que podría estar sometido el menor y, sobre todo para la adopción de medidas definitivas, cuando la naturaleza de la medida así lo exija, contar con un informe del equipo multidisciplinar. Sin duda alguna, para hacer efectivo este derecho será necesario que el Ministerio de Justicia y las CC. AA con competencias en justicia habiliten instalaciones adecuadas y dignas en los Juzgados de Violencia sobre la mujer a fin de que se pueda atender en ellas a los/as menores con la necesaria intimidad y privacidad y que doten a los equipos psicosociales de personal adecuadamente formado y en número suficiente para asistir al juzgado en tales momentos. Cuando esta ausencia de instalaciones adecuadas pueda suponer un grave perjuicio para el menor, de forma excepcional podrá posponerse esa audiencia a otro momento posterior, como puede ser la ratificación de las mismas en el procedimiento civil (art. 544 ter párrafo 7 apartado 3º de la L.E.Crim.)

1.2.3.3 Nueva regulación de las medidas cautelares civiles

Con la Ley del EVD se ha efectuado una importante modificación en el art. 544 ter de la L.E.Crim y, a su vez, la L.O. 8/2015 ha modificado los arts. 65 y 66 de la L.O.172004 y a consecuencia de tales reformas podemos sentar las siguientes conclusiones:

- Pese a que el art. 544 ter .7 de la L.E.Crim establece la legitimación de la víctima y del Ministerio Fiscal para solicitar estas medidas *“siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del CC; sin embargo, el precepto en su redacción actual, en el apartado primero último inciso dispone que “ 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”* y ello con la finalidad de que, en aras a la máxima protección del menor o discapacitado, el juez examine la situación de aquellos que convivan con la víctima en todos los casos de violencia de género o doméstica, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y entre ellas el nuevo hecho u hechos violentos denunciados a fin de valorar si es preciso adoptar cualquier medida de naturaleza civil aun cuando ello suponga una modificación cautelar de las medidas acordadas con anterioridad. Por otra parte, me parece oportuno resaltar que aunque sorprendente no se prevea, a la par, la facultad del Ministerio Fiscal de solicitar esas medidas en el contexto de la orden de protección aun cuando exista una resolución judicial civil previa siendo como es el Fiscal el protector de los menores y personas vulnerables²¹, esa falta de previsión no impedirá al Fiscal solicitar

²¹ Como dice Pantoja García. F., además de en el art. 3 del EOMF, en distintas leyes sustantivas y procesales se encomienda al Fiscal la defensa de los derechos de los menores, en los distintos ámbitos procesales, pero fundamentalmente, en estos tres básicos para su actuación:

todas aquellas medidas que pueda adoptar el juez de oficio o las que sean precisas de conformidad con el art. 158 del CC y 65 y 66 de la L.O.1/2004.

- En aquellos supuestos en los que exista una resolución previa de la jurisdicción civil regulando, provisional o definitivamente, las relaciones paterno filiales de los menores afectados y se advierta la pertinencia y necesidad de adoptar nuevas medidas que modifiquen las anteriores, lo más probable es que éstas últimas tengan que ver con el ejercicio de la patria potestad o custodia, o con el régimen de visitas o estancia y su modificación tendrá que estar justificada en la necesidad de apartar al menor de un riesgo o perjuicio. Precisamente por ello, tales medidas podrían ser acordadas de conformidad con el art. 158 del C.C. o en virtud de los arts. 65 y 66 de la L.O. 1/2004, y si se hace así, esas medidas no estarían supeditadas al corto plazo de vigencia que establece el art. 544 ter-7.3º de la L.E.Crim. para las medidas civiles adoptadas en el contexto de la orden de protección, lo que daría una mayor estabilidad a las soluciones que se adopten para minimizar, así, los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pudiera ocasionar en la personalidad y desarrollo de los menores afectados (art. 3.2 de la L.O.P.J.M)
- Ley del EVD al modificar ellos arts. 65 y 66 de la L.O. 1/2004 ha impuesto nuevas obligaciones al juez, pues para el caso de que no suspenda al inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho o el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerán esos derechos-deberes en relación a los menores afectados. Asimismo, deberá adoptar 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 con lo que se va a permitir que el juez module el ejercicio de la patria potestad en atención a las necesidades de los menores y siempre en su interés, distribuyendo facultades sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del art. 156 del C.C. Por otra parte, además de concretar la forma de ejecutar esos derechos si no los suspende, se le imponen otras dos obligaciones íntimamente relacionadas:
 - ✓ la de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación, no sólo de los menores, sino también de sus madres
 - ✓ y la de hacer un seguimiento periódico de la evolución de esas medidas tendentes a la seguridad y recuperación de las víctimas

4.3.PUNICIÓN: RESULTADO DE LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

“En el ejercicio de la acción penal: La defensa de los menores víctimas de los delitos tipificados en las leyes penales, así como el ejercicio de la correspondiente acción civil.

En el ejercicio de las funciones expresamente tuitivas reguladas en el código y leyes de enjuiciamiento civiles, en los supuestos tanto de desprotección como de crisis familiares, así como en la protección del honor, imagen e intimidad de los menores.

En el ejercicio de las funciones encomendadas por la ley orgánica reguladora del procedimiento y competencia de los Juzgados de Menores determinadas por el interés del menor”.

“El fiscal como defensor del menor (la posición del menor ante la ley a través de la defensa que del menor ejerce el Ministerio Fiscal)”, ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente celebrado en Sevilla del 10 al 12 de noviembre de 1995 bajo el título: “Sufrimiento corporal y desarrollo psíquico: enfermedad y violencia en la infancia”

De acuerdo a los datos publicados por el Observatorio del CGPJ en relación al año 2015, último cuya información a esta fecha es completa, el 39,3% de los procedimientos tramitados en los JVM- acabaron en Sobreseimiento Provisional y el 3,9% en Sobreseimiento Libre; el resto, aproximadamente el 57%, unos son elevados para su enjuiciamiento al órgano competente, otros siguen en tramitación ante el J.V.M. y otros acaban por otras formas de terminación (inhibiciones, acumulaciones,...). De cualquier manera, el hecho de que el 39,9% de los procedimientos acaben por sobreseimiento provisional no es un dato muy halagüeño, pues, en estos procedimientos siempre es conocido el presunto autor de los hechos.

En relación a la forma de terminación de los procedimientos que fueron elevados al Juzgado de lo penal resulta que del total que fueron enjuiciados en el año 2015 (28694) el 52,37% terminaron con sentencia condenatoria y el 47,63% por sentencia absolutoria; es decir, cerca del 50% de los procedimientos de violencia de género que fueron enjuiciados en el J. de los Penal acabaron con sentencia absolutoria; si se comparan estos datos con cualquier otro ámbito delictivo, seguramente el porcentaje de absoluciones resulte desproporcionado.

El resultado es distinto cuando hablamos de delitos graves (aquellos que vienen castigados con más de 5 años de prisión) para los cuales es competente la Audiencia provincial. En relación al total de procedimientos enjuiciados ante estos órganos judiciales _ Jurados, Sumarios y Procedimientos Abreviados-asciende al 75,95%.

Obviamente ello nos debe hacer reflexionar e indagar porque cuando más grave es el hecho, más fácil es probarlo y porque cuando nos enfrentamos a aquellas primeras manifestaciones de violencia- amenazas, coacciones, malos tratos y lesiones menos graves- cuya acreditación nos permitiría proteger a las víctimas con mayor rigor, el porcentaje de absoluciones es tan alto; al margen de la dificultad probatoria evidente de estos actos que se suelen cometer en el ámbito del domicilio y de la intimidad de la familia y de la pareja, al margen de la presencia de testigos ajenos al círculo familiar, sabemos que nos enfrentamos a un obstáculo de gran calibre como es la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la L.E.Crim.

Pese a que el CGPJ cifra en solo el 12,03% los procedimientos en los que las mujeres víctimas se acogieron a la dispensa, nuestra experiencia nos dice que son muchísimas más las que utilizan esta posibilidad, y más por la exorbitada interpretación que de este precepto hizo el TS en el Pleno no jurisdiccional de 14 de abril de 2013.

Siempre hemos entendido que esta dispensa no fue pensada en sus orígenes (1882) para el testigo víctima sino sólo para el testigo ajeno al delito; su redacción sin embargo ha abocado a que se le reconozca también la posibilidad de no declarar contra el agresor al testigo pariente víctima del delito, o cual es una aberración jurídica incomprensible desde la óptica de la naturaleza de estos delitos y de la política criminal iniciada ya hace muchos años para proteger a estas víctimas; es incoherente e ilógico que se reconozca a la víctima el derecho a no declarar en contra de su pareja o ex pareja, su agresor, cuando estamos ante delitos públicos en los que no es necesario su denuncia para su persecución y su perdón produce la extinción de la acción penal; es incoherente que todas la legislación actué para proteger a estas víctimas y castigar a estos agresores, y sin embargo tanto una como otra se deje finalmente a disposición de la víctima y ello al margen de la multiplicidad de razones que le pueden llevar a tomar esa decisión; según la macroencuesta el 26,6% de la mujeres no denuncian o retiran la denuncia por miedo a represalias; por carecer de recursos económicos el 10,4%, por miedo a que nos las crean el 8,2%... e incluso el porcentaje mayor, el 44,6% lo hicieron porque minimizaron la violencia vivida, característica propia de la violencia que sufren las mujeres en este ámbito.

El ejercicio de la dispensa en estos delitos, además de provocar la impunidad en muchos casos como nos dice la experiencia, coloca a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad

mientras que el agresor se verá reforzado en su posición de dominio, con el consiguiente incremento del riesgo y no sólo para ellas, también para los menores que con ella conviven. En ausencia de esa declaración de la víctima, cobra especial relevancia el resto de la prueba que pueda articularse para el acto del J.O., en la Conclusiones de los Fiscales especialistas de año 2005 ya se decía que *“Debido a la posible falta de colaboración efectiva por parte de la víctima a lo largo del procedimiento y a la privacidad del entorno donde la violencia se desarrolla -que en ocasiones pueda suponer una dificultad añadida de comprobación de datos con suficiente valor de prueba-, se hace preciso que el Fiscal prepare y aporte al juicio oral toda la prueba que le sea posible. Así, citará a cuantas personas hayan sido testigos de los hechos, a los agentes de Policía intervinientes, a los médicos que asistieron a la víctima cuando sea necesario a fin de acreditar las lesiones que presentó la víctima en ese momento, inmediato a los hechos, y el mecanismo de su producción, a los médicos forenses cuando sea necesario para acreditar los extremos antes referidos, psicólogos y demás profesionales... Igualmente, sería conveniente se realizaran y aportaran reportajes fotográficos que pudieran hacer los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes”*

Es necesario afrontar la modificación de la dispensa del art. 416 de la L.E.Crim., reclamación que comparte la Fiscalía con el CGPJ y muchas asociaciones²².

A la vista de todas estas propuestas y también de la evolución que se está registrando en el derecho comparado, es absolutamente necesaria la reforma de la dispensa del art. 416 de la LECrim. para excluir al testigo pariente que sea el ofendido por el delito o cuando lo sean personas de su entorno familiar sobre todo los menores que estén bajo su patria potestad, guarda o custodia, como lo hacen la legislación del Reino Unido o Argentina, sin perjuicio de arbitrar fórmulas que impidan iniciar procedimientos contra estos testigos que, teniendo la obligación de declarar, faltaran a la verdad.

Alternativamente, debería limitarse la dispensa en dos aspectos:

- Siguiendo la línea iniciada por el legislador con la reforma operada con la Ley 4/2015 del EVD del art. 261 de la LECrim., debería limitarse la dispensa de la obligación de declarar exclusivamente al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad- lo que excluiría definitivamente a los novios-. en el momento en el que vaya a recibírsele declaración, pues sólo si en ese momento continua la convivencia, podrá producirse el conflicto moral derivado de la solidaridad y lealtad en la pareja, fundamentos a los que parece querer volver el legislador con la reforma operada del art. 261 de la L.E.Crim por la LEVD.
- Por otra parte, y siguiendo la línea jurisprudencial examinada, debería excluirse de la dispensa al testigo pariente denunciante, pues una vez tomada la libre decisión de denunciar, iniciativa que determina la puesta en marcha del procedimiento, debería entenderse decaída definitivamente la posibilidad de no declarar cuando sea requerido al efecto.
- Por último y de no prosperar las anteriores propuestas, al menos deberían realizarse las modificaciones oportunas para posibilitar la incorporación de las declaraciones de los testigos víctimas efectuadas en la fase de instrucción con respeto a las garantías de inmediación, contradicción y defensa, a través de su

²²Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Federación de Mujeres Progresistas, Comisión para la Investigación de Malos Tratos, Asociación Vivirsin Violencia de Genero, Fundación Mujeres y Enclave Feminista,) que dirigieron una carta al Ministro de justicia el día 16 de febrero de 2016 en la que a través de una adenda solicitaron la reforma de los arts. 416 y 418 de la LECrim

lectura o audición en el Juicio Oral para su valoración, junto al resto de pruebas articuladas, por el Tribunal. Así se evitaría no solo la impunidad del agresor en muchos supuestos, más teniendo en cuenta la enorme dificultad de que prosperen los recursos que se puedan interponer contra las Sentencias Absolutorias, con todas las consecuencias negativas que ello produce en las víctimas de esta violencia, sino también la incomprensión de la sociedad respecto a que, pese a la contundencia de las declaraciones prestadas en los momentos más inmediatos a la comisión de los hechos e incluso corroboradas con otras pruebas como pueden ser los partes de lesiones, aquellas aparezcan como no efectuadas, como si no hubieran existido, impidiendo que las demás adquieran el peso probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Mientras no se reforme el C.P. rige el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013²³, pero, la Fiscalía insiste en que la interpretación que ha de darse a la excepción al dispensa de quien son "*esté personado como acusación*", ha de hacerse de conformidad con la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, 449/2015 de 14 de julio que entendió que "*... que la víctima, ... ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013*" (Está pendientes de resolución el recurso interpuesto por la Fiscalía del TS contra la sentencia nº 672/2016 de fecha 24 de noviembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Séptima, en la que se mantiene este criterio)

Pero hablar de la dispensa nos lleva a otros planteamientos aún más controvertidos como es el referido a los **testigos menores** cuando mantienen alguna relación con el agresor de las indicadas en el art. 416 de la LECrim,; en tales casos surgen dos cuestiones:

a. Si todos los testigos menores son sujetos con derecho a la dispensa.

b. En el caso de puedan acogerse a ella, el problema estará en determinar si ha de ser al menor informado de esa posibilidad o si esa información ha de hacerse a sus representantes legales y, en consecuencia, quien es el que ha de tomar la decisión de declarar o no, el menor o aquellos.

Obviamente, la postura que se adopte deberá partir en todo caso de que ese menor tenga la capacidad de declarar y del grado de madurez del mismo tanto para que se le reciba la declaración preservando su incolumidad como para conocer las consecuencias de su decisión. La Sentencia de la A.P. de Barcelona, Secc. 20ª 26/2009 de 14 de enero- Roj: SAP B 1/2009- en base al art. 433 de la LECrim, entendió que no entraba en juego el art. 416 en relación a una testigo de 6 años de edad "*Ya [que] el legislador tratándose de un testigo mayor o menor de edad establece entre ambos una importante distinción como es la necesidad de tomarles juramento o promesa de decir verdad. Así el art. 433 de la LECrim dispone que " los testigos mayores de edad prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles en lenguaje claro y comprensible de la obligación de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de*

²³"La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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**" (STS, Sala II, Secc. 1ª 304/2013 de 26 de abril, Roj: STS 2435/2013)

falso testimonio en causa criminal...Es evidente que la nueva redacción dada al art. 433 de la Lecrim por Ley Orgánica 8/ 2006 de 4 de diciembre introduce importantes diferencias entre la declaración testifical del testigo mayor y menor de edad, resultando así de la lectura de dicho precepto que al testigo menor de edad y sin duda precisamente por dicha minoría de edad y de la imposibilidad de entender el alcance y trascendencia del acto no se le toma promesa o juramento de decir verdad, ni se les advierte de la obligación de ser veraces ni de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio”

Efectivamente, junto a ese precepto- art. 433- , en el ámbito del juicio oral el art. 706 limita la obligación de prestar juramento en la forma establecida en el artículo 434, a los testigos mayores de 14 años, pero, en el art. siguiente se recoge la obligación de todos los testigos de declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

El TS, en concreto por la sentencia de la Sala de lo Penal, 699/2014 de 28 de octubre, es muy clarificadora al decir que “...un niño, ni con cuatro, ni con siete ..., ni con ocho..., ni con once años..., goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella. No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador”.

La determinación de un edad concreta a partir de la cual se entienda que el menor tiene la madurez suficiente al efecto es, a mi modo de ver, imposible de determinar y habrá de fijarse en relación a las circunstancias concurrentes en cada caso, pues, como dispone la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (L.O.P.J.M.) “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. (Art. 2-1 in fine)

En ese sentido, el TS, en la sentencia antes referida, entiende que “...esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i) ; ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿ doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, art. 770 LEC)(iii)... ”.

Si el menor carece de esa madurez, el TS entiende que, de conformidad con el art. 162 del C.C., la decisión corresponderá a los representantes legales y que, cuando exista un conflicto de intereses con uno de los progenitores será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil), lo que ocurrirá en lostestigo menor de edad no maduro. Obviamente, si el conflicto existe con ambos progenitores, lo que podría ocurrir en aquellos casos en los que la madre no quisiera colaborar en el procedimiento prestando su declaración, se habrá de nombrar, a petición del Fiscal, un defensor judicial que le represente y vele por sus intereses, todo ello de conformidad con el art. 26 de la Ley del E.V.D.

Centrando el tema en relación a la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja, la pregunta es si **debe reconocerse a la víctima la posibilidad de no declarar en contra del imputado cuando los hechos afectan a las/os hijas/os o menores que con ella convivan.**

En el derecho comparado existen legislaciones que exceptúan la aplicación de la dispensa a aquellos supuestos en que las víctimas o perjudicados son menores de edad; en este sentido, en el derecho británico, se regula la obligación de declarar del cónyuge o pareja del investigado en los casos de violencia doméstica y, especialmente, cuando la víctima es un menor de 16 años que conviviera en el núcleo familiar y en el derecho argentino se prohíbe

testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

En nuestra legislación no se establece ninguna limitación a la dispensa del art. 416 de la L.E.Crim. Pese a ello, no podemos olvidar que, cuando los menores viven en ese entorno que les daña, los deberes inherentes a la patria potestad de velar por ellos, de ejercer esa responsabilidad paternal siempre en su interés y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental -art. 154 del CC-, así como, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia- art. 2 de la L.O.P.J.M.- lo que debería llevarnos a plantear la necesidad de no reconocer a la madre la posibilidad de no declarar en tales supuestos, pues, el interés superior del menor a vivir al margen de la violencia y en un entorno seguro y adecuado a su desarrollo, debería primar sobre cualquier otra motivación que pudiera llevarla a no declarar en contra del investigado/acusado.

Se ha de insistir, en todo caso y en especial en aquellos en los que no se cuenta con la declaración de la víctima, en que se haga una correcta **proposición del resto de la prueba para el juicio oral y exijamos en nuestro informes una valoración adecuada de todo el conjunto de la prueba** teniendo en cuenta la doctrina ya reiterada por el TS en relación a la cualidad de los testigos de referencia y directos y de la prueba indiciaria.

Efectivamente, los testimonios policiales o de terceros en relación a las circunstancias observadas directamente por ellos pueden suministrar “...suficientes indicios para construir de forma sólida hechos base -por ejemplo, personación de la policía en virtud de llamada de urgencia, confirmada por la actitud victimizada de una persona que aparece con lesiones de etiología agresiva y coetánea presencia en el lugar de los hechos del presunto agresor, actitud del mismo e inexistencia de otras personas en el lugar- donde cabe inferir con un alto grado conclusivo, donde sí resulta plenamente compatible con las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, la implicación del sujeto en los hechos”. (STS 703/14 de 29 de octubre)

El propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 217/1989, de 21 de diciembre, señaló que “el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió –auditio propio–, o lo que otra tercera persona le comunicó –auditio alieno–, y que en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa” y en el mismo sentido la STS de 30 de octubre de 2013 reproduciendo la doctrina contenida en otras sentencias (SSTS núm. 61/2013, de 7 de febrero , 1010/2012, de 21 de diciembre , 772/2012, de 17 de octubre , 6480/2012, de 29 de mayo) dijo que *la testifical de referencia puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado, con independencia de la posibilidad de que el testigo directo deponga o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá declarar sobre lo que le fue manifestado por un testigo presencial. Podrá, asimismo, ser útil para valorar la credibilidad y fiabilidad que hayan de merecer otros testigos presenciales que también declaren en el plenario, e incluso para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas (v.gr. coadyuvar a lo sostiene el testigo único). Ello no impide que este peculiar testigo pueda ser valorado como cualquier otro en lo que concierne a hechos que haya apreciado directamente, distinguiéndose entre lo que el testigo narre respecto de lo que personalmente escuchó y percibió - auditio propio - o lo que otra persona le comunicó - auditio alieno -. En lo que es objeto de percepción directa, la prueba tendrá el valor de la testifical directa (SSTC núm. 146/2003 , 219/2002 , 155/2002 , 209/2001). En cambio, como*

es lógico, su testimonio carecerá de aptitud para acreditar que lo manifestado por la supuesta víctima en el momento en que acudieron a su auxilio sea veraz, por lo que en base al solo testimonio referencial no podría reconstruirse válidamente el hecho histórico, si éste constituyera la única prueba de cargo de la conducta criminal.”

Por último, baste recordar la STS 229/2016 de 17 de marzo que literalmente dice que “...el testimonio de referencia también tiene naturaleza de prueba complementaria que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios, como hemos señalado más arriba, de forma que si concurren otros indicios o datos de cargo a partir de los cuales puede inferirse racionalmente el juicio de autoría la prueba testifical de referencia es válida por ser complementaria y reforzar la conclusión lógica y racional a la que puede llegar el Tribunal sobre la certeza del hecho presunto.

Sólo queda referir que todas estas apreciaciones han sido definitivamente recogidas en las Conclusiones de Especialistas del año 2016, que fueron refrendadas por el FGE el día 22 de febrero de 2017²⁴

²⁴ a)- *Sujetos de la dispensa: Las relaciones de noviazgo, están excluidas del ámbito del Art. 416 de la L.E.Crim., como ya se estableció en la Circular 6/2011.*

b)- *Quedan igualmente excluidas del ámbito de la dispensa, las víctimas que se hayan personado como acusación particular, siguiendo los criterios marcados por el citado Acuerdo no jurisdiccional y la STS 449/2015 de 14 de julio, aunque en el plenario renuncien a ejercerla, sea cual sea el procedimiento en que ocurra, es decir, Sumario ordinario, Tribunal de Jurado, Procedimiento Abreviado o Juicio Rápido.*

c)- *Momento en que debe apreciarse la existencia de parentesco a efectos de aplicar el Art. 416 de la L.E.Crim.; tendremos que estar al momento en que ocurrieron los hechos, conforme al Acuerdo no jurisdiccional de 2013, aunque cuando declaren ya se haya producido la separación legal o de hecho.*

d)- *Se reitera la necesidad de que en el escrito de acusación se proponga una prueba amplia que pueda permitir cubrir el vacío de prueba directa que con frecuencia provoca el uso del derecho a la dispensa, teniendo en cuenta la validez de la prueba indiciaria y de que los agentes policiales con frecuencia son no sólo testigos de referencia sino también presenciales.*

e)- *Se insiste en que la información de la dispensa y sus consecuencias sea clara, así como en la necesidad de indagar sobre las causas que motivan tal postura.*

f)- *Cuando existan menores víctimas directas o hijos de mujeres víctimas, también tienen derecho a acogerse a la dispensa y, además, deben ser oídos en cuanto el ejercicio del derecho a la dispensa de la madre les afecta, conforme al Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la reforma de la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. El interés del menor se erige en el criterio concluyente lo que requiere ser oído. Es fundamental valorar si tiene suficiente madurez, es decir, si es capaz de entender lo que supone la dispensa, aspecto que en caso de duda deberá ser determinado por un experto. Y, teniendo en cuenta que existe o puede existir un conflicto de intereses con sus progenitores, el denunciado y su madre, la denunciante y víctima, será necesario que se le nombre un defensor judicial conforma al art. 26 de la L.E.V.D.*

g)- *Por último se eleva al Excmo. Fiscal General del Estado la propuesta de modificación legislativa de los Art. 416 y/o 720 de la L.E.Crim, planteando las siguientes alternativas:*

1 *Excluir de la dispensa al testigo pariente que sea el ofendido por el delito o cuando lo sean personas de su entorno familiar, sobre todo los menores que estén bajo su patria potestad, guarda o custodia, como lo hacen la legislación del Reino Unido o Argentina, sin perjuicio de arbitrar fórmulas que impidan iniciar procedimientos contra estos testigos que, teniendo la obligación de declarar, faltaran a la verdad.*

2. *Siguiendo la línea iniciada por el legislador con la reforma operada con la Ley 4/2015 del EVD del art. 261 de la L.E.Crim, limitar la dispensa de la obligación de declarar exclusivamente al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad- lo que excluiría definitivamente a los novios-, en el momento en el que vaya a recibírsele declaración, pues sólo si en ese momento continua la convivencia, podrá producirse el conflicto moral derivado de la solidaridad y lealtad en la pareja, fundamentos a los que parece querer volver el legislador con esta reforma.*

3. *De optarse por la anterior, y siguiendo la línea jurisprudencial, debería excluirse de la dispensa al testigo pariente denunciante, pues una vez tomada la libre decisión de denunciar, iniciativa que determina la puesta en marcha del procedimiento, debería entenderse decaída definitivamente la posibilidad de no declarar cuando sea requerido al efecto.*

4.4. CONCLUSIONES

De todo lo analizado hasta ahora podríamos sentar dos puntos de flaqueza en la aplicación de la ley:

En primer lugar, la falta de implicación de la ciudadanía en general, que pese a tener conocimiento de estos gravísimos hechos en muchas ocasiones, optan por mirar hacia otro lado; no se trata de pedir comportamientos heroicos a nadie pero si ser coherente con la tolerancia cero que frente a la violencia de género reconoce manifestarse la mayoría de la población y para ello las instituciones deberán incidir en educación en todas las fases de manera que se incluyan en los currículos no sólo nociones de igualdad y de violencia de género, sino también información dirigida a la necesidad de implicación y, en relación a los profesionales de los ámbitos sociales- educativo, administraciones de todo tipo, trabajo social... - y sanitarios, se habrá de incidir aún más en la obligación que tiene de comunicar estos hechos al juez o al Fiscal y establecer cauces de comunicación y de coordinación para que esa comunicación sea efectiva.

Si avanzamos en esa línea, seguramente al contar en la administración de justicia con la información y el conocimiento de los hechos que tengan familiares, amigos, conocidos, profesores, tutores, vecinos... y profesionales socio sanitarios, se mejoraría la respuesta judicial tanto en el ámbito de la protección como en la de la punición y sin duda, en la prevención.

En segundo lugar, teneos que mejorar la respuesta en el ámbito de la protección judicial, para lo cual se hace preciso mejorar y avanzar en formación de todos los profesionales y en concreto de jueces y fiscales; por la propia experiencia de jueces y fiscales, sabemos que la mayoría de las órdenes de protección que no se acuerdan es porque no se tiene por acreditada la existencia de una situación objetiva de riesgo; si comparamos datos por partido judiciales, se pone en evidencia que carecemos de conocimientos para valorar el riesgo, pues ni es posible que en algunos partidos judiciales se concedan prácticamente el 100% de las solicitudes ni es entendible que haya partidos judiciales en los que las adoptadas sean muy inferiores a la medida nacional. Necesitamos del auxilio de herramientas y profesionales, debidamente formados y en número suficiente, en el perentorio plazo de 72 horas en que se ha de celebrar la O.P., contemos con una valoración profesional del riesgo, aun cuando sea con carácter provisional. Las UVIF cumplirían perfectamente esa función si existieran en todas las provincias y estuvieran dotadas de personal suficiente y especializado.

En tercer lugar y en íntima conexión con el anterior, hemos de aprender a dar el peso que tienen los incumplimientos de medidas cautelares a la hora de valorar el riesgo en la

4. Por último y de no prosperar las anteriores propuestas, al menos deberían realizarse las modificaciones oportunas para posibilitar la incorporación de las declaraciones de los testigos víctimas efectuadas en la fase de instrucción con respeto a las garantías de inmediación, contradicción y defensa, a través de su lectura o audición en el Juicio Oral para su valoración, junto al resto de pruebas articuladas, por el Tribunal. Así se evitaría no solo la impunidad del agresor en muchos supuestos, más teniendo en cuenta la enorme dificultad de que prosperen los recursos que se puedan interponer contra las Sentencias Absolutorias,²⁴ con todas las consecuencias negativas que ello produce en las víctimas de esta violencia, sino también la incompreensión de la sociedad respecto a que, pese a la contundencia de las declaraciones prestadas en los momentos más inmediatos a la comisión de los hechos e incluso corroboradas con otras pruebas como pueden ser los partes de lesiones, aquellas aparezcan como no efectuadas, como si no hubieran existido, impidiendo que las demás adquieran el peso probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia.”

comparecencia preceptiva del art. 544 bis del C.P. o, en el caso de incumplimiento de penas, para la adopción de las medidas que procedan en el nuevo procedimiento penal que se incoe por el delito de quebrantamiento y se ha de potenciar el uso de los dispositivos telemáticos que además de un claro efecto disuasorio en el usuario condenado o investigado sujeto a una prohibición de aproximación, incrementa la seguridad de la víctima y su tranquilidad y en caso de incumplimiento de las medida o pena, crea prueba documental fundamental para la acreditación del quebrantamiento.

Siguiendo con la protección de las víctimas y **en cuarto lugar**, hemos de garantizar que la protección de los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género, en atención a su superior interés del menor para cuya concreción se ha de tener en cuenta su derecho a vivir en un entorno libre de violencia y a ser oído antes de que se adopte ninguna medida que le afecte. Valorando todas las circunstancias concurrentes, el juez deberá de pronunciarse sobre la suspensión de la patria potestad o del régimen de visitas, estancia o comunicación y si entiende que no es adecuada la suspensión de esos derechos deberes, deberá pronunciarse sobre la fora de su ejecución y adoptar las medidas que garanticen la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de sus madres y hacer un seguimiento periódico de esas medidas. Obviamente, el Fiscal deberá procurar que se hagan esos pronunciamientos por lo que de conformidad con el art. 3, 5 y 10 del EOMF deberá solicitar del juez el pronunciamiento que estime oportuno al respecto. En las Conclusiones de los Fiscales especialistas del año 2016 se trata este tema.²⁵

25

- A) Como consecuencia de la modificación del art. 544 ter 7 de la L.E.Crim, que obliga al juez a pronunciarse sobre la pertinencia de adoptar medidas civiles en todo caso y de oficio, de conformidad con el art. 3, 5 y 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y el art. 19 de la L.E.V.D, el Fiscal, que ha de velar especialmente por derecho a la protección de las víctimas menores de edad, podrá pedir que el juez se pronuncie sobre la modificación cautelar de las medidas acordadas anteriormente en el orden jurisdiccional civil cuando sea necesario para apartar al menor de cualquier riesgo derivado de la ejecución de aquellas
- B) Dada la pluralidad de vías a través de las que se pueden adoptar medidas civiles, es preciso recordar que las establecidas en los arts. 65 y 66 de la L.O. 1/2004, previstas específicamente para supuestos de violencia de género, permiten una solución más duradera frente a las medidas del Art. 544 ter, que tendrán un plazo de vigencia de 30 días prorrogables por otros 30 días, posibilidad que deberá valorar el Ministerio Fiscal antes de solicitar las medidas.
- C) Para la adopción de las medidas civiles de la orden de protección tanto del art. 544 ter, 7) y quinquies de la L.E.Crim, como de los Art. 65 y 66 de la L.O. 1/2004, y con el fin precisamente de comprobar cuál es el interés del menor, los Fiscales deberán solicitar la audiencia de los hijos menores cuando tengan suficiente juicio y en todo caso cuando sean mayores de 12 años, salvo en aquellos casos en que sea perjudicial para el menor, lo que deberá justificarse suficientemente y siempre adoptando las medidas necesarias para garantizar la plena protección y estabilidad del menor y respetando su derecho a la dignidad e intimidad (art. 9 de la L.O.P.J.M.)
- D) Será conveniente trasladar a los organismos competentes, a través de los cauces pertinentes, la necesidad de que habiliten instalaciones adecuadas y dignas en los Juzgados de Violencia sobre la mujer a fin de que se pueda atender en ellas a los/as menores con la necesaria intimidad y privacidad.
- E) Cuando esta ausencia de instalaciones adecuadas pueda suponer un grave perjuicio para el menor, de forma excepcional podrá posponerse esa audiencia a otro momento posterior, como puede ser la ratificación de las mismas en el procedimiento civil (art. 544 ter párrafo 7 apartado 3º de la L.E.Crim.)
- F) Cuando el Fiscal aprecie que existe conflicto de intereses entre el menor y sus progenitores o representantes legales será necesario instar el nombramiento de un defensor judicial de conformidad con el art. 2-5- c de la L.O.P.J.M.
- G) En todo caso, una vez archivado el procedimiento penal por Auto firme de sobreseimiento o sentencia absolutoria, también firme- art. 69 de la L.O. 1/2004-, se deben pedir al órgano judicial que se dejen sin efecto las medidas civiles dada su naturaleza cautelar, sin perjuicio de que se acuda a la vía civil a solicitar aquellas medidas que se estimen procedentes en interés del menor.

En último lugar, el gran problema en el enjuiciamiento de estos delitos y lo que genera un ámbito de impunidad enormeradica en la dispensa en la obligación de declarar de las/los testigos víctimas, del art. 416 de la L.E.Crim.²⁶ Mientras esta no se aborde la reforma tantas veces propuesta de este precepto, los Fiscales deberíamos insistir ante todos los órganos judiciales en la interpretación más restrictiva del precepto al amparo del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de abril de 2013- excluyendo las relaciones de noviazgo- y de la STS 449/15 y, en previsión del silencio de la víctima, deberemos ser minuciosos a la hora de proponer toda la prueba para el acto del juicio oral que nos pueda permitir hacer una adecuada valoración de la prueba indiciaria de la que inferir racionalmente el juicio de autoría, siendo contundentes en nuestros informes orales en ese sentido.

Si existen testigos menores de edad, tendremos que valorar su grado de madurez a fin de dar cumplimiento al deber de informarle de la dispensa, a él o a su madre y si apreciáramos un conflicto de intereses también con ésta, deberíamos solicitar que se le nombre al menor un defensor judicial de conformidad con el art. 26 de la L.E.V.D²⁷

-
- H) Con la nueva regulación del derecho del menor a ser oído y a participar en el proceso se abre la posibilidad de recurso de todas las decisiones judiciales en las que se adopten medidas que les afecten, y por tanto también las medidas de naturaleza civil acordadas en el contexto de la orden de protección, recurso para el cual, obviamente, también está legitimado el Fiscal cuando considere que la decisión se aparta del superior interés del menor y de su adecuada protección (art. 124 de la C.E. y arts.3-5 y 7 del EOMF)
- D) Es procedente recordar la necesidad de solicitar las penas de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial del ejercicio de la patria potestad, tutela curatela o guarda, en los términos establecidos en los arts. 55 y 56 del C.P., en los delitos graves de violencia de género por estimar que existe una relación directa entre el delito y el ejercicio de esas facultades y el interés superior del menor. (Conclusión Vigésimocuarta de la Circular 6/2011 de la FGE)

²⁶ Sobre este extremo tuve la ocasión de pronunciarme en el VI Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ celebrado los días 3 y 4 de noviembre de 2016, en la Mesa “La ruptura del silencio cómplice. Especial referencia a la obligación de denuncia de los profesionales y a la dispensa del art. 416 de la LECrim.”. La ponencia se puede encontrar en la página: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/VI-Congreso-sobre-Violencia-Domestica-y-de-Genero--Madrid--3-y-4-noviembre-de-2016>

²⁷ En las Conclusiones de Fiscales especialistas del año 2016, se incluyen sobre este extremos las siguientes:

a)- *Sujeto de la dispensa: Las relaciones de noviazgo, están excluidas del ámbito del Art. 416 de la L.E.Crim., como ya se estableció en la Circular 6/2011.*

b)- *Quedan igualmente excluidas del ámbito de la dispensa, las víctimas que se hayan personado como acusación particular, siguiendo los criterios marcados por el citado Acuerdo no jurisdiccional y la STS 449/2015 de 14 de julio, aunque en el plenario renuncien a ejercerla, sea cual sea el procedimiento en que ocurra, es decir, Sumario ordinario, Tribunal de Jurado, Procedimiento Abreviado o Juicio Rápido.*

c)- *Momento en que debe apreciarse la existencia de parentesco a efectos de aplicar el Art. 416 de la L.E.Crim., tendremos que estar al momento en que ocurrieron los hechos, conforme al Acuerdo no jurisdiccional de 2013, aunque cuando declaren ya se haya producido la separación legal o de hecho.*

d)- *Se reitera la necesidad de que en el escrito de acusación se proponga una prueba amplia que pueda permitir cubrir el vacío de prueba directa que con frecuencia provoca el uso del derecho a la dispensa, teniendo en cuenta la validez de la prueba indiciaria y de que los agentes policiales con frecuencia son no sólo testigos de referencia sino también presenciales.*

e)- *Se insiste en que la información de la dispensa y sus consecuencias sea clara, así como en la necesidad de indagar sobre las causas que motivan tal postura.*

f)- *Cuando existan menores víctimas directas o hijos de mujeres víctimas, también tienen derecho a acogerse a la dispensa y, además, deben ser oídos en cuanto el ejercicio del derecho a la dispensa de la madre les afecta, conforme al Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la reforma de la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. El interés del menor se erige en el criterio concluyente lo que requiere ser oído. Es fundamental valorar si tiene suficiente madurez, es decir, si es capaz*

- Macroencuesta de violencia contra la mujer. 2015. Libro 22 de la Colección Contra la Violencia de Género. Documentos. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- Pantoja García, F. ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente celebrado en Sevilla del 10 al 12 de noviembre de 1995 bajo el título: “Sufrimiento corporal y desarrollo psíquico: enfermedad y violencia en la infancia”
- Peramato T. y Astudillo. I. Mutilación Genital Femenina. Una manifestación de la Violencia de Género. Prevención, Protección y Sanción. Editorial Jurídica Sepin. SP/DOCT/19172Artículo Monográfico. Junio 2015
- Peramato Martín T. Sexo y género. Dificultades de aplicación de la nueva agravante de discriminación por razón de género. Revista de Jurisprudencia Lefebvre- el derecho, Nº 2 , marzo 2016.
- Peramato Martín, T. La ruptura del silencio cómplice. Especial referencia a la obligación de denuncia de los profesionales y a la dispensa del art. 416 de la LECrim. VI Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (CGPJ).
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/VI-Congreso-sobre-Violencia-Domestica-y-de-Genero--Madrid--3-y-4-noviembre-de-2016>

de entender lo que supone la dispensa, aspecto que en caso de duda deberá ser determinado por un experto. Y, teniendo en cuenta que existe o puede existir un conflicto de intereses con sus progenitores, el denunciado y su madre, la denunciante y víctima, será necesario que se le nombre un defensor judicial conforma al art. 26 de la L.E.V.D.

g)- Por último se eleva al Excmo. Fiscal General del Estado la propuesta de modificación legislativa de los Art. 416 y/o 720 de la L.E.Crim, planteando las siguientes alternativas:

1 Excluir de la dispensa al testigo pariente que sea el ofendido por el delito o cuando lo sean personas de su entorno familiar, sobre todo los menores que estén bajo su patria potestad, guarda o custodia, como lo hacen la legislación del Reino Unido o Argentina, sin perjuicio de arbitrar fórmulas que impidan iniciar procedimientos contra estos testigos que, teniendo la obligación de declarar, faltaran a la verdad.

2. Siguiendo la línea iniciada por el legislador con la reforma operada con la Ley 4/2015 del EVD del art. 261 de la L.E.Crim, limitar la dispensa de la obligación de declarar exclusivamente al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad- lo que excluiría definitivamente a los novios-, en el momento en el que vaya a recibírsele declaración, pues sólo si en ese momento continua la convivencia, podrá producirse el conflicto moral derivado de la solidaridad y lealtad en la pareja, fundamentos a los que parece querer volver el legislador con esta reforma.

3. De optarse por la anterior, y siguiendo la línea jurisprudencial, debería excluirse de la dispensa al testigo pariente denunciante, pues una vez tomada la libre decisión de denunciar, iniciativa que determina la puesta en marcha del procedimiento, debería entenderse decaída definitivamente la posibilidad de no declarar cuando sea requerido al efecto.

4. Por último y de no prosperar las anteriores propuestas, al menos deberían realizarse las modificaciones oportunas para posibilitar la incorporación de las declaraciones de los testigos víctimas efectuadas en la fase de instrucción con respeto a las garantías de inmediación, contradicción y defensa, a través de su lectura o audición en el Juicio Oral para su valoración, junto al resto de pruebas articuladas, por el Tribunal. Así se evitaría no solo la impunidad del agresor en muchos supuestos, más teniendo en cuenta la enorme dificultad de que prosperen los recursos que se puedan interponer contra las Sentencias Absolutorias,²⁷ con todas las consecuencias negativas que ello produce en las víctimas de esta violencia, sino también la incomprensión de la sociedad respecto a que, pese a la contundencia de las declaraciones prestadas en los momentos más inmediatos a la comisión de los hechos e incluso corroboradas con otras pruebas como pueden ser los partes de lesiones, aquellas aparezcan como no efectuadas, como si no hubieran existido, impidiendo que las demás adquieran el peso probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia.

- Kaplan Marcusán A. y López Gay A. Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 [Internet]. España: UniversitatAutònoma de Barcelona y Fundació Wassu-UAB, 2014



Centro de
Estudios
Jurídicos