

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 16

Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género

Juan Luis Ibarra Robles / Adela Asúa Batarrita / Inmaculada de Miguel Herrán / Evelina Zurita Márquez / Arturo Muñoz Aranguren / Ana Ferrer García / Rafael Escobar Jiménez / Ana Jesús Zulueta / Jorge Juan Hoyos Moreno / Izaskun Landaída / Ignacio José Subijana Zunzunegui / Javier Oscar Fernández Cucó / Ana E. Abasolo Tellería / Lourdes Lorente Diharce / Miren Ortubay

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 16

Revisión de las políticas y prácticas
ante la violencia de género

Juan Luis Ibarra Robles
Adela Asúa Batarrita
Inmaculada de Miguel Herrán
Evelina Zurita Márquez
Arturo Muñoz Aranguren
Ana Ferrer García
Rafael Escobar Jiménez
Ana Jesús Zulueta
Jorge Juan Hoyos Moreno
Izaskun Landaïda
Ignacio José Subijana Zunzunegui
Javier Oscar Fernández Cucó
Ana E. Abasolo Tellería
Lourdes Lorente Diharce
Miren Ortubay

Bilbao
Universidad de Deusto
2020

Consejo Asesor:

Carmen Adán del Río
Adela Asúa Batarrita
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Juan Luis Ibarra Robles
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
Ana Palacio de Begoña
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Directora:

Itziar Casanueva Sanz

Secretaria:

María Soledad Gil Nobajas

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-1325-102-8
Depósito Legal: LG BI 00744-2021

Índice

Presentación <i>Juan Luis Ibarra Robles, Adela Asúa Batarrita e Inmaculada de Miguel Herrán</i>	9
Complejidad (y perplejidad) ante la violencia en la pareja. Aproximación desde la antropología social a conceptos, representaciones y causas sociales <i>Evelina Zurita Márquez</i>	13
El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales. Una aproximación desde la psicología jurídica <i>Arturo Muñoz Aranguren</i>	37
La intervención penal, <i>ultima ratio</i> . El sistema penal como parte del conjunto de medidas de protección de la mujer. Revisión crítica de las medidas penales de la LO 1/2004. Nuevas propuestas <i>Ana Ferrer García</i>	81
Insuficiencias en el orden procesal con ocasión de la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de violencia contra la mujer <i>Rafael Escobar Jiménez</i>	111
La protección de la víctima en el ámbito de la violencia de género <i>Ana Jesús Zulueta</i>	137
Juicios rápidos y violencia de género <i>Jorge Juan Hoyos Moreno</i>	179
Anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres <i>Izaskun Landaída</i>	203

Las políticas públicas de género en el orden penal, en especial, las comisiones provinciales de coordinación en violencia de género <i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	213
La valoración del riesgo. La situación de las víctimas a lo largo del proceso judicial. Víctimas especialmente vulnerables: mujeres inmigrantes <i>Javier Oscar Fernández Cucó</i>	227
Violencia contra la mujer: una visión médico-forense <i>Ana E. Abasolo Tellería</i>	247
Víctimas especialmente vulnerables: mujeres inmigrantes <i>Lourdes Lorente Diharce</i>	277
Mesa redonda sobre el funcionamiento del sistema <i>Relatora: Miren Ortubay</i>	297

Presentación

Juan Luis Ibarra Robles

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Adela Asúa Batarrita

Catedrática emérita de Derecho Penal de la UPV/EHU

Inmaculada de Miguel Herrán

Ilma Sra. Directora de Relaciones Sociales, Estudios y Modernización del Ararteko

Se recogen en este libro las ponencias, intervenciones y aportaciones al *taller de casos* presentadas en las Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón, celebradas en Bilbao los días 7 y 8 de noviembre de 2019.

Las Jornadas, convocadas durante dieciséis años consecutivos, estuvieron presididas por la ausencia y la memoria de D. José María Lidón, magistrado de la Audiencia provincial de Bilbao y profesor de derecho penal de la Universidad de Deusto, que fue asesinado el día 7 de noviembre de 2001 delante de su esposa e hijo por criminales de la organización terrorista ETA.

Durante todo este tiempo se ha mantenido la finalidad de las Jornadas de contribuir al objetivo que sabemos compartía José María Lidón: comprender y hacer socialmente comprensible la misión institucional y las claves de sentido que ofrecen una legitimación ética a la justicia penal en el siglo XXI.

La edición documentada en este libro giró bajo el título de «Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género».

Se abordó así un área especialmente ligada a la práctica de los valores del Estado constitucional de derecho entendidos como condición de libertad e igualdad y como obligación positiva de remoción de obstáculos para su realización material; lo que requiere, también, de la tutela penal para la protección de las víctimas ante las manifestaciones más intolerables de negación de los derechos de las mujeres.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-102-8, núm. 16/2020, Bilbao, págs. 9-11

La dirección de las Jornadas —desempeñada por D.^a Adela Asua, catedrática emérita de derecho penal de la UPV/EHU, D.^a Inmaculada de Miguel, directora de Relaciones Sociales, Estudios y Modernización del Ararteko y D. Juan Luis Ibarra, presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco— distribuyó su contenido en un doble plano:

En cuanto al marco científico penal, se desarrolló una aproximación a la evolución conceptual y de la normativa internacional en relación a la prevención de la violencia contra las mujeres y la desigualdad. Este marco se complementó desde la sociología y la antropología con el estudio de los discursos, sesgos cognitivos y mitos sobre la violencia de género.

Fruto del mismo se recogen en esta edición las ponencias dictadas por la investigadora D.^a Evelina Zurita, el abogado D. Arturo Muñoz, la magistrada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo D.^a Ana Ferrer y la directora de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, D.^a Izaskun Landaida.

En un segundo plano de estudio, estrictamente centrado en las prácticas sociales, se dirigió a la reflexión y análisis sobre la eficiencia de las respuestas ofrecidas por las intervenciones en la lucha contra la violencia de género producidas desde el sistema de justicia. La mirada abarcó las fases de prevención, detección, protección y recuperación de las mujeres víctimas de la violencia de género. Se detuvo, muy especialmente, en el estado de la coordinación de la Administración de Justicia con los servicios sociales, sanitarios y de protección policial para apoyar y proteger a las mujeres que deciden emprender el complejo camino de salida de la violencia. También se proyectó la reflexión en torno al estado operativo de las garantías y apoyos que el sistema de justicia ofrece tanto en caso de denuncia del agresor como cuando la mujer opta por no presentar denuncia o retirarla.

La reflexión en este segundo plano concitó la intervención de doce profesionales de la judicatura, la fiscalía, la abogacía, cuerpo de letrados de la administración de justicia, integrante de la unidad de valoración forense integral, la Ertzaintza, y los servicios sociales y de asistencia a la víctima que debatieron en tres mesas redondas multidisciplinares: límites e insuficiencias del proceso penal; mecanismos de coordinación extra e intrajudiciales; la valoración del riesgo; la situación de las víctimas a lo largo del proceso judicial, y las mujeres inmigrantes como víctimas especialmente vulnerables.

Las Jornadas presentaron como novedad el abordaje de un *Taller de casos sobre el funcionamiento del sistema*. Siguiendo una metodología de previa recogida de información vía encuesta dirigida a operadores jurídicos y personas afectadas —en la se recogieron un centenar

de opiniones— se seleccionaron para su análisis operativo los aspectos más críticos y reiterados en los resultados de la investigación: la formación en la atención a las mujeres víctimas de la violencia de género; la coordinación e intercambio de la información; su relación con la eficacia en la valoración del riesgo; la creación de un órgano especializado de coordinación y la necesidad de incrementar los recursos, entre otros. Estas cuestiones fueron debatidas activamente en el taller con la participación de cinco profesionales, encargándose de la tarea de relatoría la profesora D.^a Miren Ortubay.

La riqueza de este encuentro quedó potenciada con la participación de más de un centenar de asistentes de la judicatura, fiscalía, letrados y letradas de la administración justicia, abogados y abogadas, miembros de la Ertzaintza, empleados de la oficina del Ararteko y de los servicios de la administración de justicia: unidades forenses de valoración integral, equipos psicosociales judiciales, Servicio de Asistencia a la Víctima, así como de servicios sociales.

La dirección de estas decimosextas Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón quiere mostrar su más expresivo agradecimiento a las instituciones que las hicieron posible: al Servicio de Formación del Consejo General del Poder Judicial y al Departamento de Trabajo y Justicia del Gobierno Vasco que asumieron la inclusión de esta edición entre las actividades del Plan autonómico de formación judicial permanente. Al servicio editorial de la Universidad de Deusto que se ha hecho cargo, un año más, de esta edición. A la institución del Ararteko que aportó su experiencia organizativa y de conocimiento sobre el área de estudio. Al Colegio de la Abogacía de Bizkaia y a Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. Todas ellas contribuyeron decisivamente al objetivo de una participación transversal de los profesionales que trabajan cotidianamente en la lucha por erradicar la discriminación estructural de las mujeres que todavía permea prácticas y mentalidades y que se proyecta, de forma singular, en la violencia de género.

Y, finalmente, a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que ha apostado decididamente por hacer que las Jornadas en memoria de José María Lidón se adapten a las necesidades, cada día más notorias, de un conocimiento sustentado sobre la inteligencia cooperativa interprofesional. Una inteligencia que permita hacer avanzar el principio de paz jurídica en el abordaje de la violencia de género, uno de los más graves problemas que persiste todavía en este primer tercio del siglo XXI como dramático lastre del ejercicio pleno de derechos en igualdad de oportunidades de muchas mujeres.

Complejidad (y perplejidad) ante la violencia en la pareja. Aproximación desde la antropología social a conceptos, representaciones y causas sociales

Evelina Zurita Márquez

Profesora del Área de Antropología Social y miembro del Grupo de Investigación Etnomedio de la Universidad de Málaga

Sumario: I. Introducción II. La Antropología Social y el problema de la violencia en las parejas III. Contra la esencialización y ontologización de sexos y géneros IV. Intervención asistencialista / intervención transformadora V. Necesidad de apertura a nuevos horizontes de investigación e intervención VI. Conclusiones VII. Bibliografía

Resumen: El presente trabajo incorpora un análisis de la «violencia en la pareja» desde la perspectiva de la Antropología Social. Partiendo de la idea de que este tipo de violencia se engloba dentro la categoría —más amplia— de la «violencia de género», se aspira a poner de relieve la enorme complejidad que reviste este particular problema, así como los retos que plantea para las construcciones teóricas hegemónicas. En el trabajo se defiende la idea de que un análisis particularizado de esta cuestión —diferenciándola de las demás formas de violencia de género— resulta sin duda esencial para poder poner de manifiesto una serie de aristas, tradicionalmente invisibilizadas, que podrían llegar a allanar el camino a la comprensión de los múltiples factores que facilitan el ejercicio de este tipo de violencia —ello, desde luego, puede contribuir a la búsqueda de mecanismos preventivos más adecuados y eficaces—. Se analizan, así, los presupuestos de posibles soluciones desde la perspectiva de la Antropología Social.

Palabras clave: Violencia en la pareja, Violencia de género, Etiología, Antropología Social, Intervención asistencialista, Intervención transformadora.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-102-8, núm. 16/2020, Bilbao, págs. 13-36

I. Introducción

Hablamos de violencia en la pareja para poner énfasis en que nos referimos a la violencia que se da en el ámbito de las relaciones afectivas presentes o pasadas, y para significar que la denominada «violencia de género» abarca un espectro más amplio que este de las parejas y exparejas.

Nos proponemos poner de manifiesto la extrema complejidad del problema de la violencia en el seno de las parejas, poniendo en cuestión conceptos y representaciones de algunos análisis hegemónicos.

Por otro lado, queremos exponer el papel que una ciencia como la Antropología Social puede tener en los análisis de los problemas sociales, pues, con frecuencia, se olvida en su abordaje que estos hunden sus raíces en causas sociales y se producen y significan en contextos concretos.

Por lo tanto, pretendemos resaltar la necesidad de prestar atención a elementos poco valorados en los análisis al uso, contextualizando el problema y atendiendo a las significaciones sociales en distintos contextos.

El problema de la violencia que se produce en el seno de la pareja no es un fenómeno nuevo, aunque sí lo es su consideración de problema social, y se caracteriza por ser una realidad compleja, enmarañada, velada y oculta. Oculta, por «las cifras negras de la violencia»; oculta para los «expertos» (que no logran explicarla), oculta para la sociedad (que no entiende qué pasa) y para las personas cercanas, como familiares y amigos, porque muchas personas que viven estas situaciones las silencian. Velada, porque familiares o amigos que las conocen, a veces, las justifican o no le dan importancia, e igualmente velada, a veces, para las propias personas implicadas en estas situaciones, que la identifican con momentos de conflictividad, con momentos en los que pesa más la culpabilidad que reconocer el proceso en el que están inmersas. Y con ello nos referimos no solo a personas que la sufren, sino también a las que la ejercen.

II. La Antropología Social y el problema de la violencia en las parejas

Desde MALINOWSKI, a través de la etnografía, la Antropología Social pretendía dar cuenta de formas de vida diversas desde un conocimiento empírico directo por medio del trabajo de campo. En estos primeros pasos de la disciplina, se focalizó la atención en grupos humanos lejanos del entonces considerado mundo civilizado. Hoy, el antropólogo social ya no estudia comunidades o sociedades en su conjunto,

como en sus inicios, sino que aborda aspectos y problemas contextualizados en grupos humanos concretos.

El trabajo del antropólogo como científico social es fundamentalmente hacer etnografía y, para ello, debe hacer trabajo de campo; es decir, busca obtener los datos de primera mano en el mismo lugar donde se producen los acontecimientos. La acción humana es acción simbólica. Con ello queremos decir que los comportamientos humanos no solo tienen una dimensión instrumental (con ellos hacemos algo), sino también una dimensión expresiva (con ellos también significamos algo).

Los seres humanos viven en universos simbólicos; por eso, la Antropología Social y Cultural tiene como uno de sus ejes principales la cultura. Pero los antropólogos no entendemos la cultura en su uso pedagógico e incluso elitista al uso. Proponemos, por ser un concepto antropológico de cultura y al que nos sentimos cercanos, el de Clifford GEERTZ (1995: 20-37):

«Creyendo con Max Weber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser, por lo tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie (...). La conducta humana es acción simbólica (...) [por eso] aquello por lo que hay que preguntar es por su sentido y por su valor (...). La cultura es un contexto dentro del cual pueden describirse todos los fenómenos de manera inteligible».

En definitiva, ninguna relación social, producción material, expresión social y expresión simbólica puede ser comprendida sin ser investigada empíricamente y relacionada con su contexto social y cultural¹. Según Maurice GODELIER, en una entrevista con Sophie CARATINI, la Antropología, en tanto que ciencia social, tiene como objetivo abordar las cuestiones desde «la inmersión en la sociedad y cultura como principal imperativo metodológico»². El compromiso no consiste tanto en juzgar y acotar los hechos que acontecen como en entender los mecanismos complejos y contradictorios que los generan y tratar de explicarlos³.

¹ BEATTIE, John. *Otras culturas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

² CARATINI, Sophie. *Lo que no dice la antropología*, Editorial Disenso, Madrid, 2013, p. 104.

³ MANDLY, Antonio. *Los caminos del flamenco. Etnografía, cultura y comunicación en Andalucía*, Editorial Signatura, Sevilla, 2010.

Nuestro estudio se centra en el análisis de discursos y prácticas:

- discursos y prácticas de hombres y mujeres inmersos en situaciones de violencia en distintos ámbitos, institucionales y no institucionales;
- discursos y prácticas de expertos policiales, judiciales, sanitarios, psicólogos y trabajadores sociales, así como de responsables en instituciones que se ocupan del tema.

Centrarnos en discursos y prácticas sociales nos ha llevado a plantearnos ciertas cuestiones al respecto. Una de ellas es que en la vida real no podemos separar lo observable y su descripción, como si fueran dos realidades sociales distintas. «Incluso la descripción discursiva de acontecimientos, aunque no se pueda verificar referencialmente, es una conducta social que puede resultar más trascendente que aquello que desfiguradamente relata»⁴.

Los contextos etnográficos para nuestras muestras han sido asociaciones «de» mujeres maltratadas y asociaciones «para» atender a víctimas, Centros de la Mujer dependiente del IAM, mujeres y hombres asociados y no asociados que han sufrido y ejercido violencia en sus parejas y otros organismos oficiales. Contextos que han resultado especialmente relevantes para nuestra etnografía han sido:

- a) grupo especializado en violencia doméstica y de género de la Policía Local,
- b) juzgados de Violencia sobre las Mujeres,
- c) juzgados de lo penal,
- d) centro penitenciario, que ha sido uno de los contextos privilegiados de nuestra etnografía. Nuestra permanencia en el centro durante un periodo largo permitió que la experiencia etnográfica con internos, tanto en las entrevistas como en las historias de vida, se convirtiera en uno de los principales focos de nuestro trabajo de campo.

Nuestra investigación es de tipo cualitativa. Se centra en el análisis de los discursos de nuestros informantes indagando sobre los valores, creencias y deseos que subyacen en la acción social. Nuestra metodología es más interpretativa que explicativa, pues creemos que el análisis no se circunscribe a la explicación. Con ello pretendemos hacernos cargo de elementos que no son tangibles, pero que operan en la vida de los sujetos y los grupos humanos, elementos para los que la ciencia

⁴ GARCÍA GARCÍA, José Luis. «Informar y narrar: el análisis de los discursos en las investigaciones de campo», *Revista de Antropología Social*, vol. 9, 2000, p. 78.

social está dotada para hacer visibles; aspectos que, no siendo patentes, están muy presentes en la sociedad. Por no ser patentes, se resisten a representaciones positivistas.

Como señalan Begoña MARUGÁN y Cristina VEGA⁵, uno de los problemas del fenómeno de la violencia es que se están visibilizando solo unos aspectos y se está centrando la atención en algunas cuestiones, que, sin ser menores, al poner el foco solo en ellas, velan y obstaculizan acercamientos más holistas y críticos.

Partimos del presupuesto de que los afectos y conflictos interpersonales no son hechos individuales, sino que más bien tienen un origen en estructuras sociales y económicas. Por tanto, los análisis se sitúan más en un plano estructural que individual.

Consideramos que la violencia es una construcción social y con esto no nos referimos solo a que la agresividad humana se expresa de modo diferente en épocas históricas, sociedades, culturas y ámbitos sociales diferentes, sino, fundamentalmente, a que la significación de la violencia es distinta. Queremos decir que el modo como se construye, con qué fines, cómo se manifiesta y cómo se reconoce la violencia son constituidos desde la sociedad y las relaciones sociales que esta presenta. Por ello, como antropólogos no podemos creer en la universalidad de la violencia como un hecho dado, uniforme, con los mismos objetivos, con los mismos mecanismos, ni mucho menos la violencia contra las mujeres.

La violencia es algo que la sociedad produce de forma compleja y es producto de representaciones sobre la violencia, de negociaciones (acerca de qué es violento o no), de luchas (contra determinadas formas de violencia y no contra otras), etc. La violencia no es una respuesta casual o individual a situaciones concretas, sino que parte de una construcción colectiva y su función va en el sentido de mantener la estructura social más que a atacarla.

Como antropólogos no nos interesa tanto saber por qué determinadas personas actúan de manera diferente a la establecida por la norma (legal o moral), sino más bien cómo y por qué se han construido esos comportamientos, qué funciones sociales cumplen y —algo muy importante— cómo se significan socialmente esos comportamientos.

Por eso, nuestra investigación tiene tres ejes fundamentales:

1. Poner de manifiesto la complejidad enmarañada de las situaciones de la violencia en el seno de la pareja heterosexual y cuestionar los conceptos y representaciones de los análisis hegemónicos.

⁵ MARUGÁN, Begoña y Cristina VEGA. «Gobernar la violencia: apuntes para un análisis de la rearticulación del patriarcado», *Política y sociedad*, vol. 39, n.º 2, 2002.

2. Focalizar la atención sobre elementos a los que, creemos, no se está dando aún suficiente importancia, y también poner en cuestión algunos análisis que, lejos de aportar luz, oscurecen y hasta enturbian la comprensión necesaria (antes que el juicio) de este problema para que las prácticas políticas y de intervención sean más acertadas y efectivas.
3. A partir de un problema como el de esta violencia, hacer análisis social que metodológicamente contribuya a poner de manifiesto que para los antropólogos los «hechos sociales» no son elementos separados de los contextos en los que se producen y significan, así como que los discursos y las prácticas generados sobre los problemas construyen estos como «efecto».

La llamada «violencia de género», circunscrita al ámbito de la pareja, construye un imaginario reduccionista de la violencia sobre las mujeres. Por otro lado, la violencia de género no es un vestigio de un pasado patriarcal en extinción, sino que tiene su razón de ser en sociedades desiguales y violentas, no solo entre los sexos y géneros, y que consideramos un síntoma social que toma distintas formas e instrumentos.

Nuestras tesis giran alrededor de dos presupuestos:

- a) Para estudiar específicamente la violencia que sufren mujeres por parte de sus parejas o exparejas, es necesario analizar tanto el polo de las personas que la sufren como el polo de quienes la ejercen y los contextos macro y micros social en los que se producen.
- b) la violencia de género no se reduce a la violencia que las mujeres sufren en el ámbito de la pareja. La violencia de género abarca un espectro mayor. Los discursos reduccionistas generan unas condiciones artificiales que neutralizan e invisibilizan causas y «efectos» de otras condiciones que también actúan.

III. **Contra la esencialización y ontologización de sexos y géneros**

Huimos de posiciones esencialistas (identificando mujer con «femenino» y varón con «masculino»); así como de ontologismos, como si hubiera «un ser mujer» y «un ser varón»). Con relaciones de género referimos que no podemos entender la posición psíquica y social de lo masculino más que en relación con la de lo femenino, y viceversa (no identificando «masculino» con varones y «femenino» con mujeres). No

estamos hablando de dos entidades yuxtapuestas, sino de posiciones que se constituyen una en relación a la otra. Por ello, cuando hablamos de la violencia que se produce en el seno de las parejas, no podemos entenderla solamente como fruto de un dominio y control patriarcal ejercido solo por varones hacia mujeres, pues el patriarcado construye relaciones de poder como dominio en todos los órdenes de la vida social, económica, interpersonal e incluso subjetiva. Ahora bien, es necesario analizar a fondo las causas estructurales que expliquen un resultado mayor en el número, duración, intensidad y en los efectos de la violencia sufrida por mujeres.

La consideración de que el sexo es la base física y el género la psicosocial, tan difundida en documentos e intervenciones institucionales, no tiene en cuenta que tanto el sexo como el género son construcciones culturales. *Hombre y mujer* son categorías que cobran significaciones condicionadas cultural e históricamente. Una de nuestras preocupaciones es la forma en que se está utilizando el «género» en los ámbitos científico-académicos, mediáticos y político-institucionales. Desde estos ámbitos, se está produciendo una representación de la realidad que, si atendemos a sus discursos, lejos de su pretensión, sirven a las relaciones de poder-dominación entre los sexos que la fase actual del neoliberalismo necesita⁶.

El dimorfismo sexual humano ha servido de soporte para que en Occidente la diferenciación entre varones y mujeres se haya asentado sobre la naturalización de los sexos (macho-hembra), de los géneros (masculino-femenino) y de la heterosexualidad como la sexualidad normativizada. Durante los siglos XIX y XX, se fue asentando la idea de que existían dos esencias biológicas diferentes, pero que, como afirma Laqueur⁷, no es una idea que respondiera a los descubrimientos de la biología, sino a la necesidad de crear representaciones simbólicas que fueran útiles políticamente. Con la selección del sexo como factor de jerarquización social, el pensamiento científico occidental construye la dicotomía de género masculino/femenino asumiendo que los atributos sociales y psicológicos de dicha dicotomía son producto de la que se considera la más determinante diferencia biológica: el sexo. En el imaginario colectivo de nuestras

⁶ ANDRIEU SANZ, Rosa y MOZO GONZÁLEZ, Carmen (coords.). «Normalización del «género» y problemas de legitimidad de las teorías y luchas feministas. Elementos para un debate», *Actas del X Congreso de Antropología, Cultura, Poder y Mercado. Simposio: «Antropología feminista y/o del género. Legitimidad, poder y usos»*, Fundación El Monte, FAAEE, Sevilla, 2005, p. 17.

⁷ LAQUEUR, Thomas. *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos a Freud*, Cátedra, Madrid, 1994, pp. 49-51.

sociedades, el sexo refiere fundamentalmente las diferencias genitales, constituyéndose estas en evidencia social⁸.

Estas delimitaciones dicotómicas, como señalan Weeks⁹, Laqueur¹⁰, Foucault (1987) y otros, son un fenómeno histórico, no algo dado por naturaleza. De hecho, otras culturas han visto las diferencias entre género y sexo de una forma más flexible; Occidente las concibe de una forma opuesta, contradictoria, que en gran medida hemos heredado hasta hoy. Estos desarrollos teóricos dicotómicos contribuyeron a redefinir de un determinado modo las relaciones entre los sexos y, por tanto, las relaciones sociales desde una lógica a la que no escapa nada del espectro de estas relaciones y sus conflictos.

Nos parece equívoco analizar esencializando y naturalizando dicotómicamente comportamientos como masculinos y femeninos, identificándolos de manera unilateral con comportamientos de varones y mujeres, respectivamente. Este modo de proceder no hace sino sustentar un modelo social, heterosexual y patriarcal proponiéndolo y asumiendo sus implicaciones. Es necesario subrayar que la diferencia entre los géneros se ha construido como efecto de la desigualdad y no al contrario¹¹.

El sexismo es un modo de estructurar subjetividades, de estructurar relaciones económicas, afectivas y eróticas que reduce la riqueza humana y sus posibilidades tanto de los que se reconocen como «varones» como de las que se reconocen como »mujeres»¹². Luchar contra la construcción de los modelos masculino y femenino, y de su asignación unilateral a varones y mujeres implica, como mínimo, poner en cuestión las categorías que hacen posible este orden social patriarcal y no asumirlas como hechos naturales; es decir, poner en cuestión las categorías de varón y mujer de las que nuestro sistema económico y social se sirve para legitimar la desigualdad.

Por ello, utilizar «género» y «sexo» como entidades ontológicas, fijas, estables, tal como aparece en los discursos oficialistas, programas de asignaturas, planes de igualdad, etc., y en el propio vocabula-

⁸ MÉNDEZ, Lourdes. «Cuerpo e identidad. Modelos sexuales, modelos estéticos, modelos identitarios», en BLANCO, C; MINAMBRES, A. y MIRANDA, T. (coords.): *Pensando el cuerpo, pensando desde el cuerpo*, Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 2002, pp. 125-127.

⁹ WEEKS, Jeffrey. *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades*, Hablan las Mujeres, Madrid, 1993.

¹⁰ LAQUEUR, Thomas. *op. cit.*

¹¹ MÉNDEZ, Lourdes. «Una connivencia implícita: "perspectiva de género", "empoderamiento" y "feminismo institucional"», *Actas del X Congreso de Antropología, Cultura, Poder y Mercado*, Fundación El Monte, FAAEE, Sevilla, 2005, p. 207.

¹² IZQUIERDO, María Jesús. *El malestar en la desigualdad*, Cátedra, Madrid, 1998.

rio que se crea para construir la realidad de la que nos ocupamos, no lleva sino a callejones epistemológicos sin salida, a teorías fundadas en categorías construidas a tenor de un sistema que necesita la jerarquía de la bipolaridad de los sexos y de los géneros para reproducir y legitimar su lógica.

Consideramos que la violencia en las parejas es un síntoma no solo de que las relaciones de pareja son relaciones sociales, sino que enuncia la desigualdad patriarcal del sistema¹³. Sin embargo, se *patologizan* y *judicializan* las conductas anómicas, en vez de poner en cuestión las relaciones de pareja, de familia y las relaciones sociales en general que las generan a partir de las identidades de sexo y género.

Es innegable que las personas que agreden a otras son responsables de los actos violentos que realizan, pero es necesario considerar que el problema de la violencia ni tiene aquí únicamente su raíz ni su solución está en las medidas punitivas o terapéuticas para las personas que ejercen violencia y para las que la sufren. El análisis de la violencia en las parejas pone de manifiesto, más allá del esquema simplista de que la única causa es la dominación de un género por otro, o que es consecuencia de un enfrentamiento entre varones y mujeres concretos, que es necesario adentrarse en el estudio de los mecanismos que subyacen a las relaciones sociales en general y afectivas en particular. Y ello, con el fin de ir abriéndose a intervenciones en más frentes y a otros objetivos.

Como dice M.^a Jesús IZQUIERDO¹⁴, la violencia de los varones se ha tomado como un problema, como una disfuncionalidad en las parejas que hay que resolver, y no como un síntoma de las contradicciones del sistema. Como resultado de ello, la transformación de la sociedad se traslada al campo de la terapia, de la intervención judicial, dejando a un lado el compromiso político de cambio estructural. Siendo innegable la necesidad de la intervención psicológica, médica y judicial, no podemos cerrar los ojos a que existen condiciones sociales que favorecen ciertas conductas y que los cambios sociales profundos no pueden ser llevados a cabo solo desde la intervención profesional. Por ello, tenemos la esperanza de que este síntoma se pueda convertir en una de las aristas desde las que reflexionar y poner en cuestión el sistema social y no analizarlo solo como un problema construido desde el binomio agresor/víctima, que oculta sus verdaderas raíces.

¹³ IZQUIERDO, María Jesús. «Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización. Hacia una política democrática del cuidado», en *Congreso Internacional SARE «Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado»*, Emakunde, Bilbao, 2003.

¹⁴ IZQUIERDO, María Jesús. *op. cit.*, 2003.

En nuestro trabajo etnográfico, hemos encontrado frecuentemente la sustitución de *sexo* por *género* o su utilización como sinónimos. Judith BUTLER diagnostica esta situación como que «la suposición de un sistema binario de géneros mantiene implícitamente la idea de una relación mimética entre género y sexo, en la cual el género refleja el sexo o, al menos, está restringido por él»¹⁵.

Esta identificación y sustitución de «sexo» por género, realizada tanto en el ámbito institucional como en numerosos textos e intervenciones científicas:

- anula el marco teórico que proporcionaba el concepto de «género» formulado por los feminismos críticos,
- se niega al «género» el papel esencial que tiene en los marcos teóricos que estudian la desigualdad de las mujeres, al disociar lo que son las mujeres de su posición social y de la identidad que construyen sobre lo que son,
- niega la existencia de diferencias sexuales, al inscribirse en un marco heterosexista¹⁶.

Se confunde «género», categoría analítica que refiere aspectos socio-histórico-psíquicos, con hombres y mujeres de carne y hueso. Pero además se obvia que el «sexo», frente a la idea naturalizada más difundida, también es un constructo socio-histórico-económico¹⁷.

En vez de considerar que el género adopta dos valores, masculino y femenino, y que son independientes, abogamos por una concepción relacional, es decir, lo relevante en este problema que nos ocupa no son tanto los géneros como las relaciones que se establecen entre ellos. Sería necesario, entonces, referir un género a otro para entender cualquier aspecto de uno de los dos.

La jerarquización entre masculino/femenino es ocultada a veces con la idea de la complementariedad. En la crítica al sexismo dominante se ha venido cuestionando la importancia de las diferencias sexuales y que se utilicen estas diferencias para justificar la situación de las mujeres. Pero este cuestionamiento sigue estando en el marco conceptual varón/mujer, como si estos fueran anteriores a las condiciones sociales que los han originado y que han generado la desigualdad entre masculino/femenino. No se pone en cuestión esta categorización ni se analiza. Es indiscutible que las condiciones de producción de la existencia

¹⁵ BUTLER, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, México, 2001, p. 39.

¹⁶ IZQUIERDO, María Jesús. *op. cit.*, 1998, p. 19.

¹⁷ ILLICH, Iván. «El género vernáculo», en *Obras reunidas II*, FCE, México, 2008.

tienen un peso incuestionable en la construcción de esas categorías y que un cambio de aquellas generará un cambio en estas¹⁸.

La forma binaria cerrada de categorizar este fenómeno de maltratador/maltratada ha venido posibilitada gracias a una obra de ingeniería epistemológica¹⁹, bajo la lógica de lucha de un sexo con otro y de un género contra otro. Con ello se ha contribuido a la representación de la «realidad» de hombres y mujeres desde una lógica *conflictivista* en un régimen de escasez²⁰. Así, se utilizan mecanismos que la sociedad pone a disposición para crear la asimetría entre varones y mujeres, grupos sociales, grupos de edad, etnias..., para ahondarla aún más sin cuestionar la lógica en la que se sitúa y a los intereses a los que sirve.

El paradigma *conflictivista*, que no profundiza en por qué, para qué se construyen las asimetrías fundadas en jerarquizaciones sociales, desemboca, frente al promulgado discurso de erradicación de la violencia, en una simple administración y gestión de ella.

Según esta lógica bipolar, se presupondría, sin cuestionamiento alguno, quién tiene capacidad de ejercer violencia y quién la capacidad de sufrirla, por «el hecho de ser hombre o mujer». Detrás hay un fuerte determinismo que concibe a «hombres» y «mujeres» como esencias naturales o condicionamientos culturales por los que los sujetos estamos determinados en tanto varones y mujeres. Y todo ello sin cuestionar la relación que tiene esta representación con la estructural división sexual del trabajo²¹.

Tal premisa no solo conduce a una falacia, sino que además diseña un entramado de intervención terapéutica y judicial (que es la que se ha construido como adecuada y eficaz), establece cómo actuar sobre estas categorías en un intento de «normalización» de las relaciones y presenta un muestrario de relaciones «sanas» y relaciones «patológicas» e inadecuadas. En este orden de ideas, surgieron una serie de teorías acerca de cómo es, qué características, tipologías, líneas, modelos de explicación e intervención presentan las mujeres maltratadas y, cada vez más, sobre hombres maltratadores.

La violencia contra las mujeres como fenómeno social se ha construido en las sociedades «democráticas» y del «bienestar», que es desde las que hablamos, bajo una lógica de lucha de un sexo con otro y de un género contra otro, y bajo una lógica binaria ontologizada y fija de los sexos, de los géneros y desde la bipolaridad maltratador/mal-

¹⁸ IZQUIERDO, María Jesús. *op. cit.*, 1998, p. 59.

¹⁹ IZQUIERDO, María Jesús. *op. cit.*, 1998.

²⁰ ILLICH, Iván. *op. cit.*

²¹ IZQUIERDO, María Jesús. *op. cit.*, 2003.

tratada, agresor/agredida y victimario/víctima. Y esto, a veces, lleva a callejones epistemológicos sin salida que dificultan el análisis del fenómeno y el diseño de intervenciones adecuadas.

Un sistema que construye la asimetría de los sexos y los géneros lo que hace, desde sus intentos de combatir la violencia, es administrarla, estableciendo qué es violencia y qué no, quién ejerce violencia y quién no por el «hecho» de ser hombre o mujer, qué violencias deben ser aceptadas y cuáles no, etc., no ir contra ella, pues se oculta que la violencia es uno de los cimientos de estas sociedades estructuradas desde la desigualdad, la explotación y, como consecuencia de ella, desde el dominio y la desigualdad.

No se puede dudar de que las medidas legales y terapéuticas son necesarias, pero no son suficientes por sí mismas para atajar un problema con raíces más profundas que la *delictividad* del agresor y con necesidades más amplias que la protección de la persona sobre la que se ejerce violencia.

En los abordajes y representaciones al uso sobre este problema, se confunde la violencia en las parejas y las «cifras de la violencia», se prioriza la violencia física y se estandarizan los modelos masculinos y femeninos como si se trataran de productos acabados que la sociedad elabora al margen de la organización social, económica y política (y a los que se nos adscribe naturalmente a hombres y mujeres de forma irrevocable desde la genitalidad). Por otro lado, se considera que la agresión desembocará antes o después irremediabilmente en un proceso de dominio violento y destructivo. Por ello, abocan a identificar la violencia con dominio aplicando la fuerza bruta, como dominio desde el ejercicio de la coacción y coerción y que solo es patrimonio de una parte de la sociedad.

Ahora bien, sabemos que existen muchos procedimientos de dominio y que los más eficaces, como señaló FOUCAULT²², son precisamente los que no proceden mediante estos instrumentos, sino de un modo más sutil.

Se constata que, en las sociedades en las que vivimos, los espacios, la posición social y económica, estatus políticos, son jerárquicos y, como dice BOURDIEU, los más estimados son los considerados «masculinos» según los indicadores para el éxito, el desarrollo y la felicidad. Más que categorizaciones que nuevamente lo recalquen, debemos indagar en cómo se posibilitan tales jerarquizaciones al hilo de otras,

²² FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad*. Vol. 1. *La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 2010.

cómo se sucumbe a ellas desde las distintas estrategias, cómo abordar la violencia de la que nos ocupamos desde parámetros más abarcativos y que permitan mostrar la diversidad y contradicciones de la realidad social. Finalmente, los multifactores que inciden en el mantenimiento y en la proliferación de este fenómeno, etc.

Desde la explicación estructural-funcionalista sobre la que se sustenta la concepción de varones con poder que someten a mujeres y reproduce mecánicamente valores recibidos y posiciones ocupadas, quedan aquellas desprovistas de él y relegadas a dominadas en las relaciones afectivas y familiares. Esta concepción simplificada de poder, dominación y violencia no se sostiene en el análisis de las relaciones sociales y, menos aún, en la realidad social de nuestras sociedades contemporáneas. Por otra parte, se sustenta en una concepción estática y ontologizada de las identidades, el poder como unidireccional y no como una lógica que atraviesa todo lo social. Así, en el caso de las interacciones que consideramos de violencia de género hay un «orden de dominación» específico que es la dominación masculina. Tal hecho se muestra, por ejemplo, en que tanto hombres como mujeres son objeto y sujeto de esa forma de dominación, aunque lo sean de manera desigual²³.

El término «violencia de género» se instala con el fin de abrir el fenómeno a análisis que atiendan las estructurales y estructurantes relaciones de desigualdad y subordinación de las mujeres respecto a los hombres. El problema es la significación reduccionista que implica su utilización en este ámbito, al referirse exclusivamente a la violencia sobre las mujeres en parejas heterosexuales y solo aquella que se ejerce sobre la mujer, teniendo como causa el dominio patriarcal con el objetivo de su sumisión al poder del varón. Tal reduccionismo, efecto colateral de los reduccionismos que se habían venido dando en los años 80 y 90 sobre este fenómeno, deja fuera otras formas de violencia que se pueden dar dentro de la pareja.

IV. Intervención asistencialista / intervención transformadora

La violencia llamada de género entendida en los estrechos límites en los que ha sido definida y visibilizada (violencia, con frecuencia, identificada con agresiones físicas y psíquicas ejercidas por un varón hacia

²³ GARCÍA SELGAS, Fernando. «La investigación social sobre violencia de género: una propedéutica», en MIRANDA, M. J., MARTÍN PALOMO, M. T. y MARUGÁN, B. (eds.), *Amor, razón y violencia*, Catarata, Madrid, 2009, p. 74.

su pareja o expareja-mujer) no pone en cuestión el modo de organización de la vida material y simbólica de nuestras sociedades, que es sumamente violento, sino que solo cuestiona determinada violencia, la que se manifiesta en el espacio psíquico de nuestras sociedades cuando esta traspasa los límites (espaciales, temporales, de intensidad) que la propia sociedad ha establecido como admisibles, pero que convive con toda una lógica violenta invisible, inconsciente incluso, que, a fuerza de imponerse, explica la tolerancia social que existe aún sobre aquella otra. Como dice IZQUIERDO²⁴, son frecuentes los discursos que piden intervención más virulenta contra varones que llevan el maltrato al límite, pero no se toman medidas contra el patriarcado (que queda intacto estructuralmente), sino más bien contra varones que lo evidencian (y que muchas veces actúan así bajo la idea de que han perdido ese poder patriarcal).

El planteamiento debiera servir para poner en cuestión el modelo de intervención «asistencialista» que se ha venido desarrollando sobre este complejo problema.

Esta intervención asistencialista se caracteriza, a grandes rasgos, porque:

- a) Atiende a las consecuencias del maltrato,
- b) se funda en la teoría de los recursos,
- c) está centrada en el estado de la víctima y no en el proceso de la violencia,
- d) espera ser demandada y además bajo condiciones estrechas que el sistema establece,
- e) fomenta en el imaginario la atención como «refugio»: apoyo económico, apoyo social, legal, psicológico...,
- f) son las personas que sufren violencia las receptoras y el Estado el benefactor,
- g) es un modelo que no se idea para incidir sobre las causas, sino para actuar sobre los resultados.

Siendo necesaria esta intervención, no es suficiente y además aborda el problema individualmente. La orientación debiera dirigirse a un «modelo transformador» que:

- a) Atienda a las causas y factores de riesgo diferenciados (económicos, étnicos, de género...),
- b) se centre en los procesos de «generación» de la violencia macro y microsocial, pues no es posible luchar contra una sin atender a la otra,

²⁴ IZQUIERDO, María Jesús. *op. cit.*, 2003.

- c) promueva cambios sociales, económicos y políticos que faciliten la autonomía de los sujetos sin entenderla desde el individualismo²⁵, transforme la lógica institucional que promueve su funcionamiento desde el dominio, así como la lógica social en general y que analice las estructuras de circulación del poder, oriente a horizontes más comunitarios y menos individualistas la intervención y que desemboque en estrategias vinculares más cercanas a las necesidades de las personas y menos a los discursos coyunturales de las contingencias políticas y a las lógicas del sistema para reproducirse.

V. Necesidad de apertura a nuevos horizontes de investigación e intervención

Abogamos, entonces, por la necesaria indagación acerca de los distintos tipos de violencia ejercida sobre las mujeres en diferentes ámbitos: desde la pareja y la familia, a la sociedad, en situaciones de guerra, etc.

Por otro lado, en el ámbito de la pareja, se precisa distinguir también tipos de violencia en sus formas, origen, consecuencias y significaciones. Y ello porque no todas tienen como causa fundamental la desigualdad de género, ni tienen como objetivo la dominación del varón sobre su mujer-pareja.

Es preciso que se analicen los distintos factores que intervienen y en el grado de importancia de cada uno de ellos, factores como:

- la dinámica misma del modelo de pareja (modelo que no es exclusivo en parejas heterosexuales),
- factores estructurales de organización social, económica y política,
- factores específicos de socialización de varones y mujeres,
- patologías psíquicas y sociales,
- factores culturales, etc.

Esta diferenciación permitirá unos diagnósticos más precisos para una intervención más efectiva y a una auténtica prevención. Asimismo, a las ciencias sociales le interesan sobremanera cómo se significan socialmente los *fenómenos* y a esta cuestión, creemos, no se está prestando aún suficiente atención.

²⁵ Para la cuestión de individualismo-individualidad, consultar el libro de HERNANDO, Almudena (ed.). *Mujeres, hombres y poder. Subjetividades en conflicto*, Traficantes de sueños, Madrid, 2015.

Entendemos que, además de la socialización de mujeres y hombres, también operan otros sistemas de dominación que interactúan con el género como etnia, grupo social, edad, estrato-estatus u opción sexual. Por ello, la violencia en las parejas debe abordarse no solo en clave de género, sino:

- entender que los sujetos y sus relaciones están constituidos por una compleja interacción de elementos,
- atender también a otras formas de subordinación que operan en situaciones particulares,
- establecer análisis que remitan a otras estructuras de poder que están interactuando.

Esto permitiría enmarcar la violencia contra las mujeres en unos análisis que atiendan la complejidad del problema y buscar una estrategia de acción política enmarcada en una lógica global de transformación social.

En los análisis hegemónicos, el argumento fundamental para atender las causas de la violencia ejercida por varones sobre su pareja mujer es la desigualdad entre varones y mujeres. Como remedio a tal situación, se propone que la culminación de la revolución liberal se lleve a efecto, entendiendo por tal que la exigencia de igualdad de derechos individuales se convierta en una igualdad de resultados individuales. El sujeto se concibe como «individuo», tal como lo diseña la modernidad en Occidente, con derechos, libertades y oportunidades individuales, y esto se universaliza para todos los seres humanos del planeta sin tener en cuenta la diversidad cultural.

Como científicos sociales, sabemos que los cambios en la interacción personal son resultado de transformaciones de la vida social. Desde finales de siglo xx se ha venido intensificando el individualismo que desarraiga a los sujetos y los aíslan, en una construcción del individuo-consumidor asediado por el «sistema de los objetos»²⁶.

En nuestro acercamiento al problema desde los valores sociales, esta diferenciación nos ha permitido descubrir la distinta significación de la violencia para varones que se circunscriben al esquema de los análisis hegemónicos actuales de la violencia en la pareja; es decir, varones en los que la dimensión instrumental de la violencia es clara y tiene como objetivo la imposición a la mujer-pareja del *orden*, la disciplina y jerarquía que ellos creen necesarios, y otros que no responden exactamente a dicho esquema, pues se mueven impulsados por los

²⁶ BAUDRILLARD, Jean. *El sistema de los objetos*, Siglo XXI, Madrid, 2010.

valores de la ideología económica y del consumo, es decir, la novedad, la velocidad, el cambio permanente y la violencia entre iguales.

Ciertos expertos consideran que el problema de fondo de la violencia en las parejas son los valores que perviven en algunos varones, valores que se consideran anquilosados en unos reductos del patriarcado que se resisten a abandonar estos varones que no quieren afrontar los cambios que la sociedad neoliberal ha traído respecto a la emancipación de las mujeres. Aun confirmando que en nuestra etnografía hemos encontrado varones que podrían enmarcarse en este contexto y cuya significación de la violencia respondería a la que se expone en los análisis hegemónicos tan extendidos de la violencia y que estarían asociados a *vigencias* sociales; sin embargo, también hemos encontrado «individuos» insertos en lógicas sociales en las que el referente fuerte ya no es la comunidad, la *convivialidad* de las vigencias, sino la circulación del dinero y el contacto apenas con otros «individuos» como ellos y en los que la violencia tiene una dimensión más horizontal.

En la sociedad de consumo, en los términos en los que la define Jean BAUDRILLARD²⁷, el imperativo del «ahora» y el principio del rendimiento rápido sin contrapartidas lleva aparejada la ausencia de proyecto. El «siempre más» tiene como trasfondo el principio de que «todo es posible» en un horizonte infinito, en el que han desaparecido los límites como horizonte moral.

La violencia que se incrusta en las sociedades contemporáneas es violencia que parece que no tiene objeto ni finalidad claros. Así encontramos, por ejemplo, muchos adolescentes que registran en sus móviles sus escaramuzas y violencias como instrumento de comunicación y diversión. O la violencia ejercida contra la naturaleza y contra los espacios comunes, que vemos en los momentos de celebración callejera de espectaculares eventos deportivos.

Las violentas gratificaciones-represivas de la lógica del consumo, al contrario de la represión en sus instancias tradicionales, construyen la «libertad» como simple capacidad de elección, de elección entre objetos. La «felicidad» se hace consistir en alcanzar la satisfacción del deseo, algo en sí mismo imposible, pero que se presenta como meta alcanzable a través del consumo de objetos, (incluidos los propios «individuos» convertidos en objetos en virtud de la lógica del sistema). Y en este marco creemos que es necesario insertar análisis de ciertos tipos de violencias que encontramos contra las mujeres.

²⁷ BAUDRILLARD, Jean. *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Siglo XXI, Madrid, 2009.

Cuando la ley irrumpe, trastoca lo que de comunidad utópica (desde el amor) hay en la pareja. De ahí las incongruencias que encuentra la instancia judicial en muchas de las actitudes de denunciados y denunciantes y, viceversa, la incompreensión de estos de que quien se le presenta como «comunidad simbólica» (judicial) actúa desde un marco ajeno a la vida de los sujetos.

La instancia judicial pretende construir sentido, pero en otro escalón diferente al que pisan los sujetos, desde su propio horizonte de sometimiento a un orden orientado al interés particular del «individuo». Cuando aparece lo comunitario es desde *el mundo del que se habla*²⁸, lejos de lo *comunitario vincular* donde las personas se sienten sujetos y no solo ciudadano-individuo que hace usos de instancias.

GARCÍA SELGAS²⁹ utiliza la dialéctica del amo y del esclavo que HEGEL presenta en su *Fenomenología del Espíritu*³⁰ como una metáfora del proceso dialéctico del deseo humano de autoafirmarse como sujeto en el mundo y para lo que necesita la interacción con otros seres humanos y de su reconocimiento.

GARCÍA SELGAS traspone esta lógica dialéctica a las relaciones de pareja, en un intento de explicar la insuficiencia del esquema simplificado de dominador (el que se beneficia de la relación de dominio) y el dominado (el que es perjudicado en esa relación). El proceso de reconocimiento se caracteriza por su fragilidad y con frecuencia exige enfrentamientos que hace que las partes pongan en juego posiciones materiales, sociales y simbólicas de un modo arriesgado. El enfrentamiento (que cualquier interacción supone) exige una tensión que no se puede mantener por mucho tiempo, por lo que una de las partes cede y reconoce al otro sin obtener reconocimiento por parte del otro. Aquí estaríamos en un momento de dominación de uno por el otro, amo (dominador) y esclavo (dominado).

Algunos de nuestros informantes ponen de manifiesto no solo elementos como el «ego de un hombre», y la coyuntura social en la que se encuentran hombres y mujeres entre los antiguos y los nuevos modos de relacionarse, que están llevando a muchas parejas a calle-

²⁸ Interpretando a Agustín GARCÍA CALVO convenimos con él en su diferenciación fundamental entre expresiones y formas de vida del mundo de la mostración (ambivalente, incongruente, que no tiene un «significado» preciso), *el mundo desde donde se habla*; y aquellas otras expresiones y formas de vida que tienen conferido un significado establecido, *ese mundo del que se habla*. GARCÍA CALVO, Agustín. *Del lenguaje*, Siglo XXI, Madrid, 2019.

²⁹ GARCÍA SELGAS, Fernando. *op. cit.*

³⁰ HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del Espíritu*, FCE, Madrid, 1985, p. 1807.

jones difíciles de acometer y que se manifiesta muchas veces a través de golpes y dominio sobre la otra persona para liberar la tensión. El único modo que conocen para librarse de su hostilidad es arremeter contra la otra persona, convirtiéndola en un objeto a su servicio y de caprichos coactivos, convirtiéndose ellos en insensibles a las señales de la persona agredida y transformándose muchas veces en «golpeadores cíclicos»³¹, adictos en esta espiral de violencia. Además, el dominio que ejercen sobre ellas los atan irremediamente, los hace depender también a ellos y los vuelve vulnerables psíquica y socialmente.

Consideramos que en el análisis de la violencia en el seno de las parejas no debemos perder de vista una doble condicionalidad: por una parte, la desigualdad, que es un factor estructural en nuestras sociedades, y, por otra, el papel de la desintegración del yo moderno del que estamos siendo testigos. Como científicos sociales sabemos que los cambios en la interacción personal son resultado de transformaciones de la vida social. Desde finales del siglo xx se ha venido intensificando el individualismo que desarraiga a los sujetos y los aíslan, en una construcción del individuo-consumidor.

La desigualdad, que es algo que se manifiesta en otro tipo de sociedades, también aquí aparece imbricada con este proceso deconstructivo que no debe sernos indiferente, pues trae consigo nuevos modos, resortes y significados de la violencia en nuestras sociedades.

La propuesta que defendemos aboga por nuevos análisis de este complejo problema. Uno de los vértices debiera ser adentrarse en el análisis de los valores sociales que vehiculan comportamientos y discursos de personas inmersas en relaciones violentas como un nuevo eje de análisis (uno entre tantos que son necesarios) desde el que abordar la violencia en el seno de las parejas. El modo como se abordan los valores en la mayoría de los análisis que hemos manejado es desde la reificación de los mismos. Hablar de valores categorizados como machistas explicitando los propios de superioridad del varón, sin analizar el papel que esos valores tienen en la organización y estructura social, facilita que se los interprete como que los valores son «de quita y pon» y como si los individuos tuvieran facilidad de cambiarlos a voluntad cuándo y cómo quieran (y reemplazarlos por otros «adecuados»). Se pierde de vista su dimensión estructural y las funciones que cumplen.

³¹ DUTTON, Donald G. *El golpeador. Un perfil psicológico*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pp. 65-66.

En nuestro acercamiento al problema constatamos la distinta significación de la violencia para varones que se circunscriben al esquema de los análisis hegemónicos actuales de la violencia en la pareja; es decir,

- a) varones en los que la dimensión instrumental de la violencia es clara y tiene como objetivo la imposición a la mujer-pareja del orden, la disciplina y jerarquía que ellos creen necesarios,
- b) otros que no responden exactamente a dicho esquema, pues se mueven impulsados por los valores de la ideología económica y del consumo, es decir, la novedad, la velocidad, el cambio permanente y la violencia entre iguales.

La violencia puede ser efecto a la vez de ese modelo tradicional que se confronta con las nuevas posiciones de las mujeres en el mundo, en la familia y en la pareja, y se vive como un ataque no solo al sujeto varón-pareja, sino al orden de las cosas.

Desde el modelo referencial a), las mujeres son construidas desde el modelo femenino como «seres para otros», dotadas de infinita generosidad, comprensión, descanso del guerrero, volcadas en la atención a los demás, y así se inscribe en el imaginario de muchos de estos varones la mujer bajo las adscripciones del modelo maternal incondicional.

Por otro lado, encontramos en nuestra etnografía informantes que construyen sus discursos de espaldas a estas vigencias, discursos de varones con sentencias condenatorias por maltrato cuyos horizontes se ordenan de un modo más determinante desde la lógica del consumo. En el «uso» y significación de la violencia en estos casos tiene tanta importancia, o quizá más, la dimensión expresiva o simbólica de la violencia y no tanto la instrumental.

En una sociedad de consumidores, en la que el mercado ha invadido ámbitos de la vida que se habían mantenido al margen de la lógica de los intercambios, se proyecta la imagen de que todo es, o podría ser, una mercancía. Mercancía entendida como «objetos» que se juzgan, se aprecian o se rechazan según la satisfacción que aportan a los «clientes». Se espera de ellos un uso fácil, que reporte una satisfacción inmediata y directa sin requerir para ello esfuerzo, y se confía en que sea fácil deshacerse de ellos.

Las relaciones entre las personas son concebidas desde la lógica de las relaciones con las cosas³², fundadas en relaciones de intercambio.

³² DUMONT, Louis. *Ensayos sobre el individualismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 269.

Aparecen elementos de un contexto en el que la otra ya no se presenta como complementaria, sino para satisfacer sus necesidades de <individuo>. Fundamentalmente aparece la mujer como apropiación, no como posesión. La posesión es una carga para los individuos, es un compromiso, un lastre... La idea de posesión remite a «ser dueño de», conservar algo, ser depositario de ese algo, mientras que la de apropiación remite a uso y disfrute. Entendemos que esta diferencia podría ser útil para advertir de las distintas significaciones que provienen de diferentes «usos» de la violencia, aunque puedan tener los mismos resultados.

Estos modelos referenciales que hemos encontrado en nuestra etnografía, a modo de abordaje del problema desde otros ángulos, no son modelos que se den quirúrgicamente separados. Aun mezclándose elementos de uno y otro modelo referencial, creemos que en unos predomina más una violencia generada desde un contexto de relaciones consumidas, consumadas y aniquiladas que en los casos que expusimos antes, en los que el sujeto es más sólido³³, así como las instancias (comunidad, orden familiar, orden del mundo...) de las que se echa mano para la justificación de sus prácticas. En estos casos, los discursos que se orientan a que ella «no es como Dios manda», «la maté porque hirió mi hombría», por eso dicen sentirse impelidos a imponer *orden*, el orden que, según ellos, no se pone desde otra instancia. Frente a esto, encontramos en otros informantes que es que ella «quería ir a mi ritmo» (de consumo) o «necesito cambiar para no aburrirme». O que ya no la quería porque dejó de satisfacerle de modo inmediato, no respondía a sus expectativas y, por tanto, era «rechazable» hasta el punto de provocarle «asco», expresión con múltiples significados: asco referido a algo que provoca repulsión, repugnancia, pero también «asco» significa cansancio, aburrimiento o fastidio producido por algo, asimismo significando algo despreciable e indignante por su mala calidad³⁴.

El referente ya no es la mujer como algo «sagrado», como una «virgen», como referían varones del primer modelo referencial, que relacionaban su comportamiento con un deber-ser trascendente a los propios sujetos. En este contexto del segundo modelo referencial, la mujer aparece como algo que se «estrena», se «usa», se «gasta».

Cuando se diluyen los referentes, los universos de sentido de la modernidad: nación, etnia, familia, que producían violencia interracial, internacional, interfamiliar, el cercano, el que está al lado, el «otro»,

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida de consumo*, FCE, Madrid, 2017.

³⁴ Según MOLINER, María. *Diccionario del uso del español*, Gredos, Madrid, 1988.

que es abarcable simbólicamente, se convierte en la «salvación» y en el «enemigo». El otro pasa a ser también territorio simbólico.

El sistema cultural traza en el horizonte de lo deseable un tipo de relaciones personales utópicas, que van a contramano de lo que la realidad económica ha instaurado en la estructura social a través de la construcción de la institución social que llamamos «individuo»³⁵. Se espera del próximo que sea amigo, amante, cómplice, reconfortador, ayuda, en quien se hace residir la felicidad. Se espera del otro la utopía de la comunidad perdida. Pero se encuentran «individuo» frente a «individuo» en la realidad de su sexo económico³⁶, en el interior de un sistema de objetos (BAUDRILLARD, 2010), de cosas sobre las que se ejerce derechos por parte de unos y otros en calidad de soportes consumidores sobre su funcionamiento, garantía y hasta la fecha de caducidad.

VI. Conclusiones

La atención discriminada a la variabilidad de personas que maltratan y maltratadas, de las situaciones que viven y de sus contextos podrá ir arrojando luz sobre esta compleja y enmarañada cuestión. Mientras siga introduciéndose todo en el mismo saco, permanecerán invisibilizadas muchas aristas que impedirán comprender los factores que convergen en ellas. La visibilización de los multifactores y el grado en que condicionan la violencia, contribuirán a diseñar intervenciones más adecuadas y eficaces.

Desde la Antropología Social proponemos que las soluciones son difícilmente abordables solo desde la positivación (es decir, cuantificación, categorización, tipificación, etc.) de los problemas. Consideramos que no hay solución posible desde análisis universalistas que no tengan en cuenta los procesos culturales concretos en los que están inmersos los grupos humanos y, por tanto, que los contextos sociales en los que se construyen y significan los fenómenos deben formar parte de los análisis que quieran hacer un abordaje exhaustivo de los problemas sociales como el de la violencia en las parejas.

Insistimos en que la lógica de la emergencia (MARUGÁN, 2002) en la intervención en esta conflictividad, por la alarma social que genera, está dando lugar a una actitud poco crítica y a una escasa contextuali-

³⁵ DUMONT, Louis. *op. cit.*

³⁶ ILLICH, Iván. *op. cit.*

zación del problema en marcos más amplios de explicación. Consideramos que los análisis holísticos que la Antropología puede aportar al estudio de este problema resultan imprescindibles:

- a) para un mejor entendimiento de los mecanismos complejos y contradictorios que lo originan,
- b) para la comprensión de fenómenos complejos como este con la creación de una perspectiva más global, y
- c) para aportar una mirada crítica de los conceptos y representaciones que se barajan en los análisis que se realizan, así como sacar a la luz los intereses que los sustentan, muy lejanos de aquellos análisis aportados desde el feminismo crítico.

VII. Bibliografía

- ANDRIEU SANZ, Rosa y MOZO GONZÁLEZ, Carmen (coords.). «Normalización del «género» y problemas de legitimidad de las teorías y luchas feministas. Elementos para un debate», *Actas del X Congreso de Antropología, Cultura, Poder y Mercado. Simposio: «Antropología feminista y/o del género. Legitimidad, poder y usos»*, Fundación El Monte, FAAEE, Sevilla, 2005, pp. 9-40.
- BAUDRILLARD, Jean. *El sistema de los objetos*, Siglo XXI, Madrid, 2010.
- BAUDRILLARD, Jean. *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Siglo XXI, Madrid, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida de consumo*, FCE, Madrid, 2017.
- BEATTIE, John. *Otras culturas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- BUTLER, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, México, 2001.
- CARATINI, Sophie. *Lo que no dice la antropología*, Editorial Disenso, Madrid, 2013.
- DUMONT, Louis. *Ensayos sobre el individualismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- DUTTON, Donald G.. *El golpeador. Un perfil psicológico*, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. Vol. 1. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Madrid, 2010.
- GARCÍA CALVO, Agustín. *Del lenguaje*, Siglo XXI, Madrid, 2019.
- GARCÍA GARCÍA, José Luis. «Informar y narrar: el análisis de los discursos en las investigaciones de campo», *Revista de Antropología Social*, vol. 9, 2000, pp. 75-104.
- GEERTZ, Cliford. *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Madrid, 2008.
- GARCÍA SELGAS, Fernando. «La investigación social sobre violencia de género: una propedéutica», en MIRANDA, M. J., MARTÍN PALOMO, M. T. y MARUGÁN, B. (eds.), *Amor, razón y violencia*, Catarata, Madrid, 2009.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del Espíritu*, FCE, Madrid, 1985.

- HERNANDO, Almudena (ed.). *Mujeres, hombres y poder. Subjetividades en conflicto*, Traficantes de sueños, Madrid, 2015.
- ILLICH, Iván. «El género vernáculo», en *Obras reunidas II*, FCE, México, 2008.
- IZQUIERDO, María Jesús. *El malestar en la desigualdad*, Cátedra, Madrid, 1998.
- IZQUIERDO, María Jesús. «Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización. Hacia una política democrática del cuidado», en *Congreso Internacional SARE «Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado»*, Emakunde, Bilbao, 2003.
- LAQUEUR, Thomas. *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos a Freud*, Cátedra, Madrid, 1994.
- MARUGÁN, Begoña y Cristina VEGA. «Gobernar la violencia: apuntes para un análisis de la rearticulación del patriarcado», *Política y sociedad*, vol. 39, n.º 2, 2002, pp. 415-435.
- MÉNDEZ, Lourdes. «Una connivencia implícita: «perspectiva de género», «empoderamiento» y «feminismo institucional»», *Actas del X Congreso de Antropología, Cultura, Poder y Mercado*, Fundación El Monte, FAAEE, Sevilla, 2005.
- MÉNDEZ, Lourdes. «Cuerpo e identidad. Modelos sexuales, modelos estéticos, modelos identitarios», en BLANCO, C; MINAMBRES, A. y MIRANDA, T. (coords.): *Pensando el cuerpo, pensando desde el cuerpo*, Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 2002.
- MANDLY, Antonio. *Los caminos del flamenco. Etnografía, cultura y comunicación en Andalucía*, Editorial Signatura, Sevilla, 2010.
- MOLINER, María. *Diccionario del uso del español*, Gredos, Madrid, 1988.
- WEEKS, Jeffrey. *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades*, Hablan las Mujeres, Madrid, 1993.

El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales. Una aproximación desde la psicología jurídica

Arturo Muñoz Aranguren

Abogado. Profesor asociado de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de sesgos cognitivos? II. El sesgo de grupo: una definición y algunos ejemplos. 1. Concepto. 2. Sesgos raciales. 3. La valoración de las pruebas periciales. III. Los estereotipos de género en las resoluciones judiciales. 1. Un intento de definición y clasificación. 2. Ejemplos de estereotipos de género en las resoluciones judiciales. a. Los permisos de maternidad y de paternidad. b. Mala praxis médica y sexualidad femenina. IV. Los estereotipos de género en los delitos contra la libertad sexual. 1. Evolución de las pautas culturales y su reflejo en el Código Penal. 2. Los denominados «mitos de la violación». 3. Identificación y desactivación judicial los «mitos de la violación». a. El «consenso emergente» sobre la innecesariedad de la resistencia física de la víctima para entender cometida una agresión sexual. b. La sentencia de la Corte de Casación italiana n.º 1636, de 6 de noviembre de 1998: el denominado «caso de los blue jeans». c. El caso *R v. Ewan-chuck*. v. Remedios. 1. La modificación de las reglas procesales sobre valoración de la prueba para neutralizar el sesgo de género. 2. La ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 3. La improcedente modificación de las reglas de valoración de la prueba para adoptar una perspectiva de género en el seno del proceso penal: la presunción de inocencia. 4. Los estereotipos de género en la instrucción de las causas penales. VII. A modo de conclusión. VIII. Bibliografía.

Resumen: Se analizan en este artículo los llamados sesgos o errores cognitivos que influyen en la toma de decisiones y que, en ocasiones, pueden provocar errores de juicio como consecuencia de la aceptación inconsciente de estereotipos de raza, sexo, clase social, etc., al atribuir a un determinado sujeto, características que se asocian mentalmente al colectivo en el que se le incluye. En concreto, se estudia la influencia que tienen los estereotipos de género en las resoluciones judiciales y, sobre todo, en relación con los delitos contra la libertad sexual, principalmente, las agresiones sexuales. Asimismo, el autor plantea una serie de medidas que pueden tomarse para mitigar, dentro de lo posible, la influencia de estos sesgos en las resoluciones judiciales, haciendo especial hincapié en la modificación de las reglas procesales sobre la valoración de la prueba.

Palabras clave: Sesgos cognitivos, violencia de género, delitos contra la libertad sexual.

I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de sesgos cognitivos?

La escuela del *Behavioral Economics* es una variante del pensamiento económico que trae causa de los trabajos publicados, en la segunda mitad del siglo XX, por dos psicólogos israelíes, Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY¹. Aplicando los hallazgos de la psicología cognitiva a la toma de decisiones económicas, estos autores abrieron una nueva línea de análisis que se apartaba del enfoque neoclásico y de la teoría de la utilidad esperada. En apretada síntesis, con arreglo a la visión de la economía neoclásica la conducta humana estaría regida por dos vectores fundamentales. El primero es que el ser humano sería un ente básicamente egoísta, que solo busca maximizar su propio interés. El segundo es que adopta sus decisiones racionalmente. Es decir, que es capaz de conocer sus preferencias, ordenarlas de manera lógica y efectuar cálculos ante cada elección, con la finalidad siempre de maximizar su beneficio y minimizar los costes.

Frente a la tradicional asunción de que el *homo oeconomicus* es un ser que, en cualquier circunstancia, toma las decisiones que racionalmente le llevaban a maximizar su bienestar, se comprobó a través de la psicología experimental que los sujetos, en la toma de decisiones —económicas o de otro género, como a continuación veremos—

¹ Cfr. Daniel KAHNEMAN (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Nueva York, Penguin; y Michael LEWIS (2016), *The Undoing Project: A Friendship That Changed Our Minds*, Nueva York, Penguin.

sucumbían a una serie de errores sistemáticos. Fue en los años 90 del siglo pasado cuando algunos juristas norteamericanos empezaron a plantearse la aplicabilidad de los hallazgos de la psicología cognitiva experimental a las decisiones jurisdiccionales.

En efecto, una de las vertientes más importantes de la denominada «*Behavioral Law*» (cuya traducción habitual en los países de habla hispana es «psicología jurídica» o «análisis conductual del Derecho²») tiene por objeto analizar la racionalidad en la toma de decisiones por parte de los jueces y jurados, en la medida en que, especialmente el campo de la microeconomía, se ha acreditado por medio de numerosos estudios empíricos —desde hace décadas— que toda persona, antes de tomar una decisión en situación de incertidumbre (y el proceso judicial lo es por definición), se ve obligada a simplificar la compleja información de la que dispone.

Estos atajos cognitivos son extraordinariamente útiles y suelen, con carácter general, conducir a decisiones acertadas; pero también provocan con frecuencia los denominados sesgos o errores cognitivos que apartan al sujeto que los sufre del discurso lógico-racional. Los estudios realizados sobre la toma de decisiones humanas han acreditado que los jueces y jurados —como el resto de ciudadanos— sucumben con relativa frecuencia en alguno de estos sesgos, y que los seres humanos nos vemos afectados en esencia por las mismas disfunciones cognitivas de forma recurrente³; esto es, se puede hablar de la existencia de *errores sistemáticos* que, en buena medida, ya han sido identificados y clasificados. Estos patrones de desviación con respecto a los criterios de racionalidad esperada son los denominados «sesgos cognitivos». Porque uno de los descubrimientos más relevantes de la psicología económica —y jurídica— fue que los seres humanos no nos equivocamos de forma aleatoria y, por así decirlo, cada uno a nuestra manera, sino que las disfunciones cognitivas en las que incurrimos en la toma de decisiones presentan un patrón común, lo que permite acotar un elenco de sesgos cognitivos concreto.

Como se indicó anteriormente, estos errores cognitivos fueron identificados y clasificados por primera vez de forma sistemática por TVERSKY y KAHNEMAN⁴ —este último galardonado con el Premio Nobel

² Vid. Jaime ALONSO GALLO (2011), «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y Derecho Penal», *InDret*, 4/2011.

³ Chris GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A.J. WISTRICH (2001), «Inside the judicial mind», *Cornell Law Review*, vol. 86, núm. 4, pp. 777-830.

⁴ Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN (1974), «Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, vol. 185, núm. 4157, pp. 1124 y ss.

de Economía en el año 2002—, siendo inabarcable la literatura jurídica norteamericana sobre la *Behavioral Law*. Para comprender hasta qué punto esta perspectiva es acogida con naturalidad por los juristas del *Common Law*, bastará reseñar que el primer estudio relevante publicado sobre esta disciplina, «Behavioral Approach to Law and Economics», de Christine JOLLS, Cass SUNSTEIN y Richard THALER —también Premio Nobel de Economía en 2017—, publicado en 1998 en la *Stanford Law Review*⁵, es el artículo doctrinal más citado en cualquier área del Derecho por otros autores norteamericanos en las últimas dos décadas, con un amplísimo margen de diferencia sobre el segundo⁶.

II. El sesgo de grupo: una definición y algunos ejemplos

1. Concepto

Este error sistemático nos lleva a considerar homogéneas las actitudes y opiniones de las personas del mismo grupo, por la sola razón de esa pertenencia. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos. El sesgo de grupo (*in group bias*) puede provocar errores de juicio como consecuencia de la aceptación inconsciente de estereotipos de raza, sexo, clase social, etc. Quien sucumbe al mismo atribuye a un determinado sujeto, sin darse cuenta, determinadas características que asocia mentalmente al colectivo en el que le incluye.

Es importante hacer notar que esos atributos pueden contar (o no) con un respaldo empírico objetivo aplicable al «grupo» como tal. Por ejemplo, es posible que, tomando como referencia a la población entera de un país, los sujetos de una etnia determinada presenten una tasa estadística de delincuencia más elevada, pero de ello no se infiere que todos sus miembros cometan regularmente actos delictivos. Lo decisivo es que, en vez de realizar una valoración, por así decirlo, *personalizada*, de la conducta del *individuo concreto*, quienes caen bajo el influjo de esta ilusión cognitiva le atribuyen *determinadas actitudes o características teóricamente grupales*, pero que no tiene por qué poseer la persona concreta que está siendo juzgada.

⁵ Cass R. SUNSTEIN, Christine JOLLS y Richard H. THALER (1998), «A Behavioral Approach to Law and Economics», 50 *Stanford Law Review* 1471.

⁶ Russell B. KOROBKIN (2011), «What Comes After Victory for Behavioral Law and Economics?» (March 15). *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* No. 11-10.

Mostraremos un ejemplo de resolución sesgada, producto del efecto distorsionador de determinados estereotipos, en este caso en relación con los residentes en la ciudad de Ceuta. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6.ª, con sede en Ceuta) núm. 138/2004, de 3 junio, condenó al acusado por un delito de receptación de capitales procedentes del narcotráfico, bajo la argumentación literal de que, según las máximas de la experiencia, «la existencia de embarcaciones [de alta cilindrada] en la ciudad de Ceuta, no tiene otra justificación que el tráfico de hachís, y tal obviedad es conocida por cualquier persona en esta ciudad».

Es fácil apreciar el error metonímico de la Audiencia Provincial. Desde el punto de vista de la lógica formal, el hecho de que *muchas* de las embarcaciones matriculadas en Ceuta sean usadas para el tráfico de drogas no implica que *todas ellas* lo sean, con lo que el *non sequitur* en el que incurre la resolución es patente (la conclusión no se deduce de las premisas). Resolución que fue casada por la Sala Segunda del TS mediante su sentencia núm. 1342/2005, de 25 noviembre, que se vio obligada a recordar que «es necesario que la premisa mayor del silogismo judicial sea suficientemente concreta como para permitir deducir de ella la consecuencia que se pretende. Pero, en el presente caso, la premisa no sólo tiene una inaudita generalidad sino que, además, como tal no está probada».

2. Sesgos raciales

Que los jueces o jurados sucumban a ese sesgo puede tener efectos dramáticos, como ocurre, por ejemplo, cuando afloran prejuicios raciales. En relación a esta cuestión, es pertinente traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso *MkCleskey v. Kemp*⁷, donde por una exigua mayoría de 5-4 el TS declaró que, a pesar de haberse acreditado en el proceso, a través de una exhaustiva prueba pericial estadística («the Baldus study»), la desproporcionada importancia que tenía la raza de la víctima en la imposición por jurados de la pena de muerte en el Estado de Georgia, no cabía dejar sin efecto la condena, pues de ello —siempre según la tesis de la mayoría— no se infería necesariamente que los miembros concretos del jurado que condenó al acusado hubieran actuado bajo el influjo de un sesgo racial discriminatorio (por lo que no se habría violado la decimocuarta enmienda de la Constitución de EE. UU., que recoge la «*equal protection clause*»).

⁷ 481, US 279 (1987).

Este estudio, por medio de sofisticados análisis estadísticos, regresiones múltiples, etc., sobre la base del análisis de 2.500 homicidios cometidos en el Estado de Georgia en los años 70 del siglo pasado, llegó a la conclusión de que la raza del acusado era un factor determinante en la imposición o no de la pena de muerte. Pero todavía más decisiva era la raza de la víctima, de forma que si esta era blanca, en vez de afroamericana, y el acusado era negro, la *probabilidad* de que la pena capital le fuera impuesta era *cuatro veces superior* a la situación inversa.

Años después, algunos Estados de EE. UU. como Kentucky (*Racial Justice Act*, 1998) o Carolina del Norte (*Racial Justice Act*, de 2009, derogada en 2013) aprobaron leyes que permitían la revisión de condenas a la pena capital, si se acreditaba por el reo que la raza había sido un «factor significativo» en la imposición de esa pena. En aplicación de estas leyes, un tribunal de Carolina del Norte dictó en 2012 una resolución (*State North of Carolina vs. Robinson*) por la que se conmutaba la pena capital impuesta a un reo afroamericano condenado por asesinato —transformándola en una condena a cadena perpetua—, al acreditarse (a través de datos estadísticos y del testimonio de expertos en psicología cognitiva) que, en la fecha en que se celebró el juicio (1994), la fiscalía descartaba sistemáticamente a los potenciales jurados de raza negra, concluyendo que ese sesgo discriminatorio tuvo, a su vez, una influencia decisiva en que el jurado (dada su conformación étnica mayoritariamente blanca) condenara al acusado a la pena de muerte (y no a otra más leve). El Tribunal Superior del Condado de Cumberland, explicando su decisión, afirmaba que aunque

«existe un consenso generalizado en la comunidad científica en que los sesgos raciales explícitos y patentes son generalmente reprobados y, consecuentemente, son inferiores y menos visibles que en el pasado, la raza continúa teniendo un impacto en nuestros procesos mentales y de toma de decisiones, a menudo a través de un mecanismo inconsciente⁸.»

Si bien con mucha menos intensidad que en EE. UU., en algunas resoluciones judiciales españolas también se han detectado decisiones sesgadas por prejuicios raciales. Un ejemplo paradigmático de sesgo de

⁸ Esta resolución fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Carolina del Norte de 18 de diciembre de 2015, por motivos procesales, al entender el tribunal que no se había concedido a la Fiscalía tiempo suficiente para preparar su defensa. Tras devolverse la causa al Tribunal del Condado de Cumberland, este, sin celebrar un nuevo juicio, rechazó de plano la demanda del reo, razonando que, al haberse derogado en 2013 la norma estatal que permitía la revisión de las condenas de pena muerte viciadas por prejuicios raciales, no cabía ahora su planteamiento.

grupo se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 20 de marzo de 1998, que basó una condena por tráfico de drogas en que el acusado, como «jefe» de una familia gitana, no podía desconocer lo que el resto de miembros de su clan hacían —como consecuencia de la aparente autoridad inherente a esa condición—, señalando, además, como argumento adicional, que el acusado se desplazaba con asiduidad a campamentos gitanos, de lo que se deducía que «a la fuerza» —estas fueron las palabras de la Audiencia— debía conocer que varios de sus familiares traficaban con droga. Esta resolución fue casada por la Sala Segunda del TS por medio de su sentencia de 7 de febrero de 1998, núm. 113/1998, que dejó en evidencia los prejuicios de la Audiencia Provincial al recordar que «el ser «jefe de una familia gitana» no significa que ningún miembro de su familia se haya podido sustraer a su autoridad».

No es extraño que tanto esta resolución como la dictada por la AP de Cádiz en el caso anteriormente mencionado fueran casadas por el Tribunal Supremo al no superar sus inferencias el canon mínimo de razonabilidad exigible, porque precisamente los sesgos cognitivos, sean del tipo que sean, inducen al afectado a apartarse inconscientemente del discurso racional.

3. *La valoración de las pruebas periciales*

Volviendo la vista sobre el sistema judicial español, existe una manifestación del sesgo de grupo menos evidente, en el que incurren algunas veces jueces y tribunales, y que consiste en atribuir mayor valor probatorio *per se* a un dictamen pericial elaborado por un funcionario público que al que pueda realizar cualquier otro especialista en la materia designado por las partes, por mucho que este pudiera estar mejor fundamentado y fuera técnicamente superior en rigor, calidad científica y exhaustividad.

Esto ocurre, con relativa frecuencia, en la valoración de los informes periciales emitidos por los inspectores de hacienda (o de la seguridad social) en servicio activo en el seno de procesos penales por delitos tributarios o contra la seguridad social. Espigaré un caso reciente especialmente ilustrativo. La sentencia de la Sección 2.^a de la AP de Málaga n.º 161/2018, de 24 de abril⁹, ante un caso de supuesto delito tributario, desdeñó los dos dictámenes periciales aportados por la defensa del acu-

⁹ ECLI:ES:APMA:2018:320

sado (uno emitido conjuntamente por un profesor titular y un catedrático de Derecho Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid, y el otro por un inspector de hacienda en excedencia), sin entrar siquiera a analizar su contenido. La resolución de la Audiencia Provincial lo razona así:

«Ciertamente en el supuesto de autos, junto con los informes del actuario y aportado por las defensas, se contó en el acto del juicio, con la pericial emitida por D. I. y D. J. (Catedrático y Profesor Titular respectivamente, de la Universidad Carlos III de Madrid), así como con la pericial emitida por D. M. (Licenciado en Derecho e integrante del Cuerpo especial de Inspectores Financieros y Tributarios del Estado). Pues bien, *reconociendo la alta cualificación profesional de los indicados*, habiéndose sometido a debate contradictorio los conocimientos técnicos aportados por los mismos en el acto de juicio, hemos de concluir, como realiza la Juzgadora de la Instancia, *dotando de mayor prevalencia probatoria a los informes realizados por el Inspector de Hacienda*, que a los emitidos por los peritos aportados por las defensas. *Y ello por la imparcialidad que es predicable de los Inspectores de Hacienda, los cuales no son designados por las partes*».

[Cursiva añadida]

Es indudable que la mayor independencia de estos peritos puede —y debe— ser tomada en consideración a la hora de determinar la credibilidad de su informe. Pero se trata de un factor más, que no debe impedir que el órgano judicial entienda prevalentes las conclusiones de un informe pericial de signo contrario, si el juez concluye que es técnicamente superior y aporta mayores razones de ciencia. Se sucumbe en el sesgo de grupo cuando se aplica a un individuo concreto (en este caso, los peritos designados por las partes) un rasgo estereotipado que supuestamente caracterizaría a un colectivo (parcialidad sistemática de sus dictámenes¹⁰). Dicho con otras palabras: es perfectamente racional

¹⁰ En lo que a la imparcialidad, por ejemplo, de los inspectores de la Seguridad Social se refiere —entendida como ausencia de interés directo o indirecto en el causa—, el Convenio de 15 de abril de 2019 suscrito entre la Secretaría de Estado de Seguridad, la Secretaría de Estado de Seguridad Social, la Dirección General de la Policía y la D.G. de la S.S. para la persecución de la delincuencia económica en su ámbito, establece un baremo de puntos (imprescindibles para acceder a la promoción interna) que se hacen depender del éxito de sus intervenciones relacionadas con la punición de los delitos contra la S.S. del Art. 307 CP. Así, por «concluir operaciones» relacionadas con supuestos delitos se conceden 50 puntos y por «incidir» en la punición de los delitos del 307 CP se otorgan hasta 30 puntos en función de las investigaciones concluidas. Por lo que se refiere a los inspectores de la AEAT, parece que igualmente, desde hace años, la Administración les abona un incentivo salarial en función de las cuotas tributarias descubiertas. Cfr. «Los asesores critican a Hacienda por pagar incentivos por cada inspección», diario *El País*, 16.02.2016.

que el juez tenga en cuenta el modo en que fue designado el perito autor del informe a la hora de valorarlo, pero ello no debe conducirle a negar todo valor persuasivo a los dictámenes de profesionales escogidos por las partes, por el solo hecho de no haber sido insaculados por el órgano judicial.

III. Los estereotipos de género en las resoluciones judiciales

1. *Un intento de definición y clasificación*

Podemos definir un estereotipo como «una imagen estructurada, aceptada y simplificada, compartida por personas de una misma comunidad social o cultural, que estructuran el pensamiento¹¹». Su relación con el sesgo cognitivo de grupo es manifiesta. Precisamente la atribución acrítica de determinadas características a un sujeto por la sola pertenencia a un grupo se expresa a través de los estereotipos. Como precisa RAMÍREZ ORTIZ, «los estereotipos de género, concebidos como grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de hombres y mujeres, implican una variedad de aspectos tales como las características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencias u ocupaciones y presunciones sobre la vida y orientación sexual¹²».

COOK y CUSACK¹³, en un trabajo ya clásico sobre la materia, distinguen entre los *estereotipos de sexo* (referidos, en esencia, a los diferentes atributos físicos y biológicos de hombres y mujeres), *estereotipos sexuales* (fundados en sus supuestas diferencias en cuanto a su actividad sexual; por ejemplo, actitud presuntamente sumisa de las mujeres y función primordialmente reproductora de la sexualidad femenina) y los *estereotipos sobre roles sexuales* (asentados en las diferentes pautas de comportamiento sociales, familiares, etc., que se atribuyen a los hombres y a las mujeres, a partir de los cuáles se proyectan determinados visiones sobre cuál debería ser la conducta «adecuada» en cada momento; por ejemplo, la imagen de la mujer como «responsable principal» del cuidado de sus hijos).

¹¹ *Enfoque de género en la actuación letrada. Guía práctica para la abogacía* (2017), Madrid, Fundación Abogacía Española, p. 14.

¹² «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género» (2019), *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, v. 1, p. 29.

¹³ Rebecca J. COOK y Simone CUSACK (2010), *Gender stereotyping: transnational legal perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, pp. 25-26.

Con arreglo al Convenio de Estambul¹⁴, la categoría de género puede ser definida como «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». El peligro del sesgo de grupo, aplicado a la categoría de género, es que se pretendan atribuir a los hombres o las mujeres conductas o rasgos supuestamente característicos de cada uno de los sexos, en vez de valorar de forma individualizada su conducta. Como expresó la Recomendación CM/Rec (2019) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, «ello puede conllevar que quienes toman decisiones emitan fallos mal fundamentados o discriminatorios basados en creencias preconcebidas y sesgos intrínsecos en vez de hacerlo sobre hechos relevantes» (apartado II.F).

El rendimiento en el ámbito forense de la perspectiva de género puede servir para desvelar aquellos estereotipos o prejuicios sexistas que, de forma más habitual, afloran en las decisiones judiciales o durante la instrucción de la causa. Su identificación es el primer paso para su desactivación.

2. Ejemplos de estereotipos de género en las resoluciones judiciales

a. LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y DE PATERNIDAD

Antes de entrar en el análisis del uso de estereotipos en las resoluciones judiciales relativas a agresiones sexuales —que por su importancia y especificidad merecen un análisis más detallado—, examinaremos algunos casos reales en los que el sesgo de grupo ha aflorado.

Un primer grupo de casos se refieren al reflejo de estereotipos de género en relación a los permisos de maternidad y paternidad. En esta área, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recibido en el pasado fundadas críticas por el mantenimiento y reforzamiento de determinados estereotipos de género¹⁵. La sentencia de 1984 en el caso *Hofmann*¹⁶ es quizás el ejemplo más conocido. En esa resolución el TJUE resolvió el caso de un padre que había solicitado un permiso

¹⁴ El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (conocido como «Convenio de Estambul»), fue abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, y entró en vigor en España el 1 de agosto de 2014.

¹⁵ Alexandra TIMMER (2016), «Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice», *European Equality Law Review*, n.º 1, pp. 37-46.

¹⁶ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83.

de maternidad para cuidar de su hijo, una vez que la madre se reincorporó a su puesto de trabajo, después de las ocho semanas de la baja obligatoria de maternidad ya concluidas. Se cuestionaba la contravención del principio de igualdad entre hombres y mujeres por el hecho de que la legislación alemana concediera a la madre, tras la expiración del plazo legal de protección (lactancia), un periodo de descanso por maternidad retribuido; previsión legal que no se contemplaba para el padre. El TJUE resolvió la cuestión prejudicial de forma negativa.

El Tribunal de Justicia, para justificar su decisión, aludió a la necesidad de proteger «las necesidades de las mujeres». La sentencia mencionaba dos en concreto:

«Se trata de asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a éste, hasta el momento en que se normalizan sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones».

Como se ha hecho notar, esta línea de razonamiento es expresiva de un sesgo de género sobre la maternidad¹⁷. Y ello porque concede un estatus privilegiado a la relación madre-hijo, sugiriendo de forma implícita que esa categoría no era aplicable a los padres. El resultado de esta jurisprudencia dio lugar a lo que se denominó como una aproximación «paternalista» en la búsqueda de la protección de las mujeres, perpetuando una imagen de la mujer como «sexo débil»¹⁸. Imagen estereotipada que se reforzaba al sugerir el TJUE que para las madres suponía una carga reanudar su actividad laboral en función de su rol paralelo —que al parecer debían ejercer de forma exclusiva, sin ayuda del padre— de «cuidadoras» del recién nacido.

Ahondando en esa línea de perpetuación de los roles tradicionales, el TJUE señaló de forma expresa en *Hofmann* que la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, relativa al tratamiento igualitario de hombres y mujeres en el trabajo, no había sido diseñada para «regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja».

¹⁷ Clare McGLYNN (2000), «Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law», *European Law Journal*, vol. 6, p. 35

¹⁸ McGLYNN, ob. cit., p. 35.

Afortunadamente, la jurisprudencia más reciente del TJUE apunta en un sentido diverso. En el caso *Roca Álvarez*¹⁹, la cuestión que se discutía concernía a un padre que había solicitado una reducción de su jornada laboral, ya que deseaba disponer de más tiempo para cuidar de su hijo. El tipo de baja solicitada era inicialmente equivalente al permiso de lactancia pero, como señalaron los tribunales nacionales españoles, la legislación aplicable había separado ese permiso del hecho biológico de la lactancia, de manera que debía ser considerado como un tiempo dedicado al cuidado de su hijo. La solicitud del demandante fue rechazada porque la madre de su hijo no era trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia. Las madres que se encontraban en esa situación laboral (trabajadoras por ajena) siempre tenían derecho a ese tipo de baja, pero los padres lo tenían de forma condicionada (tan solo en el caso de que la madre fuera igualmente trabajadora por cuenta ajena).

El marco mental del que parte ahora el TJUE es muy diferente del anterior, pues parte de la premisa de que «las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo» (para. 24).

El gobierno español había sostenido ante el TJUE que la normativa española respondía a un principio igualitario, buscando compensar a las madres jóvenes por las desventajas que sufrían en el ámbito laboral (de acuerdo con su razonamiento —que es bastante plausible, por otra parte—, era más difícil para las mujeres mantener su puesto de trabajo o reintegrarse en el ámbito laboral, cuando tenían hijos de corta edad, que para los hombres). El TJUE salió al paso de este argumento, señalando que el razonamiento del gobierno español, al considerar que «solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, *puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental*» (§36).

Esa misma perspectiva fue adoptada en la sentencia del TJUE de 2015 en el caso *Maïstrellis*²⁰, relativo al caso de un juez griego que solicitó una baja de paternidad retribuida para cuidar de su hijo. Su soli-

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de septiembre de 2010.

²⁰ Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2015.

cidad fue rechazada por los tribunales nacionales, porque con arreglo a la normativa griega vigente entonces si la mujer de un funcionario público no era una empleada por cuenta ajena, el funcionario no podía solicitar la baja parental. La Abogada General Kokott, en referencia a la Directiva 2010/18/UE, sobre el permiso parental, afirmó en sus Conclusiones de 16 de abril de 2015 —que fueron sustancialmente acogidas por el TJUE— que

«la Directiva quiere dar a cada progenitor la posibilidad de decidir por sí mismo, independientemente de su situación laboral, si él o ella quiere participar en las responsabilidades familiares mediante el cuidado de un hijo. De este modo, por lo que a los padres respecta, se pretende modificar el reparto tradicional de funciones en la educación de los hijos. En cambio, *el hecho de denegar al padre el derecho al permiso parental si su cónyuge no trabaja amenaza con perpetuar el reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer*, lo que también contravendría el objetivo de fomentar la participación de las mujeres en la vida activa y facilitar una «vuelta a la vida profesional». [Cursiva añadida]

Es importante hacer notar el cambio de argumentación del TJUE que, en vez de enfatizar la importancia de facilitar la carrera profesional de las madres, pone ahora el foco de atención en la importancia de que los padres asuman las responsabilidades que les conciernen en la crianza de sus hijos²¹.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de combatir los sesgos de género en relación con el permiso de paternidad. Inicialmente, el TEDH era refractario a reconocer que el hecho de que la normativa nacional no permitiera a los padres beneficiarse de un permiso que sí se concedía a las madres, contravenía el derecho a la igualdad consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en atención a la inexistencia de un consenso al respecto entre los Estados Miembros (sentencia de 27 de marzo de 1998, caso *Petrovic contra Austria*). No obstante, se produjo una rápida modificación de las leyes en la mayoría de los Estados signatarios del CEDH, hasta el punto de que pronto pudo hablarse de la existencia de un «consenso emergente» al respecto²². Del cambio de enfoque

²¹ Pero también en los derechos que legítimamente les corresponden, de manera que se aprecia que la perspectiva de género puede también ayudar a combatir estereotipos asentados en perjuicio no solo de las madres, sino también de los padres.

²² El denominado «consenso emergente» es un concepto formulado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para decidir si una determinada conducta de un Estado debe considerarse o no una infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Corte de Estrasburgo examina si los Derechos nacionales de los Estados miembros

es exponente la sentencia del Tribunal de los Derechos Humanos en el caso *Konstantin Markin contra Rusia*, de 22 de marzo de 2012²³, que reputó discriminatoria la denegación de un permiso de paternidad a un militar por su condición de varón:

«132. El Tribunal ya ha declarado que, con respecto al permiso y la prestación parental, los hombres se encuentran en situación análoga a la de las mujeres. De hecho, a diferencia del permiso de maternidad, cuyo fin primordial es permitir a la madre recuperarse de la fatiga del parto y amamantar a su bebé si lo desea, el permiso parental y las prestaciones del permiso parental hacen referencia al período posterior y buscan permitir que uno de los progenitores se quede en el hogar para cuidar personalmente del recién nacido (*Petrović*, ya citado, apartado 36). El Tribunal no está de acuerdo con el argumento del Gobierno relativo al particular vínculo biológico y psicológico existente entre la madre y el recién nacido tras el nacimiento, confirmado por las recientes investigaciones (apartado 116). Sin ignorar las diferencias que pueden existir entre el padre y la madre en su relación con el niño, el Tribunal concluye que, en lo que respecta a los cuidados para el niño durante el periodo correspondiente al permiso parental, los hombres y las mujeres se encuentran en «situaciones análogas»».

b. MALA PRAXIS MÉDICA Y SEXUALIDAD FEMENINA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la oportunidad, en fechas relativamente recientes, de combatir otro tipo de resoluciones judiciales claramente lastradas por el sesgo de género. Entre esas resoluciones destaca muy especialmente la sentencia dictada en el asunto *Carvalho Pinto contra Portugal*, de 25 de julio de 2017²⁴.

La demandante, que sufría una enfermedad ginecológica, se sometió a una serie de intervenciones quirúrgicas a resultas de las cuales, y como consecuencia de una mala praxis médica, además de ocasionarle una serie de molestias y dolores crónicos, se vio privada de mantener relaciones sexuales. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de

lo han prohibido internamente. Si la prohibición está extendida en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales de forma mayoritaria, el TEDH considera que hay un «consenso emergente» sobre el carácter infractor de esa conducta del Estado y, por tanto, la considera contraria al CEDH.

²³ Sentencia *Konstantin Markin* contra Rusia, asunto 30078/06, de 22 de marzo de 2012, de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁴ Sección 4.ª del TEDH, asunto 17484/15.

Lisboa le concedió una indemnización que cubría, entre otras partidas, el coste de un empleado del hogar a tiempo completo para realizar las tareas domésticas que la demandante ya no podía acometer, así como los daños morales derivados del sufrimiento psíquico que experimentaba a raíz de la intervención médica negligente.

Sin embargo, tras ser recurrida esa sentencia, el Tribunal Supremo Administrativo (TAS) luso redujo las cuantías concedidas, tanto por los daños patrimoniales, como morales, sobre la base de tres razonamientos: (i) si bien es cierto que las molestias físicas de la demandante se habían agravado después de la intervención quirúrgica, estas preexistían —aunque con menor intensidad— a la operación; (ii) en que «probablemente [la demandante], considerando la edad de sus hijos, *tan solo necesitaba cuidar a su marido*, lo que nos lleva a la conclusión de que no necesitaba de una empleada del hogar a tiempo completo»; y (iii) «adicionalmente, no debería olvidarse que *en el momento de la operación la demandante tenía ya 50 años y que tenía dos hijos, es decir, una edad en la que el sexo ya no es tan importante como en los años de juventud* y que disminuye significativamente con la edad».

Acertadamente, el TEDH no se limitó, como pretendía el gobierno portugués, a señalar que el lenguaje de la sentencia del TSA portugués era sexista y desafortunado. Detectó, correctamente, que la resolución se encontraba viciada por graves estereotipos de género.

En su sentencia de 25 de julio de 2017, la Corte de Estrasburgo indicó:

«46. El tribunal además reitera que el avance en la igualdad de género es todavía un objetivo prioritario para los Estados miembros del Consejo de Europa y que deben existir razones muy poderosas para que una diferencia de trato pueda ser considerada como compatible con el Convenio [...]. En particular, referencias a las tradiciones, las costumbres generalizadas o actitudes sociales prevalentes en un país determinado son una justificación insuficiente para una diferencia de trato basada en el sexo [...]. *El tribunal también considera que el problema con la estereotipación de un determinado grupo de la sociedad deriva del hecho de que impide una evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades*». [Cursiva añadida]

Si bien esta sentencia recuerda que a la hora de fijar las indemnizaciones por daños morales son los tribunales nacionales los que están llamados a hacer la valoración pertinente, destaca que

«la cuestión en discusión aquí no son consideraciones de edad o sexo como tales, *sino más bien la asunción de que la sexualidad no es importante para una mujer de cincuenta años y madre de dos hijos que*

para alguien de una edad menor. Esta asunción refleja una idea tradicional de la sexualidad femenina como algo esencialmente vinculado a la finalidad de la procreación y consecuentemente ignora su relevancia física y psicológica para la autorrealización de la mujer como ser humano. Además de ser, de alguna forma, moralista [la sentencia del TSA], omitió tomar en consideración otras dimensiones de la sexualidad femenina en el caso concreto de la demandante. En otras palabras, en presente asunto el Tribunal Supremo Administrativo se basó en una suposición general sin intentar comprobar su validez en el caso concreto de la demandante, que tenía cincuenta años en el momento de la operación en cuestión».

El TEDH concluye que el género y la edad de la demandante parecían haber sido factores decisivos en la decisión del TSA portugués, introduciendo una injustificada diferencia de trato basada en esos motivos (de hecho, en rigor la sentencia recurrida parece adolecer de un doble sesgo de grupo, tanto de género, como de edad). Adicionalmente, la Corte de Estrasburgo tomó nota de que la decisión del Tribunal Supremo Administrativo portugués de rebajar la indemnización de los costes del empleado del hogar sobre la base de que «probablemente tan solo tendría que cuidar a su marido», teniendo en cuenta la edad de sus hijos, era reveladora de «prejuicios» basados en «estereotipos discriminatorios de género».

Finalmente, el TEDH comparó ese caso con otros similares resueltos por el Tribunal Supremo de Portugal²⁵ en 2008 y 2014, que se referían a indemnizaciones solicitadas por dos varones. También como consecuencia de una mala praxis médica, estos dos hombres se habían visto privados de mantener relaciones sexuales a la edad, respectivamente, de cincuenta y cinco y cincuenta y nueve años. El Tribunal Supremo portugués hizo hincapié entonces en que el hecho de que esos dos varones no pudieran tener relaciones sexuales en lo sucesivo había afectado a su autoestima provocando, respectivamente, un «shock tremendo» y un «fuerte shock mental», fijando unas indemnizaciones sustancialmente superiores a la concedida a la mujer en el asunto *Carvalho Pinto*. Significativamente, y a diferencia del caso de esta última, el Tribunal Supremo de Justicia de Portugal no había tomado en consideración si los demandantes tenían o no hijos, ni tampoco había examinado otros factores —edad, personas a su cargo, etc.— que sí aplicó a la mujer demandante.

²⁵ Se trata de un órgano jurisdiccional formalmente distinto del Tribunal Supremo Administrativo (TAS), si bien es razonable que el TEDH utilizara dos de sus resoluciones como elemento comparativo, dado que resolvían reclamaciones similares.

IV. Los estereotipos de género en los delitos contra la libertad sexual

1. Evolución de las pautas culturales y su reflejo en el Código Penal

El área en la que se ha detectado con más intensidad la pervivencia de los estereotipos de género es, muy especialmente, el referido a las agresiones sexuales contra mujeres.

Dentro de los delitos contra la libertad sexual, los estereotipos de género han sido tradicionalmente más frecuentes en el terreno de las agresiones sexuales, conducta que representa el máximo desvalor para la víctima. No es extraño que sea precisamente en este campo en el que se haya apreciado una mayor prevalencia del sesgo de género en la medida en que, por razones históricas, la propia concepción del delito partía de unos prejuicios sexistas muy arraigados en la sociedad.

Como puso de manifiesto hace ya algunos años la profesora ASÚA BATARRITA²⁶, hasta 1995 se mantuvieron en nuestro Código Penal las pautas axiológicas derivadas del Código Penal de 1848 que bajo la rúbrica «delitos contra la honestidad» agrupaban un conjunto heterogéneo de tipos delictivos entre los que se englobaban, junto a la violación, el de adulterio o el de amancebamiento. En efecto, «a través de la tutela de la honestidad individual de la mujer, se tutela[ba] fundamentalmente la infracción del orden familiar, y del orden social de distribución de roles según el sexo²⁷».

Recordemos que se regulaba el delito de infidelidad conyugal de distinta manera según fuera cometido por el marido o la mujer —en acreditación de la diferente asignación de roles para cada uno de los integrantes de esa concepción tradicional de familia—, de forma que para que se consumara el adulterio de la mujer era suficiente con un solo yacimiento, mientras que en el caso del varón solo constituía delito cuando el amancebamiento fuera permanente, y en la medida en que mantuviera a su amante en la casa conyugal «o fuera de ella con escándalo²⁸». En coherencia con esa conceptualización de la violación

²⁶ «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (1998), VVAA, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, pp. 47-201. Sobre esta cuestión, de la misma autora, *vid.* (2004) «Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre», VVAA, *Las recientes reformas penales, Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 1, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 201-233.

²⁷ *Ob. cit.*, 61.

²⁸ *Cfr.* arts. 358 y ss del CP de 1848.

como delito contra la moral pública, se establecía su perseguibilidad exclusivamente a instancia de la persona agravada²⁹, permitiéndose el perdón de la agredida como causa de exclusión de la responsabilidad penal o incluso el efecto exonerador del matrimonio del agresor con la víctima³⁰. Fue necesario esperar hasta 1989 para desligar el delito de violación del concepto de honestidad³¹.

Hoy en día es todavía posible apreciar una cierta perspectiva «masculina» en la redacción del tipo agravado de la agresión sexual tipificado en el vigente Art. 179 CP³². A mi juicio, acertó el legislador al suprimir el término «violación» del Código Penal de 1995. Como se ha hecho notar³³, la supresión en su día de este término dio lugar a un intenso debate parlamentario, prevaleciendo entonces la opinión de que la eliminación de ese término podría, de alguna forma, mitigar las connotaciones que, por una inercia histórica, ligaban la sexualidad femenina a la honestidad y a la reproducción. Como es sabido, el Código Penal fue reformado en 1999 para calificar como «violación» las agresiones sexuales más graves³⁴.

²⁹ Art. 371 CP de 1848.

³⁰ Art. 371 CP de 1848.

³¹ Para una perspectiva sociológica sobre la situación de la mujer española en siglo XX, *vid.* Carmen MARTÍN GAITE (1987), *Usos amorosos de la postguerra española*, Anagrama, Barcelona.

³² *Vid.*, ASÚA BATARRITA, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», *ob. cit.*, pp. 92-93. E incluso, de forma más recurrente, en las declaraciones de hechos probados de muchas sentencias, más atentas a la descripción pormenorizada de las penetraciones —como si ese fuera el elemento decisivo de toda agresión sexual— sin poner el foco en otras conductas sexuales igualmente atentatorias contra la autonomía sexual de la mujer.

³³ ASÚA BATARRITA, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», *ob. cit.*, p. 86.

³⁴ La terminología concreta que emplea el legislador para definir los tipos penales no es inocua. Como enseñan casos como el conocido popularmente como de «la Manada», aun imponiéndose importantes penas de prisión para los acusados, una parte significativa de la opinión pública se mostraba contraria a aceptar que los hechos descritos en la sentencia de la AP de Navarra no fueran constitutivos del delito más grave contra la libertad sexual de la víctima; esto es, de lo que coloquialmente se entiende como una «violación». Tengo para mí que esa reacción airada no se produjo por la supuesta lenidad de la pena impuesta por el tribunal de instancia (9 años de prisión para cada uno de los acusados, más 5 de libertad vigilada), sino por su calificación como «mero» abuso. Creo que acertó la Sentencia del TS n.º 344/2019, de 4 de julio, (ECLI: ES:TS:2019:2200) al calificar jurídicamente los hechos como agresión sexual, pero me parece que la imposición de penas de entre 15 y 17 años de prisión a los condenados (más 8 años de libertad vigilada) merece una reflexión sobre la deriva punitiva de nuestro Código Penal, en línea con lo manifestado por el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC).

2. Los denominados «mitos de la violación»

En la literatura especializada se alude a los «mitos de la violación» para designar determinados estereotipos de género, basados en pautas culturales o sociales, que provocan la recreación de inferencias ilógicas o sesgadas por parte de los jueces o jurados en contextos de agresiones sexuales. En particular, se ha detectado que, de forma recurrente, en casos en los que se juzga la presunta comisión de un delito de violación, algunos jueces y jurados son proclives a sucumbir en el sesgo de grupo, realizando una serie de deducciones en contra de la mujer denunciante sobre la base de prejuicios de género³⁵.

Los estudios y experimentos sobre la pervivencia de los *rape myths* en el Derecho angloamericano son literalmente inabarcables³⁶, pudiendo citarse como mitos o estereotipos más habituales los siguientes:

- *El violador es siempre un extraño, nunca un amigo o familiar*³⁷.
- *Las mujeres que denuncian una agresión sexual tienen una credibilidad menor si han mantenido relaciones sexuales frecuentes con anterioridad*³⁸.

³⁵ Estos estereotipos no solo afectarían al acierto de las resoluciones judiciales que enjuicien supuestas agresiones sexuales, sino que tendrían también un nocivo efecto *performativo*: las víctimas tenderían a comportarse, ante una agresión sexual, como se supone que se espera de ellas.

³⁶ Para una primera aproximación, Rose Mary Lynn UBELL, «Myths and Misogyny: The legal response to the sexual assault» (2018), *Master of Studies in Law Research Paper Repository* n.º 4; Joanne CONAGAN e Yvette RUSSELL (2014), «Rape Myths, Law, and feminist research: «Myths about Myths?»», *Feminist Legal Studies*, pp. 25-48; y Olivia SMITH y Tina SKINNER (2017), «How rape myths are used and challenged in rape assault trials», *Social & Legal Studies*, v. 26, n.º, pp. 441-466.

³⁷ Cuando, con arreglo a estudios realizados en varias jurisdicciones nacionales, las violaciones cometidas por conocidos de la víctima son estadísticamente más frecuentes. Vid. Melanie RANDALL (2011), «Sexual Assault Law, Credibility, and «Ideal Victims»: Consent, Resistance, and Victim Blaming», *Canadian Journal of Women and the Law*, v. 22, p. 418.

³⁸ Este estereotipo da lugar a su vez a dos inferencias equivocadas, conocidas en el Derecho angloamericano como los «*twin myths*» o «mitos gemelos»: que es más probable que la denunciante no haya sido realmente violada si trata de una persona con una vida sexual activa y que de esa promiscuidad debe deducirse una menor credibilidad de su testimonio. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 24 de mayo de 2019, *R. v. Barton*, 2019 SCC 33. En Canadá, ha sido objeto de discusión desde hace años la admisibilidad de prueba en el juicio sobre la actividad sexual precedente de la víctima. Tras la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *R v Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, que buscó un equilibrio en los principios del *Common Law* entre el dere-

- *Una mujer víctima realmente de una agresión sexual siempre ofrecerá resistencia física*³⁹.
- En conexión con la proposición anterior, *una mujer que haya sido violada siempre presentará heridas o daños físicos*.
- *Las mujeres, cuando dicen no a una proposición sexual, en realidad quieren decir que sí*.
- *Las mujeres provocan deliberadamente su agresión sexual mediante conductas o vestimentas inapropiadas o provocativas*⁴⁰.
- *Una mujer agredida sexualmente denunciará inmediatamente los hechos a la policía*⁴¹.
- *Los hombres no son capaces de controlar sus impulsos sexuales, de forma que sus agresiones sexuales son, en alguna medida, disculpables*.

cho a la defensa del acusado y la admisibilidad de prueba sobre ese hecho, el legislador limitó el uso de la prueba sobre la «vida sexual» de la denunciante en los procesos penales por violación (Bill C-49). Un repaso a la historia legislativa sobre esta cuestión y una reflexión sobre los intereses contrapuestos en juego puede leerse en la anteriormente citada sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 24 de mayo de 2019, *R. v. Barton*, 2019 SCC 33.

³⁹ Cuando, en realidad, puede decirse que, estadísticamente, la resistencia física de la víctima a la agresión sexual es más la excepción que la regla. *Vid. RANDALL, op. cit.*, p. 419. La explicación es que, bien por el miedo a sufrir un mal mayor, bien por encontrarse en una situación de bloqueo mental, la oposición de fuerza física es minoritaria. Creo que, de manera acertada, la Sala Segunda del TS se ha esmerado últimamente en casar aquellas resoluciones de instancia que, en mayor o menor medida, parecían exigir esa resistencia física —y de manera muy acusada— para condenar por agresión sexual (Cfr. SSTS n.º 249/2019, de 14 de mayo ES: TS: 2019: 1509 o n.º 216/2019, de 24 de abril, ES: TS: 2019:1255).

⁴⁰ Edwards, K. M., TURCHIK, J. A., DARDIS, C. M., REYNOLDS, N., & GIDYCYZ, C. A. (2011), «Rape myths: History, individual and institutional-level presence, and implications for change», *Sex Roles: A Journal of Research*, 65(11-12), 761-773, dan cuenta de algunos estudios experimentales que acreditan que un elevado porcentaje de personas con educación universitaria aceptan este «mito de la violación», culpabilizando a las víctimas que llevaban ropa provocativa.

⁴¹ Lynn HECHT SCHAFFRAN (1998), «Violence Against Women: Why Empirical Data Must Inform Practice», VVAA, en *Violence against women: law and practice* (David Frazee, et al, eds.) Clark Boardman Callaghan, Nueva York, señala que, en un exhaustivo análisis realizado en EE. UU. (*Rape in America study*) se concluyó que tan solo el 16% de las violaciones eran denunciadas. De los casos denunciados, tan solo un 25% por cierto lo fueron dentro de las 24 horas siguientes a la supuesta agresión sexual. Aun cuando dado el tiempo transcurrido desde que se efectuó ese estudio es probable que los datos hayan variado, en todo caso desmienten la corroboración empírica de este «mito».

3. Identificación y desactivación judicial de los «mitos de la violación»

a. EL «CONSENSO EMERGENTE» SOBRE LA INNECESARIEDAD DE LA RESISTENCIA FÍSICA DE LA VÍCTIMA PARA ENTENDER COMETIDA UNA AGRESIÓN SEXUAL

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 4 de diciembre de 2003, *caso M. C. contra Bulgaria*⁴² hizo frente a varios de los denominados mitos de la violación, que, como ya hemos visto, no son más que ideas estereotipadas sobre el supuesto comportamiento «estándar» de una mujer agredida sexualmente. Pero puso un énfasis especial en el cambio apreciado en las décadas precedentes en los ordenamientos nacionales de los Estados firmantes del CEDH, para concluir que la ausencia de resistencia física de la víctima (menor de edad) no podía considerarse ya un requisito para investigar (y castigar) agresiones sexuales.

El TEDH señala que

«el Tribunal observa que, históricamente, la prueba del empleo de fuerza física y de resistencia física se requería con arreglo a las leyes nacionales y a la práctica en casos de violación en varias jurisdicciones. En las últimas décadas, sin embargo, se observa una clara y constante tendencia en Europa y en otras partes del mundo hacia el abandono de definiciones formalistas e interpretaciones estrechas de la ley en esta área [...] 157. En primer lugar, parece que el requisito de que la víctima deba resistirse físicamente ya no está presente en las leyes de los países europeos [...] El Tribunal también hace notar que los Estados miembros del Consejo de Europa, a través de su Consejo de Ministros, han acordado que penalizar los actos sexuales no consentidos «incluyendo los casos en los que la víctima no presenta signos de resistencia» es necesario para una efectiva protección de las mujeres contra la violencia, y que han urgido la implementación de reformas adicionales en este campo».

Aplicando esa doctrina al caso sometido a su consideración, la sentencia declara que se habían vulnerado los arts. 3 y 8 del Convenio, en la medida en que los investigadores habían concluido que, ante la ausencia de pruebas de resistencia física por parte de la denunciante, no podía concluirse que los investigados hubieran entendido que esta no había consentido⁴³. Interesa hacer notar que el TEDH pone el énfasis en la necesidad de agotar la investigación ante denuncias de agresiones

⁴² Primera Sección, asunto no. 39272/98.

⁴³ Esta STEDH es objeto de análisis en el excelente estudio de RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., pp. 35-37.

sexuales; investigación que debe centrarse primordialmente, más que en hallar vestigios que acrediten la resistencia de la víctima, en determinar si se prestó o no el consentimiento. La Corte de Estrasburgo también censuró que los fiscales a cargo del asunto no tuvieran en cuenta «los especiales aspectos psicológicos inherentes a los casos de violación de menores». El TEDH no se pronuncia sobre la eventual culpabilidad de los investigados, pues en este estadio procesal era prematuro. Lo llamativo es que las autoridades búlgaras hubieran aplicado el principio *in dubio pro reo* no ya antes de celebrarse el juicio, sino de concluirse la investigación preliminar sobre lo sucedido.

b. LA SENTENCIA DE LA CORTE DE CASACIÓN ITALIANA N.º 1636, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1998: EL DENOMINADO «CASO DE LOS BLUE JEANS»

En ordenamientos afines al nuestro, como el italiano, existen también ejemplos de resoluciones judiciales gravemente estereotipadas. En particular, suscitó justificadamente en su día una gran atención en los medios de comunicación la sentencia de la Corte de Casación italiana n.º 1636, de 6 de noviembre de 1998⁴⁴, que absolvió al acusado por considerar poco verosímil la declaración de la denunciante. En efecto, la Corte de Casación reprochó a la denunciante la falta de oposición de una resistencia física a la agresión sexual, afirmando que es «instintivo, sobre todo para una mujer joven, oponerse con todas sus fuerzas a ser violada y es ilógico sugerir que una muchacha aceptaría pasivamente ser agredida sexualmente, lo que constituye un grave ataque a una persona, por el temor a sufrir unos hipotéticos y con certeza menos graves daños [personales]». Hace acto de presencia aquí el sesgo de grupo, al contraponer la conducta particular de algunas víctimas (oposición de resistencia) a las de todas ellas (cuando, además, sabemos que muchas ocasiones esa resistencia no se opone, tanto por miedo a sufrir un mal mayor de manos de su agresor, como por la habitual situación de bloqueo mental de las víctimas de este tipo de delitos).

El tribunal italiano también juzgó incoherente el comportamiento de la denunciante tras la supuesta agresión sexual, pues «el tribunal de apelación se equivocó al no reconocer que carece de sentido que una chica, después de haber sido violada, tenga el ánimo suficiente para conducir el coche al lado de su violador». Igualmente, el hecho de no denunciar inmediatamente los hechos restaba —siempre a juicio de la Corte de Casación— credibilidad a su testimonio, aun cuando la de-

⁴⁴ Cass., sez. tre., 6 nov. 1998, *Cristiano*, Foro It. II 1999, CXXII, 163, 169.

nunciante tardó poco más de un día en relatar a sus padres que había sido forzada y en denunciar la agresión. La demora en la denuncia hace concluir a la Corte que la denunciante pudo haber acusado falsamente «para justificar ante sus padres la relación sexual con alguien mucho mayor que ella y, además, tratándose de un hombre casado, una relación que quería ocultar porque quizá estaba preocupada por las posibles consecuencias de esa relación sexual».

Como certeramente apunta LÓPEZ ORTEGA comentando esta resolución, «si nos detenemos un momento en el caso resuelto por la Corte de Casación italiana, que constituye un buen ejemplo sobre el modo en que se realiza el juicio de credibilidad en los delitos sexuales, podríamos preguntarnos por las razones que racionalmente permitían dudar del testimonio de una joven que durante una clase para aprender a conducir es llevada a un lugar solitario donde mantiene una relación sexual con un hombre maduro, con quien no consta que tuviera otra relación que la derivada de aprender a manejar el vehículo⁴⁵».

Incluso el mito de la vestimenta provocativa hizo acto de presencia en la sentencia italiana de 6 de noviembre de 1998, si bien de una forma oblicua⁴⁶, cuando el TS sostuvo que «debemos también considerar que es una máxima de la experiencia que es casi imposible quitar los pantalones vaqueros de otra persona sin la cooperación activa de quien los lleva, puesto que esta ya es una operación bastante difícil para quien se los pone».

Como se aprecia, pervivían en la sentencia estereotipos de género recurrentes que no hacen más que reproducir una imagen idealizada de la víctima de una violación. Imagen idealizada, por lo demás, con base en unas supuestas máximas de la experiencia carentes de cualquier tipo de fundamento empírico⁴⁷. Además, es interesante hacer notar que —como es habitual en las resoluciones judiciales sesgadas por los mitos de la violación— los razonamientos de la Corte de Casación

⁴⁵ «Yo sí te creo» (2018), *Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Comisión Penal*, n.º 10, p. 7.

⁴⁶ La referencia a la vestimenta de la denunciante (*jeans*), en tono pretendidamente jocoso, hizo que esta resolución pasara a ser conocida como «la sentencia de los *blue jeans*». Para un análisis de esta sentencia y su impacto en la sociedad italiana, *vid.* Rachel A. VAN CLEAVE (2005), «Sex, lies, and honor in italian rape law», 38 *Suffolk U.L.R.* 427, pp. 426-454.

⁴⁷ En España, quizá el caso similar más mediático fue el resuelto por la tristemente célebre «sentencia de la minifalda», dictada en febrero de 1989 por la Audiencia Provincial de Lérida, y en la que se señalaba que la joven de 17 años agredida sexualmente «pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario J. F. por su vestimenta». El acusado fue condenado por abusos deshonestos.

italiana *giraban en torno a lo que dijo, hizo o a cómo vestía la víctima*, mientras que la conducta del acusado apenas recibía atención.

Pero conviene hacer notar que la repulsa social que provocó en Italia a finales de los años 90 del siglo pasado esa sentencia fue mayúscula⁴⁸, porque de forma inequívoca se percibió por la opinión pública que la resolución absolutoria estaba plagada de estereotipos de género. Tan solo unas décadas antes, es probable que una sentencia de este tipo hubiera pasado desapercibida.

C. EL CASO *R v. EWANCHUCK*

Sin embargo, es en el Derecho angloamericano donde se encuentra una reacción más viva por parte de su jurisprudencia tendente a rechazar tales mitos, lo que no es extraño si tenemos en cuenta que la doctrina de esa familia del Derecho lleva décadas estudiando esta cuestión, en contraste con el escaso interés que ha suscitado en los ordenamientos de Derecho continental o *Civil Law*.

En el *Common Law*, suele citarse el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 25 de febrero de 1999, en el caso *R v. Ewanchuck*⁴⁹, como paradigma o *leading case* sobre los riesgos de una valoración estereotipada de la prueba por razones de género.

Los hechos, muy sucintamente explicados, fueron como siguen. La denunciante acudió a una entrevista de trabajo que se desarrolló en el interior de la camioneta del acusado. Finalizada la entrevista, el acusado invitó a la denunciante a ver algunos de sus trabajos, que guardaba dentro del remolque adyacente a la furgoneta. Aunque la denunciante había dejado abierta la puerta del remolque, el acusado procedió a su cierre, pensando la denunciante que aquel había cerrado con llave el habitáculo. El acusado procedió a acariciar a la denunciante de forma íntima, pese a que ella expresó verbalmente su oposición en varias ocasiones. A pesar de exteriorizar esa negativa a prestar su consentimiento, el acusado continuó con sus tocamientos de carácter sexual. El tribunal de instancia absolvió al acusado, pues aun admitiendo que la denunciante no quería mantener relaciones sexuales con el acusado —y de declarar probado que se quedó paralizada, ya que tenía miedo a que pudiera cometer un delito sexual, o de otro género, todavía más grave— consideró que su actitud pudo generar una duda razonable en el acusado acerca de su consentimiento sobre los tocamientos.

⁴⁸ Vid. «La «sentenza dei jeans» tra maschilismo e garantismo», *La Repubblica*, 12 de febrero de 1999.

⁴⁹ *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

Esta decisión fue ratificada por la polémica sentencia de la Corte de Apelación de la Provincia de Alberta de 12 de febrero de 1998⁵⁰. Por una mayoría de dos a uno, el tribunal confirmó la absolución del acusado, siendo especialmente llamativa la *leading opinion* del juez McCLUNG⁵¹. En efecto, en esa opinión pueden atisbarse muchos de los llamados mitos de la violación, esto es, una visión estilizada e idealizada de cómo una víctima de sexo femenino debería reaccionar ante una agresión sexual *verdadera*:

1. En primer lugar, contenía un juicio de valor negativo sobre la vestimenta y modo de vida de la víctima, al indicarse que «debe ser reseñado que la denunciante no se presentó ante E. [el acusado] en su tráiler en enaguas y polainas. Ella le dijo a E. que era madre de un bebé de seis meses y que, junto con su novio, compartían apartamento con otra pareja».
2. En otro pasaje se aprecia el peso del estereotipo que lleva a pensar que la negativa de una mujer a una insinuación sexual de un hombre esconde, en realidad, una aceptación implícita de su consentimiento, pues se indicaba por el magistrado McCLUNG que «los hechos, fijados por el juez de instancia, dan soporte a la conclusión extraída en el juicio formulada en términos de *consentimiento implícito*». Nótese que en este caso se declaró probado que la víctima verbalizó en varias ocasiones su oposición a las insinuaciones sexuales del acusado.
3. También cabe apreciar en el razonamiento de la Corte de Apelación de la Provincia de Alberta el prejuicio de género sobre la presunta incapacidad de los varones para contener sus impulsos sexuales, hasta el punto de que llega a decir que «más allá de la cuestión del error en la aplicación de la ley, el conjunto de la prueba indica que las insinuaciones [sexuales] de E. a la denunciante *fueron, más que criminales, hormonales*».
4. La exigencia de resistencia física por parte de la víctima que, además, debe dejar rastro, para entender existente una agresión sexual también hace acto de presencia en la *leading opinion* cuando el magistrado McCLUNG apostilla —banalizando

⁵⁰ *R. v. Ewanchuk*, 1998 ABCA 52.

⁵¹ La redacción de las sentencias de los órganos colegiados judiciales canadienses no es asignada formalmente a un ponente, sino que cada miembro del tribunal expone su posición por medio de las correspondientes «opiniones» (que puedan ser propias o consistir en su adhesión a la de otro magistrado) que integran la decisión conjunta, salvo que se emita de forma colegiada por todos sus magistrados, bajo la denominación «by the court» (*per curiam*).

de paso la gravedad de los hechos denunciados— que «en una época menos litigiosa los excesos cometidos en el coche del novio eran resueltos de mejor manera *in situ* —un insulto bien escogido, una bofetada en la cara o, de ser necesario, un rodillazo bien dirigido—».

Esta resolución fue dejada sin efecto por la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá por unanimidad de sus magistrados, que condenó al acusado por agresión sexual⁵². En la opinión concurrente de la magistrada L'HEUREUX-DUBÉ se hacía notar con acierto que «este caso no versa sobre el consentimiento, que nunca fue dado, *sino que versa sobre mitos y estereotipos* [...] El concepto de «consentimiento implícito» [...] niega la autonomía sexual de las mujeres e implica que están siempre en un estado de consentimiento constante a la actividad sexual».

Todas las opiniones de los magistrados del TS canadiense señalaron, con mayor o menor énfasis, que en la resolución recurrida era apreciables los aludidos mitos de la violación⁵³, que incluyen —con arreglo a la opinión concurrente del juez MAJOR—:

«la perspectiva de que las mujeres fantasean con ser víctimas de violaciones; que las mujeres quieren decir sí incluso cuando dicen no; que cualquier mujer podría resistirse con éxito a un violador si realmente lo quisiera; que las [mujeres] sexualmente experimentadas no sufren daño si son violadas (o al menos sufren un perjuicio menor que si son sexualmente «inocentes»); que las mujeres a menudo merecen ser violadas como consecuencia de su conducta, vestimenta o comportamiento; que la violación por un extraño es peor que la cometida por un conocido. Los estereotipos sexuales incluyen la visión de las mujeres como [personas] pasivas, dispuestas sumisamente a rendirse a las insinuaciones sexuales de hombres activos, la visión de que el amor sexual consiste en la «posesión» de una mujer por un hombre, y que la actividad sexual de los heterosexuales es paradigmáticamente el coito con penetración».

⁵² La polémica continuó después en los medios de comunicación canadienses, pues poco después de dictarse la sentencia por el TS, el magistrado de la Corte de la Provincia de Alberta autor de la controvertida *leading opinion* (McCLUNG) dirigió una carta al periódico *The National Post* criticando duramente esa resolución y, en particular, el voto concurrente de la magistrada L'HEUREUX-DUBÉ: «Las convicciones personales de una jueza, nuevamente expuestas desde la función jurisdiccional, explicarían plausiblemente el aumento (creciente) de suicidios masculinos en la provincia de Quebec». *The National Post*, 25-11-1999. Poco después, ese mismo magistrado pediría disculpas públicamente, alegando desconocer que el marido de la Sra. L'HEUREUX-DUBÉ había muerto de esa forma, si bien manteniendo que la resolución del TS era en todo caso equivocada.

⁵³ *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

Creo que no es ocioso poner de manifiesto, una vez más, que la sentencia de la Corte de Apelación de la Provincia de Alberta ponía el foco en la actitud, vestimenta, modo de vida de la denunciante, etc., dejando en un segundo plano el análisis de la conducta del acusado. A pesar de la profusa atención que la doctrina y en la jurisprudencia canadienses han prestado a los estereotipos sexuales desde hace años, el problema subsiste. En la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 24 de mayo de 2019,⁵⁴ dictada veinte años después de la del caso *Ewanchuk*, puede todavía leerse lo que sigue:

«Vivimos en una época donde los mitos, estereotipos y violencia sexual contra las mujeres —particularmente mujeres indígenas y prostitutas— son trágicamente comunes. Nuestra sociedad tiene todavía que asimilar en qué medida estas cuestiones están profundamente arraigadas y cuáles son sus devastadoras consecuencias. Sin duda, la eliminación de mitos, estereotipos y violencia sexual contra las mujeres es uno de los mayores retos que encaramos como sociedad⁵⁵.»

V. Remedios

Dado que los sesgos cognitivos son fenómenos involuntarios, su erradicación no es sencilla. Tampoco lo es en el caso de disfunciones cognitivas en las que afloran arraigados prejuicios de género. No obstante, pueden identificarse diversas medidas que tenderán a mitigar, al menos parcialmente, su perniciosa influencia en las resoluciones judiciales:

1. En primer lugar, se ha mostrado que tiene una cierta eficacia ilustrar a jueces y jurados sobre la existencia de los estereotipos de género y, además, sobre su falta de respaldo empírico (especialmente, en lo que se refiere a las agresiones sexuales⁵⁶). Esta técnica permite a los jueces, por ejemplo, comprobar por sí mismos que a veces aceptamos inconscientemente alguno de los denominados mitos de la violación sin darnos cuenta de que responden a un modelo idealizado de víctima, cuyo comportamiento teórico no se corresponde con la realidad⁵⁷.

⁵⁴ *R. v. Barton*, 2019 SCC 33.

⁵⁵ Opinión del juez MOLDAVER.

⁵⁶ Simone CUSACK (2014), «Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases», documento presentado el 9 de junio de 2014 ante el Alto Comisionado para los derechos humanos, pp. 35 y ss.

⁵⁷ Edwards, K. M., TURCHIK *et al.*, *op. cit.*, p. 770. El TS de Canadá, en su sentencia *R v. Barton* —ya mencionada— precisamente reprocha al juez que dirigió el juicio no

En ese punto, no es indiferente que el ordenamiento español no atribuya al jurado el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual⁵⁸, sino a jueces profesionales. En el *Common Law*, en el que todos los procesos penales son decididos por legos en Derecho, la jurisprudencia pone el énfasis en la necesidad de instruir correctamente a los miembros del jurado sobre la pervivencia de los estereotipos de género,⁵⁹ como paso previo para su neutralización. Dado que, a mi juicio con buen criterio, el legislador español ha entendido desaconsejable atribuir al jurado el conocimiento de estos tipos delictivos —dada su complejidad valorativa intrínseca (no olvidemos que en bastantes ocasiones la única prueba de cargo será el testimonio de la denunciante) y su específico componente emocional—, la identificación de los estereotipos de género de cara a su desactivación tendrá que ser realizada por los propios jueces, de manera que la formación especializada en esta materia deviene imprescindible (como a continuación veremos).

2. Una técnica que se ha mostrado moderadamente eficaz a la hora de combatir los sesgos cognitivos es el reforzamiento de la obligación de motivación de las resoluciones judiciales. En general, puede afirmarse que una menor motivación suele acompañar a las decisiones más sesgadas⁶⁰. Por un lado, porque en algunas ocasiones la mera redacción de la motivación de una decisión puede conducir al juez a darse cuenta de la falta de consistencia de sus razonamientos o de la quiebra del discurso lógico (y moverle a reevaluar su decisión inicial). De otro, porque ese déficit de motivación sugiere un menor esfuerzo cognitivo en la valoración de la prueba por parte del juez o jurado⁶¹.

haber ilustrado antes del inicio de las sesiones a los miembros del jurado sobre los estereotipos de género, raza (la víctima era indígena) o de clase (la víctima era una prostituta). A criterio de todos los magistrados del TS —aunque con matices— la absolución del acusado debía anularse y el juicio debía ser repetido.

⁵⁸ Cfr. Art. 1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 24 de mayo de 2019, *R. v. Barton*, 2019 SCC 33.

⁶⁰ FRANCISCA FARIÑA, LAURA REDONDO, TANIA CORRÁS y MANUEL VILARIÑO (2017), «Estudio de los efectos del anclaje en razonamientos judiciales en casos de disputa por la guardia y custodia», *Acción Psicológica*, vol. 14, n.º 2, pp. 147-156.

⁶¹ No me parecen satisfactorias las objeciones que opone Andrés PAEZ, «Los sesgos cognitivos y la legitimación racional de las decisiones judiciales», en *Derecho y Psicología* (2019), VVAA, (ed. P. Luque, D. Moreno y F. Arena), Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Precisamente, una jurisprudencia exigente con la motivación de las resoluciones de los tribunales de instancia provocará que, *ceteris paribus*, los jueces rec-

Por lo demás, cuanto mayor es la motivación de una resolución más probable es que se exterioricen, de existir, los pensamientos estereotipados⁶².

3. En el caso particular de las agresiones sexuales, corresponderá especialmente a las acusaciones, ya sean particulares, públicas o populares, un esfuerzo en explicar a los jueces —en lo que se refiere a España, ya que el enjuiciamiento de este tipo de delitos no está atribuido al tribunal del jurado— en qué consiste exactamente un estereotipo de género (en concreto, los «mitos de la violación») y en qué medida puede condicionar equivocadamente una decisión judicial. Deben ser por tanto estos profesionales quienes introduzcan en el debate procesal esta cuestión, procediendo a explicar al tribunal cómo actúa inconscientemente el sesgo de grupo y cómo puede ser neutralizado⁶³. Ahondando en esta línea, se han mostrado moderadamente eficaces técnicas tales como enunciar explícitamente contraejemplos de conductas alternativas de la víctima, así como el ofrecimiento de explicaciones sobre la conducta de la denunciante diversas de las derivadas de los prejuicios so-

tifiquen con más frecuencia, mientras redactan la sentencia, decisiones basadas en intuiciones erradas, al constatar inconsistencias en su propio razonamiento: y también hará que sus prejuicios afloren de forma explícita en mayor medida, de forma que esas resoluciones sesgadas puedan ser corregidas con más facilidad en vía de recurso. De hecho, en esa línea apunta ya la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, que casa aquellas sentencias condenatorias que, en su motivación, no exteriorizan las razones por las que desdennan la prueba exculpatória propuesta por el acusado. Citando sus palabras, ese *déficit de motivación* «puede ser exponente de un pre-judicio del tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada». Este pasaje, extraído de la STS núm. 265/2018 de 31 mayo, (ECLI:ES:TS:2018:2403), contiene una definición precisa del sesgo de confirmación y su relación con determinadas carencias de motivación de las resoluciones judiciales.

⁶² Nuevamente mencionaremos la sentencia *R v. Barton*, pues el TS canadiense entendió que los prejuicios raciales y de género de los miembros del jurado afloraron al utilizarse durante el juicio, de forma recurrente, en vez de «Sra. Gladue» —el nombre de la víctima— términos tales como «mujer indígena», «prostituta», etc. Otro tanto cabe decir de las expresiones sexistas empleadas en alguna de las resoluciones judiciales examinadas por la sentencia del TEDH del asunto *Carvalho Pinto contra Portugal*.

⁶³ Para ello, lógicamente, los abogados y fiscales deberán contar con la formación específica necesaria. En esa línea cabe enmarcar el documento *Enfoque de Género en la actuación letrada. Guía práctica para la abogacía*, publicado en 2017 por la Fundación Abogacía Española, así como la Circular FGE 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación del Ministerio Fiscal especializada en relación con la violencia sobre la mujer.

ciales⁶⁴. Se ha propuesto igualmente la aportación al proceso de dictámenes periciales psicológicos que ayuden a los jueces a entender cómo actúan inadvertidamente los estereotipos de género en el ámbito forense⁶⁵.

4. En aquellos casos en los que la decisión sea adoptada por un órgano colegiado y no unipersonal —lo que en el sistema judicial español ocurre a menudo ya desde la primera instancia, dado que la pena asociada a los tipos agravados contra la libertad sexual son superiores a 5 años y, por tanto, competencia de las Audiencias Provinciales ex Art. 14 LECrim—, una técnica eficiente consistirá en asignar a un magistrado distinto del ponente el papel de *discussant*, de forma que pueda poner de manifiesto a quien redacta el borrador de sentencia los sesgos, incluido el de género, en que haya podido incurrir el ponente. En general, existe un cierto consenso científico en que apreciamos mejor los sesgos en que incurren los demás, que los propios⁶⁶.
5. Otro método coadyuvante para neutralizar los efectos de sesgo de grupo consiste en la formación específica de los jueces en materia de género. En esa línea, en el año 2007 se modificó la LOPJ para incluir el estudio del principio de igualdad de hombres y mujeres en todas las pruebas de ingreso y promoción en la carrera judicial (art. 310 LOPJ), pasando a ser obligatoria su inclusión en cada plan de formación continuada de la carrera judicial y en la programación anual de los cursos de formación de la escuela judicial (art. 433 bis.5 LOPJ).

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2018, de reforma de la LOPJ, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, incluyó en la fase teórica de formación multidisciplinar del «curso de selección» que imparte la Escuela Judicial el «estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas» (art. 307 LOPJ párrafo segundo), siendo esta formación en materia de género imprescindible para acceder a

⁶⁴ KANG, Jerry, BENNETT, Mark W., CARBADO, DEVON W., CASEY, Pamela, Dasgupta, NILANJANA FAIGMAN, David L., GODSIL, Rachel D., GREENWALD, Anthony, LEVINSON, Justin D. y MNOOKIN, Jennifer L. (2012), «Implicit Bias in the Courtroom» (2012), *UCLA Law Review*, vol. 59, No. 5. pp. 1169 y ss.

⁶⁵ Simone Cusack, ob. cit, p. 37.

⁶⁶ KANG *et al*, ob. cit., pp. 1172-1174.

las pruebas de especialización dentro de la carrera judicial (art. 312.3 LOPJ). Adicionalmente, se introdujeron pruebas de especialización *ad hoc* para acceder a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 311 LOPJ).

No está de más reseñar que España ha recibido recomendaciones específicas para proporcionar una mejor formación obligatoria a los jueces y personal a su cargo sobre violencia doméstica que incluya, específicamente, formación sobre los estereotipos de género. Así se desprende del dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de Naciones Unidas de 16 de julio de 2014, dictado en el seno del desgraciado asunto *González Carreño contra España*⁶⁷. Igualmente, en las últimas observaciones finales sobre los informes periódicos de este asunto, de 29 de julio de 2015, el Comité ha expresado su preocupación porque las medidas adoptadas por España para «capacitar a los jueces y los abogados sobre la Convención y su Protocolo Facultativo y para incorporar sus disposiciones en su ordenamiento jurídico son insuficientes», de manera que ha instado al Estado español a impartir la formación jurídica apropiada a los jueces y magistrados.

También conviene hacer notar que el llamado *Informe Sombra CEDAW* (Informe sobre el seguimiento parcial de las observaciones finales del Comité CEDAW, de julio de 2017⁶⁸) señaló de forma crítica que la formación de los jueces en materia de la perspectiva de género, igualdad de género y violencia sobre la mujer sea voluntaria y que solo estuviera implantada en la formación inicial y en la formación especializada exigida para acceder a los Juzgados de Menores y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁶⁹, denunciando que no exista ninguna evaluación sobre la calidad e impacto de estas actividades formativas espe-

⁶⁷ Cfr. la sentencia del TS, Sala Tercera, n.º 1263/2018, de 17 de julio, que sienta las bases para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por el fracaso en la protección de la víctima de delitos de violencia de género, por un incumplimiento del Estado español de las resoluciones del Comité de la CEDAW. El dictamen de 16 de julio de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer indicó que «[e]n el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado *aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica*, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo 1 d), de la Convención».

⁶⁸ *Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, conocida por sus siglas en inglés (CEDAW).

⁶⁹ A mi juicio, algunas de las recomendaciones y reproches de ese informe —distintos de los aquí mencionados— son muy discutibles.

cíficas y, en fin, «se subraya que la falta de esta formación en género y en prevención tiene como consecuencia la prevalencia de una mirada sexista y discriminatoria tanto en los peritajes como en los procesos judiciales y las sentencias⁷⁰».

Parte de esas carencias formativas han sido atendidas por la citada Ley orgánica 5/2018, si bien no de forma completa, como recuerda el *Informe Sombra CEDAW* de mayo de 2019.

VI. La modificación de las reglas procesales sobre valoración de la prueba para neutralizar el sesgo de género

Dada su trascendencia, analizaremos de forma separada un remedio, distinto de los anteriores, que puede ayudar a mitigar los estereotipos de género en las resoluciones judiciales. Interesa precisar que, en rigor, más que modificar las normas procesales sobre la valoración de la prueba para incorporar la perspectiva de género, lo que realmente se prevé es facilitar a la víctima la acreditación de una invocada discriminación sexista. Lo anterior no obsta para que, como un efecto secundario de la alteración de las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, sea más improbable que el juez llamado a resolver el asunto sucumba de forma inconsciente a prejuicios de género.

1. La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

En cuanto a este tipo de iniciativas legislativas, es preciso destacar la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁷¹. Debemos recordar que esa norma trae causa de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Bajo el título «carga de la prueba», la Directiva establece en su Art. 19.1 que

⁷⁰ Sobre esta cuestión, *vid.*, Fernando GASCÓN INCHAUSTI y Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ (2019), «Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso», VVAA, en *La independencia judicial: un constante asedio*, (dir. Jordi Nieva-Fenoll y Eduardo Oteiza), Marcial Pons, Madrid, pp. 73-96.

⁷¹ Sobre la interpretación de esta norma, *Cfr.* Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS (2007) «Interpretación y aplicación del principio de no discriminación entre mujeres y hombres. Incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *Diario La Ley* n.º 6781.

«los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante el órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad del trato».

Esta Directiva permite, adicionalmente, que los Estados miembros puedan «imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante». En transposición de esa norma comunitaria, la referida Ley Orgánica 3/2007 confirió en el apartado tercero de su Disposición Adicional quinta una nueva redacción al apartado 5.º del Art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷², procediendo en la disposición adicional sexta a añadir un nuevo apartado siete del Art. 60 LJCA en términos similares al reseñado Art. 217.5 LEC⁷³.

En estas jurisdicciones, a diferencia del ámbito penal, sí es posible que el legislador nacional pueda alterar la distribución de la carga de la prueba para facilitar la viabilidad de reclamaciones basadas de conductas discriminatorias por razón de género⁷⁴. En efecto, existen otros ámbitos en los que la perspectiva de género en la valoración de la prueba, al no estar comprometida la presunción de

⁷² «5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.»

⁷³ No fue precisa una modificación de ese tenor en la Ley de Procedimiento Laboral, pues en el Art. 96 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, introdujo en su Art. 96 la previsión de que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá a la persona demandada la aportación de la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

⁷⁴ Cuestión distinta es que las reglas de distribución de la carga de la prueba y el estándar de mínimo probatorio discurran en planos diversos. Pues a mi modo de ver, una vez practicada toda la prueba, sigue siendo inexcusable la aplicación del «principio de preponderancia», esto es, que para el juez sea más probable la tesis acogida en la sentencia que la contraria. *Vid.* Marina GASCÓN ABELLÁN (2005), «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos,» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, pp. 127-139.

inocencia, permite obtener un mejor rendimiento. Es lo que ha ocurrido, recientemente, en relación con la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad en supuestos de violencia de género. En ese sentido, la importante sentencia del Tribunal Supremo n.º 22/2016, de 20 de enero, de la Sala de lo Social⁷⁵, aboga por un entendimiento flexible de la condición de víctima de la violencia de género. Es decir, no se exige una sentencia firme dictada por la jurisdicción penal con carácter firme que así lo declare, sino que se permite la toma en consideración de otros datos o elementos probatorios para alcanzar la convicción de que la solicitante de la pensión efectivamente reunía tal condición, necesaria para acceder a la prestación demandada.

En esa línea misma línea discursiva cabe enmarcar la sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 7 marzo de 2017, Sección 1.⁷⁶ Por esta resolución, «el principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas, *tanto si se trata de normas procesales, incluyendo las probatorias, como si se trata de normas sustantivas*⁷⁷». Como ya he indicado, a mi juicio una afirmación tan rotunda está necesitada de alguna matización, como la imposibilidad de extender esta pauta interpretativa en el seno del proceso penal cuando está en cuestión la presunción de inocencia. Para el TSJ de Canarias,

«la interpretación social del Derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio *pro persona*, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas. Los estereotipos de género son la base de la discriminación contra las mujeres. Su presencia en los sistemas de justicia tiene consecuencias perjudiciales para los derechos de las mujeres, particularmente para las víctimas y supervivientes de diferentes formas de violencia, pudiendo impedir el acceso a una tutela judicial efectiva».

⁷⁵ ECLI: ES:TS:2016:178.

⁷⁶ ECLI: ES:TSJICAN:2017:1. Para un análisis de esta resolución, *vid.* Glòria POYATOS I MATAS (2019), «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa», *IQual. Revista de género e igualdad*, 2, pp. 1-21.

⁷⁷ Para una lectura (muy) crítica de esta sentencia —y, en general, de la perspectiva de género—, *vid.* Pablo DE LORA DELTORO, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, Madrid, 2019, pp. 260-262

2. *La improcedente modificación de las reglas de valoración de la prueba para adoptar una perspectiva de género en el seno del proceso penal: la presunción de inocencia*

Conviene recordar que el Art. 19. 5 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 julio de 2006, señala que «[e]l presente artículo no se aplicará a los procesos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren». A mi modo de ver una reforma de las reglas de la valoración de la prueba en el proceso penal en el sentido expuesto en el Art. 19 de la citada Directiva sería de una muy dudosa constitucionalidad. A día de hoy, prudentemente, el legislador español no ha alterado, al contrario que en el resto de jurisdicciones, las reglas de valoración de la prueba para establecer presunciones contra reo o para otorgar un valor probatorio cualificado a determinados testimonios⁷⁸.

En un sentido opuesto apunta la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 282/2018, del 13 de junio, que reprocha al legislador no haber introducido una previsión en la Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, «que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal». Esta sentencia aboga por conceder a la denunciante de este tipo de delitos la condición de «testigo privilegiado», justificándolo en que conoce los hechos objeto de la acusación «por haberlos vivido en primera persona y *ser sujeto pasivo del delito*». Aunque bienintencionada, esta jurisprudencia me parece equivocada. No solo por incurrir en una manifiesta petición de principio (hasta que se dicte sentencia la denunciante no será sujeto pasivo del delito, por lo que concederle anticipadamente la condición de testigo cualificado difícilmente se cohonestará con el principio de presunción de inocencia), sino porque el relajamiento en las exigencias probatorias y, en particular, en la aportación de datos de corroboración objetiva de la declaración de la denunciante provocará, paradójicamente, que durante la instrucción de este tipo de procesos no se agoten todas las líneas de investigación ni se aporten a los autos datos que, aunque sean periféricos, apuntalen la declaración inculpativa de la denunciante.

⁷⁸ Nótese que otorgar normativamente un valor privilegiado a un medio de prueba en concreto (por ejemplo, a la declaración testifical de la denunciante) nos retrotraería a un modelo de prueba legal tasada anterior incluso el proceso codificador del siglo XIX, que optó por derogar la mayor parte de estas reglas con el objetivo de ampliar al máximo la libre apreciación probatoria del juez.

La citada STS no explica en qué se traduciría esa condición de «testigo cualificado» que atribuye a la denunciante⁷⁹. En un *obiter dictum* innecesario —en el caso sometido a su consideración había prueba de cargo más que suficiente para condenar al acusado—, la Sala Segunda expresa lo que sigue⁸⁰:

«Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida».

Sin embargo, a continuación la propia STS parece cuestionar este estatuto privilegiado, pues «[e]llo, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el

⁷⁹ Frente a la opacidad conceptual de esta resolución de la Sala Segunda, brilla con luz propia el rigor epistémico de la STS n.º 451/2015, de 14 de julio (ECLI: ES: TS: 3243), de la que fue ponente Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ: «Con semejante manera de discursar se está diciendo, además, implícitamente, algo que tampoco puede sostenerse, a saber, que la declaración de la víctima tiene el carácter de prueba privilegiada, apta para prevalecer sobre cualquier otra; que es por lo que, como aquí ha sucedido, podría facultativamente prescindirse del análisis de todas las demás llevadas a la vista [...] Por tanto, es obvio, la declaración de la víctima puede funcionar como prueba. Ahora bien, probará o no de manera efectiva a tenor de lo que resulte de la calidad de los datos que proporcione, en virtud de una evaluación contrastada de los mismos en el contexto de todos los demás disponibles. Una valoración que, por eso, no puede recluírse en la intimidad de la conciencia del tribunal, sino que ha de trascender al cuerpo de la sentencia bajo la forma de un discurso explícito, dotado de la necesaria expresividad y de la imprescindible racionalidad».

⁸⁰ Tras esa resolución se han dictado por la Sala Segunda varias sentencias confirmando esta novedosa doctrina jurisprudencial (SSTS n.ºs 119/2019, de 6 de marzo ECLI: ES: TS: 2019: 678 o n.º 13/2019, de 17 de enero ECLI: ES: TS: 2019: 39, entre otras).

acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración⁸¹».

Conendrá recordar aquí que siempre es falaz presentar una pregunta dicotomía entre la presunción de inocencia y la impunidad de determinados delitos. La legitimidad racional de los Estados democráticos herederos de la tradición ilustrada configura el proceso penal no solo como un mero vehículo para la castigar al culpable, sino también como un sofisticado mecanismo de protección del inocente. La presunción de inocencia no solo es una *regla de tratamiento* (nadie podrá ser considerado culpable hasta que una sentencia firme así lo declare expresamente), sino también una *regla de juicio*, «que se desdobra en una regla probatoria, que exige para la condena la existencia de actividad probatoria de cargo (suficiente) practicada con todas las garantías, y en un estándar probatorio o criterio que indica cuándo se entiende acreditada la hipótesis acusatoria⁸²». Estamos ante un falso dilema, porque no existe en puridad una contraposición entre la potencial impunidad de determinados delitos y la presunción de inocencia, pues cuando se propone rebajar las exigencias probatorias del proceso penal (no se olvide, por utilizar el adagio anglosajón, la acreditación de la culpabilidad del acusado «más allá de cualquier duda razonable») en realidad no se tiene certeza de la comisión de esa infracción penal.

Un reproche parecido cabe hacer, por razones muy similares, a la doctrina de la STS n.º 667/2018, de 20 de diciembre⁸³. Con arreglo a la tesis de la mayoría del tribunal, la condena al acusado por el tipo penal descrito en el Art. 153.1 CP (maltrato de género) no exige la acreditación del «elemento de dominación» característico de la violencia de gé-

⁸¹ En cuanto a los riesgos de una incorrecta aplicación por jueces y tribunales de la denominada «psicología del testimonio» hago mías las reservas epistemológicas que expresó la ya citada STS n.º 451/2015, de 14 de julio (ECLI: ES: TS: 3243): «De esta propuesta de método surge, pues, un sano principio de desconfianza frente a los frutos de la intuición o de procesos psicológicos con traducción en impresiones intransferibles, cuyo curso de formación no resulte verbalizable bajo la forma de una dación de cuenta razonada. Y tal es lo que obliga al juzgador a ser en extremo prudente al operar con elementos tan ambiguos, inaprensibles y equívocos como los del lenguaje gestual, de arriesgadísima lectura para quien, sin una formación específica en la materia, carece de otra posibilidad de aproximación al declarante y su perfil que la efímera del contacto que permite el espacio formalizado de la vista oral».

⁸² RAMÍREZ ORTIZ, ob. cit., 23.

⁸³ ECLI: ES: TS: 2018: 4353.

nero contra las mujeres, sino que el legislador habría partido de la presunción contraria:

«Es decir, que no es que se exija la prueba del elemento intencional, sino que el acusado puede probar que hubo una intención distinta, o que los hechos y las circunstancias lo son al margen de un tratamiento de género, o de la desigualdad».

Vaya por delante que esta interpretación del TS es perfectamente acorde con la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 59/2008⁸⁴. Ahora bien, a mi entender los magistrados que conformaron la mayoría en la STS n.º 667/2018 yerran cuando sostienen que «[y]a se ha resuelto por el Tribunal Constitucional la polémica sobre la corrección del mayor tratamiento punitivo del Art. 153.1 sobre el Art. 153.2 CP, por lo que no pueden introducirse instrumentos correctores de esta diferencia punitiva que tiendan a introducir elementos no previstos en la norma (FD 3.4.)» En rigor, el TC sostuvo que la interpretación que ahora sostiene la mayoría de la Sala Segunda no era inconstitucional. Pero no que fuera la única posible en el plano de la legalidad ordinaria y, menos aún —por razones obvias—, que fuera la mejor desde un punto de vista dogmático. Se incurre con esta construcción argumental en una suerte de falacia naturalista sui generis: como se considera constitucionalmente aceptable esa interpretación, se da por sentado que *debe ser* la correcta.

Me parece más convincente —por razones que no hace al caso desarrollar aquí⁸⁵— el planteamiento expresado por la minoría de la Sala Segunda en su voto particular discrepante a la referida STS n.º 667/2018. Porque tampoco sería aceptable, precisamente por incurrir en uno de esos estereotipos que se quieren combatir, atribuir presuntivamente determinados roles de dominación o asimetría en toda relación sentimental (presente o pretérita) hombre-mujer en cuyo seno se produce una agresión física, sea esta leve o grave⁸⁶. La estadística

⁸⁴ Mi valoración personal de esta STC (así como de las SSTC 45/2009, 127/2009 y 41/2010) es plenamente coincidente con la que desde la doctrina penalista ha venido defendiendo LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien a mi juicio ha escrito las páginas más agudas sobre esta jurisprudencia constitucional. Cfr. (2013) «¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, pp. 329-370.

⁸⁵ Pero que está expuestas en la entrada del profesor LASCURAÍN SÁNCHEZ «Igualdad y delitos de género», blog *Almacén de Derecho*, 9.4.19.

⁸⁶ Esta nueva doctrina de TS, llevada hasta sus últimas consecuencias, muestra cómo pueden acabar conceptuándose como constitutivos de violencia de género hechos axiológicamente desconectados de los principios que justifican ese mayor desvalor. Es el caso del auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27.ª, de 6 de junio de 2019

muestra que es así en un número muy considerable de casos. Pero es fácil colegir que no lo será en todos. Por lo demás, no debería ser complicado acreditar el elemento de asimetría o dominación en el seno de una agresión machista —no como elemento subjetivo del tipo, sino objetivo—, en atención al contexto y modo concreto en que esa violencia se ejerce, a las propias declaraciones del agresor y de la víctima, de su entorno familiar y social, expresiones empleadas, etc. Así lo venían haciendo hasta ahora los jueces y tribunales, incluyendo el propio TS.

Dejando al margen polémicas doctrinales, la posición mayoritaria de la Sala Segunda puede producir nuevamente un efecto perverso indeseado: si en los casos de violencia doméstica ya no es preciso, para obtener una condena, la prueba específica del «elemento de dominación o asimetría», no existirán incentivos para que la policía, las acusaciones y el juez instructor recaben datos o indicios que enriquezcan el cuadro probatorio en su conjunto. Y esas carencias probatorias puedan provocar, paradójicamente, que se incrementen las absoluciones ante la falta de aportación de una corroboración externa a la versión de la denunciante sobre el hecho mismo de la agresión.

3. *Los estereotipos de género en la instrucción de las causas penales*

La perspectiva de género puede mostrarse especialmente fructífera durante la instrucción de la causa⁸⁷. En efecto, es posible que quienes participan en la investigación, ya sean las acusaciones, el juez instructor o la policía, incurran, en algunas ocasiones, en conductas sesgadas por prejuicios basados en estereotipos de género. Sería el caso, por ejemplo, de cuando se sitúa el foco, durante la instrucción de la

(ECLI: ES: AMP: 2019: 1891 A) que, resolviendo una cuestión de competencia, atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el conocimiento de un más que plausible delito de cooperación al suicidio de una mujer, enferma de esclerosis múltiple desde hacía más de 30 años, atribuible a su marido.

⁸⁷ Sin perjuicio, lógicamente, de que, como ya hemos justificado, durante la fase decisoria también tenga relevancia para desactivar estereotipos sexistas y, en el caso particular de las agresiones sexuales, los denominados «mitos de la violación». Sin embargo, no faltan voces en la judicatura española que abogan por ir más allá. En esa línea parece apuntar el voto particular discrepante de la magistrada POLO GARCÍA a la sentencia del TSJ de Madrid 28/2017, de 22 de junio [ECLI:ES:TSJM:2017:8471]: «De una interpretación conjunta de los principios y valores de los citados instrumentos se desprende que la perspectiva de género debe presidir la valoración de las pruebas como condición de un juicio lógico y racional, lo que debe tenerse en cuenta no solo por los Tribunales de instancia especializados en violencia de género, sino también por los Tribunal de apelación y casación, aunque los mismos no se encuentren especializados».

causa, equivocadamente, en la eventual oposición de fuerza o resistencia por parte de la víctima, en vez de en el aspecto nuclear, que es la libre prestación del consentimiento por parte de la mujer. Se trata del supuesto analizado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003, *caso M. C. contra Bulgaria*, anteriormente citada.

De igual forma, determinados prejuicios asociados a la sexualidad femenina —como su supuesta vinculación exclusiva a la función reproductiva— pueden llevar al archivo precipitado de denuncias formuladas, por ejemplo, contra prostitutas⁸⁸. En idéntico sentido, estereotipos de género pueden también llevar a observar, en la fase de investigación, con un exceso de escepticismo, denuncias de agresiones sexuales perpetradas en el seno de un matrimonio (por influencia del atávico concepto de «débito conyugal⁸⁹»).

Lo cierto es que ni la CEDAW, ni la Convención de Estambul o la de Belem do Pará⁹⁰, ni tampoco las recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, aconsejan adoptar estándares de prueba específicos para los delitos de género y menos aún a costa de una relativización del principio de presunción de inocencia⁹¹. Lo que esos textos normativos exigen —en línea con la jurisprudencia del TEDH— es que los delitos sexuales denunciados sean objeto de una investigación policial o judicial exhaustiva no estereotipada, por lo que es en el seno de la instrucción de las causas penales donde se deben volcar todos los esfuerzos para darles cumplimiento.

Ni que decir tiene que, con esta línea de razonamiento, no se ponen en cuestión las atenciones asistenciales ni las prestaciones exigibles a la Administración, que deben ser puestas a disposición de quienes denuncian haber sido víctimas de una agresión sexista con la mayor efectividad y presteza⁹². De igual forma, la perspectiva de género también puede servir para evitar que, durante la tramitación de la causa, se produzca una se-

⁸⁸ Sobre las reticencias históricas a conceptualizar como penalmente reprochable la violación de prostitutas, *vid.* ASÚA BATARRITA (1998), *ob. cit.*, pp. 64-65.

⁸⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* STS núm. 254/2019, de 21 de junio (ECLI: ES:TS:2019:1516).

⁹⁰ «Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer».

⁹¹ Por el contrario, la «Guía para la Administración de Justicia con perspectiva de género de Consejo de la Judicatura de Ecuador» de 2018, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aboga por flexibilizar la carga de la prueba en los procesos penales por agresión sexual.

⁹² En línea con lo dispuesto por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. *Cfr.* RAMÍREZ ORTIZ, *ob. cit.*, p. 26.

gunda victimización, limitando, por ejemplo, la práctica de diligencias de prueba redundantes en las que deba intervenir la denunciante (art. 21 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), o la difusión a los medios de comunicación de datos personales que permita la identificación de la denunciante (art. 22 de la Ley 4/2015).

VII. A modo de conclusión

De lo expuesto se deduce que todavía perviven los estereotipos de género en las resoluciones judiciales, tanto españolas como extranjeras. Se trata de un fenómeno difícil de erradicar, puesto que responde a pautas culturales históricamente arraigadas que son aplicadas inconscientemente por los jueces y jurados. Ahora bien, lo anterior no es óbice para reconocer que, en las últimas décadas, esas pautas se están modificando y buena prueba de ello es la evolución de la jurisprudencia en materias tales como el permiso de paternidad o la oposición de resistencia en las agresiones sexuales.

Naturalmente, queda mucho camino por recorrer. La influencia del sesgo cognitivo de grupo aplicado al género puede ser neutralizado, cuando menos de forma parcial, mediante la mejora en la formación específica de los jueces, tanto en materia de psicología cognitiva como de género, y también a través de la labor de abogados y fiscales en los procesos judiciales.

Es igualmente razonable inferir que la flexibilización de las reglas procesales sobre la carga de la prueba en la jurisdicción civil y contencioso-administrativa acometida por el legislador español, en cumplimiento del mandato de la Directiva 2006/54/CE, mitigará el impacto de los prejuicios de género en las resoluciones judiciales dictadas en procesos en los que se alegue una discriminación por razón de sexo.

Por lo que se refiere al proceso penal, aunque la sede natural de la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional no es el momento de valoración de la prueba practicada en el plenario, sino, a mi entender, la fase de investigación (policial y/o judicial) de los hechos denunciados, también puede ayudar al juez a detectar y neutralizar determinados estereotipos sexistas en el momento de dictar sentencia, lo que cobra especial importancia en el enjuiciamiento de los delitos sexuales, ya que debemos estar en guardia para no aceptar inconscientemente alguno de los denominados «mitos de la violación».

Todo ello puede y debe hacerse, a mi juicio, sin abdicar de los principios rectores del proceso penal y, en especial, del escrupuloso respeto al principio de presunción de inocencia.

VIII. Bibliografía

- ALONSO GALLO, J. «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y Derecho Penal». *Revista InDret*, 2011, n.º 4/2011.
- ASÚA BATARRITA, A. «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico». *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- ASÚA BATARRITA, A. «Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre». *Las recientes reformas penales, Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 1, Universidad de Deusto. Bilbao. 2004.
- CONAGAN, J. y RUSSELL, Y. «Rape Myths, Law, and feminist research: Myths about Myths?». *Feminist Legal Studies*, 2014.
- COOK, R.J. y CUSACK, S. *Gender stereotyping: transnational legal perspectives*. University of Pennsylvania Press. Philadelphia. 2010.
- CUSACK, S. «Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases». *Documento presentado ante el Alto Comisionado para los derechos humanos*, 9 de junio de 2014.
- DE LORA DELTORO, P., *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, Madrid, 2019.
- EDWARDS, K. M., TURCHIK, J. A., DARDIS, C. M., REYNOLDS, N. y GIDY CZ, C. A. «Rape myths: History, individual and institutional-level presence, and implications for change». *Sex Roles: A Journal of Research*, 2011, n.º 65.
- FARIÑA, F., REDONDO, L., CORRÁS, T. y VILARIÑO, M. «Estudio de los efectos del anclaje en razonamientos judiciales en casos de disputa por la guardia y custodia». *Acción Psicológica*, 2017, vol. 14, n.º 2.
- GASCÓN ABELLÁN, M. «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, n.º 28.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y SÁNCHEZ LÓPEZ, B. «Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso» en *La independencia judicial: un constante asedio*. VVAA (dir. Jordi Nieva-Fenoll y Eduardo Oteiza). Marcial Pons. Madrid. 2019.
- GUTHRIE, C., RACHLINSKI, J. y WISTRICH, A.J. «Inside the judicial mind». *Cornell Law Review*, 2011, vol. 86, n.º 4.
- HECHT SCHAFFRAN, L. «Violence Against Women: Why Empirical Data Must Inform Practice». *Violence against women: law and practice* (David Frazee, et al, eds.). Clark Boardman Callaghan, Nueva York, 1998.
- KAHNEMAN, D. *Thinking, Fast and Slow*. Penguin. Nueva York. 2011.
- KANG, J., BENNETT, M.W., CARBADO, D.W., CASEY, P.D., NILANJANA FAIGMAN, D.L., GODSIL, R.D., GREENWALD, A., LEVINSON, J.D. y MNOOKIN, J.L. «Implicit Bias in the Courtroom». *UCLA Law Review*, 2012, vol. 59, n.º 5.
- KOROBKIN, R.B. «What Comes After Victory for Behavioral Law and Economics?». *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper*, 2011, n.º 11-10.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. «¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, n.º 99.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. «Igualdad y delitos de género». *Blog Almacén de Derecho*, 2019, entrada de 9.4.19.
- LEWIS, M. *The Undoing Project: A Friendship That Changed Our Minds*. Penguin. Nueva York. 2016.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J. «Yo sí te creo». *Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Comisión Penal*, 2018, n.º 10.
- LYNN UBELL, R.M. «Myths and Misogyny: The legal response to the sexual assault». *Master of Studies in Law Research Paper Repository*, 2018, n.º 4.
- MARTÍN GAITE, C. *Usos amorosos de la postguerra española*. Anagrama. Barcelona. 1987.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M. y OCEJO ÁLVAREZ, E. *Enfoque de género en la actuación letrada. Guía práctica para la abogacía*. Fundación Abogacía Española. Madrid. 2017.
- McGLYNN, C. «Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law». *European Law Journal*, 2000, vol. 6.
- MONTALBÁN HUERTAS, I. «Interpretación y aplicación del principio de no discriminación entre mujeres y hombres. Incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo». *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2007, n.º 6781.
- PÁEZ, A., «Los sesgos cognitivos y la legitimación racional de las decisiones judiciales», en *Derecho y Psicología* (2019), VVAA, (ed. P. Luque, D. Moreno y F. Arena), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- POYATOS I MATAS, G. «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa». *IQual. Revista de género e igualdad*, 2019, n.º 2.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J.L. «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». *Quaestio facti, Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2019, vol. 1.
- RANDALL, M. «Sexual Assault Law, Credibility, and «Ideal Victims»: Consent, Resistance, and Victim Blaming». *Canadian Journal of Women and the Law*, 2011, vol. 22.
- SMITH, O. y SKINNER, T. «How rape myths are used and challenged in rape assault trials». *Social & Legal Studies*, 2017, vol. 26.
- SUNSTEIN, C.R., JOLLS, C. y THALER, R.H. «A Behavioral Approach to Law and Economics». *50 Stanford Law Review*, 1998, n.º 1471.
- TIMMER, A. «Gender Stereotyping in the case law of the EU Court of Justice, European». *Equality Law Review*, 2016, n.º 1.
- TVERSKY, A. y KAHNEMAN, D. «Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases». *Science*, 1974, vol. 185, n.º 4157.
- VAN CLEAVE, R.A. «Sex, lies, and honor in italian rape law». *38 Suffolk U.L.R.* 427, 2005.

La intervención penal, *ultima ratio*. El sistema penal como parte del conjunto de medidas de protección de la mujer

Revisión crítica de las medidas penales de la LO 1/2004.
Nuevas propuestas

Ana Ferrer García

Magistrada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Sumario: I. Introducción. II. Llegó la LO 1/2004 III. La LO 1/2015, de 30 de marzo. IV. El papel de jurisprudencia. V. La agravante de discriminación por razones de género. VI. Propuestas. VII. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se desarrolla una revisión crítica de la evolución de las herramientas penales dispuestas progresivamente para dar respuesta a la violencia de género. En este sentido, se desarrolla un recuento de los grados aportes, pero también de los problemas más relevantes de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (intensificación del rigor punitivo, creación de órganos ad hoc, etc.) así como de la reforma de gran calado de nuestro CP efectuada por medio de la LO 1/2015 (la cual introdujo diversas modificaciones encaminadas a reforzar la protección de las víctimas de violencia de género entre las que destacan: la ampliación del ámbito de la libertad vigilada, el carácter público de las amenazas y las coacciones leves cuando estén relacionadas con la violencia de género, el retoque del delito de trata de seres humanos, la introducción de tipos penales relacionados con la violencia de género tales como los matrimonios forzados, el acoso y el ciberacoso). Por otro lado, el trabajo incorpora una pormenorizada reseña de los pronunciamientos más relevantes de la Sala II del Tribunal Supremo en materias que afectan a la violencia de género. Por último, se incorpora el análisis de ciertos problemas interpretativos derivados de la entrada en escena de la agravante de discriminación por razón del género y un conjunto de reflexiones y propuestas que, sin lugar a dudas, han de ser tenidas en cuenta para el desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial en torno a esta problemática.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-102-8, núm. 16/2020, Bilbao, págs. 81-109

Palabras clave: Violencia de género, Derecho Penal, Reformas penales, Agravante de género, Mediación.

I. Introducción

La mayor manifestación de desigualdad es la violencia de género, la que se ejerce sobre las mujeres por el hecho de serlo. Violencia en todas sus manifestaciones. En el ámbito internacional resulta hoy indiscutible que la violencia contra las mujeres es una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales. Declaraciones como las del Convenio contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la CEDAW, en 1993¹, la aprobada en la Conferencia de Beijing en 1995, o ya en el ámbito europeo el Convenio de Estambul, han considerado la violencia de género como un ataque a los derechos humanos que conculca la prohibición de no discriminación y han impuesto a los Estados la obligación de luchar contra ella.

En todas las sociedades del mundo, el desequilibrio de poder entre hombres y mujeres genera y refuerza la tolerancia hacia la violencia de ellos sobre ellas. Con arreglo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados están obligados a tomar todas las medidas adecuadas para cambiar las actitudes sociales y los patrones culturales que sustentan los prejuicios y la discriminación contra las mujeres, así como los roles estereotipados de género asignados a mujeres y hombres. En todos los niveles de la sociedad, la labor de prevención es vital para originar cambios profundos y duraderos y para garantizar el derecho de las mujeres a no sufrir violencia de género; pero también un adecuado sistema de represión penal.

El interés en España por la tutela penal de la violencia que se ejercía sobre las mujeres fue prácticamente inexistente hasta finales del siglo pasado.

Encontramos algún precedente aislado, como la incorporación en la reforma del Código penal de 1989 del delito de violencia habitual, que planteó no pocos problemas de aplicación ante la ausencia de una interpretación jurisprudencial de lo que había de entenderse como violencia habitual y sus contornos respecto al *bis in idem* o los problemas de prueba. Algunos sectores doctrinales atribuyeron un cierto obstaculismo entre los jueces a la aplicación de esta figura, pero las construc-

¹ 1. «La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.»

ciones penales novedosas requieren de su periodo de adaptación, con la elaboración de patrones interpretativos que no alcanzan su carácter general hasta que el órgano encargado de marcar tales pautas interpretativas, el Tribunal Supremo, tiene ocasión de hacerlo. No siempre es una opción fácil, sobre todo con el sistema de casación entonces vigente, que sustraía del conocimiento del Tribunal Supremo los delitos castigados con menor penalidad, que agotaban su revisión jurisdiccional en las Audiencias Provinciales, con la diversidad de enfoque que ello propiciaba.

De otro lado, los jueces somos fruto de nuestro tiempo y de la sociedad en la que hemos crecido, nos hemos formado y ejercemos nuestro cometido. Por ello no es de extrañar la necesidad de un cierto periodo de adaptación a una regulación penal que implicaba el germen del cambio de concepción en relación a la violencia que sufren las mujeres, y por eso es tan importante, ya lo avanzamos, una formación específica en la materia. Porque hasta ese momento, la violencia que sufrían las mujeres por parte de sus parejas se consideró como cuestión privada.

La percepción social fue evolucionando, los casos de violencia sobre las mujeres cada vez se presentaban como una sangrante realidad. Fue una evolución paralela al desarrollo de las libertades en una sociedad democrática, y muy vinculada con la libertad de información. La diferente oferta informativa que ofrecían la prensa escrita y la audiovisual contribuyeron de manera decisiva a generar en los ciudadanos una conciencia colectiva en torno a la violencia que ejercían los hombres sobre las mujeres, al poner de relieve con toda su crudeza realidades hasta el momento ocultadas. No en vano se cita como detonante de la eclosión de esa conciencia colectiva el asesinato de Ana ORANTES. En diciembre 1997 fue quemada viva por su exmarido, tras haber relatado en un programa de televisión la violencia a la que había sido sometida por él. A partir de entonces la muerte de mujeres a manos de sus parejas o exparejas no ha dejado de inundar los informativos. Una triste realidad que cualquier sociedad que se respete no puede tolerar.

Lo relevante es que la violencia que se ejercía sobre las mujeres, en la mayoría de los casos amparada en la intimidad del hogar familiar, dejó de ser una cuestión privada. Quienes en las décadas de los 80 y los 90 estuvimos al frente de Juzgados de Instrucción, fuimos testigos del fenómeno. En aquellos años afloraban situaciones de violencia, explícita en unos casos y encubierta en la mayoría. Las más de las veces sin posibilidades de actuación, pues ya fuera por la presión social que empujaba a no airear lo que no conseguía romper el envoltorio de «problemas de familia» que se resolvían en privado, o por la posición de dependencia de la víctima, que sin el más mínimo apoyo asistencial veía peligrar su propia subsistencia y la de sus hijos en el caso de pro-

picar un juicio, hacían muy difícil que los procesos penales pudieran culminar con pronunciamientos de condena. Agresiones aisladas, brutales palizas en muchos de los casos, casualmente justificadas con fortuitos golpes al bajar las escaleras o con el marco de una puerta. Sin embargo, las cifras mortales no eran advertidas como un fenómeno de tanta magnitud, precisamente por la ausencia de estudios globales sobre la materia. La mejor arma para luchar contra un problema es conocer su auténtica dimensión, de ahí la importancia de las mediciones y el trabajo de campo que llevan consigo.

Las primeras mediciones sobre el número de mujeres que morían a manos de sus parejas o exparejas se remontan que al año 2002: 71 muertes que incrementaron en una más al año siguiente. El estudio global y especialmente los datos estadísticos que constataban tan cruel realidad han sido, y siguen siendo, una herramienta de actuación fundamental. Quizás así se explique el retraso en la adopción de medidas específicas en algunos países de nuestro entorno que tardaron más en plasmar en cifras reales los supuestos del maltrato. Cerrar los ojos no aporta soluciones.

Hasta este momento la protección de la mujer frente a los comportamientos violentos se había centrado en protegerla en el ámbito familiar, asimilándola con las personas más vulnerables integradas en el mismo. Una visión que compaginaba mal con el contexto internacional que ya por entonces situaba la causa de la violencia contra las mujeres en la propia estructura social. En 1995 la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, concluyó que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para alcanzar los objetivos de igualdad, desarrollo y paz; a la vez que viola y anula la libertad fundamental de aquellas y la de disfrutar de los derechos humanos básicos, por lo que todos los Estados deben luchar contra ello. Situó la causa de la violencia contra las mujeres en la propia estructura social. Según se aprobó en las conclusiones «las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo» se encuentran en la base como punto de partida de las causas de la violencia contra las mujeres.

II. Llegó la LO 1/2004

La influencia internacional y una situación política propicia desembocaron en la aprobación de la LO 1/2004 de Medidas de Protec-

ción Integral contra la Violencia de Género, cuyo artículo 1.º define la misma como «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Esta Ley supuso un cambio de paradigma, un incuestionable avance que permitió poner el foco sobre el problema, si bien centrado en los supuestos de violencia ejercida sobre la mujer en el ámbito familiar, es decir, por quien es o ha sido su pareja, y la que en el mismo contexto afecta sus hijos o a los menores sometidos a su tutela. Un importante punto de partida que, sin embargo, dejó fuera de la consideración legal como la violencia de género a los ataques a la mujer por el mero hecho de serlo que se desarrollan en otros entornos relacionales.

La Ley 1/2004 trajo consigo una actualización del panorama legislativo en general, y especialmente en la esfera penal, en la que recogió el testigo de anteriores reformas tanto del Código Penal, especialmente en el año 2003, como de la Ley procesal, si bien ahora introduciendo el género como factor de tipicidad.

Pero no solo abordó este aspecto, pues enfocó el fenómeno desde una perspectiva integral que fue más allá de la solución meramente sancionadora, para tomar iniciativas de orden laboral, formativo, relativas al apoyo económico a las víctimas y aspectos generales de la convivencia como la educación, u otros más concretos como, por ejemplo, la publicidad. Lo fundamental: incluyó un programa de sensibilización y educación en igualdad pensado para modificar a largo plazo el sistema de valores sobre los que se asienta la discriminación por razón del género.

Esta Ley intensificó el rigor punitivo en una progresión que seguía la línea marcada por anteriores reformas proyectadas sobre la violencia que se ejercitaba en el ámbito familiar y doméstico. Sin embargo, incorporó en nuestra legislación por primera (y casi única) vez auténticas figuras de género, describiendo supuestos agravados en algunos de los tipos penales a través de los que se canalizan los comportamientos violentos de los hombres sobre las mujeres, cuando la víctima fuera la esposa o la mujer que se hallará vinculada al agresor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Esta última especificación amplió el margen de actuación a situaciones de noviazgo, lo que permite expandir el espectro de la regulación típica a las relaciones entre los más jóvenes.

Así, se recogió para las lesiones en el artículo 148. 4², para las amenazas y coacciones leves, tipificadas ahora como delito, en los artículos 171.4³ y 172.2⁴ y en el maltrato físico o psíquico ocasional también leve de los artículos 153.1⁵.

² Artículo 148 «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

...4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.»

³ Artículo 171 « 4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.»

⁴ 172 « 2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.»

⁵ Así quedó redactado «1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Sin embargo, no se incluyó esta especificidad de género en relación al delito de violencia habitual 173.2 CP, que siguió proyectado como un supuesto de violencia familiar, que equipara como víctimas a ambos cónyuges y otras personas unidas por vínculos de parentesco⁶, o

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

⁶ El artículo 153 CP en su redacción original castigaba al «que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.» La LO14/1999, consecuencia del «Plan de acción contra la violencia doméstica», aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, introdujo entre las acciones comisivas la violencia psíquica, y amplió el círculo de posibles víctimas no solo a aquellos cónyuges o asimilados que mantenían en el momento la relación, cubriendo el espectro de agresiones que se producían una vez finalizada la misma. Añadió además un segundo párrafo a tenor del cual «para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». La LO 11/2003 desplazó el anterior contenido del precepto relativo al maltrato habitual a los delitos contra la integridad moral, adicionando el artículo 173 con los apartados 2 y 3 con el siguiente contenido «2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar

en el delito de quebrantamiento de pena o medida de seguridad⁷. Se acordaron especificidades restrictivas para la sustitución de penas y la suspensión de condenas derivadas de delitos de violencia contra las mujeres, se previó una penalidad agravada para las injurias leves en el ámbito doméstico, a la vez que quedaron excluidas del régimen de perseguibilidad privada y se diseñó una tipicidad agravada como delito a las amenazas leves en el ámbito familiar con la incorporación de los apartados 5 y 6 del artículo 171 CP⁸. Sin embargo, ninguna expresa

en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»

Por su parte, esta misma LO 11/2003 colmó el vacío del artículo 153 incorporando al mismo un nuevo tipo que elevó a la consideración de delito comportamientos tipificados como faltas de lesiones, malos tratos sin lesión y amenazas leves cuando se producían dentro del ámbito familiar con la siguiente redacción «El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza». Redacción que se mantuvo hasta la reforma operada por la LO 1/2004.

⁷ La LO 1/2004 redactó el párrafo segundo del artículo 468 en los siguientes términos «2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.». Con anterioridad la LO15/2003 ya había elevado la penalidad cuando del quebrantamiento de las prohibiciones del 57.2 se trataba. Por efecto de esa misma Ley, se redactó ese apartado del artículo 57 de manera que en los supuestos de violencia familiar, incluidos los que afectaban al cónyuge o persona vinculada por análoga relación, la imposición era preceptiva, previsión que aun hoy subsiste.

⁸ Artículo 171 «5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de

previsión se adoptó para los delitos de homicidio y asesinato ni para los que comprometen la libertad sexual.

Desde el punto de vista orgánico, la LO1/2004 creó los Juzgados de Violencia contra la mujer, que habrían de asumir la instrucción, y, en su caso, el fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, y de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia fueran objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. En concreto se les atribuyó la competencia para conocer de las medidas cautelares orientadas a la protección de la víctima que habían incorporado la LO 14/1999, de 9 de junio⁹ y la Ley 27/2003, de 31 de julio¹⁰, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia de doméstica.

prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

⁹ Modificó el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de malos tratos, e introdujo por primera vez una previsión legal, el artículo 544 bis LECRIM, a través de la que adoptar cautelares medidas de distanciamiento entre el agresor y la víctima.

¹⁰ Unificó distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos, para que en los inicios de la investigación judicial, pudieran gozar un estatuto integral de protección que concentrara cautelas de naturaleza civil y penal. Según explicaba la Exposición de Motivos de la Ley, a través de este instrumento se pretendía obtener «una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador»

Con anterioridad, la posibilidad de actuar cautelarmente en protección de cualquier clase de víctimas estaba limitada a la vía que habilitaba el artículo 13 LECRIM al consignar como primeras diligencias en las causas penales las de «dar protección a los perjudicados». Una mención tan vaga no otorgaba cobertura suficiente para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales. La LO 14/1999 con el objetivo de facilitar

Finalmente, también en el ámbito orgánico, la LO 1/2004 de protección integral, creó la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto.

La Ley de Protección Integral fue una ley icónica, aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados, cuya aplicación, sin embargo, no estuvo exenta de polémicas. Hubo quien dudó de su constitucionalidad, porque sostenían que las figuras de género que incorporaba rompían el principio de igualdad al castigar de manera más grave al hombre que a la mujer, en un tratamiento al que reprochaban rescatar los perfiles del derecho penal de autor. El Tribunal Constitucional resolvió por primera vez en el año 2008 (STC 59/2008, de 14 de mayo), y lo hizo otorgando legitimidad a las nuevas circunstancias de agravación. Explicó que las agresiones de un hombre contra su pareja poseen una gravedad especial no comparable a otro tipo de agresiones aparentemente idénticas, porque son el trasunto «de una arraigada estructura desigual que la considera como inferior, como seres con menores

la inmediata protección de la víctima en los delitos violencia doméstica, introdujo una nueva medida cautelar que permitiera, entre las primeras diligencias, acordar el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima. Lo hizo con la incorporación de un nuevo artículo 544 bis del siguiente tenor «En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.» La LO 15/2003 dio una nueva redacción al último párrafo que concretó en estos términos «En caso de incumplimiento por parte del inculpado 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»

competencias, capacidades y derechos». De manera que el maltrato de género adquiere una identidad propia y da lugar a un injusto adicional que justifica el que la sanción penal sea superior sin que por ello sufran los principios de igualdad y de proporcionalidad¹¹.

Esta legislación supuso un avance incuestionable, y especialmente una toma de postura por parte del legislador respecto a la gravedad del problema. Ahora bien, pese a su ambicioso enunciado, solo fue un tímido punto de arranque. No se incorporó la perspectiva de género, ni siquiera con el alcance limitado que la constriñe a la violencia que se ejerce sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas, en la tipificación de los ataques más graves, los que comprometen la vida, o en otras facetas de la violencia, como la sexual. Y ello aunque, según su artículo 1.3 «la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». En los desgraciadamente frecuentes casos de homicidio o asesinato de mujeres, así como en los ataques de carácter sexual dentro de este ámbito relacional, el plus de antijuridicidad se ha compensado en la práctica judicial a través de la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 CP) como agravante. Pero, aun así, no se colman todos los perfiles, pues, por ejemplo, el parentesco no engloba las relaciones de noviazgo sin convivencia.

III. La LO 1/2015, de 30 de marzo

Muchas ha sido las reformas que desde entonces ha soportado el Código Penal, sin embargo, en relación a la violencia de género, la de mayor calado ha sido la operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta última ha introducido algunas modificaciones encaminadas a reforzar la protección de las víctimas de violencia de género, aunque no como realidad con autonomía propia, sino incorporadas dentro del tratamiento genérico a las víctimas, o en la más amplia concepción de violencia familiar. En este contexto, por ejemplo, se ha ampliado el ámbito de la libertad vigilada a todos los delitos contra la vida, y a los delitos de lesiones y maltrato de obra cuando se trate de víctimas de violencia de género y al delito de violencia psíquica o física habitual.

¹¹ Se plantearon cerca de doscientas cuestiones de inconstitucionalidad por la perspectiva de género incorporada a las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones leves. Se admitieron más de un centenar. Todas han sido rechazadas, entre otras por las SSTC 58/2008, 45/2009 y 127/2009, a las que se remiten mayoritariamente las sucesivas.

Afirmó el legislador de 2015 haber despenalizado las faltas, aunque más bien las ha transformado en delitos leves. Este es el caso de las amenazas y las coacciones leves, que solo serán de carácter público, excepcionadas en consecuencia del régimen de denuncia previa, cuando estén relacionados con la violencia de género. Las injurias leves y las vejaciones injustas también leves solo son punibles en los casos de violencia de género y doméstica.

Se ha retocado la descripción del delito de trata de seres humanos e introducido tipos penales relacionados con la violencia de género tales como los matrimonios forzados o el «ciberacoso» que castiga la difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona obtenidas con su consentimiento en un domicilio o lugar privado, cada vez más frecuente en supuestos de crisis de pareja.

Otra de las novedades en esta materia ha sido la incorporación al texto penal del delito de hostigamiento o acecho (*Stalking*). De esta manera se da cumplimiento a los compromisos asumidos por España a consecuencia del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 1 de mayo de 2011. Según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 la inclusión de este nuevo tipo penal de acoso persigue dar respuesta a conductas de indudable gravedad, que, en muchas ocasiones, no podrían ser calificadas de coacciones o amenazas. Integran este delito la repetición de conductas que sin llegar a aquellas, menoscaban la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos de hostigamiento. Existe consenso en la doctrina en que los tipos penales existentes no resultaban suficientes para dar respuesta a este fenómeno.

En cualquier caso, por más que la inclusión de este tipo delictivo pudiera estar justificada, y coadyuve como instrumento útil para combatir el maltrato, especialmente en lo que se conoce como «violencia psicológica de control», será necesario que cada una de las conductas que lo integran tengan un mínimo de lesividad a fin de que no se vean comprometidos los principios que inspiran el derecho penal.

Finalmente, la LO 1/2015 ha incorporado el género como motivo de discriminación en la agravante del n.º 4 del artículo 22, y como uno de los motivos que llevan a cometer delitos de incitación al odio y la violencia. En concreto la nueva agravante suministra una válvula que proyecta el género, entendido como los patrones que perpetúan los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres, a ámbitos relacionales más amplios que las relaciones de pareja, y a delitos distintos de aquellos sobre los que incidió la LO 1/2004.

IV. El papel de jurisprudencia

La Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal supremo ha conformado un importante cuerpo de doctrina en relación a los delitos de género, muy especialmente a partir del año 2015. La reforma procesal operada por la Ley 41/2015 ha ampliado el ámbito de la casación y permitido el acceso a la misma de las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal y, con ellas, de los delitos castigados con pena inferior a los cinco años, de los que con anterioridad solo conocía cuando concurrían como conexos con otros más graves. Ello ha permitido profundizar en el alcance y perfiles de estas infracciones, que con anterioridad solo excepcionalmente se debatían en casación, y de esta manera unificar la disparidad de criterios mantenidos por la distintas Audiencias Provinciales, en las que hasta esta reforma se agotaba la revisión.

Podemos destacar como pronunciamientos relevantes en materias que afectan a la violencia de género, la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo (Pleno) 342/2018 de 10 de julio¹², según la cual el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP debe entenderse comprendido entre aquellos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.

STS, Pleno, 324/2017, de 8 de mayo¹³, marcó los perfiles del nuevo delito de hostigamiento del artículo 172 ter CP, conocido como *Stalking*.

STS, Pleno, 664/2018, de 17 de diciembre¹⁴, según la cual frente a una orden de alejamiento en el ámbito de la violencia género, no cabe oponer por el progenitor causas de justificación amparadas en el ejercicio de la patria potestad.

STS 568/2015, de 30 de septiembre¹⁵; 118/2017, de 23 de febrero¹⁶; 247/2018, de 8 de mayo¹⁷; y 452/2019, de 8 de julio¹⁸, se pronuncian acerca de la privación de la patria potestad de los hijos comunes respecto al progenitor que ejecuta un acto de violencia de género.

En la STS 677/2018, de 20 de diciembre¹⁹, el Pleno de la Sala de casación se posicionó respecto a un tema que había sido controver-

¹² <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ad2e9ebbbb7f814/20180720>

¹³ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e399e1a4eb43b706/20170510>

¹⁴ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dec4313fe7ef97a6/20190104>

¹⁵ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/700c4ce3cd79afe4/20151019>

¹⁶ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d4e58e396b2c0e7a/20170307>

¹⁷ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/609bed1be6397d87/20180608>

¹⁸ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2bf9a63ff116e89/20191016>

¹⁹ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1fbc182d6f4ae26c/20190109>

tido. A lo largo de los años se fueron produciendo algunos vaivenes, desde aquellas sentencias que consideraron que no toda agresión de un hombre sobre su pareja es violencia de género, sino sólo aquellas que se producían en las situaciones descritas en el artículo uno de la Ley Integral, es decir «en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre», lo que desembocaba en exigir un especial ánimo tendencial en el agresor de dominar a la víctima; hasta las que mantuvieron que el tipo no exigía ningún elemento intencional que pudiera operar como elemento subjetivo del injusto. Y por esta última opción se decantó el Pleno, porque exigir ese elemento subjetivo del tipo en el artículo 153.1 supondría exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describió el mismo. Y ello, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo. Tal sentencia mereció un voto particular, pero no en cuanto a la doctrina referida a la ausencia de exigencia de ese supuesto requisito de específico consistente en un elemento subjetivo del injusto, sino sobre la necesidad de que, objetivamente, haya de producirse el hecho en el contexto de una situación de dominación que, dice dicho voto particular, no cabe presumir por el hecho de ser varón el agresor que golpea a pareja femenina. Tal dominación en la relación marido-mujer, dijo sin embargo la mayoría del Pleno de la Sala, no se presume *iuris et de iure* y tampoco se exige como elemento del tipo. En cualquier caso, el mismo voto particular emitido respecto de la mayoría en la citada sentencia del Pleno de la Sala II se cuidó de subrayar que el elemento del contexto de dominación «no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito». «No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer». «Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada».

La STS 667/2019, de 14 de enero de 2020, rechazó que el consentimiento de la persona en cuyo favor se fija una prohibición de acercamiento pueda ser idóneo, no ya como exculpante, sino incluso para sustentar una atenuante analógica cuando aquella se quebranta²⁰.

²⁰ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d3ca609c58016c97/20200127>. Condensa esta sentencia el posicionamiento de la Sala sobre esta cuestión y sus oscilaciones. Así señala «El tipo previsto en el artículo 468.2 CP por el que el recurrente viene condenado señala «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada».

V. La agravante de discriminación por razones de género

La entrada en escena de la agravante de discriminación por razón del género, como una de las variantes incorporadas al artículo 22.4 CP, ha exigido por parte de la jurisprudencia una delimitación clara de su al-

En el particular supuesto que nos ocupa, se incumplió por el recurrente la pena de prohibición de acercamiento a una distancia inferior a los 500 metros de quien había sido su pareja sentimental; y a mantener comunicación con ella, impuestas por sentencia firme.

Se trata de lo previsto en el artículo 468.2 de un delito contra la Administración de Justicia, cuyo bien jurídico protegido de forma primordial es la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, cuyo cumplimiento y subsistencia no puede quedar a merced de la víctima (entre otras SSTS 268/2010 de 26 de febrero; 39/2009 de 29 enero; ó 803/2015 de 9 de diciembre).

Cierto es que hemos dicho de este tipo penal, entre otras en la STS 664/2018, que tiene un carácter dual, pues también «persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. En palabras de la STS 846/2017 de 21 de diciembre «se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero)». Lo que, sin embargo, no desnaturaliza su carácter.

En lo que se refiere a la eficacia en relación al mismo del consentimiento de la persona afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP como víctima del hecho generador de su imposición, tras algunas iniciales oscilaciones, nuestra jurisprudencia ha sido unívoca a partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 25 de enero de 2008, en el que se acordó que: «...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código Penal». Tesis acogida por sucesivas sentencias (entre otras SSTS 39/2009 de 29 de enero; 172/2009 de 24 de febrero; 61/2010 de 28 de enero; 95/2010 de 12 de febrero 268/2010 de 26 de febrero; 1065/2010 de 26 de noviembre; 126/2011 de 31 de enero; 1010/2012 de 21 de diciembre; 539/2014 de 2 de julio; 803/2015 de 9 de diciembre; ó 748/2018 de 14 de febrero de 2019). El cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella. La necesidad de proteger de manera efectiva a quienes son víctimas de la violencia de género emerge hoy como un interés colectivo indisponible, que ha desembocado en todo un esquema legal orientado a tal fin, y que desde esta perspectiva ha sido interpretado por esta Sala.

En línea con ello, claudica cualquier posibilidad de anclar en el consentimiento de la persona que, además de la condenada, se ve afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP en su condición de víctimas del delito generador de las mismas, la «análoga significación» que faculta la construcción de una atenuante a través de la vía que abre el artículo 21.7 CP. De esta manera mantiene toda su vigencia el criterio que sobre esta cuestión sustentó la STS 539/2014 de 2 de julio, precisamente por entender que «si el legislador diseña una atenuante exigiendo para su apreciación la concurrencia de ciertos elementos o requisitos, no es lógico que por la puerta del Art. 21. 6.º (actual 7.º) se introduzcan como atenuante los supuestos en que faltan esos requisitos y que han sido conscientemente desechados por el legislador (STS. 1346/2009 de 29.12.)». Todo ello sin perjuicio de que pueda ser un factor a tomar en cuenta a la hora de individualizar la pena.»

cance y de las zonas de confluencias con tras agravantes, como la discriminación por motivos de sexo o con la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 CP) a la que tradicionalmente se le ha asignado efecto agravante cuando opera sobre delitos contra bienes personales. La interpretación jurisprudencial de la circunstancia prevista en el artículo 23 tendió a su objetivación, y ha venido siendo de aplicación automática en los ataques perpetrados por los varones contra sus parejas o exparejas, en los supuestos en que tal circunstancia no estaba prevista en la modalidad típica aplicada. Ha sido así especialmente en los delitos de homicidio y asesinato, o en aquellos que comprometieron la libertad sexual de las víctimas, eso sí, limitados a las relaciones que el propio artículo 23 contempla, es decir «ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente», lo que dejaba fuera de su aplicación a las relaciones de noviazgo.

La primera Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo que tuvo ocasión de interpretar la agravante de discriminación por razones de género fue la 420/2018, de 25 de septiembre²¹. Escrutó esa agravación en relación con el artículo 1 de la LO1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, por lo que acotó su alcance a los delitos que se cometen sobre la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja.

Explicó esta sentencia que con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se ha ampliado esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación basada «en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta». Estableció, asimismo, una serie de confluencias entre la agravante de parentesco y la de género, y marcó las diferencias con la agravante de discriminación por razón de sexo, en el entendido de que este último hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de

²¹ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/22563ba1ea8123ad/20180928>

las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, artículo 3.c). Enfatizaba esta resolución que la acreditación de una determinada personalidad en el acusado no puede justificar por sí misma la aplicación de la agravante, pues debe rechazarse cualquier aproximación a un derecho penal de autor, que conduciría a sancionar al sujeto por cómo es y no por lo que ha hecho, como exige un derecho Penal basado en la culpabilidad. Y recalcó que los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de esas circunstancias que permiten la aplicación de la agravación, deben aparecer nítidamente en los hechos probados y, para ello, han de estar debidamente acreditados por prueba válida, suficiente y racional y expresamente valorada en la sentencia.

La segunda de las sentencias que abordó en profundidad esta circunstancia fue la STS 565/2018, de 19 de noviembre²², que mantuvo, sin embargo, una perspectiva mucho más amplia que la anterior, y se pronuncia abiertamente sobre la compatibilidad entre la agravante de discriminación por razón de género y la de parentesco.

Perfiló esta sentencia el alcance de la agravante de discriminación por razones de género a partir de los instrumentos internacionales que nos vinculan y que amplían su proyección a ámbitos distintos de las relaciones de pareja o asimiladas. Extractamos los siguientes fragmentos:

«Esta agravante fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: «En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.^a del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como ‘los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres’, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.»

²² <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8fb963d567aead8f/20181122>

Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su Art. 3 apartado d) Por «violencia contra la mujer por razones de género», «se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de 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.

Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4.º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su Art. 2.º que «El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada».

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de 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.»

Añadió la STS 565/2018:

«Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento. En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención —manifestada por actos de violencia—, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo. En consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja. Hemos declarado también que existe ese requisito en supuestos de reanudación de la convivencia cuando ha habido una ruptura y la víctima vuelve al hogar mediatizada por actos del agresor para que regrese al

mismo, continuando con las agresiones que en muchos casos acaban con la vida de la víctima, tal y como ocurrió en el supuesto analizado por esta Sala en Sentencia 371/2018, de 19 de julio, ante un supuesto de asesinato cometido hacia su pareja que había abandonado el hogar y que regresó para continuar su convivencia con quien más tarde acabaría matándola de 51 puñaladas.

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del Art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.»

«También pone de manifiesto la doctrina que la agravante por razón de género se fundamenta, precisamente, en la discriminación que sufre la mujer en atención al género, y ello con independencia de la existencia o no de una relación de pareja entre la víctima y el sujeto activo. Por su parte, la agravante de parentesco se asienta en el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas.

Así resulta del Convenio de Estambul que fue ratificado en Instrumento publicado en el *BOE* en fecha 6 de junio de 2014, y, por ello, formando parte de nuestro derecho interno de aplicación al caso concreto. Vemos:

a.- Violencia contra las mujeres: Debe destacarse que el Art. 3, a) del Convenio de Estambul señala que «Por «violencia contra las mujeres» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

b.- Violencia contra la mujer por razón de género. En el Art. 3 c) se recoge que por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

c.- Sanción de los tipos penales. Construido el citado Convenio en razón a la violencia que se ejerce sobre las mujeres debemos destacar, y es clave para ello, el Art. 43 del Convenio que señala que los delitos

previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito.

En consecuencia, el fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el acto ilícito penal añadimos el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima.»

«En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23».

La STS 707/2018, de 15 de enero (2019)²³ apreció esta agravación en relación a un supuesto de hecho en el que la acción homicida del acusado había tenido como detonante la decisión de la víctima de solicitar el divorcio. Además, se había declarado expresamente probado que «durante el matrimonio el encausado había impuesto sus condiciones, en el estilo de vida de la pareja, haciendo prevalecer sus decisiones en todos los temas importantes, alejándola y aislándola paulatinamente de su familia y su entorno». Y señaló la sentencia «Justamente, las situaciones a cuyo desvalor retribuye la agravación. El referido Convenio de Estambul, origen explicitado de la agravante enumera entre sus obligaciones generales para los Estados, adoptar las medidas necesarias

²³ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/42675dd6db35962b/20190125>

para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres; y define género como «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, como «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada», que indica el informe explicativo del Convenio, hace referencia a todo daño sufrido por una mujer que a su vez, es causa y consecuencia de relaciones de fuerza desiguales, fundadas en las diferencias percibidas entre hombres y mujeres y que conducen a la subordinación de las mujeres.»

La sentencia 99/2019 de 17 de enero²⁴ descartó que la agravante de discriminación por razón de género requiera un especial elemento subjetivo, y admitió sus efectos más allá de las relaciones de pareja. Señaló «la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral, pese a que la intervención penal que introduce la circunscribe a ese concreto ámbito, define en el primero de los párrafos de su exposición de motivos la violencia «de género « diciendo que: «Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». La Ley Orgánica 1/2015 si bien determinados tipos penales los acota a supuestos en que la mujer-víctima mantiene con, o ha mantenido con el agresor una relación de pareja, cuando describe la agravante que aquí nos ocupa, no efectúa esa restringida delimitación. Por ello su ámbito de aplicación extravasa dicha relación de pareja.» Se aplicó en este caso a un delito contra la libertad sexual, si bien cometido en el contexto de un noviazgo.

La STS 452/2019, de 8 de octubre²⁵, se mantuvo en línea con las SSTS 565/2018 y 99/2019 en el sentido de ampliar la agravante a entornos de relación más amplios que la pareja presente o pasada, mantener su compatibilidad con la circunstancia de parentesco y desprestigiar la exigencia de un específico elemento subjetivo.

La STS 444/2020, de 14 de septiembre²⁶, confirmó los criterios que habían sido marcados por las anteriormente citadas a partir de la 565/2019. Concluyó que la agravante de discriminación por razones

²⁴ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ae3f51ca2228f0ee/20190307>

²⁵ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2bf9a63ff116e89/20191016>

²⁶ <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/53de1f37024fc251/20200930>

de género se proyecta sobre ámbitos de relación distintos de la pareja; que la violencia sexual encaja en el concepto de violencia de género; y que la apreciación de tal circunstancia no reclama un específico elemento intencional, perfiles que podemos considerar consolidados por la jurisprudencia. Es la primera vez que el Tribunal Supremo confirma como *tema dedidendi* la apreciación de esta agravante en un ámbito que nada tiene que ver con las relación conyugal o asimilada. Se aprecia en relación a un delito contra la libertad sexual en el contexto de relaciones a cambio de precio.

Al hilo del desarrollo argumental del recurso, descartó esta sentencia que la aplicación la agravante de discriminación por razones de género del artículo 22.4 CP en los delitos contra la libertad sexual pueda vulnerar el principio *non bis in idem*, tal y como se había alegado. Afirmó «el género no es una de las razones tomadas en consideración por el legislador a la hora de tipificar el delito de violación. Los artículos 178 y 179 se proyectan como bien jurídico objeto de protección sobre la libertad sexual, la de las mujeres y la de los hombres, y no incluyen en su redacción típica ningún presupuesto de discriminación, ni por género, ni por ninguna otra razón.

La Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 22.4 Código Penal añadiendo a la agravante de cometer el delito por motivo de discriminación, la que cristaliza sobre razones de género. Los términos sexo y género aluden a diferentes realidades. Ambos han sido definidos por la OMS: «El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres». No es el sexo de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios cuando de discriminación por razones de género se trata, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y/o del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Desigualdad no sustentada en la condición biológica de la mujer, sino ensamblada en una concepción social sobre los roles de relegación y subordinación al varón que tradicionalmente se le han atribuido.

Con la incorporación de esta agravación se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Explica el Preámbulo de la Ley 1/2015 que la razón de tal incorporación es que el género , entendido de conformi-

dad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

El mismo texto internacional, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, señala en su Art. 2º que «el presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada»; y, en su artículo 3.d), que se entenderá por violencia contra la mujer por razones de género «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

A partir de tales pautas, como señaló la STS 565/2018, de 19 de noviembre, marcando una línea seguida por otras posteriores, el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. En concreto, su compatibilidad con los delitos contra la libertad sexual, que no incorporan en su descripción típica, ya lo hemos dicho, ningún elemento vinculado al género, queda fuera de toda duda. Así lo reafirmó expresamente la STS 99/2019, de 26 de febrero. No olvidemos, en la órbita de lo señalado por el Convenio de Estambul, la violencia sexual, especialmente en el ámbito de víctimas adultas, afecta desproporcionadamente a las mujeres.

El delito de violación de los artículos 178 y 179 del CP por el que el recurrente viene condenado, se construye sobre un ataque a la libertad sexual de la víctima, a la que se impone un contacto consistente en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías», utilizando violencia o intimidación para vencer su voluntad contraria al mismo. La jurisprudencia de esta Sala de manera reiterada (nos hacemos eco de ello en la STS 511/2019, de 28 de octubre con cita de otros precedentes), ha afirmado que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la

víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

Desde el punto de vista subjetivo requiere un dolo genérico, es decir, conocer y querer los elementos del tipo, tanto en lo que afecta al medio comisivo que emplea para aniquilar la resistencia de la víctima, como en lo que supone la entidad del acometimiento sexual que protagoniza. Nada distinto.

La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual per-

petrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación. Sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco, en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio de las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros.

En el supuesto que ahora nos ocupa, los hechos se producen en un contexto de relaciones sexuales a cambio de precio. El holograma que perpetua tradicionales roles de dominación aflora parejo a la negativa del acusado a retribuir los servicios que pretende disfrutar, y yuxtapuesto al violento ataque para conseguir su propósito. La secuencia histórica que el relato de hechos probados reproduce describe un acometimiento que va más allá de un violento ataque contra la libertad sexual con penetración, para integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase. La expresión «te enteras ya cómo va esto» tras la negativa a pagar los servicios contratados y haber propinado la primera bofetada a la víctima, es suficientemente reveladora del papel que el agresor asume como propio. A continuación, las reiteradas penetraciones anales y vaginales (hubiera bastado una para consumir el tipo), sobre una persona con la capacidad de reacción aniquilada, abundan en ello. Finalmente, el acto de humillación que supone que la eyaculación en la boca, seguido de un fuerte puñetazo, revelan que lo que el acusado protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal. Los presupuestos sobre los que asienta la agravante cuestionada surgen con nitidez, suficientemente diferenciados y como un plus respecto de los que conforman la tipicidad del delito de violación.»

La incorporación de esta agravación, con el alcance que le ha otorgado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, colma las lagunas del sistema que diseñó la Ley 1/2004, y completa un esquema normativo que, aun sin específica tipificación, introduce la posibilidad de apreciar un plus de antijuridicidad en aquellos comportamientos que son manifestación de tradicionales estereotipos de dominio y poder de los hombres sobre las mujeres.

VI. Propuestas

Y es ahora, al momento de concluir este trabajo, cuando enlazamos con el enunciado que dio título a mi intervención. No cabe duda que el derecho penal es de última *ratio*, el recurso final; por más que pueda reconocérsele potencialidad disuasoria, ni su finalidad es preventiva, ni el derecho penal es la solución. La eficacia de un sistema que persiga como objetivo erradicar la violencia que se ejerce sobre las mujeres por el hecho de serlo, no puede centrar sus esfuerzos en el ámbito sancionador. Es necesario actuar donde se encuentran las bases de la desigualdad. Introducir medidas que de manera efectiva eliminen cualquier atisbo de discriminación de la mujer en todos los ámbitos, en ejecución de un ideario que fije sólidas bases para la igualdad. Desde iniciativas formativas decididas a superar tradicionales inercias que ya desde la infancia orientan vocacionalmente a niños y niñas, a otras en el ámbito cultural, el deportivo, el económico, el laboral, el asistencial. Cualquier apuesta en este sentido, por simple que parezca, se transforma en instrumento idóneo para luchar contra el germen de la violencia machista.

Centrados ya en el derecho penal, la solución no está en incrementar el rigor de las penas. Una penalidad exacerbada con riesgo de bordear el límite del principio de proporcionalidad, podría llegar a desvanecer su fuerza suasoria. Antes de plantearnos la idea de nuevas tipificaciones es necesario tomar conciencia de las que tenemos y aplicarlas adecuadamente. Contamos con un esquema legal suficiente para afrontar la represión penal de la violencia de género en su más amplio concepto. Sin embargo, resulta imprescindible un tratamiento adecuado del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Supuestos como el de la Manada²⁷ han sido de lo más reveladores.

Si algo echo en falta, es una proyección sistematizada en relación a los supuestos que vienen conociéndose como violencia económica. Se entiende por violencia económica en un contexto de violencia de género, como aquella que consiste en controlar el acceso de las mujeres a los recursos económicos, para dejarlas en situación de absoluta dependencia. El delito de impago de pensiones opera como un resorte

²⁷ Violación grupal que tuvo lugar en los Sanfermines de 2016 por parte de un grupo de jóvenes que se autodenominaba así. Una inicial condena por abusos sexuales dio lugar a una ola de reacciones reivindicando que se consideraran los hechos como violación. La STS 34472019, de 4 de julio, zanjó jurisdiccionalmente la cuestión concluyendo que se trató de una violación. Sin embargo, el suceso puso el foco sobre la necesidad de una nueva regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual.

contra los abusos que se articulan por esta vía. Pero no son los únicos, las prácticas que dejan a la mujer fuera de la gestión financiera familiar pueden llegar a culminar el proceso de subyugación, por no hablar de auténticos actos de despatrimonialización amparados en la posición de superioridad del varón. La excusa absolutoria del artículo 268 CP o la consolidada interpretación jurisprudencial que asigna a la circunstancia mixta de parentesco en efecto atenuador cuando de delitos contra la propiedad y el patrimonio se trata, ayudan poco a solventar este problema. Aquí tenemos un punto para la reflexión.

En necesario un fortalecimiento de las víctimas, con medidas que les aporten resortes para vencer la situación de dominación a la que se ven sometidas. No es cuestión de tratarlas como seres vulnerables, incapaces de autogobernarse. Lo contrario, es necesario focalizar todos los esfuerzos para conseguir víctimas empoderadas, dispuestas a superar la situación de sometimiento. Para ello serán necesarias en algunas ocasiones medidas de apoyo psico social desde el mismo momento en que se detecte su sometimiento a una situación de violencia y hostigamiento; también una adecuada protección física para ellas y su entorno en los casos en los que una seria evaluación del riesgo así lo aconseje; y además medios con los que poder enfrentarse a una nueva situación, lo que pasa por soluciones habitacionales, de empleo, e incluso de regularización administrativa.

Solo removiendo los obstáculos que lastran la efectiva igualdad, conseguiremos erradicar esta violencia que sigue estremeciéndonos con sus cifras. Con todo, siempre se darán situaciones que nos obligarán a acudir al derecho penal y para entonces, hoy por hoy contamos con un esquema normativo que ofrece una respuesta contundente, completado ahora con una perspectiva legal que permite extender el concepto de violencia de género más allá de la que se produce en las relaciones de pareja.

Extendida ya entre los operadores jurídicos la asunción de los distintos perfiles de la violencia de género, y las peculiaridades que reclama su régimen de represión penal, quizás algunas de las medidas implantadas pudieran reconsiderarse. Por ejemplo, una reforma del artículo 57 CP que relajara su automatismo de manera que permitiera un ámbito de discrecionalidad en su aplicación, de cara a no impedir en todo caso una eventual reconciliación, siempre en un marco que asegure que quien fue víctima cuenta con los resortes para enfrentar una relación alejada de roles de dominación. Un objetivo ambicioso que exige que en el proceso penal se vuelquen todos los esfuerzos para constatar la realidad que subyace, y que sea capaz de activar los instrumentos para fortalecer a la víctima.

Es necesario evitar que en los procesos en general, y muy en particular los que se siguen por delitos de género, todo el peso de la prueba recaiga sobre los hombros de las víctimas. Mucho se ha escrito sobre el alcance de la dispensa a declarar del artículo 416 LECRIM, cuestión con diversos matices respecto a la que la decisión última compete al legislador. Sin embargo, lo importante es conseguir que la mujer afectada no llegue al proceso en situación de vulnerabilidad y que, si decide no declarar, sea como consecuencia de un ejercicio responsable de su propia capacidad de decisión, y no arrostrada por las circunstancias.

Desde algunos sectores se reclama, con sólidos argumentos, que se admitan medios alternativos de resolución de conflictos también en supuestos de violencia de género. Estoy hablando de la mediación²⁸.

La Ley Integral optó por prohibir la mediación penal en todos los casos civiles y penales seguidos ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin excepciones. Evidentemente en los casos de violencia controladora coactiva la mediación penal no tiene cabida, ya que se da una posición asimétrica de poder que impide cualquier forma de acuerdo. No obstante, no faltan quienes sostienen que la violencia no es siempre uniforme, y a los Juzgados de Violencia llegan supuestos de violencia puntual, en muchos casos vinculados a la gestión de la ruptura de la pareja, donde la asimetría no es tal. Y en tales casos apuntan que, si la mujer no se encuentra en situación de sumisión o desigualdad, quizá la mediación pueda contribuir a solucionar el conflicto. Una mediación a la que se acceda voluntariamente por las partes, previo control judicial con intervención del Fiscal, y desarrollada con la intervención de profesionales que en el momento que aprecian cualquier situación de desi-

²⁸ Entre las conclusiones alcanzadas por GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación) en el IV Simposio Mediación y Tribunales celebrado el pasado septiembre de este año 2020, se aprobaron las dos siguientes conclusiones: «DECIMOSEXTA: Debe acometerse una reforma legislativa que derogue la actual prohibición de derivar a mediación los conflictos penales y civiles en los que existe un procedimiento penal abierto en el ámbito de la violencia de género. La experiencia adquirida a lo largo de los años y la especialización y formación que actualmente existen, posibilitan y aconsejan la modificación de la referida prohibición. Se hace preciso confiar en Jueces, Fiscales y demás profesionales que intervienen en estos casos para decidir, en cada supuesto, cuando es viable la mediación. Además, se impone como criterio fundamental para esa decisión tener en cuenta la opinión de la propia mujer implicada. DECIMOSEPTIMA Justicia restaurativa es una herramienta esencial no solo para otorgar a la víctima una plena reparación sino para lograr una mejor reinserción y resocialización de las personas a las que se ha impuesto una pena. El ejemplo en prisiones es una muestra de ello.» Se parte de la idea que el propio proceso de mediación respeta de forma escrupulosa a la víctima y es más, la empodera, con independencia de que a ella corresponda libremente decidir si participa o no en el mismo.

gualdad entre las partes cierran la vía de la mediación. Es una opción arriesgada, pero el debate está ahí y merece la pena profundizar en él.

Tras más de 15 años de vigencia de la LO 1/2004 seguimos reconociendo la importancia que este texto tuvo, especialmente porque contribuyó de manera decidida a visibilizar una realidad tradicionalmente ocultada o maquillada, y porque abordó la violencia de género desde un prisma global. Mucho hemos avanzado desde entonces, pero el fenómeno subsiste, y el paso del tiempo nos impone el seguir explorando nuevas soluciones en un debate siempre enriquecedor.

VII. Bibliografía

- LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta. 2007.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. «La violencia contra las mujeres en el derecho español: balance y perspectivas». En *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*. Coord. por Antonio Robles Garzón. 2017.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?». *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXV, 2015.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», en *CPC*, n.º 118, 1, Epoca 11, 2016.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. «La violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. «La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (art. 22.4 del código penal)». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, 2015.
- RENEDO ARENAL, M. Amparo. «¿Mediación penal en violencia de género? No gracias». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23, 177-198, 2014.
- SEOANE MARÍN, M.ª Jéssica y OLAIZOLA NOGALES, Ines. «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)». *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIX, 2019.

Insuficiencias en el orden procesal con ocasión de la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de violencia contra la mujer

Rafael Escobar Jiménez
Fiscal del Tribunal Supremo

Sumario: *In Memoriam* I. Introducción. II. Apunte sobre la competencia territorial III. Consideraciones en torno a la denuncia de la víctima y sus circunstancias IV. Disfunciones en materia de prueba V. La conformidad en los distintos procedimientos VI. Los juicios rápidos y la conformidad

Resumen: El presente trabajo contiene un análisis de algunas —de las muchas— cuestiones de naturaleza procesal que —en materia de delitos relacionados con la violencia de género— son susceptibles de resaltarse por su grado de insuficiencia o irregular funcionamiento, bien durante la instrucción, o bien durante el enjuiciamiento de esta clase de delitos: La competencia territorial, la denuncia de la víctima y sus circunstancias, las disfunciones en materia de prueba, la conformidad en los distintos procedimientos y, por último, los juicios rápidos y la conformidad.

Palabras clave: Violencia de género, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Competencia territorial, denuncia, prueba, conformidad, juicios rápidos.

In Memoriam

Mis primeras letras quiero dedicarlas a José María Lidón que dejó un irremplazable vacío entre nosotros y cuyos valores, virtudes, y profesionalidad constituyen inestimables referentes para todos los que formamos parte de la Administración de Justicia. En este contexto, no puedo dejar de expresar mi agradecimiento a Carmen ADÁN por invitarme a estas Jornadas pues considero un privilegio impagable y un honor indescriptible tener la oportunidad de intervenir en ellas y con ello contribuir a rendir mi pequeño homenaje a José María y, siempre, mi admiración y respeto.

Gracias a los codirectores de las Jornadas y a cuantas personas desde la Dirección de Relaciones con la Administración de Justicia, la Fiscalía y la Judicatura, han hecho posible la realización de las mismas.

I. Introducción

Cualquier operador jurídico, incluso, el mero analista, señalaría la práctica diaria de juzgados y tribunales como el mejor escenario para descubrir situaciones, parcelas o aspectos ayunos de regulación y, también, cómo no, los defectos y penurias normativas que a la postre devienen inadecuadas por arrastrar su entendimiento una indeseada ejecución en el caso concreto.

Semejante observación se manifiesta con crudeza cuando son abordados temas como el tratamiento procesal penal con ocasión de los delitos de violencia de género dadas las exigencias que reclaman de atención, sensibilidad y protección a la víctima e, igualmente, de contundente respuesta frente al agresor que, dicho sea de paso, desafortunadamente, no siempre se ven acompañadas de una correcta regulación ritualaria.

Nótese que tanto la instrucción como el enjuiciamiento de estos delitos puede tener lugar según las normas del procedimiento ordinario, del abreviado, del Tribunal del Jurado, del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o, ya sin instrucción, del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, sea porque los abarca el respectivo ámbito específico establecido para cada uno de ellos, sea porque aparecen conexos a otros delitos.

Es por ello que tal vez, en un futuro no muy lejano, se suscite, en el siempre sano y necesario debate, el dilema sobre si la instrucción y el enjuiciamiento de este tipo de delitos han de ser provistos

—o no— de particulares previsiones que constituyan especialidades o excepciones al *iter* del procedimiento tipo o, apuntando más alto, si el conjunto de circunstancias que conforman y circundan los hechos constitutivos de aquellos delitos y las consiguientes cuestiones jurídicas que suscitan, justifican la creación de un procedimiento penal específico.

Apuntado lo anterior, he de descender a la praxis para ceñirme a las indicaciones de la Dirección de las Jornadas y al título de la mesa redonda en la que intervengo. Por ello, incorporo, sin propósito de exhaustividad, unas reflexiones sobre algunas de las muchas cuestiones de índole procesal susceptibles de resaltarse por su insuficiencia o irregular funcionamiento cuando de la instrucción o enjuiciamiento de delitos de violencia de género se trata.

II. Apunte sobre la competencia territorial

En mi opinión, no resulta satisfactoria la actual redacción del *fórum delicti comissi* que establece el Art. 15 bis LECrim. (introducido por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), para atribuir la competencia territorial en los delitos de violencia de género. Según el precepto «En el caso de que se trate de algunos de los delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos».

Como es sabido, fuera de los supuestos planteados con ocasión de estancias provisionales en período vacacional, de simple resolución, la determinación de ese «domicilio de la víctima» provoca en la práctica demasiadas disfunciones que dan lugar a frecuentes cuestiones de competencia negativas que a la postre retrasan, mientras se tramitan y resuelven, la investigación judicial y, por extensión, el enjuiciamiento de los hechos. Y ello, a pesar de que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006 pretendió aclarar la insuficiente previsión normativa pues, como bien advierte la Sala II en muchos de sus autos, «el precepto procesal (art. 15 bis LECrim.) no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos o, por el contrario, al que dicha víctima tenga al tiempo de presentar la denuncia». El texto del indicado Acuerdo es el siguiente: «El domicilio a que se refiere el Art. 15 bis LECrim. es el que tenía la víc-

tima al ocurrir los hechos»¹. Es idéntica pauta hermenéutica que sostuvo la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género².

Nótese, además, que en teoría, como ya expresara dicha Circular 4/2005 FGE, «La determinación de la competencia territorial en atención al domicilio de la víctima, supone una excepción a las normas generales del *forum delicti comissi* derivada del principio de protección integral de la mujer que informa la Ley, con la finalidad —ya buscada en el Art. 771 de la LEC con relación a las medidas provisionales previas— de allanar al máximo la denuncia o la solicitud de medidas por quien las necesite, facilitando a la víctima el acceso a la tutela prevista en la Ley mediante el acercamiento del órgano competente. Gráficamente se ha dicho que con tal medida se pretende acercar la Administración de Justicia a las necesidades de la víctima en lugar de invitar a la víctima a acercarse a la Administración de Justicia». El expuesto razonamiento fue acogido y reiterado por el Tribunal Supremo en sus pronunciamientos indicando que la norma del Art. 15 bis LECrim. «trata de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional y que puede suponer una excepción a la norma general del *forum delicti comissi*» (ATS de 6-3-2006, por ejemplo).

Todo ello se trae a colación porque la realidad de los hechos muestra un problema de fondo al que no acaba de darse una solución satisfactoria. En efecto, en multitud de ocasiones, la agresión tiene lugar en el domicilio de la pareja y, tras la misma, la víctima se traslada o refugia en

¹ El Acuerdo aparece por primera vez en el ATS de 2-2-2006 (Cuestión de Competencia n.º 131/2005). Pueden verse también los AATS de 7-10-2016, 20-10, 17 y 18-11-2016, 18-1-201, ó 16-2-2017, entre otros muchos. Todos ellos insisten en que por domicilio de la víctima hay que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio.

² No obstante, como matiza la Circular 4/2005 FGE «el nuevo Art. 15 bis LECrim. contempla dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para «... la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley...». A lo que se debe añadir la salvedad derivada de la competencia del Juez de guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma, aunque no sea ninguno de los dos anteriores, conforme a lo establecido en el Art. 544 ter.3 LECrim. que no ha sido objeto de modificación. En este sentido la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado instaba a los Sres. y Sras. Fiscales a dictaminar a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentase la solicitud, en tanto que primeras diligencias, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa».

el domicilio de un familiar, de una amistad, alquila una casa, ingresa en una casa de protección, etc., normalmente, en población perteneciente a distinto partido judicial que el correspondiente al de su primigenio domicilio. El propósito de la mujer es alejarse lo más posible del lugar donde fue víctima de la violencia y, si cuenta con alguien que le proporcione alojamiento en distinta localidad, sin duda, a la misma arribará.

En este contexto, el problemático escenario al que se enfrentan muchos juzgados y fiscalías aparece cuando la víctima, además, no quiere regresar al lugar donde tenía su domicilio porque allí continúa residiendo su agresor. Paradójicamente, como se ha expuesto con anterioridad, la Ley no solo la devuelve a dicho lugar, al menos, con ocasión de las comparecencias que deba hacer en dependencias policiales o en la sede judicial del Órgano competente, también le advierte con contundencia que son irrelevantes los cambios de domicilio posteriores a la denuncia. Así lo entienden la mayoría de pronunciamientos de la Sala II que no tienen otro remedio que aplicar los dictados de la Ley. Pueden verse, por ejemplo, los AATS 8-6-2017 (abusos sexuales sufridos por la mujer, y su hija menor, y cambia su domicilio) y 21-3-2019, entre otros muchos. Del mismo modo, el fuero legal que determina el Art. 15 bis LECrim. es tenido en cuenta y aplicado en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar o de condena en el marco de la violencia de género³ aun cuando la acción delictiva se hubiera ejecutado en lugar diferente al domicilio de la víctima (véanse, entre otros AATS 12-1-2017, cc. 20850/2016; 21-3-2019⁴, cc. 21082/2018; 28-3-2019, cc. 20027/2019).

He de apuntar con rapidez que no siempre aparece la solución incorrecta, esto es, la brindada por el Art. 15 bis LECrim. La Sala II es

³ El ordinal 1.º de la letra g) del Art. 87 ter. LOPJ, introducido por el apartado 25 del artículo único de la LO 7/2015, de 21 de julio, atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer el conocimiento: g) «De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el Art. 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuyo condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposo, o mujer que esté o haya estado ligado al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con lo 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».

⁴ Asienta el ATS 21-3-2019: «En consecuencia, el quebrantamiento de condena o medida cautelar en casos como el que nos ocupa, es un delito competencia del Juzgado de Violencia de Género lo que conlleva a los efectos de la competencia territorial y conforme a la doctrina consolidada, la competencia de los juzgados de dicha clase del lugar donde radica el domicilio habitual de la víctima al tiempo de los hechos».

consciente del problema que se está apuntado y ofrece alternativas no genéricas, pues ello situaría su doctrina al margen o en contra de la norma procesal, pero sí convenientes para aquellos supuestos en que la víctima, no obstante cambiar de domicilio tras la agresión, es de nuevo agredida en la nueva ubicación que ya no es el domicilio de la pareja. En tal caso, opta por atribuir la competencia al Juzgado de este último domicilio; puede verse, en este sentido, el ATS de 14-9-2017 (c.c. 20469/17)⁵. Este criterio fue acogido, del mismo modo, en el ATS de 6-4-2017 (c.c. 20022/17), que matizó que «esta Sala ha fijado como principio orientador básico el fuero que sea coincidente con la residencia actual de la víctima, lo que sintoniza mejor con el criterio victimológico que preside la redacción del artículo 15 bis»⁶.

El descrito panorama ha sido puesto de manifiesto para concluir que no estaría de más, para otorgar mayor protección a la víctima, una modificación legislativa del Art. 15 bis LECrim. que al menos incluyera un fuero subsidiario que apuntara al domicilio que la víctima tuviera tras la agresión de género una vez concurrieran determinadas circunstancias que aconsejaran su aplicación. Con ello no solo se evitaría que la mujer se vea obligada a regresar a la población donde tenía su primigenio domicilio cuando es citada a comparecencia, también se lograría poner freno a muchas de las cuestiones de competencia negativa que se promueven en la actualidad y las dilaciones que las mismas provocan.

⁵ Dicho Auto señaló: «coincidiendo pues el lugar de comisión de los hechos con el del domicilio en que ha decidido permanecer la víctima, parece evidente que la competencia del Juzgado X debe primar sobre la del Juzgado Y, por más que éste esté especializado y fuera hasta entonces la ciudad del domicilio de aquélla. Hay más razones para considerar el de X, Juzgado competente en aras a otorgar mayor protección y facilidades a la víctima (denunciaba violencia física y psíquica sufrida en numerosas ocasiones durante 50 años de matrimonio sin atreverse nunca a denunciar) pues tomar la decisión de denunciar en X y no en Y es un síntoma de que es en ese entorno donde se encuentra más amparada y en mejores condiciones de obtener respuesta y afrontar su compleja situación. Finalidad ésta perseguida por la ley al establecer ese régimen de atribución de competencia en función del domicilio ya que es donde mejor se puede facilitar a la víctima su acceso a la justicia mediante el acercamiento al órgano judicial. Por ello a X le corresponde la competencia, allí ocurrieron los hechos acontecidos los días x y x del mes x, donde se denunciaron y donde la víctima ha fijado su domicilio».

⁶ Es de citar también el ATS de 17-12-2014 (c.c. 20791/2014), que precisó que, «al existir hechos nuevos delictivos en el nuevo domicilio, la competencia vendría atribuida al Juzgado de la nueva residencia, al existir conexidad delictiva, incluso puede haber habitualidad con lo cual coincidirían domicilio actual y lugar de comisión del delito, así la competencia conforme tanto al artículo 15 bis como el 17.5 LECrim, al ser XX el domicilio de la víctima y continuar la situación denunciada por el denunciado marido contra la víctima, a esta ciudad le corresponde la misma».

III. Consideraciones en torno a la denuncia de la víctima y sus circunstancias

No es baladí el tema de la denuncia en relación con los delitos de violencia de género pues no obstante constituir un modo de iniciación del proceso penal y, en esta clase de injustos, una de las vías que propicia la adopción de las necesarias medidas de protección, aquélla funciona como condición de perseguibilidad cuando se trata del enjuiciamiento de delitos leves, entre ellos, en lo que aquí interesa, lesiones del Art. 147.4 CP, amenazas del Art. 171.7 CP, coacciones del Art. 172.3 CP e injurias o vejaciones injustas del Art. 173.4 CP. Por otro lado, como se expondrá más detalladamente, la denuncia puede tener repercusión en posteriores lances procesales como el expediente de la dispensa regulado en el Art. 416 LECrim. y, en cierto modo, en labores de valoración probatoria.

Al margen de estas observaciones, contestando a la propuesta del programa de las Jornadas, sabido es que la «retirada de la denuncia» no está prevista como tal en nuestro ordenamiento procesal y, menos aún, que sea susceptible de producir algún efecto jurídico. La condición de públicos de la mayor parte de los delitos o, en su caso, el cumplimiento del requisito de perseguibilidad en los semipúblicos, determina que el procedimiento penal continúe su normal decurso sin que lo impida la teórica pretensión revocatoria del denunciante.

Sentado lo anterior, es una realidad que un número nada desdeñable de víctimas de violencia de género vienen a exteriorizar con su comportamiento algo parecido a lo que para ellas supone una verdadera retirada de la denuncia no queriendo saber nada del procedimiento penal incoado, precisamente, a raíz de la misma.

Esta es la síntesis del contexto penal y procesal que seguidamente abordaré. Sin embargo, obligado es aludir a ese momento anterior a la denuncia donde confluyen una serie de circunstancias en la persona víctima del maltrato que hacen imprescindible la prestación del necesario apoyo de todo tipo por parte de los poderes públicos (psicológico, social, etc.) a fin de mitigar, porque neutralizar es imposible, los perniciosos efectos o consecuencias del maltrato.

Se quiera o no, la realidad es que la presentación de la denuncia por la víctima supone, en cierto modo, quedarse al descubierto frente a su agresor que, a pesar de ser receptor de las medidas cautelares susceptibles de adoptarse, no solo rechazará de inmediato su proceder, haciéndola incluso culpable del desenlace jurídico penal que pueda acaecerle, también intentará que permanezca la situación de dominación ahora ampliada a la presión para que se aparte del procedimiento

penal y, si le es factible, embarcará en esa labor a su propio entorno (familia, amigos, etc.). Desde la perspectiva de la víctima de la violencia, su principal propósito es alejarse del agresor y su entorno, dejar de tener contacto con él, para que cese la situación de maltrato. En mi opinión, un llamativo grupo de ellas ni siquiera llegan a desear que sus parejas o cónyuges ingresen en prisión.

Incluso diré, a modo de excurso, que la presión sobre la mujer víctima del delito llega a cotas insospechadas en los supuestos en los que, no obstante recaer una sentencia de condena contra el agresor y alcanzar firmeza, aquélla se retracta posteriormente de sus declaraciones provocando la incoación contra ella del consiguiente procedimiento por delito de falso testimonio que, finalmente, obtenida la sentencia condenatoria que lo aprecie, será la base de la interposición del llamado recurso extraordinario de revisión (arts. 954 y siguientes LECrim.) que obligará a la Sala II a dejar sin efecto la condena del agresor anulando la sentencia que la estableció. Pueden verse, como ejemplo, las Sentencias de la Sala II dictadas al resolver el recurso de revisión, números 229/2012, de 22-3; 111/2015, de 26-2 ó 640/2012, de 6-7. Se lee en esta última, «Y eso es lo que sucede en el presente recurso de revisión ya que el penado... ha sido condenado, en la sentencia cuya nulidad se solicita, por el testimonio de la presunta víctima... que ha sido declarado falso y condenada, en sentencia firme, por delito de falso testimonio en causa criminal».

Por todo ello entiendo que es fundamental que la víctima reciba cumplida e inteligible información tanto de su *estatus* tras sufrir la agresión psíquica y/o física como de las posibilidades jurídicas de todo clase con las que cuenta, dando así exacto cumplimiento al derecho que tiene reconocido, entre otros preceptos, en el Art. 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁷, a través de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas⁸.

Importante es subrayar que el reseñado derecho a la información lo tiene la víctima desde el primer contacto con las autoridades y funciona-

⁷ Los antecedentes y fundamentos remotos del Estatuto de la víctima del delito se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, estableció normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y sustituyó la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, siendo la que se traspone a la Ley 4/2015.

⁸ Estas oficinas aparecen recogidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y reguladas por el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

rios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia. Nótese que la falta de una adecuada información a la víctima respecto del peligro que corre ante su regreso con el agresor y de las soluciones jurídicas susceptibles de darse puede determinar que, llegado el momento, aquélla pretenda apartarse de facto de la denuncia, se acoja a la dispensa del Art. 416 LECrim., o solicite el alzamiento de la orden de protección o medidas cautelares adoptadas contra el agresor. Las circunstancias antes referidas son buen caldo de cultivo para que aparezca el indeseado y maldito bucle de agresión, denuncia, apartamiento del proceso penal, agresión.

En lo que respecta a la denuncia en sí, la situación ideal para que la Administración de Justicia pueda operar con eficacia es que se presente aquélla y que la veta del relato que contiene se mantenga en las distintas comparecencias judiciales. Ello permitirá al Fiscal y al Juez contar con los resortes precisos para formular acusación y alcanzar el pronunciamiento que proceda, respectivamente. Siguiendo una antigua y conocida doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo⁹, también debe reputarse denuncia la declaración de la víctima que contiene el atestado policial que se inició a raíz de la actuación policial subsiguiente al episodio de violencia.

Como posteriormente se expondrá, la existencia de la necesaria prueba comienza a complicarse cuando, aun denunciando, la víctima no desea continuar declarando acogándose a la oportunidad de la dispensa que le brinda el Art. 416 LECrim., sobre todo, si es la única persona que directamente puede ofrecer un relato de los hechos presenciados.

La denuncia realizada ante los agentes de policía, por sí sola, forma parte del atestado y no es posible incorporarla al debate contradictorio por el cauce de los arts. 714 ó 730 LECrim. (véanse, entre otras, SSTs 541/2007, de 14-6 y 1.228/2009, de 6-11; SSTC 206/2003 y 51/1995, de 23-2), a no ser que haya sido ratificada ante la faz judi-

⁹ Para la STS 709/2000, de 19-4, «en exigencia de este requisito la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, la persecución en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado (SSTs 10-2-93; 19-10-94; 7-3-96)». La STS 23-12-1991 dio por cumplido el presupuesto de perseguibilidad con la denuncia verbal: «se trataba de una denuncia verbal, que el funcionario policial receptor, dio la forma de declaración, tal y como prescribe el Art. 267 del mismo texto legal». Por su parte, señaló la STS 12-2-1986, «según se infiere del contenido de la sentencia de este Tribunal de 30 de marzo de 1978, la declaración de la ofendida, menor de edad civil, prestada en presencia judicial y en la de su madre, sin que ni una ni otra opongán reparo a la susodicha declaración, y el ofrecimiento de acciones efectuado a la segunda sin que manifieste oposición a la prosecución del proceso, equivale a una denuncia tácita, suficiente para entender cumplido el requisito de procedibilidad exigido por el tantas veces citado Art. 443».

cial en cuyo supuesto esta última declaración se reputa «prestada en el sumario». La STS 487/2015, de 2-7 (incluida en la STS 282/2019, de 30-5), que, a su vez, cita otras muchas, señaló al respecto: «Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo (...) fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria (...). El legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el juez de instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim.) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim.), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el juez de instrucción».

Empero, según la jurisprudencia, la denuncia va a exonerar al Órgano judicial de la obligación de advertir a la testigo víctima de la posibilidad de no declarar que le autoriza el Art. 416 LECrim. Dicho en palabras de la STS 625/2007, 12-7, «...cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el Art. 416.1.º LECrim.». Del mismo modo, matizó la STS 326/2006, 8-3, que la presentación de una denuncia «advierde claramente su voluntad espontánea de declarar».

Por último, en la práctica, sobre todo, de los juicios rápidos que no finalizan con la conformidad del acusado y alcanzan la fase de juicio oral, sucede en ocasiones que el procedimiento se incoa por delito perteneciente a su ámbito en conexidad con otro delito leve que puede verse finalmente no enjuiciado o con un pronunciamiento absolutorio cuando, requiriendo la condición de procedibilidad, no ha contado con una denuncia específica del mismo.

IV. Disfunciones en materia de prueba

El presente apartado pretende exponer, en apretada síntesis, la problemática que en la actualidad genera en juzgados y tribunales la

prueba de cargo al enjuiciarse los delitos de violencia de género dada la relación que mantiene o ha mantenido la víctima de los mismos, que comparece como testigo, con el acusado.

Sabido es que la obligación que la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al testigo de comparecer ante el llamamiento judicial y declarar cuanto supiere —arts. 410 para la instrucción y 707 respecto del juicio oral— encuentra una de sus excepciones en el Art. 416.1.º que dispensa de la obligación de declarar, no la de comparecer, a determinados parientes del procesado o acusado.

Unos apuntes sobre su fundamento, personas o situaciones procesales afectadas así como su contenido y efectos servirán para pergeñar una noción general sobre este expediente y, al mismo tiempo, para analizar cómo opera en la actualidad respecto del testimonio de la víctima de delitos de género.

El fundamento de la dispensa ha de buscarse, como sostiene gran parte de la doctrina¹⁰, en el afecto que circula en las relaciones parentales y en la no exigibilidad al testigo de una conducta distinta. Por su parte, la moderna doctrina jurisprudencial, como observa la STS 292/2009, de 26-3, entiende que «la razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado,

¹⁰ AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo III, pág. 604, escribió: «la excepción del n.º 1 del Art. 416 se funda en la consideración positiva de que repugna a la propia naturaleza humana, y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos estrechos de parentesco, el que mutuamente puedan perjudicarse con sus respectivas declaraciones, exponiendo por su concurso unos a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones que en su contra hubieren de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar impone». MITTERMAIER, C.J.A., en su *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, pág. 227, dice: «Pero la sociedad, a su vez, cuando impone deberes semejantes, obrará sabiamente no erigiendo nunca mandatos de la ley positiva en oposición con la ley natural... Cuando la ley natural está en abierta oposición con la ley positiva, puede estarse seguro de su inobservancia... El legislador no haría bien en obligarles a hablar, porque colocados entre su deber y las afecciones naturales más poderosas, veríaseles muchas veces obedecer a éstas y sacrificar la verdad a los intereses del acusado». CORDOBA RODA, J. en *Comentarios al Código Penal*. Tomo III, págs. 1123 y 1124 y ss., distingue entre dispensa por razón de secreto y por la relación parental y desarrolla la idea de la no exigibilidad de otra conducta; «... Dos ideas parecen agitarse en el trasfondo de las indicadas dispensas. Por un lado, la de que intereses tales como el secreto del abogado, de los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, y de los funcionarios públicos, no deben ser quebrantados por las declaraciones testimoniales. Por otro lado, la de que no cabe exigir a nadie el que atestigüe en relación a los hechos que hayan conducido al procesamiento de un pariente, o con respecto a aquellos que puedan causar perjuicio a éste...».

ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispuesta en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución». La STS 134/2007, de 22-2, precisó: «...la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculgado...» y, en igual sentido, se pronunció la STS 164/2008, de 8-4: «...la dispensa resuelve el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada...». Finalmente, merece resaltarse la STS 319/2009, de 23-3 (cuyo texto reitera la STS 486/2016, de 7-6), que expuso: «...El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el Art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento (...). El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto (art. 416.1.º), la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el Art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus...».

Sentado el sentir de la Sala II, debe subrayarse que el aludido Art. 416 LECrim. ha cobrado inesperado protagonismo en las últimas décadas, sobre todo, en procedimientos incoados por acciones delictivas enmarcadas en la violencia de género —y en el ámbito familiar— cuando la víctima es cónyuge o pareja del acusado o mantiene con él determinada relación de parentesco y se ve en el trance de comparecer ante los tribunales para dar testimonio de lo ocurrido.

Es más, en mi opinión, en el ámbito de la violencia de género y en la familiar, la aplicación de este Art. 416.1.º LECrim. está conduciendo

a indeseados resultados no ya porque su vetusto contenido esté necesitado de renovación, que lo está, sino porque gravísimas acciones delictivas quedan y continuarán quedando desprovistas de prueba en el instante procesal en que la víctima se acoge a la dispensa y no quiere saber más de fiscales, abogados, jueces y tribunales.

La denuncia no es nueva¹¹, aunque nulo su éxito pues, no obstante las múltiples reformas que se han producido en materia de violencia de género, el legislador no se ha atrevido a modificar el sentido del texto rituario que, en esencia, continua siendo el mismo. Recuérdese que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, maquilló sin cirugía este Art. 416 que, en lo que aquí interesa, dispone:

Están dispensados de la obligación de declarar:

1. *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.*

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

La lectura del precepto deja alguna dosis de estupefacción en el operador jurídico. Obviando la, cuando menos, inquietante realidad que se experimenta en juzgados y tribunales, a la que después se aludirá, el legislador, pendiente en exclusiva de la oficina judicial, ha reiterado, prácticamente, el texto existente con sus defectos y carencias, limitándose a añadir a la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial —única nota positiva que aporta— y que sea el Letrado de la Administración de Justicia quien consigne la respuesta que, a la advertencia, ofrezca el testigo.

¹¹ Véase a ESCOBAR JIMÉNEZ, R. *La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal* (art. 416.1.º LECrim.), publicado en la revista *La Ley*, números 7301 y 7302, diciembre de 2009, y, también, el Capítulo III, que incluye el *interrogatorio de testigos*, en la obra colectiva *El Juicio Oral en el Proceso Penal*, editorial Comares, 2.ª edición, págs. 223 y siguientes. Del mismo modo, a diversos autores que participan en la *Encuesta de la Revista Jurídica Sepin*, abril 2017.

Nada se descubre al afirmar que la renovada redacción del n.º 1.º del Art. 416, además de imprecisa, nace ya desfasada. Es inevitable apuntar que se están perdiendo múltiples oportunidades legislativas para suprimir arcaicas o superadas acepciones y adaptar el texto a la normativa vigente (arts. 14 y 39.2 de la CE y 108 y ss. del Cc). Señalar, como muestra de defectos, que el artículo se repite innecesariamente al aludir a «hermanos consanguíneos» y «colaterales —antes laterales— consanguíneos hasta el segundo grado civil». No concreta si incluye únicamente el parentesco por consanguinidad o, también, el de afinidad, pues limita la mención a «los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente»¹². En lo que concierne a este último extremo, lo cierto es que la afinidad no aparece en el texto legal por lo que habrá que concluir que las personas ligadas por semejante vínculo con el investigado, procesado o acusado, cualquiera que fuere su grado, no pueden acogerse a la dispensa.

Por otro lado, el Art. 416 LECrim. ha de relacionarse con la Constitución, en concreto, los arts. 14 (igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento), y 39 (igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación) y, también, con el Código Civil, Art. 108, para agregar a las personas unidas por los vínculos que crea la adopción. Repárese, además, que tanto la Ley 21/87, de 11 de noviembre, reformadora de algunos artículos del Código Civil y de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, como la posterior LO 1/1996, de 15 de enero, recogieron determinadas figuras de acogimiento familiar siendo el preordenado a la adopción, por los lazos afectivos que se llegan a crear, el que debiera incluirse en la dispensa¹³ (Cfr. arts. 173 y 173 bis del Código Civil que, a su vez, se vieron reformados por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

¹² AGUILERA DE PAZ E., —*Comentarios a la LECrim.*, Tomo III, págs. 603 y ss.— ya señaló, poniendo en relación el Art. 261 n.º 2 (en derogada redacción) con el 416 n.º 1, que si el primero exime del deber de denunciar a los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente, sería una evidente inconsecuencia que dispensara a éstos de la obligación de denuncia en consideración al parentesco, y en cambio les obligara a declarar en su contra a pesar de ser el mismo en uno y otro caso el vínculo que entre ellos exista. Cita a REUS quien propone que, en caso de duda, debe ésta resolverse en favor de la libertad del testigo para declarar o no. Para MORENO CATENA (*El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, pág. 161) «... ha de extenderse tal facultad a ambos tipos de parentesco: parentesco en línea directa por consanguinidad o por afinidad...».

¹³ BERNAL VALLS, J., *Deber de Declarar y Derecho al Silencio en la Prueba Testifical del Proceso Penal*, Revista Poder Judicial, n.º 5, marzo de 1.987, pág. 18, entiende discutibles las situaciones nacidas del acogimiento familiar.

En cualquier caso, como ya se adelantó, el problema que plantea el Art. 416 LECrim. con ocasión del enjuiciamiento de los delitos de violencia de género y familiar tiene que ver directamente con la prueba del hecho. En efecto, un altísimo porcentaje de supuestos de agresiones físicas o psíquicas contra mujeres tiene lugar en la intimidad del hogar donde no existen más personas presentes que el maltratador y su víctima. Obviamente, a falta de la confesión del acusado o del testimonio de un eventual tercero que presenciara la acción violenta, la única prueba directa con la que se cuenta proviene del relato que aporta la mujer que sufre la agresión. Y normalmente, al encontrarse la relación que mantiene con su agresor en la previsión del Art. 416 LECrim., es obligado para los jueces y tribunales, bajo sanción de nulidad, informar sobre la existencia de la dispensa a la mujer y ofrecerle la oportunidad de acogerse a la misma. Los datos estadísticos que anualmente arrojan las distintas encuestas (como las del CGPJ) muestran un incremento de mujeres que hacen uso de la dispensa y no prestan declaración.

El problema añadido a la inadecuada y desacertada regulación es que la pacífica doctrina que sobre el Art. 416 mantiene el Tribunal Supremo lleva a indeseadas consecuencias. Se enumeran algunos de los postulados fundamentales de su jurisprudencia que ahora interesa destacar:

- 1.º) El ejercicio de la dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez instructor —obviamente, el juez o tribunal enjuiciador—, también, por el agente de policía que recibe la declaración (SSTS 385/2007, de 10-5 y 1128/2004, de 2-11), recordando la Sala II que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar «concluyentemente expresada», formulación que naturalmente aquélla extiende a los supuestos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS 662/2001, de 6-4).

Es verdad que no siempre ha de advertirse de la dispensa al testigo que mantiene uno de los lazos del Art. 416. Uno de los supuestos, señala el Tribunal Supremo, tiene lugar cuando la víctima es denunciante pues entonces el alcance de la exención de declarar se relativiza en la medida en que la presentación de una denuncia «advierte claramente su voluntad espontánea de declarar» (STS 326/2006, de 8-3)¹⁴. Igualmente, merece cita el

¹⁴ Dicho en palabras de la STS 625/2007, de 12 de julio, «...cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el Art. 416.1.º LECrim. que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con

Acuerdo del Pleno de la Sala II de 24 de abril de 2013: «La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LE-Crim. 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». Este Acuerdo apareció transcrito por primera vez en la STS 304/2013, de 26 de abril.

No obstante esta exposición, lo cierto es que cuando la víctima es llamada al procedimiento penal, dejando de ser denunciante para convertirse en testigo, sea en la instrucción o, posteriormente, en el juicio oral, incluso cuando se ha apartado del proceso penal como acusación particular¹⁵, el titular del Órgano jurisdiccional debe instruirle del mencionado precepto.

- 2.º) Igualmente, la jurisprudencia tiene asentado que la omisión de la indicada advertencia impide, en todo caso, que se tenga en cuenta como material probatorio el testimonio que pudiera ofrecerse (SSTS 17-12-1997; 26-5-1999; 385/2007, de 10-05, 101/2008, de 20-2, 13/2009, de 20-1, entre otras muchas).
- 3.º) También desde antiguo advierte el alto Tribunal que la declaración del testigo en la instrucción en sentido inculpativo no empece para que en el plenario pueda acogerse a la dispensa establecida (SSTS 5-2-1892; 23-4-1897; —pronunciamiento recogido en la de 26-11-1973—; ver también la STS 1-12-1934)¹⁶. En consonancia con lo anterior, si el pariente decide

las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el Art. 416.1.º establece un derecho renunciante en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto».

¹⁵ Véase infra el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de fecha 23 de enero de 2018.

¹⁶ La Instrucción n.º 19 de la Memoria, de fecha 15-9-1833, de la entonces Fiscalía del Tribunal Supremo, (págs. 51 y 52), decía: «Esta Fiscalía opina que la renuncia de un derecho no puede producir más efecto que el que le da el renunciante. De consiguiente, si aquellas personas que están dispensadas o no pueden ser compelidas a declarar, se han prestado voluntariamente a rendir su declaración en el sumario, no puede decirse por ello que también han renunciado a la exención que les concede la ley para el juicio oral, y están en aptitud, por tanto, de hacer o no uso del beneficio que les otorgan, los artículos 416 y siguientes, no declarando, si así lo tienen por conveniente, en el juicio dicho».

acogerse a la dispensa en el acto del juicio oral está ejerciendo una facultad a la que tiene derecho que impide acudir por la vía de los arts. 730 ó 714 LECrim. a la declaración prestada en la instrucción por intenso que fuera su contenido incriminatorio, incluso, aunque tuviera el carácter de prueba preconstituida (SSTS 733/2017, de 15-11 y las en ella citadas).

De hecho, la Sala II alcanzó sobre este particular el siguiente Acuerdo plenario (no jurisdiccional) de fecha 23-1-2018:

«1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim., impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim.) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición». La STS 205/2018, de 25-4¹⁷, recogió dicho Acuerdo del Pleno.

Proyectado todo este panorama axiomático sobre el escenario procesal existente en los delitos de violencia de género, son muchas las puntualizaciones que pueden exponerse.

En primer lugar, y esto es importante, no creo que aparezca en la víctima de un delito de violencia de género, a la que se advierte de la dispensa del Art. 416 LECrim., un conflicto entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad y, menos aún, sea consciente de que se le ofrece una fórmula jurídica de escape que la libera de la obligación de colaboración con el órgano jurisdiccional. Muy al contrario, en la mayoría de las ocasiones dichas víctimas no declaran por variados factores que tienen mucho que ver con el miedo a su agresor, la dependencia que padecen respecto de él, la preocupación por los avatares a los que puedan quedar sometidos los hijos comunes, a veces, los hijos solo de la víctima, y las presiones que subrepticamente recibe del entorno de ese mismo agresor.

En segundo término, lo que es más grave y rechazable, que la inevitable aplicación del Art. 416.1.º al enjuiciarse delitos de violencia de género y familiar, conduce, se quiera o no, a que la testigo-víctima no declare provocando, por falta de prueba, el sobreseimiento y archivo de

¹⁷ En esta sentencia hay un interesante y fundado voto particular del Magistrado Antonio DEL MORAL, apoyado por otro Magistrado, que se muestra partidario de la lectura de las declaraciones sumariales con base en el Art. 730 LECrim. y su posibilidad de valoración en el caso de que la víctima se ampare en el Art. 416 LECrim. y se niegue a declarar.

las actuaciones si el procedimiento está en fase de instrucción, o la sentencia absolutoria si se acogió a la dispensa en el acto del juicio oral.

Ha de tenerse en cuenta, además, que en estos supuestos la jurisprudencia viene negando valor probatorio a los testigos de referencia (véase STS 733/2017, de 15-11) y, como anteriormente se adelantó, no es posible acudir a la declaración sumarial de la víctima por la vía de los arts. 714 ó 730 LECrim., aun la prestada con toda suerte de garantías, cuando la víctima hizo uso de la dispensa en el acto del juicio oral.

No obstante, es muy discutible, por ello merece la mayor de las críticas, la solución jurisprudencial de negar valor a la declaración de la víctima-testigo en la instrucción sobre la que se forjó la preconstitución probatoria cuando en el juicio oral se acoge a la dispensa. Se antoja paradójico que si se acoge a la dispensa en el acto del juicio oral no pueda acudirse a lo manifestado en la instrucción y, sin embargo, cabría reproducir la declaración instructora si, por ejemplo, la testigo se limita a decir que no se acuerda de nada, niega los hechos o, citada, no comparece haciendo caso omiso de la citación sin dar explicaciones.

Aunque la Sala II se cansa de repetir que Art. 416.1 de la LECrim. no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso (véase, por ejemplo, la STS 486/2016, de 7-6), lo cierto es que mantiene una doctrina jurisprudencial basada en fundamentos nada convincentes que en la mayoría de los supuestos obliga a aniquilar la prueba de cargo, singularmente, la preconstituida en la instrucción donde, enseña la praxis, es seguro que la testigo prestó el testimonio más fidedigno, cuando la testigo-víctima de la agresión se acoge a la dispensa en el acto del juicio oral.

Sigo manteniendo¹⁸ que la dispensa parece confeccionada para ofrecerse en cada declaración como acto concreto, y no para acaparar el conjunto de la intervención del pariente en el proceso. Ni el Art. 416 ni el Art. 707 LECrim. cuentan con un mecanismo de conexión entre las distintas comparencias que la testigo protagoniza a lo largo del procedimiento. Cada acto procesal que envuelve la emisión de un testimonio goza de absoluta independencia y, por esta razón, ha de advertirse al testigo la existencia de la dispensa en todos aquellos en los que intervenga. Recuérdese, que los arts. 416.1.º y 707 reconocen al testigo el derecho a no declarar contra su pareja o pariente y en dicho

¹⁸ ESCOBAR JIMÉNEZ, R. *La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1.º LECrim.)*, publicado en la revista *La Ley*, números 7301 y 7302, *ob. cit.*

punto se detienen. No le dan la posibilidad de dejar desprovistas de valor probatorio sus intervenciones anteriores practicadas conforme a Derecho merced a la construcción artificial de la Sala II. Si en la instrucción no se acogió a la dispensa y ejerció su derecho decidiéndose a declarar, ese testimonio que, como reconocen las reseñadas sentencias, es real y válido, no ha de quedar afectado por actitudes posteriores. Y no se impide por una vía indirecta, como aquéllas sostienen, lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa pues, como se ha dicho, las declaraciones gozan de absoluta independencia. Por consiguiente, si el testigo depuso en la instrucción con las debidas garantías (advertencia, contradicción procesal, etc.) porque esa fue su voluntad, el hecho de que en el juicio oral opte por no contestar es decisión que solamente puede afectar a este concreto acto procesal y no a la valoración de lo actuado válidamente con anterioridad, teniendo en cuenta, además, que la regulación procesal tampoco establece una suerte de efecto retroactivo o que aquella actitud constituya un impedimento para dirigir la mirada a la declaración sumarial.

De hecho, la solución jurisprudencial lleva a escenarios paradójicos pues, como se ha adelantado, la declaración sumarial preconstituida sería objeto de valoración si la testigo fallece con anterioridad al juicio oral aunque se hubiera propuesto hacer en él uso de la dispensa, o comparece y se limita a decir que no se acuerda de nada, o a negar los hechos o, citada, no comparece haciendo caso omiso de la citación, como fue el supuesto tratado en la STS 1587/1997, de 17-12, o se ausenta convirtiendo su paradero en ignorado porque piensa que así favorece al acusado¹⁹.

La conclusión no puede ser otra que la actual regulación de la dispensa del Art. 416.1 LECrim. y la doctrina jurisprudencial mantenida sobre la misma produce una quiebra en el sistema de protección y tutela penal de la víctima-testigo en estos delitos de violencia de género porque deja al delincuente maltratador sin reproche penal. Y, entonces, asalta de inmediato el interrogante, ¿para qué tanta reforma penal si el acervo probatorio con el que se puede contar adolece de trascendentes fisuras? En tales supuestos es por completo inoperante.

¹⁹ Decía en uno de sus párrafos finales esta STS 1587/1997, de 17-12: «... A efectos de mayor clarificación para el futuro de lo que es doctrina jurisprudencial de esta Sala, se debe recalcar que se trata de una simple excepción a la regla general que la jurisprudencia del TC y de esta Sala establece para los supuestos excepcionales en que se permite la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario si aquél no comparece a tal acto; pero nunca para los supuestos en que —como se señaló— comparece al juicio oral y no se somete, acogiéndose a una dispensa legal, al derecho a no declarar contra el acusado...».

En mi opinión, entre otros aspectos importantes, el necesario estudio que lleve a aconsejar o exigir la modificación legislativa ha de centrarse en las razones o motivos que llevaron a la víctima a hacer uso de la dispensa. Piénsese que cuando el aparato judicial se ha puesto en marcha por uno de estos delitos, la víctima está atrapada, en la mayoría de los casos, en una red inmovilizadora y atmósfera irrespirable de dependencia emocional, incluso económica, en la que confluyen otros factores que le preocupan hasta el agobio como los hijos comunes o solo de la víctima, el propio hecho de haber dado el paso de la comunicación de la violencia ejercida a policía o juzgado, que la señala inevitablemente frente al agresor, y la reacción posterior de este último o de su entorno en pro de su silencio.

El resultado es un estado de vulnerabilidad que ha de combatirse con medidas que garanticen su marco de protección y lo amplíen. Sin duda, una de ellas consistiría en la dotación de una mayor tutela judicial que lograría la no aplicación del Art. 416.1.º a las personas víctimas de la violencia de género y familiar²⁰. Ello, además, estaría en consonancia con lo dispuesto en el Art. 49.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11-5-2011 (Convenio de Estambul), —Instrumento de ratificación publicado en el *BOE* el 6-6-2014—, conforme al cual «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los dere-

²⁰ El voto particular a la mencionada STS 205/2018, de 25-4, cuya lectura recomiendo, recoge la siguiente reflexión refiriéndose a la dispensa: «Eso encierra una invitación a conseguir que la víctima se acoja a ese derecho agudizando su conflicto y colocándola en el trance de aparecer como la única responsable del castigo en cuanto que habría bastado su pasividad en el plenario para eludir la condena; el Estado no contribuye a aliviarle esa carga emocional. Atribuyéndole capacidad de borrar su anterior testimonio redobla la presión. No pienso en actuaciones delictivas (que podrían darse y que merecerán respuesta adecuada con preceptos como las coacciones o los atentados a testigos), sino principalmente en otro tipo de conductas que no pueden ser tildadas de delictivas y en muchos casos ni siquiera de ilegales (chantaje emocional; presiones psicológicas provenientes de la familia extensa o de sus propias vivencias...) que tratarán de erosionar la firmeza de la posición de la víctima o abocarla de nuevo al conflicto que el Art. 416 LECrim. quería resolver (...) Pero no podemos olvidar a las víctimas potenciales. El mensaje disuasorio del derecho penal se agrieta con esa interpretación de la norma lo que si atendemos a la lógica perjudicará a quienes hoy son solo víctimas potenciales incrementando la posibilidad de convertirse en víctimas reales. El deseo respetable de la víctima actual (intentarlo otra vez, o recuperar una relación que en otro caso romperá irremediamente una condena penal o preservar la libertad del padre de sus hijos) puede redundar en perjuicio de la víctima potencial y llevar a nuevos e indeseados fracasos del Derecho Penal. Hay que buscar un equilibrio que no se alcanza en esa interpretación por relegarse en demasía a la víctima potencial».

chos 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, del mismo modo, con su Art. 55.1: «Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y porque el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia».

Si no resultara aceptable la apuntada solución de cirugía extrema, es plausible la que brindaba el Anteproyecto de LECrim. de 2011 (art. 570.2) que apostaba por ofrecer, para toda clase de delitos, la posibilidad de hacer uso de la dispensa una única vez en la primera declaración y si quien fuera informado de su derecho no se acogiera a la misma quedaba cancelado el derecho y vendría obligado a declarar cuantas veces fuera requerido para ello.

V. La conformidad en los distintos procedimientos

La institución de la conformidad aparece regulada por primera vez en los arts. 655 y 688 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien, a esta normativa se han ido superponiendo otros preceptos que también la disciplinan aunque de un modo no exactamente coincidente. Semejante progresión puede verse en la LO 7/1988 instauradora del procedimiento abreviado, la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado, la Ley 38/2002 de reforma parcial de la LECrim. y la LO 8/2002 complementaria de la anterior. Lo expuesto lleva a afirmar, como apunta MORENO VERDEJO²¹, que en la actualidad la conformidad está regulada de forma dispersa y fragmentaria.

En términos generales, prescindiendo de su base filosófica, naturaleza jurídica y fundamento, en la práctica diaria la conformidad del acusado busca y consigue una rebaja de la pena respecto de la inicialmente solicitada por la acusación, siempre, dentro del respeto al principio de legalidad.

Grosso modo, la admisión de culpa por parte del acusado que se aquieta a la acusación en todos sus extremos y consiguiente acuerdo entre acusación y defensa evita, por un lado, la celebración del juicio oral

²¹ MORENO VERDEJO, J., *La conformidad*, en la obra colectiva *El Juicio Oral en el Proceso Penal*, editorial Comares, 2.ª edición, pág. 1.

con todas las actuaciones procesales que lo integran y, por otro, exonera al órgano enjuiciador de sus ordinarias funciones en orden a la valoración probatoria y a la fundamentación fáctica y jurídica de su sentencia contando, además, con la irrecurribilidad de ésta cuando es dictada en conformidad (art. 787.7 LECrim.)²². En tal hipótesis, por regla general, el juez o tribunal se limita a plasmar en la sentencia el acuerdo alcanzado y pormenores fácticos y jurídicos indispensables. Este supuesto beneficio a la Administración de Justicia que en teoría favorece la atención de sus órganos en otros asuntos y evita gestiones y gastos en tareas de citación y traslados, es el que está detrás de la rebaja de la pena que persigue toda conformidad. Aminoración del tiempo de pena inicialmente solicitado que, siempre con el ineludible respeto a las normas sustantivas sobre determinación de la pena, no está sometida a precepto procesal alguno que la restrinja a la baja, en todo caso hasta el suelo de pena, en el procedimiento ordinario, en el abreviado y en el del Tribunal del Jurado.

En el ámbito del enjuiciamiento de los delitos de violencia de género y familiar, el descrito escenario puede verse con cierta aceptación por la víctima que, por distintas razones y circunstancias, le resulta muy desagradable comparecer y declarar como testigo o que, incluso, rechaza psicológicamente el juicio y todo lo que conlleva, llegando a preferir en ocasiones que «le caiga menos pena a su agresor» antes que tener que intervenir en el mismo. Por el contrario, otras víctimas repudiarán el sistema pues, además de no ser oídas por el Tribunal al que quieren dar a conocer los hechos, contemplan con rechazo cómo el acusado es condenado a una pena rebajada. No puede decirse en estas hipótesis que la pena impuesta se atenga a sus fines básicos y, menos aún, que la víctima quede satisfecha con la respuesta jurisdiccional.

²² Pueden verse SSTS 938/2008, de 3 de diciembre; 188/2015, de 9 de abril; 483/2013, de 12 de junio; 752/2014, de 11 de noviembre, entre otras muchas. Se lee, por ejemplo, en la STS 810/2017, de 11 de diciembre: «La sentencia de conformidad verdadera no es susceptible de recurso. Así se infiere del Art. 787.7 (...). Reiteradamente lo ha afirmado la jurisprudencia. Se ha invocado a veces, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos; que la conformidad supone una renuncia tácita, anticipada y condicional al recurso; o que hubo consentimiento tanto del acusado como de su defensor (sentencias de 14 de noviembre de 1906, 23 de octubre de 1975, 23 de noviembre de 1984, 4 de octubre de 1989, 31 de enero de 1990, 876/1997, de 9 de octubre o 761/2002, de 30 de abril entre muchas otras). Hoy es el derecho positivo el que cierra la vía al recurso salvo que la sentencia falle de forma diferente al contenido de la propuesta de conformidad de las partes (conformidad alterada) o cuando falte alguno de los presupuestos que la permiten (conformidad aparente). Son esos los dos supuestos aludidos en el Art. 787.7: no respeto de los requisitos de la conformidad (conformidad aparente), bien apartamiento de sus términos (conformidad alterada)».

Al margen del punto de vista de la víctima, es claro que en el aspecto jurídico procesal aquélla comparece como testigo para someterse a la contradicción de las partes y sus declaraciones, como las de cualquier testigo, entran en la órbita del inderogable principio de libre valoración de la prueba sin que, en modo alguno, quepa alzaprimar su testimonio sobre otras pruebas también practicadas. En este punto merece mención la STS 282/2018, de 13-6, —reiterada en la STS 119/2019, de 6-3 (de igual ponente)—, que si bien hace un esfuerzo, desde la perspectiva valorativa de la prueba, para elevar a la testigo víctima de la agresión a la inexistente categoría de testigo cualificado, acaba contradiciéndose en sus términos cuando concluye afirmando la prevalencia del reseñado principio de libre valoración de la prueba y señalando aspectos a apreciar que, en definitiva, no solo son predicables al valorar la declaración de la testigo víctima de un delito de violencia de género sino también la de todo testigo víctima de cualquier otro injusto penal. Se lee en aquella resolución: «Es preciso poner de manifiesto que en este caso, las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos (...). En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien «ha visto» un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido (...). Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración».

Y está claro que el instituto de la conformidad evita, como se ha dicho, la comparecencia de la testigo en sede judicial, su declaración, el interrogatorio de las partes y su sometimiento a las operaciones de valoración probatoria.

VI. Los juicios rápidos y la conformidad

Pros y contras del instituto de la conformidad se exageran a la contra, al menos, en lo que respecta a la respuesta penal a algunos de los delitos de violencia de género, cuando aquélla tiene lugar en un juicio rápido.

Respecto de estos delitos, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido supone una respuesta jurisdiccional inmediata a una realidad compleja que exige plurales soluciones y no solo en relación al castigo del agresor. *Item* más, al margen de los supuestos más graves, cuando el acontecimiento supera el ámbito de este procedimiento por no cumplirse sus presupuestos nucleares o alguna de las circunstancias que prevén los tres ordinales del Art. 795.1 LECrim., se impone la transformación de las diligencias urgentes a previas o la directa incoación de estas últimas con la consiguiente ralentización de trámites y retardo en la respuesta penal que lleva en ocasiones a la víctima a dejar de creer en el sistema, acogerse a la dispensa del Art. 416 LECrim. como ya se expuso o, incluso, apartarse del procedimiento.

Sin embargo, la conformidad que se ha ideado para este procedimiento en la fase de instrucción (art. 801 LECrim.) favorece claramente al acusado por delitos que abarca su ámbito entre los que también se encuentran determinados delitos de violencia de género y familiar²³. Como es sabido, aquella modalidad de conformidad se ha introducido igualmente en el procedimiento abreviado cuando está finalizando la instrucción de las diligencias previas, en el lance procesal que regula el Art. 779.1.5.^a LECrim.

No corresponde aquí analizar los requisitos del Art. 801 LECrim. cuya redacción es ciertamente mejorable, sobre todo, para salvar contradicciones como la producida en relación a la acusación particular (art. 801.1.1.^a y 801.5)²⁴. Pero sí, poner de manifiesto las consecuen-

²³ Como reflejan estudios del Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, continua abierto el debate sobre la conveniencia de suprimir ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, singularmente, las atenuantes de confesión y reparación del daño, respecto de determinados delitos graves de violencia de género (asesinatos, homicidios) dado que permiten alcanzar importantes reducciones de las penas señaladas por el Código Penal al delito (art. 66.1.1.^a y 2.^a) y, sin embargo, no han formado parte integrante de la conducta criminal en sí (al contrario de otras como las que se aplican a consecuencia de la ingesta de alcohol o drogas, etc.).

²⁴ Véanse MORENO VERDEJO, J., en *ob. cit.* Y, también, a ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MORENO VERDEJO, J. y DEL MORAL GARCÍA, A, en *Juicios rápidos. Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, editorial Comares. Granada 2003.

cias jurídicas que repara. La más llamativa reside en que la rebaja de la pena por conformarse no está sujeta al consenso voluntarista de acusación y defensa sino que viene impuesta por la Ley.

En lo que aquí interesa, son requisitos exigidos en el Art. 801.1 LE-Crim. «1.º) Que no se hubiera constituido acusación particular²⁵ y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación. 2.º) Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. 3.º) Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión».

Añade el inciso primero del Art. 801.2: «Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal».

En otras palabras, esta conformidad, apodada «premia» por muchos sectores, provoca *ope legis* la reducción en un tercio de la pena solicitada por la acusación que, dado el tenor del requisito fijado en el ordinal 3.º del Art. 801, en ningún caso permitirá la imposición de una pena privativa de libertad cuya duración exceda de dos años. Dicha limitación temporal de la pena rige igualmente respecto de la suma de las impuestas si se trata de varios delitos. Por otro lado, la reducción en un tercio de la pena es ejecutada de manera tan matemática que incluso no queda afectada por el límite mínimo de duración de la pena previsto en el Código Penal. Nótese, además, que la tan repetida reducción en un tercio de la pena solicitada alcanza también a la duración de la accesoria impropia que regula el Art. 57 CP, tan importante y eficaz en estos delitos.

El resultado de la expuesta previsión normativa es nítidamente benevolente respecto del acusado y, al mismo tiempo, rechazable cuando se trata de delitos de género o cometidos en el ámbito fami-

²⁵ Como es sabido, este requisito no se desarrolla en la práctica en sus estrictos términos pues la conformidad tiene lugar también cuando está personada la acusación particular.

liar, máxime, si se repara en que el impuesto límite de los dos años parece estar pensando en el señuelo de los beneficios de la suspensión de la condena²⁶, posibilidad con la que cuenta el condenado por estos delitos.

Finalmente, mencionar como situación jurídica colateral susceptible de acaecer en los casos de conformidad del acusado en el juicio rápido, que el Juez de guardia, dada la célere tramitación del procedimiento, no llega a dictar medida cautelar alguna porque lo que procede tras la sentencia es la ejecución de la misma y las mujeres víctimas de la violencia pueden verse desprotegidas en determinado lapso de tiempo a pesar de que exista una sentencia firme que condena al acusado. Es primordial, en tales supuestos, que al declararse la firmeza de la sentencia si inicie de manera inmediata la ejecución de las impuestas medidas de alejamiento y prohibición de comunicación siempre tan necesarias.

²⁶ MORENO VERDEJO, J. en *el juicio oral... ob. cit.*, y también en *Juicios rápidos. Estudio práctico...*, *ob. cit.*, pág. 117.

La protección de la víctima en el ámbito de la violencia de género

Ana Jesús Zulueta

Magistrada del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Vitoria (Álava)

Sumario: I. Artículo 416 de la LECrim. La dispensa de la obligación de declarar en el ámbito de la violencia de género. 1. Introducción 2. Cuestiones interpretativas más frecuentes. a. Relación de hecho análogo a la matrimonial b. Relaciones extramatrimoniales. c. Parientes por afinidad. d. Los coimputados. e. La dispensa solo alcanza a los parientes de cada investigado f. Menores de edad g. Supuestos en que el propio testigo se ha personado como acusación particular. h. El denunciante espontáneo. i. Momento en el que debe informarse de la dispensa y el testigo puede acogerse a ella j. Consecuencias del acogimiento de la dispensa. k. Consecuencias de la no información de la dispensa. l. Error en la información de la dispensa II. Medidas de protección de los arts. 544ter y 544bis de la LECrim III. La orden de protección europea IV. Bibliografía

Resumen: Este trabajo tiene por objeto, en primer lugar, el análisis de un mecanismo procesal especialmente utilizado en la investigación y enjuiciamiento de los delitos relacionados con la violencia de género: la dispensa de la víctima de la obligación de declarar (art. 416 LECrim). Este mecanismo ha sido y continúa siendo objeto de gran controversia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, máxime tras los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo. En este trabajo se analizan cuestiones como su fundamento, los sujetos a los que abarca, las consecuencias de su aplicación, así como otros elementos relevantes para su entendimiento. En segundo lugar, este trabajo analiza las medidas de protección de las víctimas de violencia de género contenidas en los artículos 544bis y 544 ter de la LECrim.

Palabras clave: Violencia de género, dispensa de la obligación de declarar, medidas de protección.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-102-8, núm. 16/2020, Bilbao, págs. 137-178

I. **Artículo 416 de la LECrim. La dispensa de la obligación de declarar en el ámbito de la violencia de género**

1. *Introducción*

La dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal (en adelante, LECrim), para la fase de instrucción, y en el artículo 707 del mismo cuerpo legal, para la fase de juicio oral, en lo que se refiere al ámbito de la violencia de género, ha sido y sigue siendo objeto de un gran controversia tanto doctrinal como jurisprudencial y ello a pesar que aparece desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal allá en el año 1.882, redacción que se mantuvo sin cambios hasta la publicación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que amplió la dispensa a las personas unidas por análoga relación de afectividad.

El artículo 24.2 último párrafo de la Constitución española de 1978 establece que «(...) La Ley regulará los casos en que, por razón del parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

La transposición de este precepto en la ley ordinaria y en el ámbito objeto de estudio se recoge en el art. 416.1 LEC que dice:

«Están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia

Si alguno de los testigos se encontrase en alguna de las relaciones indicadas en los párrafos anteriores con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido».

El fundamento de esta dispensa se ha justificado como una facultad que se otorga al interesado para solucionar el conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, por un lado, y su deber personal de lealtad y afecto hacia

personas ligadas a él por vínculos familiares. Por otro lado, acompañando a dicha facultad la información de que puede ejercitar tal derecho. No se configura como una garantía del acusado frente a las fuentes de prueba sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se les excluye del principio general de obligatoriedad de declarar para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, y todo ello para no someterle a la tesitura de declarar la verdad y con ello inculparlo, o faltar a la verdad y abrir la posibilidad de que sea condenado por un delito de falso testimonio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, ha analizado esta cuestión. Así, en la STS 134/2007 de 22 de febrero se destaca que la dispensa «tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente». Esto es, trata de dar solución al conflicto de intereses de los familiares de los acusados que se mueven entre el deber de decir verdad y la relación familiar que les une con las personas implicadas en un procedimiento penal.

En este sentido se pronunció el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de abril de 2013, al decir que «la justificación de tal exención se encuentra en el conflicto existente entre el deber legal de decir la verdad y el derecho derivado del vínculo afectivo familiar o asimilado existente entre agresor y víctima».

Otras sentencias hacen referencia a otros fundamentos como la solidaridad existente entre los miembros de una unidad familiar, tal y como se expone en la STS 1547/2009, de 26 de marzo, o al respeto al derecho a la intimidad del ámbito familiar (art. 18 CE) y en el secreto familiar «que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar». La STS 292/2009 de 26 de marzo y la 459/2010 de 14 de mayo destacan que la dispensa tiene como fin el de preservar la intimidad del testigo.

La STS 2139/2009, de 23 de marzo alude a razones prácticas al señalar que: «El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. Más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitra una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órga-

nos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Lo que se protege a través de esta exención es la posibilidad del testigo de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría.»

La dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada, filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aun provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distingos según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LE-Crim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim).

Aunque la dispensa de la obligación de declarar se aplica en todo tipo de procedimientos, cobra especial virtualidad en el ámbito de la violencia de género, dado que los mismos suelen cometerse en la intimidad, por lo que el testimonio de la víctima o sus familiares resulta fundamental para esclarecer los hechos. En este tipo de procedimientos, a diferencia de otras investigaciones penales, el autor de los hechos suele estar identificado desde el principio. Sin embargo, lo costoso es mantener la colaboración de la víctima y de los testigos hasta llegar, en su caso, al dictado de una sentencia condenatoria. Y es que, en muchas ocasiones, la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, siempre que reúna los requisitos jurisprudenciales sobradamente conocidos y recogidos, por ejemplo, en la STS 965/16 de 21 de diciembre de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, y persistencia y firmeza del testimonio.

Es por ello que, desde determinados grupos políticos y colectivos sociales se ha pedido su derogación, a fin de facilitar la investigación de los delitos cometidos en el ámbito de la familia o pareja. En este sentido la Fiscalía contra la violencia de género, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del C.G.P.J., asociaciones y ONG, han puesto en el punto de mira la citada dispensa, en la medida que su utilización ha propiciado que un considerable número de procedimientos de violencia de género hayan sido sobreesidos en fase instructora, o bien hayan dado lugar a sentencias absolutorias en el plenario, al haberse acogido la víctima a dicho derecho.

Se argumenta, desde estos colectivos, que la dispensa establecida en el citado precepto (y que con carácter general como hemos visto estaría justificada) no estaba pensada para el caso de que quien hace uso de la misma sea la propia víctima del delito, como sucede en la violencia de género, y que la previsión constitucional de la misma no tiene por qué suponer extender sus consecuencias a las víctimas de los propios delitos, no pudiendo negarse por ello que las consecuencias del ejercicio de dicho derecho, y probablemente no previstas por el legislador, puede propiciar un efecto adverso a los intereses de la víctima, cuando ésta, por las razones que sea termina acogiéndose a la referida dispensa no declarando en el acto del juicio oral contra el agresor. Si, como suele ser habitual en este tipo de delitos que suelen producirse en la intimidad de la pareja, el acervo probatorio es escaso más allá de la propia declaración de la víctima, se crea un vacío probatorio que hace imposible o muy difícil la sustentación del proceso pues no hay actividad probatoria que permita mantener la acusación con una mínima solvencia.

No obstante, esta dispensa se encuentra también recogida en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de la dispensa de la obligación de declarar para algunos testigos que contienen diversas legislaciones nacionales y ha establecido que estas previsiones legales no son contrarias al derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales CEDH, (Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 Sep. 1990; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 Nov. 1986).

Desde el punto de vista jurisprudencial resulta relevante lo establecido sobre el particular en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010, cuya doctrina jurisprudencial quedó definitivamente fijada en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del

Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2013, que con la finalidad de dar seguridad jurídica a través de una interpretación uniforme declaró:

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

A) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

B) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».

Por tanto, según se declaró, en virtud de dicho acuerdo pueden acogerse a la dispensa todas las personas que comparecen en calidad de testigos que mantienen los vínculos familiares referidos en dicho precepto. Así las cosas, deben incluirse entre las personas que pueden acogerse a la dispensa: a) Cónyuges cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos, pese a que exista separación legal o de hecho; b) Parejas de hecho cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos; c) Novios; d) Personas con dichos vínculos que ostentan doble condición de investigados y perjudicados.

Por contra, no tienen la posibilidad de optar por dicha dispensa pese a mantener dichos vínculos familiares: a) Personas que han tenido vínculo de afectividad respecto de hechos sucedidos con posterioridad al cese de la convivencia; b) Personas que estén personadas como acusación en el proceso.

Con posterioridad a dicho acuerdo la jurisprudencia ha reforzado si cabe el alcance de las excepciones a dicha dispensa con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 (ponente Jiménez García) por la que, pese a los términos del acuerdo antes referido, se amplía el alcance de dicha excepción, declarando que tampoco opera la dispensa en el caso de que la perjudicada hubiese ejercido la acusación particular en cualquier momento del procedimiento, aunque ya no lo estuviera ejercitando en el momento que pretende acogerse a la referida dispensa. Se justifica en que, de no interpretarse de esta forma, se estaría dejando a la perjudicada que a voluntad decida su estatus en base a criterios de oportunidad que no deben ser admisibles en materia tan sensible como la presente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016 avanza en el mismo sentido, pues aunque se hace eco de la jurisprudencia que impide utilizar los art. 714 y 730 LECrim para incorporar en el plenario lo declarado en fase instructora tras acogerse al derecho a no declarar, estima que ello no se extiende a la facultad de borrar o aniquilar las de-

claraciones anteriormente prestadas en el procedimiento, invocando la jurisprudencia que permite acudir al art. 714 LECrim para dar lectura a las declaraciones prestadas, y darle opción en ese momento al acusado de mantenerse en su decisión de no declarar, o bien darle la opción de responder a alguna pregunta (al estimar que tal decisión no es irreversible).

No obstante, con el dictado del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional e la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero 2018, se vuelve a ampliar el ámbito de la dispensa al señalar que:

1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.
2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.

De esta forma se confiere aún mayor autonomía a la víctima-testigo para acogerse al derecho a la dispensa en cualquier momento y cualquiera que hubiera sido su posición inicial.

Las propuestas del Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para la reforma del art. 416 LECrim pretenden eliminar este derecho en el caso de que la víctima haya sido la denunciante. No obstante, no existe consenso entre los distintos operadores jurídicos ante la falta de convencimiento de que obligar a la víctima a declarar contra el agresor le otorgue una mayor protección, puesto que en algunos casos puede propiciar un efecto contrario. Por un lado, por el riesgo que pudiera surgir para la víctima cuando ésta considere que existe una posibilidad cierta de reconducir la situación fuera del ámbito judicial y por otro lado porque si se eliminara la dispensa y no declarara o mintiera, se podría ver inmersa en un delito de falso testimonio.

En mi opinión, la dispensa debe mantenerse puesto que una regulación diferente implicaría un exceso de tutela colocando a la mujer en una categoría similar a los menores de edad cuestionando su propia autonomía. A mayor abundamiento, procede señalar que la vía judicial no es la única vía de protección de la mujer, ni siempre resulta suficiente para garantizar su indemnidad, como tristemente nos hacen ver los datos de mujeres muertas cada año, con o sin orden de protección. Lo realmente relevante es que la víctima tome la decisión de forma libre y voluntaria, sin presiones externas.

En cuanto al ámbito al que la dispensa se aplica, el art. 416 se circunscribe a las siguientes personas:

1. Los parientes del acusado en líneas directa ascendente y descendente (padres, hijos, nietos y abuelos, y bisabuelos, si lo hubiere).
2. Su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial.
3. Sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil (esto es a los hermanos)

2. Cuestiones interpretativas más frecuentes

a. RELACIÓN DE HECHO ANÁLOGA A LA MATRIMONIAL

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, añadió en el ámbito subjetivo de la dispensa la relación (con el acusado / investigado) de hecho análoga a la matrimonial equiparando la situación del cónyuge con la de persona ligada por análoga relación de afectividad de forma estable.

Ahora bien, esta equiparación ha dado lugar a arduas discusiones sobre si debía exigirse que en la relación análoga a la conyugal existiera un cierto compromiso y un mínimo de estabilidad o vocación de permanencia.

El legislador no ha mantenido una posición uniforme en estos casos. En algunos supuestos ha asimilado el matrimonio y relaciones estables de análoga relación de afectividad «aun sin convivencia»: arts. 148, 153, 171, 172, 172 ter, 173 y 197.7 del Código Penal (en adelante, CP). No obstante, en otros casos, como en el art. 454 (delito de encubrimiento), en el art. 23 CP (circunstancia mixta de parentesco) y en el propio art. 416.1 LECrim equiparan la relación conyugal con la de la persona que «esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad» pero sin añadir la mención «aun sin convivencia».

Esta posición errática ha propiciado el debate sobre si debía exigirse o no la convivencia entre la víctima e investigado/acusado para la aplicación de la dispensa.

Inicialmente la jurisprudencia se inclinó por entender necesaria la convivencia, no solo en el momento de los hechos, sino también en el momento de prestar declaración. Este fue el criterio mantenido por nu-

merosas sentencias (así, STS 164/2008 de 22 de febrero, 13/2009, de 20 de enero y 17/2010, de 26 de enero, Auto TS 1829/2011, de 3 de noviembre): «si en el momento de acudir al llamamiento judicial para declarar como testigo ya no existe análoga relación a la conyugal, no hay posibilidad de acogerse a la dispensa, y ello por entender que es en ese momento procesal cuando surgen las obligaciones y derechos inherentes a tal condición puesto que la solidaridad que justifica la dispensa no solo desaparece por el divorcio sino que también lo hace en los casos de un firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable» .

La Sentencia del Tribunal Supremo número 510/2009, de 12 de mayo (ponente Marchena Gómez), desestima el invocado por el recurrente error de derecho en el juicio de subsunción, por aplicación indebida de los artículos 153.1, 169.2 y 173.2 del Código Penal. Esta resolución establece que «No resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea, ni siquiera, compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia —ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos—, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al art. 69 del Código Civil, la convivencia se presume y que el art. 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los artículos 153 y 173 del Código Penal situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical —vivir en compañía de otro u otros—. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente

esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.»

La reciente STS 697/2017, de 25 de octubre, trata de una forma extensa y clarificadora la interpretación de la expresión «mujer que estuviese o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Así se establece *que* «Ahora, después de las modificaciones operadas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y LO 1/2004, la analogía respecto al matrimonio en la relación de afectividad existente entre imputado y víctima ya no encuentra apoyo en las notas de estabilidad y convivencia que han sido expresamente eliminadas en la redacción legal de los arts. 153, 173.2 y 171.4. El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Una de las razones por las que se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los arts. 153, 171.4 y 173.2 CP fue la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no solo las relaciones de estricto noviazgo, esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio) que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre las componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiere designarse.

El noviazgo, como estadio de relación personal o de afectividad, constituye una categoría socialmente abierta y sometida a un alto grado de relatividad en cuanto a sus caracteres definidores. No basta con identificar una relación de «noviazgo», para sin otra consideración, otorgarle el mismo valor normativo que legalmente se atribuye al matrimonio. Incluso en los supuestos de relación de afectividad más estrecha se debe identificar la presencia de un proyecto de vida en común, au cuando no se reclame la convivencia. Dicho proyecto pasa por la identificación de actos externos destinados a institucionalizar o a estabilizar dicha afectividad y vida compartida».

En un repaso de las sentencias de las Audiencias Provinciales encontramos que se entiende que no concurre la análoga relación de afectividad, en los siguientes supuestos fácticos:

- Una relación de 15 días en la que víctima y acusado dormían en un cajero (Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, número 101/2007, de 2 de febrero).
- Una relación de pareja que está empezando (Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, número 99/2007, de 2 de febrero).
- Una relación de noviazgo respecto de la que no consta que exista entre los sujetos un compromiso que permita asimilarla a la «comunidad de vida en intereses» característica del matrimonio o de la pareja de hecho more uxorio (Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, número 108/2007, de 15 de mayo).
- Una relación afectiva de 3 meses a lo largo de la cual el acusado visitaba a la víctima con frecuencia en su casa y mantuvieron esporádicas relaciones sexuales (Sentencia de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 37/2007, de 9 de enero).
- Una relación sentimental respecto de la que no se acredita su intensidad y su grado de intimidad, confianza y compromiso (Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, número 83/2007, de 19 de abril).
- Una relación sentimental respecto de la que no se prueba la frecuencia con la que la víctima y el acusado se veían, la intensidad de la relación ni la existencia o no de proyecto en común (Sentencia de la Sección 27.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, número 824/2007, de 11 de octubre).

Otras Audiencias Provinciales mantienen un criterio más flexible, entendiendo que lo determinante no es la existencia de un proyecto o

planes de futuro, ni siquiera la mayor o menor duración de la relación. En este sentido podemos citar las siguientes:

- la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2007, señala que «Sin duda, no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos judiciales al entender que determinadas relaciones de noviazgo, sin que medie convivencia entre los novios, deben quedar amparados en el ámbito de protección penal y procesal de la violencia de género. Será una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por su intensidad, grado de compromiso, estabilidad, duración, hijos comunes, o, incluso, la existencia de determinadas obligaciones de carácter pecuniario (por ejemplo, la adquisición conjunta de una vivienda), que permita advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación».
- la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 20 de diciembre de 2005, refiere que «en el presupuesto típico de ligamen por análoga (al matrimonio) relación de afectividad aún sin convivencia es admitido por la doctrina mayoritaria siempre que esas situaciones gocen de cierta duración y vocación de permanencia, que traspasen lo meramente episódico y la relación de simple amistad, conclusión que es preciable de la que nos ocupa, pues se desarrolló durante seis meses y fue una relación sentimental, sin que a ello obste que no existieran planes de futuro, pues, de ser así, pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, como la realidad social pone de manifiesto, y no implica merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la acompaña; en definitiva, se exige una relación con cierta intención de permanencia y quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos».
- la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de diciembre de 2007, mantiene que «El noviazgo, como estadio de relación personal, constituye una categoría definidora particularmente abierta y sometida a un alto grado de relatividad en cuanto a sus caracteres constitutivos...».

Asimismo, estiman aplicable la Ley Orgánica 1/2004 por considerar que sí concurre análoga relación de afectividad, en los siguientes supuestos fácticos:

- Sentencia de la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de enero de 2007, una relación de noviazgo, con sus correspondientes vínculos sentimentales entre las partes, de más de 2 años y medio de duración reconocida por el acusado y la víctima con independencia de si ha existido o no convivencia y/o relaciones sexuales.
- Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Granada, número 175/2007, de 9 de marzo, una relación de noviazgo aun sin el propósito de compartir la vida en un futuro. Por el contrario, califica de excluibles una mera relación de amistad con algún escauce amoroso esporádico o una relación sexual esporádica sin más implicaciones afectivas.
- Sentencia de la Sección 27.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, número 432/2007, de 31 de mayo). Una relación de noviazgo durante más de 1 año, seria y estable en la que se presentaban ante los demás como novios.
- Sentencia de la Sección 27.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, número 466/2007, de 11 de junio. Una relación de afectividad de 1 mes y medio admitida por el acusado. Éste tenía las llaves del domicilio de la víctima y pernoctaba de vez en cuando en él. La familia de la víctima entendía que la relación existente entre ésta y el acusado era de noviazgo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1.^a, número 35/2008, de fecha 12 de febrero de 2008. Una relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 mes y medio que fue de convivencia en tanto compartieron vivienda incluso con la hija menor de la víctima.

b. RELACIONES EXTRAMATRIMONIALES

En relación con lo anteriormente expuesto, cabe referirse a las relaciones de carácter extramatrimonial en las que uno o incluso los dos miembros están casados con una tercera persona. Existen diversas sentencias que admiten esta inclusión.

Así, la sentencia de la Sección 27.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 2008 (reiterando el criterio mantenido en la de 28 de septiembre de 2007) señala que «En el caso presente, se mantiene por el recurrente que el acusado se encuentra unido por matrimonio a una tercera persona, con la que convive, y ha tenido hijos, alegato que no puede entenderse bastante para denegar a la víctima la protección que le otorga el artículo 153 del Código Penal , pues,

aunque el acusado haya declarado que la relación que le unía con la perjudicada era de simple amistad, aunque también reconociese haber mantenido con la misma relaciones sexuales en alguna ocasión, la declaración de la denunciante sosteniendo que le unía al acusado una relación desde hacía más de un año, y que esta relación no solo se limitaba a un ámbito de encuentros sexuales ocasionales, sino a visitas constantes del acusado al domicilio de la denunciante, para comer, merendar y/o acostarse, extremos que también puso de manifiesto el testimonio de la compañera de piso de la víctima al declarar en el acto del plenario haber visto varias veces en la casa, y asimismo, pernoctar en el referido domicilio, ha de conducir a ratificar las consideraciones expuestas por el juzgador a quo».

En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja de 27 de noviembre de 2007, que sostiene que «la existencia de un matrimonio con otra persona, de uno o de otro, no impide la concurrencia de una relación de afectividad entre agresor y víctima, a la que se refiere el tipo penal».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de junio de 2007, que considera dentro de la aplicación de los tipos penales examinados el supuesto de un hombre que convivía los fines de semana con una mujer, paralelamente a una relación matrimonial.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 15 de enero de 2009, que estima incluidas las relaciones de una pareja que mantenía relaciones extramatrimoniales de diez años de duración, razonando que «Ciertamente, no son pocas las resoluciones de Audiencias Provinciales que niegan que tales relaciones adulterinas, es decir aquéllas en las que uno o ambos componentes se encuentran casados con una tercera persona con la que mantienen la convivencia, puedan entrar en el ámbito intersubjetivo de los tipos específicos de violencia de género, sea por la carencia de un proyecto de vida en común, sea por negar de antemano que entre los amantes adúlteros pueda darse el grado necesario de estabilidad e intensidad afectiva de la relación....nuestro juicio es claro...en el seno de una relación adulterina si se dan los ingredientes necesarios de intensidad afectiva, contacto frecuente y duración temporal, por lo que pueden concurrir perfectamente, y la experiencia demuestra que así ocurre, los mecanismos de dominio y control característicos de la violencia de género...;y, por otra parte, abstracción hecha del dato contingente de que uno de los miembros de la pareja, o los dos, tenga a la vez un vínculo conyugal o de hecho con otra persona, el contenido de la relación entre los miembros de la pareja adulterina no es esencialmente distinto de la existente entre parejas cuyos miembros no están casados con terceros

pero que no por ello tienen intención de formar entre sí un núcleo de convivencia habitual».

C. PARIENTES POR AFINIDAD

La exclusión de los parientes por afinidad de la dispensa de testificar, a la vista del tenor literal del precepto, es una cuestión pacífica en la doctrina del Tribunal Supremo. Entre otras cabe citar:

- STS 703/2014, de 29 de octubre, dice que la dispensa del art. 416 LECrim excluye a los parientes por afinidad (el caso se refería a la declaración de la hermana de la víctima, por tanto, cuñada del acusado, a la que la Sala obligó a prestar declaración pese a la insistencia de la misma de su deseo de no hacerlo).
- STS 49/2018, de 30 de enero. En el caso examinado el testigo-víctima se casa con la hija de uno de los acusados y hermana del otro, teniendo por tanto parentesco de primer y segundo grado por afinidad (aunque no en el momento de los hechos o de la declaración, pues el matrimonio es en fecha posterior). Pues bien, en la dicción del 416 de la LECrim se habla de parentesco por afinidad, y este último, además, dice expresamente «hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil», de manera que no se entienden comprendidos los parientes por afinidad en esta sentencia

Entiende en estos casos la Sala que, conforme a la literalidad del precepto, éste en absoluto menciona a los parientes por afinidad, y puesto que se trata de una dispensa, es decir una excepción a la aplicación general de la norma, tiene que ser interpretada restrictivamente.

d. LOS COIMPUTADOS

La jurisprudencia también es unánime en este sentido al negar el derecho a los coimputados a acogerse a la dispensa del art. 416. En este sentido la STS 665/2001, de 17 abril, «respecto a la persona que tiene la condición de imputado/detenido declaró que el cuadro de derechos y garantías que un sujeto procesal debe recibir es aquel que marca su situación en la causa (imputado, detenido, procesado, acusado, testigo, perito), por lo que la declaración sumarial de la persona concernida, al recibir el estatuto procesal de detenida-imputada, que era su situación en aquel momento, no conculca ningún derecho, y menos constitucional, único relevante a los efectos del art. 11 de la LOPJ. La declaración pudo ser valorada libremente por el Tribunal sentenciador».

Se alegó vulneración de derechos fundamentales citando el art. 416.1 LECrim porque a la hermana del acusado (y acusada ella misma: presencié «impasible» un asesinato y presencié el traslado del cadáver) no se le hizo en fase de instrucción la advertencia de la dispensa de declarar, y el Tribunal «a quo» basó su convicción judicial en su declaración inculpatoria. El recurrente tacha de ilícita esa prueba.

El esclarecimiento de los hechos se inició con la manifestación espontánea de otra testigo que presencié el traslado del cadáver, gracias a la cual dicha hermana fue detenida como partícipe directa en los hechos delictivos, y como detenida declaró ante la policía judicial, en presencia de letrado, sin que se le hicieran las advertencias del art. 416.1; y lo mismo en la declaración ante la autoridad judicial, dónde ratificó su declaración policial y la amplió «diciendo toda la verdad». Esta declaración le fue tomada como imputada (y no como testigo), con la advertencia de los derechos constitucionales recogidos en los arts. 118 y 520 LECrim, a presencia de Letrado, y con la intervención del Fiscal (estuvo procesada a título de encubridora, aunque finalmente se declaró extinguida su responsabilidad penal por prescripción y en el juicio oral acabó declarando como testigo). De modo que los derechos constitucionales que la protegían lo eran como imputada y con la extensión que marca el art. 520 de la Ley Procesal Penal, esto es, derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o algunas preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez, y derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable... tenía no solamente el derecho de no declarar contra sí misma, sino de no declarar nada, si así lo deseaba, porque no era testigo sino imputada. Su condición de tal comportaba que el marco procesal de sus derechos y su correspondiente actuación procesal se rigiese por los arts. 118 y 520 de la LECrim y no por los arts. 410 y siguientes de la propia Ley, que contempla el estatuto jurídico del testigo en causa criminal; del propio modo, tampoco se le exigió juramento o promesa de decir verdad, como así lo hizo en su declaración en el acto del juicio oral, prestando en esta ocasión un testimonio plenamente exculpatorio de su hermano, una vez que su situación procesal había variado.

La STS 1290/2009, de 23 de diciembre, afirma, que las previsiones del art. 416 solo rigen en los casos de declaraciones testificales y no entre coimputados.

e. LA DISPENSA SOLO ALCANZA A LOS PARIENTES DE CADA INVESTIGADO

Art. 416 LECrim: Si alguno de los testigos se encontrase en alguna de las relaciones indicadas en los párrafos anteriores con uno o varios

de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el art. 418 del mismo cuerpo legal que respecto a su declaración dispone que «ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes que se refiere el artículo 416».

f. MENORES DE EDAD

El régimen jurídico aplicable a la declaración de la víctima no distingue entre mayores y menores de edad; nada se dice en la ley sobre la dispensa en los casos en los que el testigo es menor de edad, ni siquiera en la reciente Ley del Estatuto de la Víctima.

Puesto que la ley no les niega el derecho a acogerse a la dispensa hay que entender que sí pueden hacerlo, pero lo importante es hacerlo de manera comprensible para ellos, atendiendo a la capacidad del menor.

Nuestra legislación no fija una edad concreta a partir de la cual pueda establecerse una presunción de madurez. En este sentido La STS 209/2017, de 28 de marzo hace un repaso de las diferentes normas que se refieren a la capacidad de los menores en función de su edad. Así «el art. 162 CC, que reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez; y los art. 152 CC, 2 y 9 LORJM que proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez. El déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal. Así, con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (art. 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (art. 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (art. 663 CC), y el de 16 años puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (art. 317 y 46 CC). El consentimiento previsto en el art. 9 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, corresponde al mayor de 16 años que no tengan su capacidad modificada judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo

para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión. Por su parte, el CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, aunque en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, el dintel cronológico de protección se eleva a la mayoría de edad. Bastan los ejemplos expuestos para ilustrar por qué decíamos que la edad no recibe un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, resulta incuestionable la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión «en función de su edad y madurez» (artículo 9 LORJM), lo que inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable. Podrá discutirse cual sea ese límite de edad en los casos en que no esté expresamente previsto. Si cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión. En cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del concernido».

En todo caso será preciso que el menor no tenga su capacidad modificada y que no haya prueba que permita sospechar fundadamente que la decisión del testigo no se hubiera formado libremente por amenazas, por miedo o por cualquier otra causa.

En este sentido, resulta relevante la STS 699/2014, de 28 de octubre (ponente del Moral) que dispone que cuando se trata de un menor sin madurez suficiente son sus representantes legales sin intereses contrapuestos los llamados a tomar la decisión correspondiente. Las manifestaciones del menor no maduro no quedan invalidadas en consecuencia por la omisión de las advertencias previstas en tal precepto.

En este caso el condenado interpone recurso de casación y cuestiona la validez de la principal prueba de cargo: las declaraciones de la víctima y el menor, hijo del acusado, que en el momento de los hechos contaba con cuatro años de edad y en el momento del juicio, once. Su testimonio sería invaluable, según el recurrente, por cuanto no fue advertido de la facultad que brinda el art. 416 LECrim a los testigos para excusarse del deber de declarar contra determinados parientes entre los que se cuentan los ascendientes, en este caso su padre. La jurisprudencia ha declarado que la omisión de esa advertencia al testigo amparado por la dispensa impide valorar sus declaraciones. Ahora bien, esta sentencia desestima el recurso por varias razones:

- En primer lugar, que la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél.
- En cuanto a la edad a la que el menor puede acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: se establece que un niño, ni con cuatro ni con siete, ni con ocho, ni con once años (acto del juicio oral), 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. Los arts. 162.1 Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento. 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); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad; y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de doce años, aproximadamente ya que algunas normas toman ese momento como referente significativo como el art. 770 LEC).
- No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 CC) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal.
- Cuando se aprecia 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 CC).
- Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al «encarcelamiento» de un pariente cercano aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades. No puede situarse de manera

fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio.

- El menor es un testigo; pero es un testigo singular. Lo demuestra, entre otras peculiaridades, la admisibilidad de pruebas periciales sobre su testimonio, periciales en principio difícilmente concebibles cuando estamos ante testigos adultos sin características especiales (valorar la credibilidad de los testigos ordinarios es contenido de la función judicial que no puede ser delegada en psicólogos o en agentes no jurisdiccionales disfrazando esa labor de prueba pericial). Esas singularidades llevan al legislador a modular en algunos pasajes su vocabulario: se habla de exploración en lugar de declaración (art. 770 LEC). También por eso la Ley Procesal Civil excluye como testigos a los menores de catorce años salvo que posean el discernimiento necesario (art. 361). Y, por supuesto, no se exige juramento o promesa a los testigos menores de edad penal (arts. 365 LEC y 433 LECrim). Cuando estamos ante menores de edades tan bajas (cuatro, siete, ocho u once años), no puede hablarse en rigor de una obligación jurídica que se le imponga que es de lo que dispensa el art. 416 LECrim.
- Para el menor sin suficiente madurez: si existe un conflicto de intereses con los progenitores procedería el nombramiento de un defensor judicial.

g. SUPUESTOS EN QUE EL PROPIO TESTIGO SE HA PERSONADO COMO ACUSACIÓN PARTICULAR

Si bien a este respecto existía numerosa jurisprudencia interpretando esta cuestión, tras el acuerdo no jurisdiccional del año 2018, la cuestión está zanjada. En este acuerdo se señala al respecto que «2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición».

Tal y como establece la STS 205/2018, de 25 de abril «Es contradictoria la simultaneidad de una petición de condena ejercitada por quien al mismo tiempo está privando al Tribunal del material probatorio necesario para concretarla: puede parecer una burla.

La situación es radicalmente diferente cuando esa persona, por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la

tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusación particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciable, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales).

No hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa. Podrá exigirse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación a la que pone dificultades y trabas; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional; al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa».

h. EL DENUNCIANTE ESPONTÁNEO

La jurisprudencia del TS ha venido reiterando que se trata de un derecho irrenunciable en beneficio de los testigos pero que no es aplicable la dispensa y, por tanto, no resulta necesaria la advertencia prevista en el artículo 416.1 LECrim en los casos de denuncia espontánea de la víctima en los que acude a la Policía en busca de protección. En estos casos la falta de advertencia del contenido de dicha dispensa no implicaba la prohibición de valorar la prueba testifical. En este sentido contamos con numerosas sentencias como la STS 1225/2004, de 27 de octubre, STS 625/2007, de 12 de julio y la STS 294/2009, de 28 de enero que establecen que «Por la propia razón de ser y fundamento de la norma, cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente».

Siguen el mismo criterio las STS de 12 de julio de 2012 y de 30 de octubre de 2013, entre otras.

La STS 557/2016, de 23 de junio, estima la nulidad de la declaración de la persona concernida que declara sin haber sido instruida de tal derecho o dispensa. Ahora bien, cuestión diferente es cuando la persona con dispensa de declarar, es igualmente víctima del delito, en cuyo caso la espontánea denuncia que efectúe es válida y no exige la previa información de su derecho de dispensa de declarar. Se alegó vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del art. 416 LECrim en relación al deber de instruir de su derecho a no declarar contra sus padres a los dos testigos hijos de los condenados que no eran víctimas de los hechos

En ese sentido se establece «Con carácter vinculante, antes de proceder a la declaración de la persona que pueda estar protegida por tal dispensa, debe ser instruido precisa y concretamente por quien va a recibirle tal declaración, y ello se mantiene en todas y cada una de las declaraciones que pueda prestar, por tanto el deber de instruirle es predicable para la policía en fase de atestado policial, al Juez de Instrucción en fase de la encuesta judicial, y por el Presidente del Tribunal en relación a las declaraciones en fase de juicio plenario, siendo relevante recordar que el art. 707 LECrim, así lo tiene expresamente reconocido. La sanción en caso de omisión de tal deber de información es la imposibilidad de valorar tal declaración que como tal es nula. Cuestión diferente es cuando el testigo en quien concurra el derecho de dispensa sea al mismo tiempo víctima del delito en cuyo caso, la espontánea denuncia que efectúe de los hechos, en cuanto que es víctima no exige la previa instrucción del derecho de dispensa. Ahora bien, si de forma injustificada no se les informó de tal derecho antes de su declaración en el plenario, tal falta de información a ambos convierte en nula la declaración en el Plenario de los mismos, sin que tampoco se pueda «rescatar» la declaración que pudieron prestar en la instrucción porque de un lado, la misma no fue sometida a contradicción, y de otro lado no se introdujo tal declaración en el Plenario».

En este mismo sentido, se pronuncia también la STC 94/2010 de 15 de noviembre.

En definitiva, podemos considerar que no es preceptivo realizar la información de la dispensa respecto a la persona que, siendo víctima del delito, acude a la policía en demanda de auxilio, pero sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la *notitia criminis*, se indaga el delito.

i. MOMENTO EN EL QUE DEBE INFORMARSE DE LA DISPENSA Y EL TESTIGO PUEDE ACOGERSE A ELLA

La participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le in-

forme de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en los casos de «denuncia espontánea». Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá también hacérsele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

El juez o tribunal debe interrogar a la víctima al inicio de la declaración o del juicio y en las generales de la Ley sobre su relación y situación en ese momento con el investigado o acusado al objeto de conocer si puede acogerse al derecho previsto en el art. 416 LECrim. Y deberá advertir a todas las personas dispensadas de la obligación de declarar como testigos de la posibilidad que tienen, si así lo deciden, de no declarar en contra del investigado o acusado, pero que pueden hacer las manifestaciones que consideren oportunas (art. 416.1.2o párrafo). El Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que dieren a esta advertencia.

El precepto, en este sentido es claro. El testigo debe ser informado previamente a prestar declaración ya que nadie puede renunciar a algo que desconoce. Y la renuncia debe ser expresa, incluso aunque el testigo se presente de manera espontánea, especialmente en los supuestos en los que el testigo sea además víctima.

La jurisprudencia ha establecido que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los atestados que incoen para el esclarecimiento de los delitos, tienen igualmente la obligación de advertir a los testigos de esta dispensa de no declarar en contra del investigado (STS 662/2001, de 6 de abril y 385/2007, de 10 de mayo), salvo los supuestos antes señalados de denuncia espontánea.

j. CONSECUENCIAS DEL ACOGIMIENTO DE LA DISPENSA

Como señala el referido acuerdo del TS antes citado: «El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida».

Ahora bien, esto no determina que siempre se tenga que dictar sentencia absolutoria cuando se trate de la víctima, pues pese a todo, puede existir prueba suficiente por la que se entienda enervada la pre-

sunción de inocencia al concurrir otras entendidas como de cargo. Así, pueden valorarse los informes médicos, las testificales no afectadas por la dispensa, las testificales de referencia, etc.

No obstante, en cuanto a las testificales de referencia cabe citar la STS 703/2014 que establece «nos preguntamos si cabe introducir manifestaciones previas del pariente que hace uso de su derecho a no declarar, a través de testimonios de referencia. Y se dijo en el caso allí juzgado que «los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste.

Aquí, como allí, prescindiendo de la referencia que al testigo hizo la víctima, tampoco cabe construir inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas si se prescinde de lo que la víctima refirió. La sentencia de instancia asume el relato de la denuncia porque el mismo se corrobora por lo que los otros elementos de juicio constatan que deviene compatible con lo denunciado, lo que es muy diverso de atribuir a esos otros elementos la nota de suficientes por sí solos para reconstruir lo que tal denuncia atribuía al acusado. Por ello, en la medida en que una tal inferencia, sin el pie del contenido de la denuncia, no autoriza desde la lógica y la experiencia a concluir con certeza objetiva en los términos que lo hace la sentencia de instancia, debemos considerar que ésta no se ajusta al canon de presunción de inocencia».

En este sentido la STS número 205/18 del 25 de abril de 2018, se refiere a un supuesto en que la víctima ha ejercido el derecho a la dispensa de declarar en el acto del juicio, a pesar de haber ejercido anteriormente la acusación particular y aun así se confirma, en parte la sentencia condenatoria, por entender que existía prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Concretamente la señalada sentencia establece «Lo controvertido es si la proclamada excepción solo alcanza al pariente que sigue ejercitando la acusación en el momento en que ha de prestarse la declaración, o se extiende a cualquiera que haya estado personado en tal calidad».

k. CONSECUENCIAS DE LA NO INFORMACIÓN DE LA DISPENSA

Esto determina que dicha testifical se ha obtenido irregularmente y no puede ser objeto de valoración por lo que daría lugar a la nulidad de la diligencia y de la prueba por contravención de lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales».

La inobservancia de la advertencia del derecho a no declarar en la fase de instrucción no conlleva la nulidad del juicio, sino que no se tenga en cuenta esta declaración. Aun así, no podría introducirse esta declaración si la víctima luego se niega a declarar en el plenario. Tampoco podría compararse la declaración con la practicada en la instrucción sin que se le hiciera la advertencia si en el plenario declara (arts. 730 y 714 LECrim, a menos que la víctima sí declare pero se retracte de sus anteriores declaraciones).

La misma solución debe darse en la hipótesis en que el Juez de Instrucción, Penal o el Presidente del Tribunal hubieran informado indebidamente de la exención legal a testigo en quien realmente no concurre ninguna de las relaciones previstas para la dispensa y éste, haciendo uso de un derecho que no le asiste, no declare; en tal caso vendrá también impuesta la repetición del juicio (STS 164/2008, de 8 de abril).

I. ERROR EN LA INFORMACIÓN DE LA DISPENSA

Cuando el testigo afirma que concurre en él alguna de las circunstancias del art. 416.1 LECrim e instruido de su derecho se acoge a la dispensa pero, practicada prueba posterior, resulta acreditado que no está incluido en ninguna de las relaciones del art. 416.1 LECrim lo afectado es el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de la parte a valerse de una prueba a la que legalmente tenía derecho por pertinente y útil. La consecuencia, de solicitarlo la parte, sería la nulidad de lo actuado a partir de la comisión del error y retroacción de las actuaciones. Si la situación se produce durante la instrucción de la causa lo lógico es volver a citar al testigo y, tras los apercebimientos oportunos, recibirle nueva declaración.

II. Medidas de protección de los arts. 544 bis y 544 ter de la LECrim

Las medidas de protección a las víctimas de violencia de género se regulan en el Capítulo IV del Título V de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo artículo 61 prevé que las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales. En la protección de las víctimas de violencia de género no cabe duda que la orden de protección es el instrumento fundamental, ya que además de las medidas naturaleza penal y civil para la víctima y sus hijos, constituye el título que habilita a la víctima a acudir a

la Administración Pública solicitando el conjunto de derechos laborales, de seguridad social y ayudas económicas que el Estatuto de Mujer Maltratada otorga. Es decir, la orden de protección activa la visibilización de la víctima en el ámbito policial, social, administrativo y también judicial, al registrarse todas las órdenes de protección tanto en SIRAJ como en VioGén.

No obstante, para la protección de las víctimas de violencia de género no solo resulta aplicable la ya referida orden de protección prevista en el art. 544 ter de la LECrim sino también las medidas reguladas en el art. 544 bis, así como la prisión provisional regulada en los art. 502 y ss.

En cuanto a la naturaleza de las medidas que regula la ley dada la terminología empleada por el legislador, no cabe duda que nos encontramos ante medidas cautelares. Por ello rigen en su aplicación los presupuestos de proporcionalidad y necesidad, por lo que la concesión de la orden de protección exige:

- que existan indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal.
- que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima. Este es el requisito cuya verificación exige mayores dificultades ya que se trata de un pronóstico. Para la valoración de este riesgo podrá atenderse a la gravedad de la agresión denunciada y a la existencia de otros hechos anteriores o posteriores a la denuncia.

Los principios rectores de la orden de protección tal y como se regula en La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y concretamente en su Exposición de Motivos, son el principio de protección de la víctima y de la familia, principio de aplicación general, el principio de urgencia, el principio de accesibilidad, principio de integralidad y el principio de utilidad procesal.

Las medidas cautelares penales previstas en la Ley Integral son: salida del domicilio y prohibición de volver al mismo, prohibición de comunicación y aproximación a la víctima pudiendo acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento y debiendo fijar una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida y la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

Una de las diferencias entre la orden de protección y las medidas cautelares del art. 544 bis, consiste en que la orden de protección solo puede adoptarse tras la celebración de la comparecencia prevista en el

art. 505 de la LECrim. A ella ha de citarse a las partes y sus letrados y si ello no es posible la orden de protección no se puede adoptar sin perjuicio de adoptar las medidas del bis que no exigen comparecencia, ni siquiera oír a las partes.

En este último caso, solo se podrá entrar a valorar la adopción de medidas penales del bis. Las medidas civiles solo podrían operar vía art. 158 Código Civil o en su caso, vía art. 544 quinquies de la LECrim, pero la víctima no podrá acudir a la administración a reclamar el resto de derechos anterior referidos porque no tiene reconocido el estatuto de protección integral que solo lo otorga la orden de protección.

En estos casos el propio artículo 23 de la LO 1/2004, de 23 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género faculta al Ministerio Fiscal a emitir un certificado que sustituye a la orden de protección a los solo efectos de habilitación para acceder a estos derechos económicos y laborales.

Las medidas civiles que pueden adoptarse al amparo del art. 544 quinquies son:

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

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

Este último apartado es el que más controversia genera, ya que estas medidas no se someten al plazo de caducidad previsto para las medidas civiles adoptadas en el seno de una orden de protección. La jurisprudencia ha venido señalando que la duración de estas medidas habrá de esta sometida al plazo de la causa penal. La Guía de Criterios de Actuación en materia de Violencia de Género del CGPJ, establece que se debe actuar con prudencia en la adopción de estas medidas, y que en todo caso su duración podría extenderse hasta que se adoptaran en el proceso civil correspondiente.

Como dispone el art. 69 de la Ley Integral podría mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los recursos, debiendo hacerlo constar, en este último caso, expresamente en la sentencia.

En cuanto a la orden de protección, regulada en el art. 544 ter, como ya se ha señalado anteriormente, no solo es una protección jurisdiccional, sino que además otorga el estatuto integral de protección de la víctima, que además de las medidas antes señaladas, también proporciona medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La ley 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género regula estas medidas que son de aplicación exclusiva a las víctimas de violencia de género, es decir, para la mujer maltratada y sus hijos. Estos derechos abarcan distintos ámbitos. Así derechos laborales y de Seguridad Social relativos a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. Los mismos derechos laborales pero trasladados a la función pública relativos a la funcionaria, víctima de violencia de género, que tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica. Se establecen también derechos económicos (arts. 27 y 28) referidos a la prioridad en casas de acogida, residencia para mayores, ayudas económicas en un solo pago correspondiente a 6 meses de la prestación de desempleo

Estos derechos y ayudas los puede solicitar la víctima ante cualquier autoridad o administración en todo el territorio nacional ex art. 544 ter 5 *in fine*. Se ha planteado en varias ocasiones la cuestión jurídica rela-

tiva a si pueden coexistir las ayudadas económicas otorgadas por la LO 1/2004 con la pensión de alimentos del art. 91 y siguientes del Código Civil o/y la pensión por desequilibrio del art. 97 del mismo cuerpo legal. En definitiva, cabría plantearse si esas prestaciones derivadas de los procesos civiles deben reducirse o aminorarse en los supuestos en los que la mujer, por su condición de víctima de violencia de género, percibe prestaciones económicas públicas.

La cuestión es discutible; el art. 93 CC establece que el Juez «determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». Formalmente, si tenemos un incremento de ingresos por la prestación pública, el estatus económico de esa persona mejora, técnicamente, y mejora, igualmente, la situación de los que dependen de ella, generalmente sus hijos. La STS de 24/02/2017 analiza un asunto similar al expuesto, en concreto una mujer que percibe prestación por violencia de género, poco más de 400€, y que a la vez recibe una pensión de desequilibrio, del art. 97 CC; nuestro alto tribunal, considerando que el ingreso público es coyuntural y temporal, no estima que sea suficiente para reducir o eliminar la pensión de desequilibrio, concediéndola con carácter indefinido en atención a las circunstancias concurrentes (edad, dedicación a la familia, duración del matrimonio, trabajo esporádico durante el matrimonio en el negocio familiar y la pensión temporal como víctima de violencia de género).

La protección de la víctima amparada por la orden de protección se extiende también a otros supuestos no regulados en la LO 1/2004, sino en la modificación posterior de otras leyes.

Concretamente, la Ley de Extranjería (artículos 19 y 31 bis) y la Ley de la Seguridad Social (artículo 174.2). En la LEX permite la concesión temporal de un permiso de residencia independiente a la mujer extranjera que se encuentra en España en una situación de reagrupación familiar con el maltratador (art. 19) y en el caso de una mujer extranjera en situación administrativa de irregularidad se le suspenderá el expediente incoado o no se abrirá el precedente pudiendo obtener un permiso de trabajo y residencia por razones excepcionales (art. 31bis).

La Ley de Seguridad Social en el art. 174.2 establece que tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sen-

tencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. Si del examen de los procedimientos penales que hubieren existido coetáneamente a la tramitación del procedimiento de separación o divorcio, el Fiscal advierte la existencia de indicios fundados de violencia de género, podrá emitir aquella certificación sin necesidad de valorar el riesgo.

La orden de protección produce también la activación de la protección policial, al incluirse en los registros y programas creados al efecto.

No obstante, la protección policial puede iniciarse antes, en función de la valoración del riesgo policial que se realiza por la policía actuante que confecciona el atestado. La valoración del riesgo policial se obtiene a través de un sistema actuarial, es decir, la predicción del riesgo viene determinada en función de un escala numérica, cuyo número resultante procede de la suma de puntos que se obtienen contestando la víctima un cuestionario donde se reflejan preguntas claves de las que se infiere o no el riesgo para su vida o integridad corporal y psíquica. Dicho cuestionario nació de importantes estudios psicológicos y científicos que a lo largo del tiempo han sido revisados y mejorados introduciéndose más preguntas y datos de predicción. Entre las novedades, hace unos años los agentes policiales, sobre todo los que hacen el seguimiento de la evolución del riesgo, que son las unidades especializadas, pueden cambiar la valoración del riesgo que resulta del programa informático pero solo al alza, si por su experiencia y ante la actitud, expresión corporal y demás elementos significativos que ellos puedan apreciar entienden que el riesgo es mayor. En tal caso, junto la valoración de riesgo que realiza el programa siempre se adjunta esas percepciones que el agente ha percibido que le permiten afirmar que la valoración del riesgo es inferior y por tanto en su opinión el riesgo ha de elevarse y se eleva de rango. Muchas preguntas sobre el riesgo, coinciden con las que los propios fiscales y los agentes policiales realizan en las declaraciones de la víctima, coincidiendo algunas con las que se reflejan en el modelo normalizado de la orden de protección

Unida a esta valoración policial del riesgo se le atribuye un protocolo de control del mismo y de protección a la víctima. La escala predictiva de riesgo es la siguiente: no apreciado, bajo, medio, alto y extremo. En función de dicho riesgo la revisión del mismo es más próxima o más lejana en el tiempo. Cuando el riesgo es bajo la revisión policial del mismo se va distanciando en el tiempo hasta una revisión cada 24-48 horas si el riesgo es extremo.

En función del riesgo determinado automáticamente se establecen unas medidas policiales de protección que son obligatorias a las que se pueden sumar aquellas complementarias que así lo considere el agente, la autoridad judicial o fiscal.

Los diferentes cuerpos policiales tienen un protocolo de valoración del riesgo. La posibilidad de adoptar estas medidas-deriva de lo dispuesto en el art. 19 Estatuto de la Víctima. Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

Con la regulación establecida el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la modificación operada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el Estatuto de la Víctima introduce la obligación de los miembros de la policía judicial de cumplir con los deberes de información que prevea la legislación vigente. Asimismo, determina que, éstos, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas policiales deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que correspondería adoptar al Juez o Tribunal competente. Es decir, estas medidas podrán acordarse aun sin que se hay dictado todavía la orden de protección.

Así mismo, con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se han introducido cambios para garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Por ello se dictó la Instrucción 7/2016, de la Secretaria de Estado de Seguridad por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género y de gestión de la seguridad de las víctimas.

El problema se plantea cuando la víctima denuncia directamente ante el JVSM o cuando es el Fiscal a través de las diligencias de investigación quien finalmente denuncie y el órgano judicial no otorgue la orden de protección que ha solicitado el Ministerio Fiscal o la víctima en sede judicial. En estos casos el Fiscal puede oficiar a la Policía para informarle de la existencia de un episodio de violencia de género, aunque esté judicializado, a fin de que valoren el riesgo y procedan a ha-

cer un seguimiento de su evolución, así como activar los protocolos de protección a la víctima en función de ese riesgo y dar cuenta al Ministerio Fiscal sobre esa evolución. La policía no va a tener conocimiento del hecho de violencia de género pues no se ha concedido la orden de protección ni ha existido atestado. Probablemente por esta razón, en el Pacto de Estado contra la violencia de género, publicado en el Boletín Oficial del estado de fecha 3 de agosto de 2017, dentro de las propuestas acordadas por el Congreso de Los Diputados, se recoge en el número 16 de las mismas «establecer la necesidad de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las denuncias presentadas por comparecencia en el Juzgado, de modo que consten en el sistema de seguimiento en los casos de violencia de género (VioGén) y se pueda valorar el riesgo de la víctima».

La orden de protección dictada al amparo del art. 544 ter, permite adoptar medidas cautelares civiles. El apdo. 7 del art. 544 ter LECrim, tras la reforma operada por la Ley del Estatuto de la víctima, ha quedado redactado en los siguientes términos:

«Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

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

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

El juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia, régimen de alimentos, así como cualquier resolución que consideren oportuna a fin de evitarles peligros y perjuicios. Ejemplo de estas otras medidas puede ser la entrega de los pasaportes de los menores con la prohibición de expedirles otros nuevos y de salir estos del territorio nacional sin autorización judicial previa, en caso de parejas extranjeras con hijos menores que no tienen mucho arraigo en España y en los que uno de los progenitores anuncia al otro su intención de llevarse a los hijos a su país de origen o a otro país.

La adopción de las medidas cautelares civiles da lugar a algunas cuestiones controvertidas. Así, cabe preguntarse si pueden adoptarse medidas civiles cuando no existen hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada. La respuesta parece positiva. De hecho, la concesión de la orden de protección en muchos casos determina que uno de los miembros de la pareja abandone el domicilio familiar, aun cuando no haya menores afectados. En estos casos, el investigado carece de legitimación activa para pedir las (sin perjuicio de que se tengan en cuenta sus pretensiones).

En el caso de menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, la expresión «en todo caso» que actualmente emplea el artículo no exceptiona la existencia de un pronunciamiento civil como límite al instructor penal, sino que alude a los supuestos en los que no hay solicitud por parte de la víctima ni del Ministerio Fiscal en orden a la adopción de medidas civiles. Esto es, incluso cuando ya se hayan acordado previamente medidas en un procedimiento de familia y ello porque el Juez tiene obligación de pronunciarse, en todo caso. De esta forma, parece que el legislador pretende que el Juez examine la situación de los menores que convivan con la víctima, en todos los casos de violencia de género o doméstica, valorando la influencia que el nuevo hecho violento pueda tener. Así, podrían incluso modificarse las medidas civiles acordadas, si el Juez lo considera necesario.

El ámbito del art. 544 ter LECrim, tras la reforma efectuada por la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se ha visto ampliado, de forma que los sujetos protegidos, incluyen a los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género.

El nuevo artículo 61.2 de la LO 1/2004, tras la modificación efectuada, señala que en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso,

de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los arts. 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas. En concreto el artículo 64 alude a la medida de salida del domicilio común, alejamiento y suspensión de las comunicaciones; el artículo 65 prevé que el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él, añadiendo que si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

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

De esta forma, se trata de asegurar el bienestar de los menores, siempre y cuando se considere necesaria la adopción de las medidas. Lo más novedoso en este caso es que no se exige que los menores sean sujetos pasivos de los delitos investigados, sino que se vean afectados por la violencia que se está investigando en el marco del proceso penal.

En cuanto a la prisión provisional, la especialidad en materia de violencia de género, radica en que no es necesario que concurra el límite penológico de dos años de prisión establecido con carácter general. Aparte de los casos más graves, en la mayoría de los supuestos, nos encontramos que lo que motiva la prisión provisional son los delitos de maltrato y amenazas leves de los artículos 153.1 y 3 y 171.4 y 5. En estos casos la pena es de prisión de 6 meses a un año, pero dado que la finalidad de la prisión provisional es la protección de la víctima, no rige el referido límite penológico.

La existencia de la orden de protección está vinculada al proceso penal, por lo que su vigencia solo procede durante la duración del mismo. Además, como medida cautelar que es tiene carácter provisional de forma que puede ser modificada o dejada sin efecto, bien de oficio o a instancia de parte, siempre y cuando varíen los requisitos que se tuvieron en cuenta para su adopción.

El artículo 61.2 de la LO 1/2004, señala que el juez determinará su plazo, si procediera la adopción.

Y el artículo 69 de la norma establece que podrán mantenerse vigentes tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, disponiendo que, en tal caso, deberá hacerse constar expresamente en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

No obstante, dado que las medidas están vinculadas a la situación de riesgo y atendiendo a la restricción de derechos que implica para el investigado, lo procedente sería la revisión de las mismas en las distintas fases del procedimiento, al menos al dictar el auto de transformación de procedimiento abreviado y el auto de apertura de juicio oral.

Esta circunstancia ha de ser valorada especialmente en los casos en que se acuerde la prisión provisional del imputado. Así, respecto de la prohibición de aproximación, su mantenimiento —del que hará que dar traslado al centro penitenciario impedirá visitas en el mismo entre las partes, incluso a petición de la víctima. El mantenimiento de la prohibición de comunicación— del que también habrá que informar al centro penitenciario impedirá, también durante la vigencia de la medida cautelar privativa de libertad, las llamadas telefónicas, el envío de SMS, de cartas o cualquier otra modalidad de comunicación.

Alguna resolución de nuestras Audiencias Provinciales estima adecuado el establecimiento de plazos temporales, aumentándolos mediante prórrogas que deben fundamentarse en la persistencia de la situación objetiva de riesgo para la víctima, (AAP Madrid, Sección 17.^a, de 4 de julio de 2005; AAP Madrid, Sección 2.^a, de 1 de julio de 2005, y AAP Madrid, Sección 5.^a, de 7 de octubre de 2005). En estos casos no se considera necesaria la celebración de nueva comparecencia.

El límite de duración máxima de las prohibiciones del artículo 48 del Código Penal —acordadas como medidas cautelares del art. 544 bis—, al que se remite el artículo 57, será el de la pena fijada en el mismo: 5 años en delito menos grave, 10 años en delito grave y 6 meses en supuestos de delitos leves, y pueden mantenerse hasta la existencia de una sentencia firme que extingue cualquier medida cautelar, más allá del cual no cabe su mantenimiento.

El artículo 69 de la LOMPIVG dispone que las medidas podrán mantenerse «tras la sentencia definitiva», lo que se ha interpretado mayoritariamente, en el sentido de que podrán estar vigentes durante la tramitación de los recursos.

Esta interpretación resulta discutible especialmente, si nos encontramos ante una sentencia absolutoria. Pero si es cierto que, mayoritariamente, las resoluciones de las Audiencias Provinciales que aluden a que el fin de la extensión temporal de la medida será el del dictado de una sentencia firme o de un Auto, también firme, de sobreseimiento libre o provisional (AAP Barcelona, Sección 2.^a, de 22 de julio de 2004; AAP Madrid, Sección 17.^a, de 13 de julio de 2004, y AAP de Madrid, Sección 16.^a, de 13 de octubre de 2005).

En estos casos el mantenimiento de la medida se justifica cuando el Tribunal absuelve por la existencia de dudas respecto del hecho material, y admite un posible riesgo para la víctima, especialmente en los casos en que la víctima se acoge a la dispensa del art. 416 y no declara contra el agresor.

Por todas estas cuestiones sería deseable que se produjera una regulación del límite temporal máximo en el art. 544 ter al igual que se establece en el artículo 504.2 de la LECrim respecto de la prisión provisional,

Por último del mismo modo que sucede respecto de la prisión provisional, por la aplicación del artículo 58.4 del Código Penal, el tiempo que el penado hubiere sufrido durante la tramitación de la causa, si se estableciera una medida cautelar de prohibición de aproximación y/o incomunicación, o la privación de alguno de los derechos que pudieren conducir a la protección de la víctima, será de abono para el cumplimiento de las penas de tal naturaleza que hubieran podido imponerse en la sentencia.

Las medidas civiles acordadas en la orden de protección, como ya se ha señalado, tienen una vigencia temporal de treinta días hábiles y, si en este plazo es incoado a instancia de la víctima o su representante legal un proceso de familia, las medidas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la interposición de la demanda, si bien dentro de este término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por resolución judicial.

El artículo 58.4 del CP impone el abono de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa (o en causa distinta cuando la medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar). En los casos en los que se haya consumido cautelarmente el tiempo de la pena accesoria de prohibición de aproxima-

ción y/o comunicación, la sentencia debe imponer la pena privativa de derechos, sin perjuicio de que pueda razonar su no mantenimiento en tanto se tramitan los eventuales recursos contra la sentencia por estar ya cumplida.

Los supuestos de compensación de medidas cautelares con penas de una naturaleza distinta, a los que alude el artículo 59 del CP, son excepcionales en delitos de violencia de género, dada la imposición obligatoria de la pena accesoria privativa de derechos de prohibición de aproximación a la víctima, familiares o personas que determine el órgano sentenciador del artículo 48.2, que viene impuesta por el artículo 57.2 en todos los delitos de violencia de género y violencia doméstica del artículo 57.1 y que se debe imponer por tiempo superior de entre uno y diez años a la pena de prisión para delitos graves y por tiempo superior de entre uno y cinco años a la duración de la pena de prisión para delitos graves. Penas privativas de derechos de cumplimiento simultáneo con la pena de prisión.

Sin embargo, puede ocurrir que se inicie un procedimiento por delito menos grave (Diligencias Previas o Diligencias Urgentes) en el que se han adoptado medidas cautelares, pero finalmente termine en un Juicio de Delito Leve por un delito de injurias o vejaciones injustas de carácter leve del artículo del CP y que en este procedimiento no se solicite la pena accesoria de prohibición de aproximación y/o comunicación; pena que para delitos leves es facultativa por un tiempo máximo de seis meses (artículo 48.3 CP). Se plantea en este supuesto si puede compensarse la privación cautelar de derechos con la pena localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad o multa fuera de los supuestos del artículo 84.2.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 26-1-2015, número 52/2015, analizando un supuesto en el que al recurrente se le denegó por la Audiencia su solicitud de abono, a la pena de prisión que le fue impuesta, de las medidas cautelares previamente cumplidas consistentes en la obligación de comparecencia «apud acta» y la de prohibición de aproximación a la Comisaría de Marbella, localidad en la que se encuentra su domicilio descarta la compensación de la prohibición cautelar en los siguientes términos: «En lo que a la solicitud del abono al cumplimiento de la pena de la prohibición de aproximación a la Comisaría de la localidad de Marbella se refiere, hay que concluir en el rechazo de semejante pretensión, no solo por no tener acogida en el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 19 de diciembre de 2013, exclusivamente referido a la medida cautelar de obligación de comparecencia ante el órgano judicial, sino además ante la ausencia de concreción de los perjuicios que esa prohibición de aproximación del condenado respecto de su lugar de trabajo pu-

dieren haberle ocasionado, con lo que ello significa de imposibilidad para graduar adecuadamente los términos en los que ha de establecerse la oportuna compensación establecida en el artículo 59 del Código Penal «. No obstante, el propio ponente formula voto particular en el sentido de que entiende compensable la prohibición de aproximación, de conformidad con el artículo 59, al ser medida cautelar y no poder negar que supuso una auténtica aflicción.

En cuanto a los recursos que pueden interponerse tanto contra la resolución del art. 544 bis y ter no se establece una regulación especial, por lo que podrán ejercitarse tanto el de reforma como el de apelación. Ahora bien, en ningún caso tendrán carácter suspensivo. No obstante, el recurso de apelación, al menos, el primero que se interpone contra la resolución de la petición de orden suele partir del valor que, en estos supuestos, tiene el denominado principio de inmediación por parte del Juzgador de instancia, que es quien realmente ha practicado a lo largo de la instrucción de la causa las diligencias de investigación, y ha podido observar de primera mano aquellas circunstancias que concurren a la hora de acordar la medida cautelar.

Como especialidad, las resoluciones de la llamada jurisprudencia menor, entienden, en cuanto a las medidas civiles, acordadas en una orden de protección, que no pueden ser objeto de recurso de apelación.

En primer lugar, por la naturaleza temporal y perentoria de su duración, ya que, como se señala en el segundo párrafo del apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán una vigencia temporal de 30 días. Transcurridos, por tanto, aquéllos momentos, no solo decae la función de dichas medidas, puesto que ha tenido, ya, la víctima tiempo y ocasión sobrados para interponer la oportuna demanda civil solicitando, en su caso, las medidas provisionales que tuvieren que regir sus relaciones familiares durante su sustanciación contra las que, en su caso, se podrá interponer los recursos que se estimen procedentes, sino que nos encontramos con que los breves plazos referidos en el precepto citado en la mayoría de los casos habrían transcurrido, en el momento de la resolución del recurso.

Pero no es solo éste el motivo de la imposibilidad de recurrir las medidas civiles adoptadas en una orden de protección, sino que, dada su naturaleza civil, y pese a la circunstancia de que se efectúen, por las razones indicadas, en el seno de un procedimiento penal, no pueden sustraerse del régimen de recursos que se establecen para dicho tipo de medidas, cuando las mismas son adoptadas en el curso de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, como previas a su tramitación, (medidas provisionales) ya que, conforme a lo que dispone el artículo 771.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son susceptibles de recurso alguno.

III. La orden de protección europea

La «Orden Europea de Protección» se contiene en la recientemente aprobada Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para los supuestos de medidas de protección acordadas en procesos penales, así como la que se contiene en el Reglamento 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección de víctimas acordadas en procesos civiles.

Esta ley implementa la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección dictada en procesos penales.

La definición de la orden europea de protección (en adelante OEP) aparece en art. 130 que la define como «una resolución *en materia penal* dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que 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 puedan poner en peligro su vida, integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentre en su territorio».

La orden de protección, no se limita al ámbito de la violencia de género o doméstica, sino que es aplicable a todo tipo de víctimas y puede emitirse, tanto en relación con medidas cautelares adoptadas en un proceso penal, o como consecuencia de la imposición de penas o medidas de seguridad privativas de derechos, siempre que las medidas se encuentren en un listado cerrado de medidas de protección de víctimas que son:

- a) Prohibición de entrar o aproximarse a ciertas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o frecuenta.
- b) Prohibición o reglamentación de cualquier contacto con la persona protegida, telefónico, email, etc., a través de cualquier medio.
- c) Prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

Las autoridades competentes en España para emitir y recibir una OEP, respectivamente son los Jueces y tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se dicta la resolución adoptando la medida de protección. Esto es Juzgados de Instrucción y Centrales de Instrucción, de Violencia sobre la Mujer, de Menores y Central de Menores, de lo Penal y Centrales de Instrucción.

Los supuestos en que sería aplicable la OEP serían aquellos en que la víctima, que inicialmente residía en nuestro país, donde se adoptaron medidas de protección, y se traslada a otro país diferente.

El procedimiento consistirá en el dictado de un auto en el que se acuerde emitir una OEP, que puede ser el mismo auto que acuerde la medida de protección en España, o ser un auto posterior acordando específicamente la OEP. En todo caso, deben distinguirse los contenidos, presupuestos y condiciones de vigencia: por un lado, los de la medida de protección de ámbito nacional español, y por otro lado, aunque con base en ésta, la OEP que va a surtir efectos fuera de nuestro país, en aquel o aquellos de la UE a los que se desplace la víctima. Una vez dictado el auto o autos aludidos, se deberá cumplimentar y remitir el formulario que aparece en el Anexo VIII de la LRM RP, firmado por el juez, según exige el art. 7.2 LRM RP. Habrá que cumplimentar tantos formularios como víctimas sean beneficiarias de la OEP.

El juez español competente que vaya a emitir la OEP deberá tener también en consideración la duración del periodo/s que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, así como la importancia de la necesidad de protección transnacional —tipo de delito y grado de riesgo efectivo cierto o previsible—.

En todo caso, es la víctima que se traslada o que ya reside en otro Estado UE quien debe solicitar el dictado de la OEP, por sí misma o a través de tutor o representante legal —vid. art. 133 c) LRM RP; ya que no puede dictarse de oficio por la autoridad judicial que acordó la medida de protección nacional, ni tampoco a instancia del Ministerio Público.

No obstante, sí compete a la autoridad judicial española que adopta alguna de las medidas de protección enunciadas, o al propio Ministerio Público personado en la causa, informar a la persona protegida o a su representante de la posibilidad de solicitar el dictado de una OEP si piensa trasladarse a otro Estado UE, aconsejándole además que lo haga antes de salir del territorio del español.

Finalmente, debe considerarse también la posibilidad prevista en el art. 136 LRM RP de transmitir la OEP a varios Estados UE si la víctima manifiesta su intención de permanecer en varios de ellos y se aprecia un riesgo cierto en todos ellos; en ese caso, deberá informarse a Eurojust, a quien se puede solicitar asistencia, según dispone el art. 9 LRM RP.

Para la adopción de la medida, el legislador español ha optado por dar a audiencia del causante del peligro. En este sentido el apdo. 3.º art. 134 LRM RP señala que *«Antes de emitir la orden europea de protección, se dará audiencia a la persona causante del peligro, sin comunicarle en ningún caso la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, a menos que ello sea necesario para la ejecución de la medida adoptada. Si el imputado o condenado no hubiera sido oído en el proceso previamente en relación con la adopción de la resolución que decretaba medidas de protección, se convocará a éste, asistido*

de letrado, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, a una comparecencia, que deberá celebrarse en el plazo de 72 horas desde la recepción de la solicitud. El Juez o Tribunal resolverá por auto motivado».

En materia de recursos rige el «Régimen general», donde puede leerse que podrán interponerse «los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español», que se tramitarán y resolverán conforme a la legislación española. En consecuencia, el auto que acuerda la OEP es recurrible en reforma, apelación y súplica, dependiendo del órgano que lo dicte y de la fase procesal; se entiende que estos recursos no tendrán efecto suspensivo.

Serán competentes para recibir dichas resoluciones extranjeras y para ejecutarlas los Juzgados de Instrucción o los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del lugar donde resida la víctima o tenga intención de hacerlo; naturalmente, si el juez que recibiera la OEP no fuera el competente en nuestro país, trasladaría la petición al que efectivamente lo fuese.

Una vez recibida la OEP por el órgano jurisdiccional español competente, si reúne los requisitos normativos incoará un «procedimiento de ejecución de OEP del Tít. VI de la LRM RP y se dará audiencia al Ministerio Fiscal por tres días, para que se pronuncie sobre si procede o no el reconocimiento –art. 138.1 LRM RP-36. Acto seguido, si procede, la reconocerá sin dilación a través de una resolución con forma de *auto*, por medio del cual impondrá cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona a que se refiere al OEP; es decir, alguna de las del art. 130.2 LRM RP anteriormente referidas.

Se reconocerá la OEP con la misma prioridad que tendrían esas medidas de protección de víctimas en el derecho español

Contra esta resolución «se podrán interponer los recursos que procedan conforme a las reglas generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal»; su interposición solo suspenderá la ejecución de la OEP si se pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación, adoptándose las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la resolución. En todo caso, las «razones de fondo» que llevaron a la autoridad de emisión a acordar en su país la medida de protección son incuestionables en España; solo podrá recurrirse el reconocimiento y efectividad de la OEP en nuestro país.

Este que hemos descrito debería ser el proceder más habitual de las autoridades judiciales españolas, es decir, el reconocimiento y ejecución de la OEP recibida, pero debemos valorar y tener en consideración también los posibles motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de una OEP en nuestro país.

Se recogen en el art. 140 LRMRP aquellos que son específicos para la OEP, pero también habrá que considerar los contenidos en el art. 32 LRMRP, que son los motivos generales de denegación del reconocimiento o de la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo que se recogen en dicha ley. Debe destacarse que se regulan dos supuestos de denegación obligatoria y son, por un lado, que la medida de protección traiga su origen en un hecho que no es delictivo en España y a petición de la persona causante del riesgo siempre que dicho reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido o sea incompatible con una sentencia dictada o reconocida en el Estado miembro requerido.

El art. 1 del Reglamento 606/2013, tiene por finalidad establecer las normas que hagan posible un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento y ejecución de medidas de protección dictadas en un Estado miembro «en *materia civil*». Se aborda en este Reglamento el reconocimiento mutuo de medidas que para nosotros, en España, son de *protección penal*: se ha cometido un hecho delictivo y, o bien como medida cautelar o como parte de la pena, se imponen al causante del peligro prohibiciones o limitaciones a su libertad de movimiento o de comunicación con la víctima. Lo que sucede, es que ese tipo de medidas de «no aproximación/no comunicación» en relación con las víctimas de agresiones, acoso, coacciones, violencia doméstica o de género, etc., se adoptan en otros ordenamientos de Estados UE por autoridades judiciales, pero *desde el orden procesal civil* —v.gr. Tribunales de Familia o Civiles— o bien se trata de medidas con naturaleza administrativa asistencial. De ahí la pertinencia de regular su reconocimiento mutuo y ejecución en otros Estados a través de un instrumento normativo UE diferente al del reconocimiento de medidas judiciales dictadas desde el orden penal, y con fundamento por tanto ahora en el 81 TFUE, y no en el 82 TFUE, que es el relativo a la cooperación penal.

De acuerdo con nuestra legislación, las autoridades judiciales españolas no van a emitir «Certificados» conteniendo esas medidas, ya que utilizarán la OEP por tener en nuestro país naturaleza penal las resoluciones judiciales para la protección de víctimas, pero sí van a recibir peticiones de reconocimiento y ejecución de medidas de protección *civiles*. Como en la actualidad no disponemos en nuestro país de normativa nacional de desarrollo específica para tales supuestos, tendremos que aplicar directamente el Reglamento 606/2013 para todo lo relativo al reconocimiento y ejecución en España de «Certificados» conteniendo medidas de protección de naturaleza civil, que como ya hemos señalado conforme a nuestra legislación serían de carácter penal.

Juicios rápidos y violencia de género

Jorge Juan Hoyos Moreno
Magistrado Audiencia Provincial Gipuzkoa

Sumario: I. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos II. La violencia de género y los juicios rápidos III. Ventajas o aspectos positivos 1. Neutralización de los efectos del Art. 416 Lecrim. 2. Disminución de la revictimización IV. Inconvenientes o aspectos negativos V. El deber de investigación VI. Transformación de Diligencias Previas en Diligencias Urgentes y actuaciones a practicar VII. Efectos de la retirada de la denuncia 1. Supuestos 2. Alcance de la información a la víctima

Resumen: No hay duda de que una de las intenciones del legislador cuando introdujo el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (juicios rápidos) fue utilizarlos para afrontar el fenómeno de la violencia de género pero, por sus características, parece que solo será adecuado si se trata de sucesos aislados y esporádicos, no si estamos ante supuestos de maltrato o violencia habitual. A continuación se justifica esta afirmación y se hace un repaso a las ventajas e inconvenientes que presentan estos juicios en la violencia de género, haciendo una mención especial a los supuestos en los que la víctima se acoge a la dispensa de la obligación de declarar contemplada en el art. 416 de la Lecrim, así como a los efectos de la retirada de la denuncia.

Palabras clave: Juicio rápido, violencia de género, retirada de la denuncia, dispensa de la obligación de declarar.

I. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento procesal penal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, la cual entró en vigor el día 28 de abril de 2003.

En la Exposición de motivos de dicho texto ya se indicaba que era (una consecuencia) destacada del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Entre los muchos objetivos de dicho Pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga «la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas». Este objetivo no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata de profundizar en la vía abierta por lo que en el lenguaje forense y hasta en el lenguaje coloquial se conocen como «juicios rápidos», dando lugar en algunos casos a una justicia realmente inmediata.

Se señalaba que en determinados supuestos la tramitación de los procesos penales se prolonga en el tiempo mucho más de lo que resulta necesario y aconsejable; y esta dilación es fuente de ciertas situaciones que han generado en los últimos tiempos una notable preocupación social: los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es, sin duda, una pieza clave para evitar los fenómenos antes descritos y permitir que la Justicia penal cumpla alguno de los fines que tiene asignados.

Así, habría de tramitarse por el procedimiento de juicio rápido las siguientes situaciones:

- 1.º Los supuestos de delitos flagrantes, entendiendo por tales aquellos en que no hay solución de continuidad entre la comisión del hecho punible y la actuación policial que conduce a la detención o a la citación.
- 2.º Los hechos cuya investigación ha de resultar en principio sencilla, aun no siendo flagrantes. Aquellos en los que se aprecie fa-

ilidad instructora, es decir, en que las circunstancias del caso permitan presumir que la investigación será sencilla y que, por tanto, podrá terminarse en breve plazo.

3.º Hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana.

4.º Hechos que repugnan gravemente a la conciencia social, como es el caso (se afirmaba expresamente) de los supuestos de violencia doméstica.

Ya en ese año 2003 Vicente Magro Servet, actual Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, señalaba lo siguiente:

«Hay que destacar el importante consenso al que se llegó, ya que todas las formaciones políticas con representación parlamentaria aceptaron la toma en consideración de la proposición no de ley para la puesta en marcha de juicios inmediatos para los delitos flagrantes o con especial incidencia social como los hurtos y los robos, pero destacando, por encima de todo, a los ilícitos penales en materia de violencia doméstica o de género.

Hemos insistido en que es preciso un esfuerzo para intentar el trámite del juicio rápido en los casos en que sea posible, pero, claro está, sin forzarlo para evitar que una mayor agilidad pudiera conllevar una merma de protección y garantías para la víctima por la ausencia de prueba que pudiera existir».

Y en el Congreso de Violencia Doméstica de ese mismo año se afirmó:

«Quizá, en algunos casos será difícil hacer juicio rápido en materia de violencia doméstica, por ejemplo, en los casos de violencia psíquica que requieran informes complementarios, pero al menos habrá que hacer lo posible para dar cumplimiento a lo dispuesto en el informe del CGPJ de fecha 21 de marzo de 2001 para realizar un juicio a celebrar en plazos moderados, atendiendo a la especial complejidad y tratamiento de las víctimas de malos tratos».

Fruto de este amplio consenso de las formaciones políticas con representación parlamentaria se instauró el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

De tal manera, el Art. 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispuso (en una redacción que no ha sufrido modificaciones hasta la fecha) que el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya

detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto.
- 2.^a Que se trate de alguno de los siguientes delitos:
 - a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.
 - b) Delitos de hurto.
 - c) Delitos de robo.
 - d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
 - e) Delitos contra la seguridad del tráfico.
 - f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.
 - g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.
 - h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.
- 3.^a Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

II. Los juicios rápidos en los procedimientos de violencia de género

Es claro que una de las intenciones primordiales del legislador del año 2003 en la creación del procedimiento rápido era intentar afrontar, prevenir y atajar el entonces ya muy preocupante fenómeno criminógeno de la violencia de género y así se recalca de forma explícita en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que habrían de ser tramitados por el procedimiento rápido, entre otros, aquellos hechos que repugnan gravemente a la conciencia social, como es el caso de los supuestos de violencia doméstica (que naturalmente y por definición englobaba a los supuestos de violencia de género).

A fin de determinar cuál debería ser el cauce procesal adecuado ante una infracción catalogada como de violencia de género, se hace preciso intentar distinguir o discernir desde los primeros instantes (denuncia o primera declaración de la presunta víctima en sede judicial) si nos encontramos ante un suceso ocasional y nítidamente aislado o bien, a partir de los datos ofrecidos por la denunciante o por otros testigos, podemos situarnos ya ante un caso que abarque mucho más que un incidente esporádico.

Al respecto, si bien es cierto que en determinados supuestos de violencia de género la instrucción de la causa no reviste excesivas complicaciones procedimentales, en cambio, la investigación de delitos de maltrato psicológico o violencia habitual reviste una mayor complejidad.

Por tanto, resulta una opinión comúnmente aceptada (se puede anticipar ya) que cuando nos encontremos ante delitos de maltrato psíquico o delitos de violencia habitual se antojan absolutamente inidóneas, por la perentoriedad de los plazos, las Diligencias Urgentes de Juicio Rápido en orden a recabar las pruebas que permitan fundamentar un eventual fallo condenatorio por parte del órgano enjuiciador.

En este sentido, en el Curso de formación para Jueces y Magistrados, celebrado en septiembre de 2007, sobre «Valoración del Daño en las Víctimas de Violencia de Género», se consideró que:

«los juicios rápidos no resultan idóneos para el enjuiciamiento de la violencia —física o psíquica— habitual, pareciendo las diligencias previas cauce procedimental más adecuado para introducir en las actuaciones las diligencias de investigación e informes oportunos. Ello es perfectamente compatible con una instrucción diligente que permita un enjuiciamiento de los hechos sin dilaciones» (Conclusión 10.^a).

En conclusión, parece que únicamente sería aconsejable sustanciar la denuncia por los trámites del juicio rápido cuando nos encontremos ante lo que parezca claramente y desde el instante inicial un suceso aislado y esporádico.

III. Ventajas o aspectos positivos del juicio rápido en la violencia de género

1. *El juicio rápido como instrumento procesal para neutralizar los (en elevadas ocasiones) perniciosos efectos del Art. 416*

La práctica o experiencia cotidiana de los Tribunales de Justicia no enseña que posiblemente uno de los aspectos más ventajosos del juicio

rápido en los asuntos de violencia de género es que mediante la sustanciación por este trámite procedimental se intenta asegurar que tras la interposición de una denuncia por una presunta víctima se pueda dictar una Sentencia en un breve plazo, disminuyendo así de manera importante la posibilidad o eventualidad de que la denunciante ulteriormente se acoga a la dispensa contemplada en el Art. 416 de la LECrim., posibilidad procesal que en la práctica aboca a gran número de pronunciamientos de signo absolutorio o incluso a decisiones de sobreseimiento todavía en la fase de instrucción.

En este sentido, es necesario poner de manifiesto que la Fiscalía General del Estado eleva a ratios o porcentajes significativos el número de retiradas de la acusación motivadas porque la víctima de la violencia de género se acoge en el juicio oral a la mencionada dispensa.

Así, en su Memoria del año 2008 la Fiscalía General del Estado ya hizo constar que el 44% de las retiradas de acusación se deben precisamente a que la víctima de violencia de género se acogió en el plenario a la dispensa de declarar. En el año 2014 se produjo la mayor cantidad de retiradas —hasta ese momento— de acusación motivadas por el derecho de dispensa de toda la serie estadística, 138 casos, el 56,79% de todos los retirados, consolidando una tendencia al alza desde 2008, cuando se identificó esta situación en 96 procedimientos.

Según la Memoria de la Fiscalía de 2018 en ese año constan anotadas un total de 1.492 retiradas de acusación, de las que 1.348 aparecen justificadas porque la víctima se acogió a la dispensa del Art. 416 LECrim.

En cuanto a los procedimientos que no terminaron por sentencia condenatoria también se pueden aportar algunos datos relevantes. Por ejemplo, que el porcentaje de asuntos que terminaron por sobreseimiento en la fase de instrucción ascendió al 45,04%. O que, según los datos del CGPJ, en 17.347 casos la víctima se acogió a la dispensa de la obligación de declarar prevista en el Art. 416 LECrim, lo que supone un 10,94% del total de denuncias (166.961), es decir, un muy ligero incremento sobre el 10,04% registrado en el año 2017.

El porcentaje de sentencias absolutorias dictadas en el ámbito de los Juzgados de lo Penal sigue siendo preocupante, teniendo en cuenta el elevado número de asuntos que se enjuician ante estos órganos. No obstante, se observa una ligera mejoría frente al año 2017, en que se registró un 44,23%.

Las causas son variadas, pero no se puede desconocer que un número significativo viene determinado por el hecho de que la víctima se acoge a lo dispuesto en el Art. 416 LECrim, lo que impide valorar su testimonio en el acto del juicio oral.

En la misma línea, según los últimos datos estadísticos conocidos, referidos al segundo trimestre de 2019 dados a conocer por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género:

En 4.151 casos, la víctima se acogió a la dispensa legal a la obligación de declarar como testigo, prevista en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que supone un 10,72% del número de mujeres víctimas, cifra ligeramente inferior al mismo trimestre del año anterior, que fue de un 11%.

En 2.584 casos, las mujeres que se acogieron a la dispensa eran españolas y en 1.567 casos, eran extranjeras. Puestas en relación estas cifras con el total de mujeres víctimas, se observa que la ratio de mujeres víctimas que se acogen a la dispensa es superior en las mujeres extranjeras (12,6%) que en las mujeres españolas (9,83%).

En este sentido, es necesario precisar que desde el año 2015, el Observatorio sustituyó entre sus datos estadísticos la cifra de renunciadas por la de víctimas que se acogen a la dispensa a la obligación legal de declarar, por entender que se trata de un parámetro más acorde a la realidad toda vez que en los procedimientos de violencia de género la Fiscalía siempre actúa de oficio, por lo que la renuncia de la víctima no lleva aparejada obligatoriamente la finalización del proceso judicial.

Es decir, el verdadero alcance y dimensión del fenómeno de las elevadas absoluciones o sobreseimientos en violencia de género se comprende acudiendo a la referencia del acogimiento por parte de la víctima a la dispensa del Art. 416 Lecrim., y no al dato de la renuncia o de la retirada de la acusación por parte de la Fiscalía.

Acerca de esta cuestión se puede afirmar que es un dato objetivo constatado con frecuencia en los Tribunales que las posibilidades de acogerse a dicha dispensa por parte de la denunciante o familiares directos del denunciado o inculpado se acrecienta cuando mayor es el tiempo que transcurre entre la inicial denuncia y el momento del enjuiciamiento de los hechos.

Y al respecto es necesario recordar que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando la víctima se acoge a tal dispensa no es posible hacer uso en acto del juicio oral de sus pretéritas declaraciones vertidas en el Juzgado de Instrucción ni tan siquiera por la vía del Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23-01-2018 señala lo siguiente:

«Alcance de la dispensa del artículo 416 LECRIM.

1.—El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la Lecrim., im-

pide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2.—No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición».

Con anterioridad, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, también en relación a la exención de la obligación de declarar prevista en el Art. 416.1 Lecrim. declaró:

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

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

En este sentido, es obligado señalar que entre las medidas que contempla el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en fecha 28 de septiembre de 2017, se encuentra la de «impulsar la modificación del Art. 416 de la Lecrim. para suprimir la dispensa de la obligación de declarar contra su cónyuge o pareja de las víctimas de violencia de género, así como suprimir la atenuante de la confesión para este tipo de delitos y la preceptividad de la asistencia letrada antes de la interposición de la denuncia».

Se han alzado voces que consideran necesario otorgar una nueva redacción al citado Art. 416 de la Lecrim. que elimine la posibilidad de que la mujer se acoja a tal dispensa, así como otorgar también una nueva redacción al Art. 1 de la LO 1/2004 para adaptarlo al Convenio de Estambul. Y así son frecuentes las opiniones de autorizados sectores en la materia que consideran que dicho precepto es un instrumento de dominación del varón y que resulta obligatoria su supresión para evitar espacios de impunidad.

Conviene recordar que en este tipo de infracciones de género, que por su propia idiosincrasia suelen acaecer en un ámbito estrictamente privado, fundamentalmente en la intimidad del espacio doméstico o familiar, con exclusión de terceros que no forman parte de la familia, la declaración de la persona perjudicada suele ser el principal (y muchas veces único) testimonio de cargo incriminatorio, ya que la ausencia de

testigos directos es la nota común, por lo que si en el momento del juicio oral la presunta víctima hace uso de dicha posibilidad procesal se estará abocando con elevada probabilidad a un pronunciamiento de contenido absolutorio, aun a pesar de que en el pasado la denunciante hubiera ofrecido una versión en sede judicial nítida e inconcusamente inculpatoria e incluso aunque se hubiera garantizado plenamente el principio de contradicción procesal (esto es, en dicha declaración sumarial estaba presente la defensa del investigado).

Además, se constata que la víctima en gran número de supuestos adopta una actitud pasiva u obstruccionista y pone numerosas trabas a la hora de averiguar la veracidad de lo ocurrido. Comportamiento procesal que se suele obedecer a múltiples y variados motivos como la relación de sumisión o de dependencia de la víctima frente al agresor, los lazos afectivos todavía existentes, el perdón, la presión a la que se ve sometida la víctima, la falta de apoyo económico, la dependencia psicológica frente al agresor, el miedo a represalias etc.

En los procesos por delitos de violencia de género resulta extremadamente común que la víctima no mantenga una actuación procesal uniforme durante la completa tramitación de los mismos; incluso que actúe de manera obstaculizadora, lo que ocurre cuando retira la denuncia, no comparece ante el llamamiento judicial, altera o modifica el contenido de la declaración en aras a lograr la absolución del agresor, etc.

En un elevado porcentaje de procesos por violencia de género es la víctima la persona que denuncia. A título informativo, en el año 2015, el 64,90% de las denuncias recibidas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer han provenido de atestado policial con denuncia de la víctima, a lo que debe añadirse un 4,05% de denuncias presentadas directamente por la víctima en el Juzgado.

En conclusión, numerosas estadísticas, estudios o memorias, elaboradas por distintos organismos, públicos y privados, han puesto de manifiesto que un número muy importante de procesos penales incoados por hechos que presentan indicios racionales de ser constitutivos de violencia de género finalizan sin condena por falta de pruebas, fundamentalmente porque la víctima retira su denuncia o se acoge a su derecho a no declarar.

2. Otras ventajas del juicio rápido: disminución de la revictimización

En este tipo de procedimiento rápidos no solo el juicio ha de celebrarse como máximo dentro del plazo de los quince días (art. 802.2 de

la Lecrim.) sino que además la tramitación y resolución de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por el correspondiente Juzgado de lo Penal debe tener carácter preferente (art. 803.4 de la Lecrim.)

El dictado de un sentencia condenatoria en un breve plazo desde la interposición de la denuncia significa para la víctima la eventualidad de eliminar, reducir o disminuir de manera importante la incertidumbre y la ansiedad inherentes a la espera del juicio y aumenta la posibilidad de comenzar cuanto antes una nueva etapa vital; significa acrecentar la confianza de la víctima en las instituciones y en la Administración de Justicia.

Por ello, la brevedad en la tramitación y resolución del procedimiento penal constituye un avance muy importante a los efectos de evitar la victimización secundaria o revictimización, tomando en consideración que este tipo de infracciones favorece sensiblemente la victimización y las personas sujetos pasivos del delito son más propensas a ser víctima del delito.

Se reducen los daños adicionales que a las víctimas de un delito ocasiona el contacto con el sistema institucional de justicia en sus diferentes variables y en especial se atenúa la vulnerabilidad asociada a los elementos personales y vinculada a las características de la cercanía, presencia o proximidad del agresor (interacción con el victimario).

Asimismo desaparece o disminuye la impresión general de impunidad inherente a la demora o al retraso en la tramitación y resolución de los procedimientos penales.

La víctima no persigue el castigo del culpable sino lo que mayoritariamente quiere es evitar tener contacto con el autor de la agresión y olvidarse de él.

IV. Inconveniente del juicio rápido en violencia de género

Es opinión común que uno de los aspectos más desfavorables o negativos del juicio rápido viene constituido por la circunstancia de que en multitud de ocasiones no se lleva a cabo una verdadera investigación o indagación de lo verdaderamente sucedido ya que la investigación judicial y policial se suele limitar o circunscribir al concreto episodio denunciado (normalmente el último).

Ello supone que todos los demás incidentes presuntamente violentos o delictivos que se hubieran producido en el seno de la pareja quedarían imprejuizados. Esto es, en la práctica como si no hubieran sucedido.

Hay que partir de que en principio no existe impedimento legal ni procesal para que las infracciones susceptibles de incardinación en el Art. 173.2 del Código Penal (maltrato habitual físico o psíquico) se tramiten por esta modalidad rápida ya que el Art. 795 de la Lecrim. alude a los delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años e incluso el Art. 801 prevé que se podrá dictar sentencia de conformidad cuando los hechos objeto de acusación han sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión. Y en este sentido, el Art. 173.2 del CP sanciona el delito de maltrato habitual (físico o psíquico) con pena de prisión que oscila entre los seis meses a los tres años.

No obstante, cuando nos encontramos ante supuestos de violencia de género habitual física o psíquica el enjuiciamiento por delito rápido parece obvio que no es el marco procesal adecuado

Es decir, las propias características del delito de violencia de género habitual no se avienen con una tramitación rápida ya que resultaría sumamente difícil llevar a cabo en tan exiguo lapso una investigación razonable y verdaderamente exhaustiva de lo sucedido, pues no podemos olvidar que «*en todo caso*» el juicio oral habrá de celebrarse dentro de los quince días siguientes (art. 802.2 de la Lecrim.)

Es decir, los juicios rápidos son funcionalmente poco apropiados para llevar a cabo una investigación adecuada de los delitos de violencia de género, en especial, en los casos de violencia prolongada en el tiempo. En este tipo de procesos, la parquedad probatoria es una constante. La obtención de elementos que corroboren la veracidad de la declaración de la víctima resulta clave para evitar precisamente que situaciones de maltrato habitual se califiquen por el juez como simples episodios violentos aislados. La sencillez de la investigación que caracteriza los juicios rápidos redundará de forma negativa en la escasa obtención de fuentes de prueba en un proceso en los que la complejidad probatoria es manifiesta.

Según los datos del Observatorio de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que incluye en su estadística los tipos de delitos instruidos en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el 55% de los casos del primer trimestre de 2018 fueron lesiones y malos tratos incluidos en el artículo 153 del Código Penal, es decir, hechos aislados. Solo un 11% se circunscriben al artículo 173, que castiga la violencia física o psíquica habitual.

Ya en el Seminario «Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», celebrado en octubre de 2010 en el Consejo General del Poder Judicial, se constató que «la generalización de los Juicios Rápidos para el enjuiciamiento de los delitos

de violencia sobre la mujer tiene, como contrapartida, que se primen los hechos más inmediatos y fácilmente constatables sobre los supuestos de violencia psíquica o de violencia habitual, que, en general, requieren la transformación del procedimiento y dar lugar a una mayor y más dilatada investigación» (Conclusión 13.^a).

No obstante, en el referido Seminario también se incidió en el hecho de que con frecuencia la opción de continuar con el trámite de las Diligencias Urgentes tiene también que ver, bien con las dificultades que acarrea acreditar la existencia de violencia psíquica o habitual, bien con la finalidad de impedir que el paso del tiempo lleve a que la propia víctima termine apartándose o retractándose del procedimiento, sin conseguir obtener un resultado práctico. Por ello, se insistió en la necesidad de que la víctima reciba, «con carácter previo al proceso, la necesaria información acerca de su desarrollo y las actuaciones que, a partir del momento de su incoación, debe afrontar como parte del mismo».

Por tal motivo, en los supuestos en los que la Policía haya incoado el atestado como juicio rápido resulta necesario que en la declaración de la presunta víctima ante el Juzgado se le debe permitir ampliar dicha declaración a otros extremos distintos a los recogidos en el inicial atestado y que sean relevantes desde el punto de vista penal, aunque estos extremos no los relatara en un primer momento ante la Policía o no se refieran solo al último episodio que motiva la incoación del atestado.

Al hilo de esta cuestión, la STS 61/2010, de 28 de enero, analiza el hecho de que el testigo víctima pueda ofrecer más datos o detalles en su declaración ante el Juez de Instrucción o en el plenario que en la primera declaración policial, señalando dicha Sentencia que en tales casos no cabe hablar de contradicciones sino más bien de diferencias no relevantes de cara a la valoración de la veracidad de dicha prueba.

La transformación de las Diligencias Urgentes en Diligencias Previas significará indefectiblemente que la tramitación será más lenta pero ello no debe suponer una disminución de las garantías de protección de la víctima, puesto que en el sistema procesal existen mecanismos de protección suficientes para ello.

V. El deber de investigación

Es necesario recordar que la doctrina constitucional ha indicado que en los supuestos en los que existan indicios de delito es necesario y preceptivo, con carácter general, agotar la investigación.

Así, con carácter general el Art. 269 de la Lecrim. dispone que formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inme-

diatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que este no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente.

La STC 46/1982, de 12 de julio, incluye, entre las garantías procesales, la de agotar los medios de investigación procedentes. La STC 1/1985, de 9 de enero, señala que en los casos de denuncia o querrela existe para el juez un deber procesal de instrucción. La garantía procesal y el principio de tutela efectiva exigen que el Juez instructor realice la investigación que el caso requiere y, con mayor razón, tratándose de vulneraciones de derechos o libertades fundamentales, «respecto de los cuales nada es trivial o importante». Argumento que tiene particular proyección en los casos de infracciones de violencia de género, que vulneran derechos fundamentales para las mujeres.

La STC 14 de abril de 2008 se pronuncia en un supuesto de denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes (protegidas ambas manifestaciones en el mismo Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), con importantes similitudes con la violencia habitual en el ámbito de la violencia de género, exigiendo una investigación «suficiente y efectiva» en estos caso «dada su difícil detectabilidad».

Establece la indicada resolución que de conformidad con los Acuerdos Internacionales suscritos por España y el Art. 15 de la CE «se desprende una especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos», siendo necesario «atender, entre otras circunstancias, a la probable escasez de pruebas existentes en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción». Recalca además la Sentencia que «en el presente caso, las sospechas de veracidad de los hechos denunciados pudieran no ser contundentes; sin embargo, desde la perspectiva y enjuiciamiento de esta jurisdicción de amparo, eran suficientes para que debiera perseverarse en una indagación judicial apenas iniciada en la medida en que restaban determinados medios de investigación para ello».

El Comité de la Cedaw (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) en distintos Dictámenes ha recordado la diligencia debida en la investigación, que incluye la obligación de protección de las víctimas. Así, en este sentido es obli-

gado recordar el caso Ángela González Carreño que condenó a España por haber incumplido el deber de diligencia debida en la investigación y resolución de los hechos denunciados.

Dicha obligación ya ha sido fijada en el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, en vigor en nuestro país desde el 1 de agosto de 2014), en cuyo Art. 5.2 estipula la obligación de actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio —ámbito que supera las previsiones de la Ley Integral 1/2004, de 28 de diciembre, ya que incluye los actos de violencia contra mujeres y niñas en todas sus manifestaciones, incluida la violencia doméstica—.

El Art. 55.1 del Convenio de Estambul incide en la necesidad de investigación y tramitación del procedimiento con independencia de la voluntad de las partes, en especial, de las víctimas.

El deber de investigación se predica en relación a todos los cauces procedimentales y, por ello, no se encuentra restringido ni atenuado por el formato de las diligencias urgentes. Y así, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de julio de 2015 señala que «si bien el llamado procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (arts. 795 a 803 Lcrim.) se caracteriza por una mayor simplificación y concentración en el período de guardia de la fase de instrucción e intermedio, agilizándola y acortando sus plazos, también lo es que ello no supone necesariamente que las partes vean mermada la posibilidad real de interesar la práctica de las diligencias de investigación que puedan considerar oportunas para sus respectivos intereses, previéndose incluso al posibilidad de que, de considerarse insuficientes las diligencias practicadas, se ordene la continuación del procedimiento como diligencias previas del procedimiento abreviado, con indicación motivada de las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible (art. 798.2.2.º)».

Por ello, parece claro e incuestionable que restringir o limitar la actividad de investigación e instrucción al último hecho o episodio concreto vulnera la obligación de diligencia debida y permite mantener un velo de impunidad sobre otro conjunto de hechos, distintos al denunciado inicialmente, que de haberse producido y de poderse acreditar también deberían estar sancionados penalmente.

Así por ejemplo en los asiduos casos en los que se relata un específico hecho que da origen a la petición de auxilio policial y se añade por la presunta víctima, bien con cierto detalle en la denuncia bien me-

dian­te manifi­esta­cio­nes ver­ba­les a los fun­cio­na­rios po­li­cia­les, ex­presio­nes del tipo «no es la primera vez que ocurre» o incluso se refiere en sede judicial, tales hechos deben ser objeto de investigación suficiente.

O bien en el habitual supuesto en el que se remite una parte mé­dico de lesiones al Juzgado por el centro hospitalario correspondiente y a la primera citación la víctima lesionada no acude al Juzgado. En estos casos, es claro que no se debe proceder al sobreseimiento sino insistir en la citación de la persona lesionada.

Así como ha señalado Peláez Piñeiro, la investigación ha de estar dirigida a conocer y explicar de manera completa los elementos del caso. Pero no sólo los hechos concretos o centrales o nucleares (una violación, una lesión...etc.), sino también las circunstancias y conductas anteriores y posteriores que afectan a los actores; las consecuencias y alteraciones físicas y psicológicas provocadas en la víctima; las relaciones personales entre la víctima, el victimario y su entorno personal y sociocultural, la actitud de los autores y los sentimientos, las percepciones y sensaciones de la víctima.

Todo ello es necesario para evidenciar la dimensión de género del delito, pero también para aflorar y acreditar los elementos del tipo penal (intimidación, sometimiento, violencia, etc.) y la interpretación que de ellos efectúa la jurisprudencia, que caracterizan los casos de violencia contra las mujeres como exponente de una situación de abuso de poder de los agresores hacia las víctimas.

La investigación debe ser exhaustiva, proactiva, indagatoria y completa, evitando que dependa sólo de la iniciativa procesal de la víctima o de su entorno. En este sentido, no debe basarse exclusivamente en el testimonio de la víctima o en la actitud que adoptó ante la agresión, haciendo que no recaiga sobre ella la obligación o la carga principal de aportar los necesarios elementos de prueba para demostrar el hecho violento.

No obstante, la recogida de la denuncia y la manifestación de la víctima resultan del todo relevantes, debiendo buscar para ello un entorno que le inspire confianza y que la haga sentirse amparada, comprendida y protegida, considerando que la declaración debe efectuarse en un formato de «entrevista desestructurada», por ser un sistema que ayuda a evitar o al menos minimizar los efectos de victimización secundaria o de reactivación del dolor.

VI. Transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes y actuaciones a practicar

En función de la naturaleza y complejidad de la infracción denunciada se hará preciso llevar a cabo por parte del órgano judicial deter-

minadas actividades instructoras que por ello convertirán en inviable la tramitación de las diligencias por juicio rápido.

En los supuestos de delitos de violencia habitual, la labor del órgano instructor deberá dirigirse a constatar los distintos episodios de violencia —física o psíquica e incluso sexual— cometidos no solo sobre la mujer sino también sobre el círculo de sujetos pasivos al que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal (ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados), episodios que con elevada frecuencia se prolongan en el tiempo durante varios años.

También es necesario obtener los partes o dictámenes médicos de asistencia, si los hubiera, y testimonio tanto de las Sentencias recaídas (condenatorias o absolutorias) como de las posibles denuncias anteriores interpuestas por la víctima que dieran lugar a la apertura de un procedimiento penal, con independencia de que posteriormente se hubiera archivado. Se podrá determinar en dicho instante (con la nueva denuncia) si la decisión de sobreseimiento de un procedimiento anterior se encontró conectada o vinculada de alguna manera al acogimiento de la víctima a la dispensa del Art. 416 de la Lecrim.

De igual modo, con anterioridad a que la víctima sea examinada por la Unidad de Valoración Forense Integral (UVFI) parece conveniente recabar los informes sociales o psicológicos existentes en relación a la misma y a su entorno (por ejemplo, en los casos en los que haya acudido —con carácter previo a formular denuncia— a servicios sociales, centros de atención a la mujer, oficinas de atención a la víctima u otras unidades administrativas que desarrollen funciones de atención psico-social)

Al mismo tiempo, es fundamental asegurar en estos supuestos la presencia de apoyo psicossocial continuado a la mujer durante la instrucción del procedimiento. También en los casos en que dicho apoyo haya comenzado con anterioridad a éste, lo que siempre será positivo; no debe olvidarse a tal efecto su condición de víctima, como tampoco el hecho de que la mujer que es tratada psicoterapéuticamente y, en su caso, farmacológicamente, y que tiene un seguimiento de apoyo continuado y no circunscrito al momento de la denuncia, se encuentra en

mejores condiciones de romper definitivamente su dependencia emocional hacia quien la maltrata, mientras que en otro caso será habitual que reanude la convivencia con el denunciado y/o que comparezca en el Juzgado al objeto de retirar la denuncia y solicitar que se dejen sin efecto las medidas cautelares de alejamiento y prohibición de comunicación en su caso adoptadas.

En estos delitos, al igual que en los delitos de maltrato psicológico, es importante que se practiquen las declaraciones testificales de las personas (vecinos, familiares, agentes de la autoridad, etc.) que hubieran podido presenciar o tener conocimiento —según se trate de testigos presenciales o de referencia— de los hechos presuntamente constitutivos de la conducta típica, de los concretos actos de violencia o de la situación de temor a que la mujer se pudiera haber visto sometida.

No debe olvidarse, por otra parte, que el resultado de estas diligencias puede determinar la conveniencia de adoptar medidas más estrictas de protección a la víctima; así, las amenazas que se profieren por el imputado hacia la perjudicada en presencia de terceros pueden constituir un claro indicio de una mayor peligrosidad del sujeto activo y, por ende, de la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, como ocurre muchas veces, respecto de esta última, con la existencia de procesos de separación o divorcio entre las partes.

Por otro lado, el informe médico forense deberá pronunciarse en estos supuestos sobre la existencia en la víctima de lesión psicológica, no sólo en cuanto a la patología concreta que sufra sino también en cuanto a la necesidad, en su caso, de tratamiento médico para su curación, debiendo tenerse en cuenta que, a estos efectos: «el tipo del artículo 147 no exige que el tratamiento se haya llevado a cabo efectivamente, sino que la lesión, considerada objetivamente, requiera ese tratamiento» (STS de 28 de febrero de 2005).

En los delitos contra la libertad sexual, además de resultar fundamental la urgente intervención judicial y del médico forense —a cuyo efecto es precisa la comunicación inmediata por el centro médico al Juzgado (de Violencia sobre la Mujer o al de Guardia, fuera de las horas de audiencia del primero, si se trata del ámbito regulado por la Ley Integral)—, sin perjuicio de la posterior formalización de la denuncia, el Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género, dispone, en su apartado «Actuación ante Agresiones Sexuales», la necesidad de que el forense —utilizando el *kit* de recogida elaborado por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses— tome las muestras de interés legal (semen, sangre u otros fluidos en superficie

corporal, uñas, pelo y ropa de la mujer), asegurando la cadena de custodia, señale la localización e importancia de las lesiones con toma de fotografías en su caso —previo consentimiento de la mujer— y emita el correspondiente informe médico forense.

Asimismo, es conveniente que el Juzgado recabe la remisión de la historia clínica, en la que, según el citado Protocolo, debe registrarse la agresión sexual consignando la transcripción de los hechos referidos por la paciente en relación con la agresión (fecha, lugar, hora, tipo) y los actos realizados tras la agresión y antes de la exploración (aseo, toma de alimentos o de medicación), así como la historia ginecológica y los antecedentes de violencia, si los hubiera.

El informe forense debe hacer constar también tanto las lesiones específicas de la violencia sexual, esto es, las propiamente genitales y/o anales, como las comunes, habituales o genéricas a cualquier tipo de agresión (erosiones, contusiones, hematomas...) y las lesiones de especial importancia que aprecien.

En especial:

- a) las lesiones causadas por arma blanca (destacando las pequeñas heridas superficiales de características cortantes y producidas como intento de intimidación);
- b) las lesiones propias de abordaje sexual (localizadas fundamentalmente en las caras internas y anterior de los muslos y en los glúteos); y
- c) las lesiones de defensa (que se sitúan en las zonas expuestas al ataque exterior, como la cara exterior de los antebrazos y el dorso y la palma de las manos).

Es conveniente que el informe forense se pronuncie también en estos delitos sobre la existencia del daño psicológico sufrido por la víctima, fundamentalmente del trastorno de estrés postraumático, pues no debe olvidarse que dicho peritaje, además de permitir planificar el tratamiento de recuperación y fijar una compensación adecuada, constituye un indicio más de la existencia de una relación sexual no consentida (Echeburúa), diligencia fundamental en los frecuentes casos en que el presunto agresor reconoce la existencia de una relación sexual, pero aduce que la misma fue consentida por la víctima.

En estos delitos, y en relación al presunto agresor, es importante también que éste sea examinado por el médico forense a fin de que informe acerca de la posible presencia de lesiones de respuesta de la víctima (arañazos, contusiones...). Conviene recordar, además, en relación a la posible obtención por parte de la Policía Judicial de mues-

tras de ADN del detenido, que dicha posibilidad ha sido admitida por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, en el que se dispone que «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial».

En España, durante el año 2017, según los datos estadísticos recogidos por la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, han sido 51 las mujeres asesinadas por parte de sus parejas o exparejas, y 8 los y las menores las víctimas mortales de la violencia machista. Del total de víctimas, 12 habían interpuesto denuncia y 6 tenían medidas de protección en vigor. El 60,8% de las mujeres asesinadas convivían con su maltratador, igualmente, el 60,8% seguían siendo pareja y el 39,2% eran expareja o estaban en fase de ruptura. El 31,4% de las mujeres se encontraba entre los 31 y los 40 años. Las víctimas más jóvenes este año, con edades comprendidas entre los 18 y 30 años, suman el 23,5%, una tendencia ascendente respecto de otros años. La violencia de género entre las personas mayores también se hace latente con un 9,8% de víctimas mayores de 65 años. En cuanto al país de nacimiento de las víctimas, el 64,7% eran de España y el 35,3% de otros países.

En lo que llevamos de año 2019, hasta el 24 de octubre, han fallecido 49 mujeres víctimas de violencia de género, cifra que supera a la de todo el año 2018.

VII. Efectos de la retirada de la denuncia

Resulta una realidad constatada que tanto el elevado número de sobreseimientos provisionales que se vienen acordando por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer como las frecuentes Sentencias de contenido absolutorio dictadas por los Juzgados de lo Penal en este tipo de infracciones se encuentra directamente vinculados y conectados a la postura procesal de la víctima, que no siempre desea seguir adelante con el proceso, bien porque este no responda a sus expectativas cuando formuló la denuncia, bien por otros complejos y variados motivos.

Estas circunstancias no son ajenas a la particular complejidad de la violencia de género, tanto desde la perspectiva de atender las necesidades de las víctimas de esta violencia, antes y a partir de la denuncia, como desde las consecuencias jurídico-penales que se derivan del acceso de las víctimas a la Administración de Justicia.

1. *Supuestos*

En relación con la retirada de la denuncia por parte de la víctima podemos distinguir tres tipos de situaciones que se producen en la práctica:

- 1.º Víctimas que se niegan a denunciar *ab initio*, negando ser víctimas. Son los casos en los que los procedimientos judiciales se incoan a partir del conocimiento de los hechos delictivos por terceras personas (familiares, vecinos, agentes policiales o terceros que constatan físicamente los hechos). En estos supuestos, aun cuando la víctima se negara a declarar, no se evitaría la condena, en su caso, ya que si se ha tenido conocimiento de los hechos por vía directa y existen testigos de cargo se puede acudir a la valoración de dicha testifical aunque la víctima se acoja a su derecho a no declarar.
- 2.º Víctimas que denuncian, declaran en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y posteriormente se niegan a declarar en el órgano judicial de enjuiciamiento. No podrá utilizarse la lectura en el juicio oral de la declaración sumarial de la víctima por la vía del Art. 730 Lecrim., ya que de acuerdo a dicho precepto las diligencias practicadas en la fase sumarial solo pueden ser leídas en el juicio oral cuando por causas independientes de la voluntad de la partes no puedan ser reproducidas en el mismo.
- 3.º Víctimas que denuncian y declaran ante la Policía pero luego no declaran ni en el Juzgado de Violencia ni en el Juzgado de lo Penal o en la Audiencia Provincial amparándose en el Art. 416. En estos casos, no podrá utilizarse la declaración policial, pues se encuentra absolutamente vedada que ésta pueda usarse en el acto del plenario.

Así, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 junio 2015, sobre el valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la Policía establece:

«1.º) Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de otros medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del Art. 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del Art. 730 de la LECrim). Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes de policía que las recogieron.

2.º) Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios

de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.»

Por tanto, resulta incontrovertido que las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas, sino que es necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. Es cierto que la doctrina ha entendido que, en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias «que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías» (STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron.

Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando este comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de estas últimas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo, y tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la sustitución del testigo directo por el referencial cuando se trata de la única prueba de cargo; y en segundo lugar, lo que se constituye en elemento decisivo, porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias; y se contrapone en sentido de una declaración prestada ante el Juez con el de otra que no lo fue.

El Tribunal Constitucional advierte que «la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el Art. 297 de la LECrim, por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos

o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios».

A este respecto, en la STC 79/1994 se indica que 'tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales'. Por consiguiente, 'únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria. A los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo».

2. Alcance de la información a la víctima

El Art. 55.1 del Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011 estipula que: «Las Partes velarán por que las investigaciones o procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y porque el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia».

Según la *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género*, de noviembre de 2018, es conveniente advertir a la víctima que a pesar del uso de la dispensa del Art. 416 de la Lecrim. se puede acordar la orden de protección.

Debe informarse a la mujer que pese a su negativa a declarar, es posible que el Ministerio Fiscal formule acusación contra su marido o compañero cuando hay testigos de los hechos u otros indicios de la comisión de los mismos y, en particular, cuando éstos son graves. Igualmente se le deberá informar de que cabe la posibilidad de que se dicte una orden de protección, aun cuando ella no declare contra su marido o compañero.

Una vez denunciados los hechos por la víctima, su actitud o comportamiento procesal en puridad es irrelevante, aunque es claro que de manera indirecta puede tener *de facto* una influencia decisiva en la decisión final del proceso, pero no porque sea dueña de la pretensión (*dominus litis*) sino porque en muchas ocasiones su testimonio resulta imprescindible.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que la denuncia que va seguida de un intento de retirarla o de la retractación de la víctima coloca a esta en una elevada situación de riesgo, toda vez que limitan o cercenan sus posibilidades de salir del círculo de la violencia y mandan un mensaje al maltratador sobre las efectivas posibilidades de controlar la vida de aquélla.

Es por ello por lo que, con independencia de que el auto de sobreseimiento provisional signifique, provisionalmente, el fin de la instrucción, en tanto no aparezcan nuevos datos que permitan continuarla, sería deseable, en su caso con las oportunas modificaciones legislativas, articular la derivación de dichas resoluciones al Punto de Coordinación correspondiente, al objeto de que, desde las instancias de la Administración competente, se ofreciera la asistencia social integral que la Ley prevé y que, en definitiva, posibilitara a las víctimas salir del círculo de la violencia, objetivo fundamental perseguido por el legislador. En este sentido, el soporte económico, psicológico y social puede ser determinante para generar en las destinatarias un clima de confianza que les permita alcanzar su autonomía personal. Tales previsiones pueden hacerse extensivas a los supuestos en que se haya dictado sentencia absoluta.

Esta idea late en todo el articulado de la Ley Integral pero, en particular, en el artículo 19, que establece el derecho a la asistencia social integral a las mujeres y a sus hijos e hijas víctimas de violencia de género. Su efectividad, con las nuevas perspectivas que puede ofrecer a las víctimas, no debería quedar condicionada ni al inicio del proceso penal ni a su terminación en un determinado sentido.

Analizando esta realidad, precisamente, una de las conclusiones del Seminario: balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, celebrado en Madrid en octubre de 2010 señalaba:

«Se estima contraproducente y poco realista con la situación en que, con frecuencia, se encuentran las víctimas de la violencia de género, anudar el reconocimiento de las prestaciones sociales y/o económicas que pudieren corresponderles, a la formulación de la denuncia, la incoación del procedimiento, o la adopción de una orden de protección, por parte de las Administraciones Públicas a quienes compete efectuarlas.»

En consonancia con ello y a título de ejemplo, el Auto de fecha 21 de mayo de 2012 de la Sección Vigésimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de queja interpuesto por la inadmisión por parte del Juzgado de lo Penal del recurso de apelación que

interponía el acusado, absuelto en la sentencia, que acordaba «remitir testimonio de la sentencia al Punto Municipal del Observatorio Regional de la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, a los efectos prevenidos en la legislación autonómica».

En dicha resolución se rechaza que el pronunciamiento remisorio a los órganos competentes de la Administración autonómica no genera perjuicio alguno al acusado, puesto que en la sentencia dictada se declara su absolución, con todos los pronunciamientos favorables para él, y se han alzado todas las medidas cautelares impuestas, careciendo, por tanto, de legitimación para recurrir una sentencia que resuelve favorablemente todas sus pretensiones en el proceso penal de manera definitiva.

Por otro lado, es claro que la renuncia a la acción penal por parte de la presunta víctima y la petición expresa de que se dejen sin efecto las medidas cautelares de protección adoptadas no deben llevar necesariamente a que se adopte el levantamiento de dichas medidas. A fin de resolver tal petición se habrá de acudir al criterio de la proporcionalidad de las medidas cautelares que se encuentren en vigor. Para ello uno de los primordiales parámetros de ponderación para decidir acerca del mantenimiento, supresión o modificación de las medidas serán las propias manifestaciones de la presunta víctima junto a cualquier otra circunstancia que pudiera surgir durante la instrucción.

En todo caso se ha de tener en cuenta que el objetivo último es el de otorgar protección a la víctima cuando se encuentra en situación de riesgo sin que pueda obviarse que tanto el Protocolo para la Valoración Policial del Nivel de Riesgo de Violencia contra la Mujer como el Protocolo Médico Forense de Valoración del Riesgo contemplan expresamente como factores de incidencia en el riesgo la retirada de la denuncia, la renuncia a la orden de protección y la reanudación de la convivencia.

Anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres

Izaskun Landaida
Emakundeko zuzendaria

Sumario: I. Punto de partida. Necesidades y motivos II. Tramitación. Fases III. Contenidos y desafíos IV. Conclusión

Resumen: La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Euskadi fue una ley pionera que ha permitido disponer de importantes recursos económicos, técnicos y humanos dirigidos a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y a avanzar hacia la igualdad. La aprobación posterior de diferentes normas, acuerdos y pactos, tanto en el ámbito estatal como internacional, así como la evidencia de que todavía queda mucho por hacer en este ámbito, obliga a plantearse la modificación de dicha Ley. En este trabajo se analiza el proceso de tramitación del Anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, para cuya elaboración se han recabado las aportaciones tanto de la sociedad civil como de las distintas administraciones implicadas. Asimismo, se detalla el contenido del Anteproyecto partiendo de los desafíos y retos a los que el mismo pretende responder.

Palabras clave: Igualdad, anteproyecto, violencia contra las mujeres.

I. Punto de partida. Necesidades y motivos

Esta intervención hoy se va a centrar en explicar el Anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, una modificación de ley que además de responder a un compromiso de Legislatura del Gobierno Vasco, responde también a la demanda de todos los grupos políticos del Parlamento, y, sobre todo, a la necesidad de mejorar y reforzar el marco jurídico para la prevención y la respuesta institucional ante la violencia contra las mujeres en Euskadi tras casi 15 años de su aprobación.

Quiero empezar contextualizando el punto de partida. ¿De dónde partimos para realizar esta modificación de ley? Considero que partimos de unos buenos cimientos.

La Comunidad Autónoma de Euskadi ha sido y es un referente en el desarrollo de políticas de igualdad, incluidas las relativas a la prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres, y prueba de ello es que dichas políticas son consideradas buenas prácticas y suscitan el interés, tanto de organismos internacionales, como de otros países y regiones.

Estas políticas se han sustentado, entre otros cimientos, en un marco legal sólido. Podemos decir que la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, además de ser una ley cuya implementación ha sido galardonada por las Naciones Unidas, fue una ley pionera, entre otras razones, porque ubica la erradicación de la violencia contra las mujeres en el marco de las políticas de igualdad. Esto supuso un acierto y se ha convertido, además, en señal de identidad de nuestras políticas de igualdad. Además, esta ley ha posibilitado un importante incremento de recursos económicos, técnicos y humanos para el avance hacia la igualdad y la prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres.

A pesar de ello, ni la ley ni el trabajo desarrollado desde diferentes sectores han sido suficientes para acabar en nuestro país con la violación de los derechos humanos más extendida en el mundo: la discriminación contra las mujeres, incluida la violencia que sobre ellas se ejerce, que es su manifestación más grave. Las estadísticas y la propia realidad siguen mostrando que la desigualdad por razón de sexo está presente aún en todos los ámbitos de la vida y, según el Índice de Igualdad de la Unión Europea, todavía la Comunidad Autónoma de Euskadi está a medio camino de la consecución de la igualdad real y efectiva. Es decir, queda mucho por hacer y cada vez la ciudadanía exige más y, prueba de ello, son las multitudinarias movilizaciones promovidas desde el feminismo en los últimos tiempos para reclamar un mayor compromiso institucional y social a favor de la igualdad y en contra de la violencia hacia las mujeres.

Precisamente, a través de esta modificación de la ley se quiere posibilitar una política y un pacto de país con mayúsculas por la igualdad y contra la violencia machista, reforzando esta ley y adaptándola a las nuevas necesidades derivadas del nuevo contexto normativo y social.

En este nuevo contexto destaca sobremanera el Convenio sobre prevención y lucha contra violencia contra la mujer y la violencia doméstica adoptado por el Consejo de Europa (más conocido como Convenio de Estambul), el cual desde su entrada en vigor en el Estado español en 2014 obliga a adecuar los ordenamientos jurídicos internos para garantizar la aplicación del convenio en su totalidad.

Por otro lado, la aprobación en 2015 por parte de las Naciones Unidas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que, entre otras cuestiones, plantea a todos los países el reto de eliminar para el 2030 todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres.

En el ámbito estatal, otro hito es el Pacto de Estado contra la Violencia de Género suscrito en 2017, que plantea compromisos y medidas concretas para mejorar la respuesta institucional ante la violencia contra las mujeres.

El Real Decreto-ley 6/2019 también ha introducido cambios significativos en la normativa estatal en materia de igualdad de mujeres y hombres, que deben ser considerados por la normativa vasca a fin de mantener la coherencia entre el ordenamiento jurídico del Estado y de la Comunidad Autónoma y de reforzar sus efectos positivos.

Tampoco podemos olvidar las obligaciones en el ámbito de menores.

Fundamentalmente por todos los motivos expuestos se plantea la modificación de la vigente Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

II. Tramitación. Fases

Tras un proceso participativo previo desarrollado durante finales de 2017 y 2018, la tramitación del anteproyecto comenzó con la aprobación del Decreto 16/2018, de 19 de octubre, del Lehendakari, por el que se ordena el inicio del procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley para la erradicación de la Violencia contra las Mujeres.

Tras un periodo análisis y consultas, se optó por mantener la materia objeto de regulación dentro de la actualmente vigente Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, dado el vínculo indisoluble que existe entre la violencia contra las mujeres y la desigualdad de mujeres y hombres y, de este modo, continuar con la trayectoria histórica de esta Comunidad Autónoma.

Precisamente, el Convenio de Estambul insta a legislar reafirmando el vínculo existente entre la discriminación por motivos de género y la violencia contra las mujeres y obliga a los Estados a aplicar de manera efectiva políticas para la igualdad de mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres como vía para erradicar la violencia que éstas sufren por razón de género. Reforzar este vínculo ha sido la razón fundamental por la que la fórmula de cambio legislativo por la que se ha apostado no haya sido una ley diferenciada y específica en materia de violencia contra las mujeres, sino la modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada en 2005 por el Parlamento Vasco que ya regulaba esta cuestión, junto con el resto de las manifestaciones de la desigualdad. El planteamiento que entonces se hizo fue que la ley más integral contra la violencia hacia las mujeres es una ley de igualdad que aborde de forma global las desigualdades y discriminaciones por razón de sexo en todos los ámbitos donde éstas se generan o manifiestan. Este planteamiento tiene hoy plena vigencia y cobra todo el sentido respetar la trayectoria y el enfoque desarrollado en todos estos años en las políticas de igualdad de este país que lo han distinguido y lo han hecho merecedor de consideración y reconocimiento más allá de sus fronteras. Es un activo que no se puede dilapidar.

Esta decisión quedó plasmada en el Decreto 7/2019, de 7 de marzo, del Lehendakari, por el que se aprueba con carácter previo el Anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Además, el hecho de decantarse por una modificación del Capítulo VII del Título III de la referida ley (Violencia contra las Mujeres), se ha considerado una oportunidad para proponer la realización de otros cambios en otros aspectos del texto que se ven necesarios tras casi 15 años de andadura de la norma.

El primer borrador fue sometido a consulta a todos los departamentos del Gobierno Vasco, a las 3 diputaciones forales y a EUDÉL, siendo, asimismo, sometido a información pública. Tras el análisis de las aportaciones recibidas al primer borrador, se elaboró un segundo borrador. Este borrador ha recibido más de 400 aportaciones: cerca de 300 aportaciones de sociedad civil y más de un centenar de distintas administraciones. En el proceso participativo se ha contado con personas expertas en género e igualdad, con las instituciones públicas competentes en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres, con agrupaciones feministas, con profesionales que intervienen en la prevención, detección y atención de la violencia contra las mujeres, con agentes sociales, entidades y asociaciones que trabajan con las víctimas de la violencia; se han abierto canales directos para que la ciudadanía hiciera sus aportaciones, se han realizado sesiones abiertas a la ciudadanía en los tres te-

ritorios, se han llevado a cabo más de media docena de presentaciones específicas a comisiones, grupos y colectivos implicados y se ha prestado apoyo técnico a las asociaciones de mujeres de la Comisión Consultiva de Emakunde y a las asociaciones de mujeres víctimas y supervivientes de la violencia para facilitar la realización de aportaciones.

Tras recabar los siguientes informes y dictámenes de la Junta Asesora de Contratación Administrativa de la CAE, del Consejo Económico y Social Vasco, del Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi, del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi y del Consejo Escolar de Euskadi, se elabora un tercer borrador que en breve se remitirá a la Oficina de Control Económico para que emita el preceptivo informe de control económico- normativo.

Con las observaciones de la Oficina citada que se incorporen al texto, este se someterá a Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Posteriormente el texto será sometido a la aprobación del Consejo de Dirección de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer.

Para finalizar, el anteproyecto de ley precisa de su aprobación por el Consejo de Gobierno con carácter previo a su remisión como proyecto de ley al Parlamento Vasco.

III. Contenidos y desafíos

El primer y más fundamental desafío ha sido garantizar una visión compartida sobre la ubicación de la violencia contra las mujeres dentro del problema sistémico y universal de la desigualdad de mujeres y hombres. Precisamente, como anteriormente señalaba, el Convenio de Estambul insta a legislar reafirmando el vínculo existente entre la discriminación por motivos de género y la violencia contra las mujeres y obliga a los Estados a aplicar de manera efectiva políticas para la igualdad de mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres como vía para erradicar la violencia que éstas sufren por razón de género. Reforzar este vínculo ha sido la razón fundamental por la que la fórmula de cambio legislativo por la que se ha apostado por la modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada en 2005 por el Parlamento Vasco que ya regulaba esta cuestión, junto con el resto de las manifestaciones de la desigualdad.

Siendo coherentes con dicho planteamiento, esta ley incide en la mejora y en la garantía de la aplicación de la normativa vigente en materia de igualdad de mujeres y hombres y, entre otros aspectos, plantea como novedad incluir menciones expresas en sus principios generales al empoderamiento de las mujeres y a su participación en las políticas

públicas, a la consideración de la interseccionalidad en dichas políticas, así como a la necesidad de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas. La ley prevé también el refuerzo de los recursos económicos, humanos y técnicos para el desarrollo de las políticas de igualdad, que dote de mayor reconocimiento a los organismos y servicios para la igualdad, de modo que ejerzan un verdadero liderazgo como impulsores de las políticas de igualdad y también en la actuación en materia de violencia machista contra las mujeres, y no solo en las tareas de prevención, donde hasta ahora están desarrollando una importante labor, sino también en la delimitación de criterios para la atención reparadora de las víctimas sobrevivientes. Todo ello, con el fin de que se garantice un enfoque de género y de derechos humanos en el trabajo a favor de la igualdad y en todos los ámbitos de intervención frente a la violencia machista contra las mujeres.

Junto al refuerzo de las estructuras especializadas para la igualdad ya existentes, la ley establece medidas para facilitar la implantación generalizada en todo el sector público institucional vasco de elementos clave para el avance de las políticas de igualdad como son los planes, los servicios especializados, la formación, el fomento de una representación de mujeres y hombres en los ámbitos de toma de decisiones o las medidas para promover la igualdad en la normativa, en las subvenciones públicas y en la contratación pública, aprovechando las nuevas posibilidades que la normativa del Estado brinda para la inclusión de cláusulas para la igualdad.

Además, la ley incorpora los estándares de calidad de las políticas de igualdad consensuados por las administraciones públicas vascas en el marco de la Comisión Interinstitucional para la Igualdad de Mujeres y Hombres y que se plasman en el acuerdo adoptado al respecto en su sesión de 12 de diciembre de 2018. Los referidos estándares de calidad están relacionados fundamentalmente con aspectos recogidos en el Título I y Título II de la ley. No obstante, también se ha reforzado la ley con relación a las medidas previstas en los ámbitos de intervención previstos en su Título III y, en particular, por lo que respecta a la cultura y los medios de comunicación, a la educación, a otros derechos sociales básicos y al trabajo, donde cabe destacar las medidas previstas para combatir la desigualdad retributiva, en consonancia con las últimas modificaciones de la normativa estatal sobre la materia. Asimismo, se ha realizado un planteamiento más amplio del tema de trabajo doméstico y del cuidado con relación a la necesidad de promover un cambio del modelo económico para situar el cuidado y la sostenibilidad de la vida en el centro, incluyendo y desarrollando conceptos como la corresponsabilidad social y la conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral.

Otro desafío importante era garantizar la formación de todo el personal implicado. El éxito de todo proyecto depende de las personas que están detrás del mismo, por ello, la clave del proyecto de un país para la consecución de la igualdad y la superación de la violencia machista reside en contar con profesionales con la capacitación y preparación adecuada. Así, esta ley prevé la formación básica, progresiva y permanente en materia de igualdad para todo el personal de los poderes públicos vascos y, en particular, para el personal implicado en la respuesta frente a la violencia machista contra mujeres, una formación inicial y continua obligatoria.

Otra necesidad detectada es la de garantizar una visión compartida entre todas y todos los profesionales implicados. Además de la formación que cada sistema debe proveer a sus profesionales, la ley plantea garantizar la existencia de instrumentos formativos y espacios de intercambio para profesionales de los diferentes sectores a fin de favorecer un aprendizaje común y una visión compartida en la intervención contra la violencia hacia las mujeres.

También es ampliamente compartida la idea de superar la centralidad de la denuncia y de la visión policial-judicial. Sin menoscabo de la importancia que los sistemas policial y judicial tienen en la intervención contra la violencia contra las mujeres y en la protección de sus víctimas, y consciente de las limitaciones competenciales para legislar en la materia, la ley prevé situar en el centro de todas las medidas los derechos de las víctimas y supervivientes y su empoderamiento, con independencia de su grado de implicación o colaboración con el procedimiento judicial.

Otro aspecto clave es integrar un enfoque interseccional. Como ya se ha señalado, la nueva norma recoge la interseccionalidad en sus principios generales como enfoque inspirador de toda la intervención pública en materia de igualdad de mujeres y hombres y establece la necesidad de adaptar la respuesta institucional ante la violencia machista contra las mujeres para asegurar el derecho que toda víctima tiene a una atención integral, gratuita, accesible y de calidad, independientemente de su situación personal, social y administrativa y, en particular, el de aquellas que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad.

Se considera necesario, asimismo, aumentar la investigación y mejorar el registro y la difusión de datos. Más allá del trabajo realizado hasta la fecha en dicho ámbito, la ley establece la necesidad de impulsar la implantación de un sistema electrónico de información compartida de casos de las diferentes manifestaciones de la violencia contra las mujeres, en coordinación con los sistemas que existan en el ámbito sanitario, educativo, policial, judicial y social. Asimismo, obliga a realizar encuestas de prospección de toda la población y evaluaciones periódicas

cas que permitan conocer la magnitud del problema y la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los recursos existentes, todo ello desde una perspectiva de mejora continua y de rendición de cuentas.

Otro desafío es el profundizar en la sensibilización ciudadana. Por ello, la ley establece la necesidad de garantizar la existencia y permanencia en el tiempo de campañas y programas institucionales de concienciación social dirigidas a toda la sociedad, en particular a hombres y niños, así como campañas informativas y programas de empoderamiento de las mujeres.

La prevención es otro elemento clave. Partiendo de la premisa de que la violencia contra las mujeres es una de las manifestaciones más visibles y dañinas de la desigualdad entre mujeres y hombres, para su prevención, la ley plantea reforzar en su conjunto las medidas para la igualdad y para el empoderamiento de las mujeres previstas en la normativa vigente y, en particular, las referidas al ámbito de la cultura, la educación y las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Otro desafío a afrontar ha sido el de la mejora de los sistemas de detección temprana. Sin perjuicio de los ya existentes, la ley determina la necesidad de asegurar la existencia de protocolos de detección actualizados para las y los profesionales del ámbito educativo, sanitario, policial, judicial, laboral y social, de modo que actúen de forma proactiva y coordinada para detectar de casos de violencia contra las mujeres y encauzarlos adecuadamente.

Es fundamental también dotar de mayor protección a las niñas, niños y adolescentes. Para ello, la ley, por un lado, recoge expresamente como principio rector la defensa del interés de las niñas, niños y adolescentes. Por otro lado, además de a las mujeres, adolescentes y niñas que sufren en primera persona las conductas violentas por motivos de género, la ley considera expresamente como víctimas y supervivientes de la violencia machista contra las mujeres, a las niñas, niños y adolescentes y otras personas dependientes que convivan en un entorno en el que se ejerza dicha violencia y que por su situación de vulnerabilidad se vean directamente afectadas por aquélla. En consecuencia, establece el deber de las administraciones públicas vascas de garantizar la existencia de servicios de atención adaptados a dichas víctimas.

Otro reto a abordar ha sido el de la ampliación del sistema de atención a las víctimas de todas las formas de violencia machista contra las mujeres. Más allá de las víctimas de la violencia en el ámbito doméstico y de la violencia sexual, la ley regula y amplía el sistema de atención a las víctimas del resto de las manifestaciones de la referida violencia.

También es una necesidad reconocer y garantizar el derecho a la reparación de las víctimas. La ley reconoce el derecho a las víctimas a la

reparación y plantea la obligación de adoptar medidas para garantizar a todas las víctimas y supervivientes una indemnización proporcionada, el reconocimiento de la verdad, la garantía de no repetición de los hechos violentos y una completa recuperación a través de los correspondientes recursos públicos de atención.

El último reto identificado es el de mejorar los sistemas de coordinación. A tal fin, entre otras medidas, la ley prevé la gestión integrada de expedientes, la actualización de los acuerdos interinstitucionales y los protocolos de coordinación existentes y la adopción de nuevos acuerdos y protocolos en los ámbitos en los que no existan.

IV. Conclusión

Hemos tratado de integrar en esta propuesta legislativa los avances en la normativa internacional, la conciencia social, los aprendizajes sobre el tema, las evaluaciones y adaptaciones continuas del trabajo y la coordinación de las políticas públicas, las reivindicaciones de los movimientos feministas, las demandas de las víctimas-sobrevivientes, entre otros aspectos, tratando de, al tiempo, conservar y fortalecer su aspecto más destacable: ubicar la violencia contra las mujeres como la máxima expresión de la desigualdad de género, y el avance en la igualdad como vía para su erradicación.

Esta propuesta legislativa para articular la respuesta institucional ante la violencia contra las mujeres esta apoyada en los sólidos cimientos ya construidos con el trabajo de muchas personas, instituciones y colectivos, tratando de profundizar en ellos, y todo ello respetando la trayectoria y el enfoque desarrollado en todos estos años que la han distinguido.

Asimismo, sobre la base de lo ya construido, se ha pretendido que esta propuesta profundice y sea transformadora y sensible a las nuevas demandas, desafíos y necesidades, e integradora de las distintas sensibilidades, de modo que se garantice un apoyo político, técnico y ciudadano amplio que será una de las claves de su éxito.

En definitiva, se quiere posibilitar una política y un GRAN PACTO DE PAÍS por la igualdad y contra la violencia machista.

Las políticas públicas de género en el orden penal, en especial, las comisiones provinciales de coordinación en violencia de género

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

Sumario: I. La perspectiva de género en el Derecho Penal. II. Las Comisiones Provinciales de Coordinación en Violencia de Género.

Resumen: Juzgar con perspectiva de género equivale sustancialmente a implementar en el enjuiciamiento técnicas jurídicas que faciliten la consecución del objetivo de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertades. Para un mejor abordaje del enjuiciamiento con perspectiva de género, en el marco del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, el Consejo General del Poder Judicial acordó en su Comisión Permanente de 25 de julio de 2018 la constitución de las denominadas Comisiones Provinciales de Coordinación en Violencia sobre la mujer en la sede de la Presidencia de las Audiencias Provinciales. El objetivo fundamental de las citadas Comisiones es coordinar las medidas a adoptar por los diferentes estamentos públicos con competencia en el diseño de estrategias para la prevención y actuación en violencia de género. En la Comunidad Autónoma del País Vasco se constituyeron en diciembre de 2018 en Araba y Gipuzkoa, y en enero de 2019 en Bizkaia. En este trabajo se relata la experiencia práctica en la Comisión de Gipuzkoa.

Palabras clave: Violencia de género, prevención, comisiones de coordinación en violencia sobre la mujer.

I. La perspectiva de género en el Derecho Penal

Las políticas públicas de género, según el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (ratificado por España el 6 de junio de 2014, entrando en vigor el 1 de agosto del mismo año, en adelante Convenio de Estambul) y la Recomendación General n.º 25 del Comité de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, en adelante, CEDAW), se vinculan al disímil significado social que se confiere a las diferencias biológicas entre la mujer y el hombre. Responde, por lo tanto, a una construcción social de lo masculino y de lo femenino en la que las relaciones entre el hombre y la mujer se estructuran en clave de poder, ocupando el hombre más espacio que el que le corresponde, a costa del espacio que compete a la mujer, que ésta no ocupa¹. Con esta premisa, juzgar con perspectiva de género equivale sustancialmente a implementar en el enjuiciamiento técnicas jurídicas que faciliten la consecución del objetivo de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertades². En concreto, la perspectiva de género aspira a que los parámetros que utiliza el sistema de justicia para interpretar y aplicar la ley no refuercen, a través de una neutralidad axiológica vinculada a la igualdad formal, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando, de esta manera, la discriminación de estas últimas. Lo que postula, en definitiva, es que el sistema de justicia emplee técnicas de diferenciación que, siendo proporcionadas, logren la equiparación final de lo que en el punto inicial es desigual³. Se promueve, por lo tanto, un

¹ El artículo 3 c) del Convenio de Estambul define por género los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

² La perspectiva o enfoque de género ha sido definida como un método de resolución de casos judiciales que considera la diferente asignación de roles sociales entre mujeres y hombres y su proyección concreta sobre el supuesto litigioso, con la finalidad de erradicar el uso de prejuicios de género en la función de juzgar y de alcanzar la solución más justa de conformidad con el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la prohibición de discriminación.

³ Al respecto, pacífica doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 31/2018, de 10 de abril) ha sostenido que el tratamiento diverso de situaciones distintas puede venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto se atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva-artículo 9.2 CE-.

derecho antidiscriminatorio que tenga en cuenta la subordinación estructural y grupal de las mujeres respecto a los hombres.

Se discute si el Derecho Penal, como máxima expresión del control social formal del Estado, puede ofrecer una perspectiva de género. Se ha dicho, al respecto, que el Derecho Penal no puede acudir a recursos de acción positiva para igualar a los que, siendo formalmente iguales, son materialmente desiguales. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no excluye ningún sector jurídico de la exigencia de interpretación y aplicación de las leyes para garantizar la igualdad de trato efectiva de las mujeres y de los hombres⁴ (en adelante LIEMH). *Y ello conlleva que también en el orden penal la perspectiva de género debe informar la interpretación y la aplicación de las leyes penales. Y es preciso hacerlo a partir de su función de último recurso del Estado para cumplir la tarea de protección de los intereses esenciales de las personas en una sociedad plural y diversa. Consecuentemente, la perspectiva de género en el orden penal se tiene que vincular necesariamente con la referida función de protección de la ley penal —tanto sustantiva como procesal.* En concreto justificando, a través de mecanismos de tutela específicos, una protección reforzada de la mujer cuando es víctima de una violencia procedente del hombre. Y ello porque, tal y como señaló la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 81/2008, de 17 de julio o 41/2010, de 22 de julio), el específico tratamiento penal en materia de violencia de género responde a la voluntad del legislador de sancionar más gravemente unas conductas que son más graves a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas son el trasunto de una desigualdad en las relaciones de pareja al constituir una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. No en vano, señala el máximo intérprete de la Constitución en las sentencias referidas, el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad entre hombre y mujer— generadora de gravísimos daños a las víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto.

Por ello, la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de las mujeres colocadas en innegable desventaja en el ámbito social, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

⁴ Se implementa, por lo tanto, el principio de transversalidad que tiene una dimensión subjetiva —vincula a todos los poderes públicos— y otra objetiva —sirve para la interpretación y aplicación de todas las normas jurídicas—.

Se trata, en definitiva, de reconocer la mayor lesividad de la conducta violenta del hombre sobre la mujer a partir de su significación objetiva como reproducción de un arraigado modelo de discriminación de la mujer por el hecho de ser mujer. Con su conducta violenta el hombre convalida la desigualdad sistémica de la mujer, de modo que cuando la norma impone una pena agravada se justifica por la dualidad de bienes jurídicos protegidos: la protección de la dignidad y de la desigualdad por abuso de poder que alimenta esa específica violencia del hombre sobre la mujer. De ahí que la violencia de género se conciba como una violencia sistémica, dado que la causa determinante es la insuperable fractura derivada de la desigualdad estructural en términos de poder, que separa a hombres y a mujeres. Por ello el artículo 3 a) del Convenio de Estambul define la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres. Consecuentemente, la especial ofensividad de la violencia de género viene provocada por la concurrencia de la violación de un derecho humano de la mujer (la vida, la integridad corporal, la libertad en sus diversas manifestaciones), plano axiológico en el que no se diferencia de la violencia sobre el hombre, que también conlleva la lesión del mismo derecho humano, con la discriminación, ámbito, este último, de tutela específica de las mujeres que, en la actualidad, integran un grupo subordinado al poder de los hombres.

Por ello, el plus de lesividad que presenta la violencia del hombre sobre la mujer no radica en la existencia de un ánimo específico que presida su conducta (a modo de elemento subjetivo del injusto); reside en su inserción en un contexto social que discrimina a la mujer (así, entre otras, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre, 614/2015, de 21 de octubre y 677/2018, de 20 de diciembre). Es el empleo de la violencia del hombre sobre la mujer en una estructura social caracterizada por la supremacía de lo masculino sobre lo femenino lo que provoca su mayor desvalor, al consolidar ese asimétrico orden y discriminar de esta manera a la mujer. Por ello el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG) califica la violencia masculina como la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y, como ha quedado referido, el artículo 3 a) del Convenio de Estambul define la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mismas mujeres. En ninguno de los dos textos normativos referidos —ni, tampoco, en la regulación sustantiva contenida en el Código Penal— se menta la necesidad de

una intención específica adicional en el hombre para apreciar la especial ofensividad de la conducta violenta del hombre sobre la mujer⁵.

A la luz de este planteamiento, la reflexión global precisa el análisis de cómo cabe implementar la perspectiva de género —como criterio de protección reforzada— en cada uno los tres ámbitos afectados por la interpretación y aplicación de las leyes penales: la delimitación del hecho (supuesto fáctico de la ley penal), la fijación de la significación jurídica del hecho (valoración que la ley penal hace del hecho) y la determinación del efecto que se anuda al hecho conforme a la significación jurídica conferida (consecuencia jurídica de la ley penal). Esta reflexión global excede, sin embargo, de los límites de esta contribución individual a una aportación colectiva. Por ello, me limitaré al análisis de la perspectiva de género en la delimitación del hecho, lo que supone una llamada a la prueba en los delitos violentos del hombre sobre la mujer⁶.

II. Las Comisiones Provinciales de Coordinación en Violencia de Género

II.1.— En el marco de las políticas públicas de género y de forma coherente con el impulso institucional pretendido con el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género⁷ (en adelante PEVG), el Consejo General del Poder Judicial, mediante acuerdo de su Comisión Permanente de 25 de julio de 2018, acordó la constitución de las denominadas Comisiones Provinciales de Coordinación en Violencia sobre

⁵ El Convenio de Estambul considera violencia de género conductas como la violencia sexual (artículo 36), los matrimonios forzados (artículo 37), las mutilaciones genitales femeninas (artículo 38), el aborto y la esterilización forzados (artículo 39) y el acoso sexual (artículo 40), con independencia de la relación que pudiera existir entre la víctima y el victimario, tal y como se indica en su artículo 43. De hecho, una de las medidas previstas en el Pacto de Estado en materia de violencia de género, suscrito el 27 de diciembre de 2017, es la ampliación del concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenido en el Convenio de Estambul.

⁶ Dejo al margen, también, el análisis, que precisaría de un marco propio, de los hijos menores y los menores sujetos a la tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas, que también son víctimas de violencia de género desde la modificación del apartado 2 del artículo 1 de la LOMPVG por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷ Del que forman parte las 214 medidas aprobadas por el Pleno del Congreso el 28 de septiembre de 2017 y las 267 adoptadas por el Pleno del Senado el 13 de septiembre de 2017 así como el acuerdo alcanzado en diciembre de 2017 entre el Gobierno y el resto de las Administraciones autonómicas y locales.

la mujer en la sede de la Presidencia de las Audiencias Provinciales. El objetivo fundamental de las citadas Comisiones es coordinar las medidas a adoptar por los diferentes estamentos públicos con competencia en el diseño de estrategias para la prevención y actuación en violencia de género. En la Comunidad Autónoma del País Vasco se constituyeron en diciembre de 2018 (Araba y Gipuzkoa) y enero de 2019 (Bizkaia) las tres Comisiones, una por cada Territorio Histórico. Dada mi condición institucional, únicamente puedo explicitar el funcionamiento de la misma en el Territorio Histórico de Gipuzkoa.

II.2.— En lo referido a la composición, opté, para dinamizar el lenguaje colaborativo, por integrar en la Comisión a estructuras institucionales de diferente nivel de implicación en la atención, asistencia y protección de las víctimas de violencia de género. Así, convergen actores institucionales con competencia en violencia de género:

- i) En la protección jurídica de las víctimas (judicatura, fiscalía, letrados de la Administración de Justicia, abogacía, procuraduría fuerzas y cuerpos de Seguridad).
- ii) En la asistencia integral de las víctimas (Unidad de Valoración Forense Integral inserta en la Subdirección de Gipuzkoa del Instituto Vasco de Medicina Legal);
- iii) En la atención y apoyo integral de las víctimas (Oficinas de atención a las víctimas); en la atención y apoyo social de las víctimas (Servicios sociales municipales y provinciales);
- iv) En la atención terapéutica a las víctimas (Osakidetza);
- v) En el acompañamiento institucional de las víctimas (Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, Emakunde, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa) y
- vi) En la ejecución penitenciaria, en la que puedan adoptarse medidas que pueden afectar al espacio de seguridad de las víctimas (Centro penitenciario de Donostia-San Sebastián).

II.3.— En lo atinente al funcionamiento, estimé que debe diferenciarse entre la Comisión y el Grupo de trabajo. La Comisión, que se reúne cada tres meses, decide qué temas tienen que ser analizados en el de Grupo Trabajo y adopta las decisiones sobre las propuestas elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre los referidos temas. El Grupo de Trabajo, por lo tanto, examina los temas que la Comisión estima de interés para su estudio y se reúne mensualmente. El Grupo de trabajo está constituido por un/una magistrada de la Sección de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa especializada en violencia de género, por la magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Donostia-San Sebastián, un/una magistrada de uno de los Partidos Judiciales del Gipuz-

koa, en turno rotatorio, una abogada, un representante de la Oficina de Atención a las Víctimas, dos representantes de los servicios sociales (uno de la Diputación y otro de un municipio), dos representantes de las fuerzas y cuerpos de Seguridad —Ertzaintza y Policía local por tratarse de los cuerpos que tramitan casi todos los atestados policiales—, un representante de Emakunde y, según los temas, puede añadirse, un representante del Instituto Vasco de Medicina Legal, un representante de Osakidetza y un representante del Departamento de Trabajo y Seguridad Social. En mi condición de Presidente de Audiencia presidiría la Comisión y formaría parte del Grupo de Trabajo.

II.4.— En la sesión constitutiva de la Comisión Provincial, que se celebró el día 19 de diciembre de 2018 bajo la presidencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Gobierno Vasco, tras aprobar la propuesta de división de funciones entre la Comisión y el Grupo de Trabajo, se decidió que el Grupo de Trabajo procediera al análisis de tres temas para la siguiente reunión de la Comisión. A saber:

- i) La mejora de la información disponible por los Jueces y Tribunales a la hora de adoptar medidas cautelares de protección. El objetivo era que en el espacio jurisdiccional de guardia se pudiera contar con el mayor número de datos informativos disponibles en las diversas instituciones —sobre todo, en los servicios sociales— para tomar decisiones que evitaran el riesgo de revictimización. Al respecto, la protección exigible para evitar la victimización secundaria o reiterada, a la que se refiere el artículo 19 LEVD, precisa de un estudio individualizado de las necesidades de protección de las víctimas, según refiere el artículo 24 LEVD, en cuyo seno es preciso tener en consideración los siguientes elementos presentes en los delitos de género:
 - a) que exista una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito;
 - b) que se trata de un delito sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia;
 - c) se trate de un delito violento.
- ii) La dinamización de una política de acompañamiento de las víctimas desde el momento de la denuncia hasta la celebración del juicio oral⁸. El objetivo era, por una parte, trasladar a las vícti-

⁸ La medida n.º 139 del texto consolidado del PEVG postula el diseño de un plan de acompañamiento y asesoramiento de la víctima (el denominado acompañamiento judicial personalizado), que contemple la asistencia de la víctima con carácter previo a la interposición de la denuncia y durante el procedimiento.

mas que formaba parte de sus derechos el contar con el acompañamiento de una persona de su elección durante el tránsito por los escenarios judiciales (artículo 21.c LEV) y, por otra, crear las condiciones precisas, tanto informativas como prestacionales, para que el ejercicio de ese derecho fuera efectivo. El derecho al acompañamiento a las víctimas persigue, como objetivos prioritarios, contener la ansiedad que a las víctimas genera el escenario judicial, gestionar el acceso a los espacios judiciales para garantizar su máxima protección y evitar que se sientan solas, y, por lo tanto, mínimamente acogidas a la hora de ofrecer su testimonio.

- iii) El análisis de si el tratamiento jurisdiccional de la violencia de género se estaba articulando de una forma casi exclusiva a través de fórmulas procesales de enjuiciamiento rápido. El objetivo era constatar si la forma y manera en que se producía el tratamiento procesal de la violencia de género estaba provocando que la atención se centrara en manifestaciones específicas de la violencia machista, haciendo invisible, de forma indirecta, la victimización habitual.

II.5.— El Grupo de Trabajo examinó los temas referidos los días 27 de enero y 27 de febrero, ambos de 2019, y formuló las siguientes propuestas:

- i) Dada la existencia de actuaciones previas de las mujeres víctimas canalizadas a través de los Servicios Sociales Municipales y de la Diputación es importante que el/la juez cuente con la información procedente de tales servicios a la hora de adoptar de decisiones de protección específica, sobre todo en el Juzgado de Guardia⁹. Y es que el artículo 23 de la LO 1/2004 establece que la acreditación de las situaciones de violencia de género que permiten el reconocimiento de los derechos prestacionales contenidos en la Ley tendrá lugar a través de alguno de los siguientes títulos: la sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección, cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de

⁹ Las medidas n.º 72, 73, 74 y 75 del texto consolidado del PEVG tratan de hacer efectivo el derecho a la asistencia social integral de las víctimas de violencia de género, promoviendo la constitución de Unidades de Apoyo integradas por personal de los servicios sociales, sanitarios y de asistencia jurídica, que actuarán de forma coordinada entre sí y colaborativa con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

que se es víctima de violencia de género, un informe de los servicios sociales, de los servicios especializados o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente. Al efecto se propugna tres líneas de actuación: a) la información en sede policial a la mujer denunciante sobre los servicios sociales existentes, sobre todo cuando la denuncia se produce en los Partidos Judiciales en los que no existen Oficinas de Atención a las Víctimas (en Gipuzkoa, todos, excepto Donostia-San Sebastián); b) la implantación de un centro referencial único en el que se pueda obtener la información disponible en los servicios sociales, cualquiera que sea la estructura administrativa en la que se encuentre; y c) la formación de un Directorio de Servicios Sociales que esté a disposición de los Juzgados y Tribunales para canalizar la petición de información. La finalidad de todo ello es que la mujer víctima que denuncia cuente con información explícita sobre los servicios sociales existentes, así como que el/la juez pueda contar con la información disponible en los citados servicios, lo que precisará, en su caso, que exista un consentimiento previo e informado de la misma o que el juez o la juez que tiene que acordar la protección estime necesario su traslado (artículo 24.4 LEVD).

- ii) La elaboración de un documento sencillo en los que se contengan los cinco derechos básicos de las víctimas cuando acceden al sistema judicial, con especial hincapié en los referidos al acompañamiento¹⁰. Al efecto se aportó un borrador de documento titulado «Principales derechos de las víctimas de violencia de género en el proceso penal». Este documento estaría acompañado de otro más centrado en el itinerario procesal de las víctimas de violencia de género. Se trata de facilitar un proceso de comunicación que se adapte a las circunstancias y condiciones personales de la mujer víctima de la violencia de género, así como a la naturaleza concreta del delito por ella sufrido (artículos 5.1 y 20 LEVD).
- iii) La conclusión obtenida del examen de los datos obtenidos de las estadísticas judiciales y de los/as abogados/as del turno de violencia de género de que, si bien un porcentaje muy elevado de los procedimientos en materia de violencia de género se inician como

¹⁰ La medida 139 del texto consolidado del PEVG persigue hacer accesible la información a las víctimas de violencia de género sobre el itinerario y procedimiento, asegurando el conocimiento efectivo del recorrido judicial desde el momento en el que se interponer la denuncia hasta el final del proceso.

diligencias urgentes, como consecuencia del protocolo existente en la materia, más del 50% se transforman, posteriormente, en diligencias previas o sumarios. Se propone hacer una reflexión sobre la oportunidad de mantener el esquema del Protocolo en materia de violencia de género según el cual las denuncias se tramitan como diligencias urgentes. Se entiende que quizás con ello se corre el riesgo de focalizar la atención en el último episodio violento desgajándolo del contexto de dominación violento del que es una específica manifestación. Y ello al margen de la protección urgente a través de las órdenes de protección.

II.6.— La Comisión, reunida el día 27 de marzo de 2019, además de aprobar las propuestas del Grupo de Trabajo, solicitó la inclusión de nuevos temas para ser trabajados en el referido Grupo. Así:

- i) Pautas a seguir por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para solicitar informes médico-forenses sobre la violencia de género.
- ii) Posibilidades de actuación de los médico-forenses en el servicio de urgencia de los Juzgados del Territorio Histórico no radicados en Donostia-San Sebastián.
- iii) Formación de los/as psicólogos/as integrantes de las Unidades de Valoración Forense Integral¹¹.
- iv) Adecuación de las instalaciones del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a las exigencias del Estatuto de la Víctima y la legislación específica en materia de protección integral de las víctimas de violencia de género¹².
- v) Comunicación al Centro Penitenciario de toda la información necesaria para el cumplimiento de las prohibiciones de comunicación y, en algunos casos, acercamiento de los presos preventivos y los penados a las víctimas¹³.
- vi) Información y Asesoramiento jurídico de las afirmadas víctimas antes de la presentación de la denuncia¹⁴.

¹¹ La medida 223 del texto consolidado del PEVG contempla la ampliación de la formación especializada de los profesionales de la Administración de Justicia.

¹² La medida 132 del texto consolidado del PEVG exige la adecuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con dependencias que eviten la victimización secundaria.

¹³ La medida 95 del texto consolidado del PEVG propugna el avance en la comunicación y compartición de información entre las bases de datos de los centros penitenciarios, órganos judiciales, servicios policiales, centros sanitarios, servicios sociales, con respeto a las exigencias impuestas por la Ley de Protección de Datos.

¹⁴ La medida 140 del texto consolidado del PEVG contempla reforzar la asistencia jurídica a las mujeres víctimas antes y durante todo el procedimiento judicial, incluida la fase de ejecución, a través de letrados y letradas especializados/as.

II.7.— Estos temas fueron examinados por el Grupo de Trabajo en la sesión celebrada el día 29 de mayo de 2019. Las propuestas que formularon son las que siguen:

- i) Los documentos sobre «Principales derechos de las víctimas de violencia de género en el proceso penal» e «información básica sobre el proceso penal para víctimas de violencia de género» se elaboren con un lenguaje conciso, claro y acompañados de elementos gráficos.
- ii) Se apruebe en la Comisión el documento que contiene el protocolo de actuación de los Médicos-Forenses en materia de violencia de género.
- iii) Se examine el documento aprobado por la Junta de Jueces de Donostia-San Sebastián sobre las condiciones que debe reunir las instalaciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para adecuarse al estatuto de las víctimas del delito y la legislación específica en materia de protección integral de las víctimas de violencia de género.

II.8.— La Comisión, en su reunión del día 26 de junio de 2019 adoptó los siguientes acuerdos:

- i) Redefinir el documento sobre «Principales derechos de las víctimas de violencia de género en el proceso penal» para proceder a su simplificación de manera que se documenten los siguientes derechos: —) derecho a ser asistida, de forma gratuita y desde el momento de la presentación de la denuncia, por un abogado/a de oficio del turno específico de violencia de género/doméstica: a) derecho a estar acompañada, además de por el/la Abogado/a de oficio, por una persona de su elección— amigo, familiar-trabajador de los servicios sociales— en todas las declaraciones, salvo que, excepcionalmente, por motivos razonados, no se permita; b) derecho a que no exista contacto de ningún tipo con el denunciado en las dependencias policiales y judiciales: c) derecho a solicitar que se mantenga oculto cualquier dato que permita su localización, entre ellos, el domicilio, el número de teléfono y el correo electrónico; d) derecho a recibir el apoyo del Servicio de Atención a la Víctima o de los Servicios Sociales Municipales. Este documento se acompañará de elementos gráficos que lo hagan más visual y comunicativo.
- ii) Reelaborar el documento «información básica sobre el proceso penal para víctimas de violencia de género» para hacerlo más conciso y con un lenguaje más sencillo y comprensivo.

- iii) Estimar adecuado el documento aprobado por la Junta de Jueces de Donostia-San Sebastián para definir las condiciones que debe reunir las instalaciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para atender a las víctimas de violencia de género. Entre las mismas destacan las siguientes: a) Habilitar una sala con luz natural y espacio suficiente para permanecer durante la práctica de las diligencias judiciales; b) garantizar la confidencialidad de las comunicaciones entre las afirmadas víctimas y sus abogados/as; c) estructurar un espacio lúdico y de guardería para los menores que acompañan a su madre, posibilitando, de esta manera, conferir cobertura a las mujeres que no disponen de una red familiar y/o social.
- iv) Aprobar las pautas de actuación para la elaboración de los dictámenes médico-forenses recogidos en el documento elaborado por la Subdirección de Gipuzkoa del Instituto Vasco de Medicina Legal y proceder a su difusión entre los Juzgados con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer del Territorio Histórico de Gipuzkoa. Estas pautas responden a los siguientes criterios: a) En las investigaciones médico forenses de víctimas de violencia de género se promoverá, en tanto las razones de urgencia judicial y posibilidades médico forenses de guardia lo permitan, la solicitud de un informe pericial médico-forense sobre violencia de género, que incluya y responda cuanto menos a los siguientes contenidos: características y detalles de las lesiones con mención específica a la necesidad o no de un tratamiento terapéutico; etiología y compatibilidad de las lesiones con el suceso denunciado, con referencia específica al nexo causal de las lesiones en base a sus características y data de las mismas; evaluación emocional-psicológica básica en el momento de la entrevista y recomendación de valoraciones especializadas complementarias a elaborar por la Unidad de Valoración Forense Integral a tener del conocimiento obtenido en la entrevista, y los antecedentes médico o psicoterapéuticos que existieran. b) En los casos en los que los partes de lesiones aportados y las declaraciones realizadas orienten hacia la existencia de lesiones leves (eritemas, erosiones-arañazos, equimosis) que no requieran un tratamiento médico terapéutico que valorar, puede optarse por la posibilidad de realizar un informe a la vista de los partes médicos de lesiones aportados. c) la posibilidad de realizar un informe pericial sobre fotografías, ante la ausencia de un parte de lesiones, vendrá condicionada a la evaluación genérica de dichas fotografías y a la entrevista diferida con la víctima, en la medida que permitan obtener un conocimiento fundado sobre la forma de producirse

las lesiones y su compatibilidad con la fecha que se dicen cometidas y la forma en la que se narran producidas.

II.9.— El Grupo de Trabajo, en las reuniones de los días 25 de septiembre y 30 de octubre de 2019, examinó los siguientes temas:

- i) Redefinir el documento sobre «Principales derechos de las víctimas de violencia de género en el proceso penal» y reelaborar el documento «información básica sobre el proceso penal para víctimas de violencia de género».
- ii) Valorar la situación de las dependencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el Territorio Histórico.
- iii) Confeccionar un Protocolo de coordinación y complementación entre Servicio de Atención a las Víctimas, los Servicios de Atención Primaria y el Servicio de Atención socio jurídica foral y
- iv) Elaborar un documento de buenas prácticas procesales para los diversos profesionales jurídicos.

El Grupo de Trabajo propuso para su debate y, en su caso, adopción en la reunión de la Comisión a celebrar el día 11 de diciembre de 2019:

- i) La aprobación del texto definitivo del documento sobre «Principales derechos de las víctimas de violencia de género en el proceso penal», que incluirá elementos gráficos, que ha sido testado con un grupo de mujeres víctimas de violencia de género para calibrar su comprensión y adecuación. Este documento contará con versiones en euskera, castellano, francés, inglés y árabe.
- ii) El análisis del documento «información básica sobre el proceso penal para víctimas de violencia de género» que ha sido confeccionado a partir de las necesidades trasladadas por un grupo de mujeres víctimas de violencia de género.
- iii) El inicio de la redacción de un documento de buenas prácticas procesales de los profesionales jurídicos que intervienen en el proceso penal que traten de conferir respuesta a las necesidades de las mujeres víctimas de violencia de género reflejadas en el documento «información básica sobre el proceso penal para víctimas de violencia de género».
- iv) Las propuestas de adecuación de las dependencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el Territorio Histórico a partir de la situación reflejada en los informes redactados por los jueces y juezas de los citados órganos judiciales.
- v) La introducción de un programa de acompañamiento a las víctimas de violencia de género que sirva de red de apoyo a las mismas en el itinerario judicial.

La valoración del riesgo. La situación de las víctimas a lo largo del proceso judicial. Víctimas especialmente vulnerables: mujeres inmigrantes

Javier Oscar Fernández Cucó

Jefe de Sección de Cooperación Policial y Judicial,
Secretaría General de la Ertzaintza

Sumario: I. Introducción II. Procedimientos adaptados a la estructura y sistemática de la Ertzaintza en material de VD/VG III. Sistema de gestión de la calidad IV. Órdenes/instrucciones policiales V. Expediente VD/VG (EBA) VI. Herramienta de valoración del riesgo VII. Comunicación al juzgado de la valoración de riesgo en casos de violencia de género VIII. Importancia de la entrevista con la víctima para la valoración de riesgo IX. Transmisión de la información entre la Ertzaintza y otros cuerpos policiales X. Conclusiones

Resumen: Este trabajo pretende explicar los mecanismos de que dispone la Ertzaintza para llevar a cabo la valoración del riesgo en situaciones de Violencia de Género /Violencia Doméstica (VG/VD) centrándose en la Escala de Predicción del Riesgo de la Violencia Grave contra la Pareja. Se hace un análisis bastante exhaustivo de los 20 ítems que la forman, así como de su correcta interpretación y aplicación, haciendo hincapié en lo relevante que es la entrevista con la víctima en estas circunstancias. Dentro de estos ítems, se hace una mención especial a aquel que tiene relación con la especial vulnerabilidad que presentan algunas mujeres extranjeras. Asimismo, se hace un repaso de quiénes son las personas encargadas, dentro de la Ertzaintza, de las tareas de prevención y protección de casos de VG/VD, así como del sistema de gestión de calidad de sus actuaciones. Todo ello, sin olvidar el Expediente VD/VG (EBA), una herramienta informática que aglutina todo el historial de un caso VD/VG.

Palabras clave: Violencia de género, violencia doméstica, valoración del riesgo, EBA, Escala de predicción del riesgo.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-102-8, núm. 16/2020, Bilbao, págs. 227-245

I. Introducción

No podemos perder de vista que toda actuación en este ámbito irá encaminada a prevenir futuras situaciones de maltrato y a proteger a quienes han sufrido los delitos mencionados.

Antes de comenzar con la exposición del tema, es necesario realizar un enmarque jurídico y, por ende, mencionar la regulación más reciente que encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la protección de las víctimas, haciendo especial hincapié en las más vulnerables; así el artículo 30 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, dentro de su capítulo IV, que regula la «Evaluación individual de las víctimas» dispone: «Sin perjuicio de lo que acuerden las autoridades judiciales o fiscales competentes, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, las policías autonómicas, efectuarán en el momento de la denuncia una primera evaluación individual de la víctima para la determinación de sus necesidades de protección y para la identificación, en su caso, de víctimas vulnerables».

Por otra parte, y en cuanto a la violencia de género se refiere, ya la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 31.3 establecía lo que sigue: «La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género».

En los siguientes apartados trataré de trasladarles las herramientas de que dispone la Ertzaintza para una adecuada valoración del riesgo, ajustada a la realidad de cada una de las víctimas, validada por unos estándares de calidad cuyos resultados son más que destacables: desde el último cuatrimestre del año 2011 hasta la fecha (25-10-2019), ninguna mujer protegida por la Ertzaintza ha sido asesinada por su pareja o ex pareja. Y es que, para lograr una correcta valoración del riesgo, no solamente es necesario contar con una herramienta adecuada (más adelante se volverá sobre el tema) sino que es imprescindible la dedicación e implicación de toda la Institución; de ahí que la Ertzaintza someta a auditorías externas su Proceso de Calidad VDV/G, habiendo conseguido la acreditación de AENOR.

Realizaré un inciso al respecto de lo dicho: Curiosamente, en las tablas de valoración del riesgo no se menciona la dedicación e implicación de quien la realiza y, sin embargo, sí somos conscientes de la

importancia que tiene. Hasta el punto de que puede marcar la diferencia. Estoy convencido de que en la realización de una buena valoración del riesgo, la profesionalidad e implicación tanto de quien la realiza como de la Institución son factores determinantes a tener muy en cuenta.

II. Procedimientos adaptados a la estructura y sistemática de la Ertzaintza en material de VD/VG

En primer lugar, es necesario destacar que la Ertzaintza implica a gran parte de su estructura en tareas de prevención y protección de las víctimas de VD/VG. No se han establecido «unidades especiales» sino que ha optado por un sistema que pretende implicar a cada profesional a través de un proceso que define y regula procedimientos de actuación y responsabilidades en cada fase, y que estandariza la forma de proceder.

De esta forma, se consigue que la valoración de riesgo sea continua y que su desarrollo responda al modelo y estructura policial de la Ertzaintza: Así, mientras que la primera atención de urgencia y labores de prevención básica a las víctimas corresponde a los servicios ordinarios de protección ciudadana, otras partes del proceso, léase la coordinación de casos, la atención permanente y personalizada, la ratificación de la valoración de riesgo y la disposición de medidas de protección con ocasión de la atención de urgencia, se confían a grupos específicos que se encuentran en todas las ertzain-etxeas (no confundir «grupo específico» con «unidad especial»).

En este sentido, la Ertzaintza ha apostado por dar una atención personalizada, de cercanía y calidad, de tal forma que cada una de las víctimas que atiende conoce cómo y a quién dirigirse en todo momento; dentro del mencionado «grupo específico» de seguimiento de los casos VD/VG hay una persona profesional (ertzaina) de referencia con quien, con el tiempo, se consigue establecer una relación de confianza.

Por otra parte, estas víctimas siempre son atendidas por ertzainas con la suficiente preparación y especialización; así, desde la propia recepción de la denuncia, en su caso, (siempre recogida por el personal de los grupos VD/VG o por especialistas en investigación), hasta la atención directa en una actuación en curso, cada ertzaina ha recibido la preparación específica para que desarrolle con solvencia su trabajo.

Desde el curso básico de acceso a la Ertzaintza, hasta los cursos de ascenso o especialización que se imparten en la Academia Vasca de

Policía y Emergencias, en todos ellos se forma sobre la valoración de riesgo que utiliza la Ertzaintza para asignar posteriormente las medidas de protección pertinentes.

Las personas que conforman cada uno de los grupos de seguimiento de los casos VD/VG en cada ertzain-etxea, tienen formación específica para atender dicho trabajo.

III. Sistema de gestión de la calidad

El Sistema de Gestión de la Calidad constituye un instrumento esencial para hacer avanzar a la Institución de la Ertzaintza en una actitud de mejora y superación permanente.

La empresa AENOR destaca el cumplimiento sistemático del sistema de gestión establecido y su adecuación y menciona, como una de las piezas básicas del proceso, la herramienta de valoración del riesgo.

El Sistema de Gestión de la Calidad precedente, disponía de diferentes grupos de documentación, a saber:

- Manual de calidad. Con la finalidad de exponer y explicar la política, la organización y los procedimientos para la aplicación del Sistema de Gestión.
- Procedimientos. Con la finalidad de exponer clara y detalladamente, el desarrollo de las actividades relativas al Sistema de Calidad.
- Instrucciones. Con la finalidad de describir en detalle las actividades que por su especificidad requieren una unificación de los modos operativos.
- Formatos. Para estandarizar modelos de comunicación, facilitando el traslado de información.
- Documentos. En los que se definen aspectos técnicos de proceso y las actividades de control.

Actualmente, el revisado Sistema de Gestión de la Calidad destaca en todo el proceso, como factores clave:

- a) Disponer siempre de una o un ertzaina por cada víctima, ofreciendo atención personalizada y especializada, fundamentando el seguimiento continuado de cada una de esas víctimas en la empatía, confianza y respeto a su privacidad.
- b) «Expediente», definido como la herramienta informática no vinculada necesariamente a las decisiones del ámbito judicial

cuyo objetivo es la asistencia continuada y la protección directa de la víctima.

- c) «Valoración del riesgo», que influirá en la protección y el nivel de actuación de la Ertzaintza.

Las características del actual Sistema de Gestión de la Calidad pueden resumirse como sigue:

- Normativa: tareas y responsabilidades que se asignan a cada profesional (desde la patrulla que atiende el incidente en la urgencia, hasta la Jefatura de Unidad, pasando por el Equipo de Seguimiento).
- Sistemas anti-error, que ayudan a llevar al día todos los casos.
- Estricto sistema de registro.
- Sistemas de ayuda, para cumplir los compromisos auto-impuestos.
- Control de calidad multinivel, supervisión constante.

Por otra parte, el proceso VD/VG cuenta, no solo con auditorías externas como ya se ha mencionado antes, que le han valido la acreditación por parte de AENOR, sino también con auditorías internas, realizadas por la propia Ertzaintza para detectar posibles desviaciones sobre lo que está dispuesto en la normativa y procedimientos.

Además, las víctimas que lo desean, responden a un cuestionario que mide el grado de satisfacción en su relación con la Ertzaintza. Estas víctimas se dividen en dos grupos diferenciados:

- Colectivo 1: Víctimas recientes tratadas por la Ertzaintza (el primer incidente ha tenido lugar hace menos de 1 mes respecto de la fecha de la encuesta).
- Colectivo 2: Víctimas antiguas tratadas por la Ertzaintza (víctimas con más de 6 meses de antigüedad en su tratamiento).

Las respuestas ofrecidas manifiestan un excelente nivel de satisfacción de las víctimas en relación con la atención recibida por la Ertzaintza (en el resultado de la última encuesta, sobre 10 puntos, se supera en ambos colectivos el 8'5).

Estas entrevistas para completar el mencionado cuestionario son realizadas por SATEVI, empresa externa a la Ertzaintza, garantizando de esta forma la imparcialidad y la confidencialidad de la identidad de quien responde al cuestionario.

Todo ello hace que se observe fielmente la MISIÓN de la Ertzaintza dentro del Proceso de Calidad VD/VG, que textualmente dice:

Atender a las víctimas de la violencia doméstica y de género, analizando cada caso, el nivel de riesgo, estableciendo las medidas de protección, e informando a la víctima sobre sus derechos, así como

participar activamente en aquellas actividades que tratan de prevenir situaciones de riesgo derivadas de violencia doméstica y/o de género, relacionadas con las funciones propias de la Protección Ciudadana, y que en toda su extensión comprenden las actividades necesarias para identificar y neutralizar el incidente.

Prestar servicios en funciones de policía judicial, en relación a la investigación de infracciones penales referidas a violencia doméstica y/o de género, así como cumplir con las medidas de protección a las víctimas establecidas por la Autoridad Judicial

IV. Órdenes/instrucciones policiales

Como cuerpo jerarquizado que es, la Ertzaintza recoge en sus órdenes e instrucciones policiales y procedimientos asociados, todos los aspectos relacionados con la VD/VG: formas de actuación, confección de diligencias, tratamiento a las personas agresoras y/o víctimas, etc.; especial mención requieren las órdenes e instrucciones para la protección de las víctimas, materia de especial atención en la Ertzaintza cuyo tratamiento requiere protocolos ajustados y estandarizados al máximo, lo que permite una atención similar independientemente del grupo que trate a la víctima, una ordenación exhaustiva de documentación y una cumplimentación del expediente en todos sus extremos, de forma que se cuente con toda la información que ayude a evitar nuevos episodios violentos.

Actualmente la referida «*normativa*» se concreta en:

Ficha de Proceso

— FP0002 Actuaciones derivadas de casos VD/VG

Órdenes de Servicio

— OS0039 Atención telefónica incidente VD/VG

— OS0040 Atención a la urgencia VD/VG

— OS0041 Investigación y elaboración del atestado VD/VG

— OS0042 Expediente de Violencia Doméstica y de Género

— OS0043 Valoración del riesgo VD/VG

— OS0044 Protección a la víctima VD/VG

— OS0045 Tratamiento y asistencia a la víctima VD/VG

— OS0046 Actuaciones con la persona agresora VD/VG

Por otra parte, todas las actuaciones que se llevan a cabo con las personas agresoras y/o víctimas, quedan recogidas en los Expedientes VD/VG.

V. Expediente VD/VG (EBA)

Se trata de una herramienta informática que aglutina todo el historial de un caso VD/VG ordenado de forma cronológica en diferentes tareas y que se abre por cada núcleo familiar en el que conste una situación de maltrato, con independencia del número de personas agresoras y/o víctimas.

La apertura del expediente VD/VG se realiza desde el momento en que la Ertzaintza tiene conocimiento de un incidente del tipo VD/VG, se asigna un nivel de riesgo a la situación individualizada de cada víctima e inmediatamente se comienzan las medidas protección adecuadas a cada caso (todas y cada una de las víctimas cuenta con medidas de protección desde el primer momento). No es necesaria la interposición de denuncia por parte de las víctimas para la apertura de un expediente VD/VG, EBA.

Cada expediente cuenta con un equipo instructor compuesto por una instructora o instructor, perteneciente a la Jefatura de la Ertzaintza donde reside la víctima y una secretaria o secretario, perteneciente al grupo de ertzainas encargado del seguimiento y tratamiento de los casos VD/VG en esa Ertzaintza. Que en el Equipo Instructor de cada expediente VD/VG se encuentre directamente implicada la Jefatura de la Ertzaintza obviamente tiene su importancia, puesto que, las instrucciones que parten de dicho Equipo tienen la consideración de orden policial.

En cada uno de los expedientes se introduce toda la información relacionada con el caso, de la que haya tenido conocimiento cada equipo instructor, a través de los diferentes contactos con las personas agresoras y/o víctimas, bien telefónicamente o bien por las entrevistas periódicas mantenidas con ellas o las solicitadas por éstas, la obtenida durante las actuaciones incidentales, la recogida en diligencias y la proveniente de los juzgados.

VI. Herramienta de valoración del riesgo

La Ertzaintza, en su afán de ofrecer una protección más eficaz a todas las víctimas de violencia de género, solicitó, en el año 2006, la colaboración de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), al objeto de elaborar una herramienta científica que fuera capaz de identificar los indicadores de mayor probabilidad de producirse violencia grave y, a su vez, calculase con rigor el nivel de riesgo asociado a cada persona víctima con el objetivo de adoptar las medidas policiales acordes al nivel

de riesgo. En la Ertzaintza se utiliza la denominada *Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la Pareja* (EPV-R; Echeburúa et al., 2007, Echeburúa, Amor, Loinaz y Corral, 2010 y 2012). Esta escala está pensada para hacer las valoraciones de riesgo por incidentes en los que existen relaciones heterosexuales de pareja en las que el agresor es el varón.

A lo largo de los años se ha continuado trabajando junto a la UPV/EHU y el equipo del profesor Echeburúa, con el fin de seguir mejorando la capacidad de predicción de esta herramienta para establecer los niveles de riesgo. Así, tras la última revisión, en mayo de 2013, se establece la definitiva (por el momento) versión de la escala de predicción de riesgo que se viene aplicando en la actualidad, en la que se mantienen los mismos 20 ítems, con alguna modificación en su perduración temporal, respecto a la versión inicial.

La fiabilidad advertida en esta herramienta de valoración de riesgo ha significado que otras instituciones públicas, como el Cuerpo de Médicos Forenses, que prestan servicio en las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) de los Institutos de Medicina Legal de toda España la hayan adoptado en el año 2011, como una parte más a valorar para la emisión de los informes que facilitan a los órganos judiciales que les ayuden en la decisión de las medidas cautelares a adoptar en cada caso.

La escala de predicción de riesgo consta de 20 ítems, seleccionados a partir de su mayor capacidad discriminante de violencia grave, que hacen referencia a cinco apartados de información:

1. Datos personales.
2. Situación de la relación de pareja en los últimos 6 meses.
3. Tipo de violencia en los últimos 6 meses.
4. Perfil de la persona agresora.
5. Vulnerabilidad de la víctima.

El cuestionario está compuesto por preguntas de respuesta obligatoria: «negativa», «positiva» o «se desconoce». La contestación de los ítems, cada uno de los cuales lleva asociada una puntuación, realizada a través de la herramienta informática, ofrece de forma automática un nivel de riesgo pero, quien realiza la valoración podrá decidir otro diferente, motivándolo, no pudiendo ser inferior al nivel de riesgo calculado.

Aun cuando la o el ertzaina que hace la valoración del riesgo no lo ve en la aplicación informática, cada uno de estos ítems o preguntas tiene diferente valor discriminativo: «0 o 1», «0 o 2», «0 o 3»; por

lo cual el resultado final depende directamente de la cantidad y calidad de los ítems contestados.

Es importante que todas y cada una de las personas que hagan la valoración del riesgo entiendan de la misma forma cada uno de los ítems, por lo cual es esencial disponer de un guía de uso que oriente sobre el alcance y contenido de cada uno de éstos.

Por otra parte, la aplicación de rango al cuestionario queda invalidada si se da cualquiera de los siguientes supuestos:

- Responder a menos de 12 ítems.
- Responder a menos de 6 ítems del grupo de los 11 más discriminativos (6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 16, 17, 18 y 19).

Cualquiera de estas circunstancias puede llevar a imprecisiones en la predicción del riesgo de violencia grave.

Cuando se deja algún ítem sin contestar (sin llegar a la cantidad de invalidación del cuestionario arriba indicada), como puede suceder al inicio del proceso, nada más conocer el caso, la aplicación informática, mediante el algoritmo interno establece o propone el nivel de riesgo que deberá ratificar la o el ertzaina pertinente, por lo cual, no es aconsejable hacer el cálculo de forma manual sin contar con la ayuda de la aplicación informática cuando no se ha contestado alguno de los ítems. En la Ertzaintza el nivel de riesgo finalmente adoptado no puede ser inferior al propuesto por la aplicación informática.

La estimación del riesgo debe realizarse contando en cada caso con la información disponible en cuanto a aspectos evidentes y directos, es decir, información facilitada por la víctima y la persona agresora, por los recursos policiales intervinientes, el lugar de los hechos, las y los testigos, y las bases de datos disponibles.

ESCALA DE PREDICCIÓN DE RIESGO DE VIOLENCIA GRAVE CONTRA LA PAREJA (EPV-R)

En la ERTZAINZA desde el 25-05-2013

Nombre:

Fecha:

Expediente:

Evaluador:

I. Datos personales	Valoración
1. Procedencia extranjera del agresor o de la víctima	0 o 1
II. Situación de la relación de pareja en los 6 últimos meses	Valoración
2. Separación reciente o en trámites de separación	0 o 1
3. Acoso reciente a la víctima o quebrantamiento de la orden de alejamiento	0 o 2
III. Tipo de violencia en los 6 últimos meses	Valoración
4. Existencia de violencia física susceptible de causar lesiones	0 o 2
5. Violencia física en presencia de los hijos u otros familiares	0 o 2
6. Aumento de la frecuencia y de la gravedad de los incidentes violentos	0 o 3
7. Amenazas graves o de muerte	0 o 3
8. Amenazas con objetos peligrosos o con armas de cualquier tipo	0 o 3
9. Intención clara de causar lesiones graves o muy graves	0 o 3
10. Agresiones sexuales en la relación de pareja	0 o 2
IV. Perfil del agresor	Valoración
11. Celos muy intensos o conductas controladoras sobre la pareja en los 6 últimos meses	0 o 3
12. Historial de conductas violentas con una pareja anterior	0 o 2
13. Historial de conductas violentas con otras personas (amigos, compañeros de trabajo, etc.)	0 o 3
14. Consumo actual abusivo de alcohol y/o drogas	0 o 3
15. Abandono de tratamientos psiquiátricos o psicológicos en el caso de existir una enfermedad mental	0 o 1
16. Conductas habituales de crueldad, de desprecio a la víctima y/o de falta de arrepentimiento	0 o 3
17. Justificación de las conductas violentas.	0 o 3
V. Vulnerabilidad de la víctima	Valoración
18. Percepción de la víctima de peligro de muerte en el último mes	0 o 3
19. Intentos de retirar denuncias previas o de echarse atrás en la decisión de abandonar o denunciar al agresor	0 o 3
20. Vulnerabilidad de la víctima por razón de enfermedad, soledad o dependencia	0 o 2

VALORACIÓN DEL RIESGO DE VIOLENCIA GRAVE

<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Básico (0-9)	Moderado (10-17)	Alto (18-23)	Especial (24-48)

La Ertzaintza tiene establecidos cuatro niveles de riesgo, siendo su denominación oficial la siguiente:

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-102-8, núm. 16/2020, Bilbao, págs. 227-245

- Básico: Baja probabilidad de que puedan darse nuevos incidentes violentos.
- Moderado: Alguna probabilidad de que puedan darse nuevos incidentes violentos.
- Alto: Alta probabilidad de que puedan darse nuevos incidentes violentos.
- Especial: Muy alta probabilidad de que puedan darse nuevos incidentes violentos.

Conviene resaltar que la herramienta para el cálculo del nivel de riesgo es utilizada por diferentes ertzainas, en el mismo caso y para cada víctima, a modo de fiabilidad interobservadores, lo que confiere una mayor validez al resultado obtenido. Además, permite de manera dinámica y constante ir adaptando las medidas de protección necesarias a las circunstancias del caso y a las necesidades de la víctima.

Esta herramienta de valoración del riesgo que, como se ha dicho anteriormente, está diseñada para los casos en los que existen relaciones heterosexuales de pareja en las que el agresor es el varón, es también utilizada como referente en los casos de violencia doméstica, adaptando cada ítem a la situación particular de cada caso. La Ertzaintza no dispone de una herramienta específica de valoración del riesgo de violencia doméstica dada la enorme cantidad de relaciones que implica esta casuística (agresiones de hijos a padres, entre hermanas y hermanos, etc.), sin embargo la experiencia está demostrando que, actuando de esta forma se maximiza la protección y, además, al tener en un mismo expediente todos los incidentes de maltrato sucedidos en una misma unidad familiar, se consigue tener una información añadida que sin duda alguna repercute en una acertada valoración del riesgo de reiteración de maltrato. También en los casos de violencia de género.

En la Ertzaintza el tratamiento a las víctimas no se realiza en función del tipo de violencia, sino del nivel de riesgo asociado individualmente a cada una de ellas y la valoración del riesgo es CONTÍNUA, dependiendo exclusivamente de la cantidad y calidad de la información que se recaba de las diferentes fuentes (denuncias, testimonios, información policial, información judicial, antecedentes, etc.). Esto es, cada vez que se recibe información relacionada con la víctima, se hace una nueva valoración del riesgo, lo cual conlleva que se revisen y adecúen las medidas de protección aplicadas en cada caso.

La tarea de valoración del riesgo y adopción de medidas policiales de protección se lleva a cabo cada vez que hay nueva información sobre el caso que facilite la identificación del riesgo; pero en cualquier caso, se realiza, al menos, en los siguientes momentos:

- Tras el cierre de una actuación policial que recoja un nuevo episodio VD/VG.
- Tras la presentación de una denuncia VD/VG.
- Tras la primera remisión de un atestado al Juzgado sobre un episodio VD/VG.
- Tras la recepción de resolución judicial de protección.
- Tras mantener la entrevista periódica con la víctima.

La valoración de la situación de riesgo y adopción de medidas policiales de protección es una responsabilidad que le corresponde, en primer término, a la Jefatura de Operaciones (máxima responsable policial de cada grupo de trabajo en el turno correspondiente).

En el supuesto de que la Jefatura de la Ertzain-etxea (compuesta por la Jefatura de Investigación o la Jefatura de Protección Ciudadana) la asuma, la Jefatura de Operaciones queda eximida de la responsabilidad.

Tras el primer incidente y después de mantener la entrevista con la víctima, el Equipo Instructor es el responsable de que se lleve a cabo la valoración de riesgo. Conviene recordar aquí que este Equipo Instructor está compuesto por alguien de la Jefatura de la Ertzain-etxea en calidad de instructor o instructora, y alguien del equipo de seguimiento VD/VG en calidad de secretaria o secretario.

La Jefatura de Operaciones, en su caso, se encarga de que la valoración de riesgo se realice antes de que finalice el turno de trabajo. Quien realiza la valoración de riesgo se encarga de que se incluya en el Expediente VD/VG.

Atendiendo al objeto de estas jornadas, nos centraremos en el último de los 5 apartados de la mencionada *Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la Pareja* (EPV-R), «vulnerabilidad de la víctima»; sin embargo, en esta ocasión antes de entrar de lleno en el mencionado apartado de «vulnerabilidad» es imprescindible hacer mención al apartado 1 «Datos Personales» por estar directamente relacionado con el asunto a tratar en la mesa redonda: *Víctimas especialmente vulnerables: mujeres inmigrantes*.

Aun cuando el valor discriminativo del ítem 1 no sea muy grande, sí que afecta al alcance del resto de ítems de la EPV-R, ya que todos ellos están interrelacionados.

I. Datos personales	Valoración
1. Procedencia extranjera del agresor o de la víctima	0 ó 1

La guía de uso que tiene la Ertzaintza para el ítem 1 «Procedencia extranjera del agresor o de la víctima», aclara:

- Este ítem hace referencia a un ámbito sociocultural y no legal. Pretende recoger el caso de personas procedentes de países no comunitarios y con culturas diferentes.

Así por ejemplo, aun cuando a una persona francesa se la pueda considerar extranjera, para la aplicación de este ítem se debe poner atención en el origen sociocultural, y no tanto en el geográfico. Entre una persona nacida en Irún y otra nacida en Hendaya, en principio, la aplicación del ítem 1 sería la misma.

La tendencia natural de la Ertzaintza es maximizar la protección, así que, en caso de duda se tiende a la valoración positiva de cada ítem. Otra cosa diferente es que se desconozca por completo la respuesta adecuada, en cuyo caso la contestación en la aplicación informática es: «se desconoce».

El bloque o apartado 5 de la EPV-R hace mención a la «Vulnerabilidad de la víctima» y consta de tres ítems o preguntas con alto valor discriminativo.

V. Vulnerabilidad de la víctima	Valoración
18. Percepción de la víctima de peligro de muerte en el último mes	0 ó 3
19. Intentos de retirar denuncias previas o de echarse atrás en la decisión de abandonar o denunciar a la persona agresora	0 ó 3
20. Vulnerabilidad de la víctima por razón de enfermedad, soledad o dependencia	0 ó 2

La guía de uso que tiene la Ertzaintza para el ítem n.º 18 «Percepción de la víctima de peligro de muerte en el último mes», aclara:

- Valorar la percepción de la víctima cuando ella ha tomado conciencia de que el agresor puede matarla (o agredirla gravemente) y se siente en un peligro inminente de muerte (o de agresión grave).
- Indagar en base a qué hechos percibe la víctima ese peligro (no se cuestiona a la víctima).

Con este ítem se presta atención no solamente a lo verbalizado por la propia víctima, sino también a lo observado por la o el ertzaina que la atiende (no es imprescindible que diga literalmente que la va a matar). También se toma en consideración lo relatado por la patrulla que atendió el incidente, en su caso; así por ejemplo las expresiones de miedo manifestadas en un primer momento son tomadas en consideración a la hora de valorar esta cuestión.

A la víctima no se le exige que explique los motivos por los que percibe ese peligro, más bien se atiende a cada indicio para intentar extraer datos que puedan ayudar a la valoración del riesgo y, en su caso, trasladar al juzgado competente.

En este caso se valoran los micro indicios que puedan llevar al convencimiento de la víctima de que puede sufrir un ataque mortal. Al maximizar la protección se tiende a dar crédito siempre a la víctima.

La guía de uso que tiene la Ertzaintza para el ítem n.º 19 «Intentos de retirar denuncias previas o de echarse atrás en la decisión de abandonar o denunciar al agresor», aclara:

- La víctima desea que el procedimiento se cierre por miedo a represalias.
- Hay que indagar sobre otros motivos que pueda esgrimir la víctima y que pueda evidenciar el temor al agresor: mantenimiento de la unidad familiar, falta de recursos económicos, dependencia emocional de su pareja, vergüenza ante su círculo social, etc.

En la valoración de este ítem se toma en consideración cada intento de cerrar el procedimiento, independientemente de que finalmente lo exponga por escrito o no.

En los casos que no existe denuncia formal de la víctima la Ertzaintza abre un atestado de oficio para informar al juzgado competente, es en esta situación cuando se dan más casos en los que la propia víctima solicita que no se continúe el procedimiento; así mismo, en estos casos se puede llegar a detectar hasta un intento de entorpecimiento de la investigación, negándose a colaborar con la Ertzaintza.

Conociendo el «ciclo de la violencia» y el «síndrome de la mujer maltratada» de la Dra. Leonore E. Walker (1984), se presta especial atención a todos y cada uno de los intentos de abandonar el procedimiento abierto, independientemente de que se hubiera iniciado por la propia víctima o no. Siendo de vital importancia intentar saber los motivos, para poder actuar sobre los mismos, o pedir la ayuda profesional pertinente.

La guía de uso que tiene la Ertzaintza para el ítem n.º 20 «Vulnerabilidad de la víctima por razón de enfermedad, soledad o dependencia», aclara:

- La víctima está sola y no cuenta con personas (familiares o amistades) a las que recurrir en caso de separación.
- Dependencia física: personas ciegas, enfermas, con discapacidad física o psíquica...
- Dependencia económica de la víctima respecto al agresor: la víctima no tiene ingresos propios y depende de las aportaciones económicas del agresor.
- Dependencia emocional: la víctima minimiza el maltrato y acepta la sumisión al agresor como mal menor.
- La víctima *siempre termina perdonando a la persona agresora*.
- Hay que tener en cuenta, cuando procede, los factores culturales, por ejemplo: cultura de sumisión, valores machistas, etc.

En la valoración de este ítem para la Ertzaintza es importante contar con la información que puedan facilitar otras instituciones o estamentos, como servicios sociales de base, ayuntamientos o diputaciones (por el padrón se puede saber si vive sola, conocer si existe alguna valoración de la discapacidad, si dispone de alguna ayuda económica como RGI —Renta de Garantía de Ingresos— o RAI —Renta Activa de Inserción—, etc.). Es precisamente en este ítem donde quizá se refleje la situación de vulnerabilidad de las personas inmigrantes, especialmente mujeres que sufran violencia de género.

A las dificultades de comunicación en el idioma oficial se añaden las de no contar con una red familiar o de amistad a la que solicitar ayuda. Esto dificulta que se acerquen a la Ertzaintza para exponer la situación en la que viven; por otra parte, la situación administrativa en la que alguna de éstas se encuentra, tampoco ayuda a que se acerquen a la policía. Todo esto hace que la información no llegue a quienes tienen en encargo de proteger a todas y cada una de las víctimas, independientemente del origen o situación administrativa. Disponer de información sobre las causas de vulnerabilidad de la víctima es trascendental a la hora de planificar la protección más adecuada, hasta el punto de que en los supuestos de trasladarse fuera de Euskadi a vivir es una información que se envía al cuerpo policial competente en su protección (hijas o hijos, personas dependientes a cargo, situaciones de vulnerabilidad...).

VII. Comunicación al juzgado de la valoración de riesgo en casos de violencia de género

La diligencia de comunicación de Valoración de Riesgo se remite en los casos en que se instruye un nuevo atestado por VG, incluidos los de

quebrantamiento. Puede tratarse de la valoración de riesgo realizada bajo la responsabilidad de la Jefatura de Operaciones o la realizada por el Equipo Instructor del expediente, pero debe ser la última que conste en el expediente antes de remitir las diligencias al Juzgado e incluir la información conocida con ocasión de la instrucción del atestado. El nivel de riesgo se comunica al Juzgado con la primera remisión del atestado, no como ampliación.

VIII. **Importancia de la entrevista con la víctima para la valoración de riesgo**

Aunque para hacer una valoración de riesgo sobre la posible reiteración de maltrato se toman en consideración todas las fuentes de información disponibles (actuaciones policiales, antecedentes, registros administrativos sobre posesión de armas, etc.), se considera importante contar con la colaboración de la propia víctima, puesto que ella no solamente puede aportar datos para hacer una correcta valoración del riesgo, sino que también, y esto es importante, puede facilitar datos esenciales para hacer una adecuada protección (informar sobre las rutinas que tiene y además conoce la persona agresora como: horarios de trabajo, recoger a hijas o hijos a su cargo, desplazamientos que no pueda eludir, etc.). Así pues, la entrevista con la víctima es considerada como algo imprescindible, precisamente por ello se facilita que se haga por cualquier medio que consienta la propia víctima, procurando que dicha entrevista sea presencial y personal, pero quedando a su disposición si prefiere que se haga por teléfono en el momento que prefiera.

El Equipo Instructor del Expediente de VD/VG se encarga de que se realice una oferta de entrevista a todas las víctimas:

- A la apertura del Expediente.
- Periódicamente, como mínimo, de forma bimestral.
- Tras un nuevo episodio VD/VG.
- Cuando se den circunstancias que modifiquen los indicadores de riesgo.
- Previo al cierre del Expediente.

Naturalmente, también se hace la entrevista a demanda de la propia víctima, procurando que el momento de su realización sea cuando ella proponga. Siempre que es posible, se lleva a cabo por parte de ertzainas del mismo sexo que la víctima.

La entrevista preferiblemente se hace en persona, especialmente la primera vez y en aquellos casos en que la víctima tenga asignada vigilancia permanente (escolta).

La primera entrevista busca conocer los detalles del caso. Para ello, se solicita información sobre los siguientes contenidos:

- Persona agresora: domicilio/s, vehículo/s a utilizar, profesión y dirección laboral, número de teléfono de contacto, personas relacionadas con ella, rutinas habituales, posibilidad de facilitar fotografía, etc.
- Víctima: domicilio/s, vehículo/s a utilizar, profesión y dirección laboral, número de teléfono de contacto, personas relacionadas con ella, rutinas habituales, posibles situaciones conflictivas con la persona agresora en el futuro, posibilidad de facilitar fotografía suya y de la persona agresora, etc.
- Pautas de actuación inmedita: se explica a la víctima la importancia de que facilite información a fin de que las patrullas de Protección Ciudadana que tuvieran que actuar en caso de que se volviera a producir un nuevo episodio de maltrato, lo hagan conociendo mejor los detalles del caso y los deseos de la víctima sobre a quién avisar, qué hacer con las y los hijos, etc.

Por todo lo cual, se procura recabar información sobre los siguientes apartados que componen esta tarea:

- a) Actuaciones violentas en sucesos anteriores.
- b) Utilización de armas.
- c) Antecedentes policiales.
- d) Posibilidad de contagios por enfermedades.
- e) Comunicaciones para terceras personas designadas por la víctima.
- f) Actuaciones a realizar con víctima o menores.
- g) Posibles traslados a llevar a cabo.
- h) Otros datos de interés sobre la o las víctimas.

- Indicadores de riesgo: a lo largo de la entrevista se procura recabar o contrastar la información de la que se disponga a fin de identificar indicadores de riesgo para realizar la valoración de riesgo.

El Equipo Instructor, en caso de considerar insuficientes o necesitar contrastar los datos aportados en la entrevista que mantienen para redactar el atestado, y habiendo obtenido el consentimiento de la víctima, contacta por teléfono con el o la trabajadora social referente del caso (y en su caso, con el o la responsable de la zona) para advertir que se remitirá una solicitud de información sobre la víctima.

No es obligatoria la realización o documentación de las entrevistas y/o de las ofertas periódicas, en los siguientes casos:

- Cuando la víctima manifieste de forma expresa, al menos en dos ocasiones consecutivas, su deseo de no querer volver a someterse a ninguna entrevista.
- Cuando la víctima sea menor de edad el Equipo Instructor valorará hacer la entrevista con, o a través de quien tenga la patria potestad, o en su caso, la guarda y custodia.

Siendo conscientes de que el contacto con las víctimas es esencial para tener una valoración del riesgo certera, aparte de estas entrevistas y, como forma de protección, la Ertzaintza hace una comprobación aleatoria mediante teléfono en los casos siguientes:

- Como mínimo, una llamada quincenal cuando el nivel de riesgo asociado al caso es Especial.
- Al menos una llamada al mes durante los seis (6) primeros meses, cuando el nivel de riesgo asociado al caso es Alto.

En la valoración del riesgo, el centro de atención es la protección de la víctima, contar con su colaboración es primordial.

IX. Transmisión de la información entre la Ertzaintza y otros cuerpos policiales

Entre la Ertzaintza y otros cuerpos policiales existe una correcta dinámica de intercambio de información respecto a las víctimas que trasladan su domicilio de un ámbito de competencia a otro, que en la Ertzaintza se encuentran recogidos en una de sus instrucciones policiales.

Siendo conscientes que el sistema de valoración del riesgo que utiliza la Ertzaintza no es el mismo que usa el resto de cuerpos policiales, se hace especial hincapié en el nivel de riesgo asignado y la magnitud del mismo, pasando la información suficiente como para que con el sistema de valoración que utilicen lleguen a conclusiones similares y otorguen la protección más adecuada a la víctima.

La información estándar que se traslada es:

- Referencia de Expediente VD/VG o diligencias con las que se encuentra relacionado el caso.
- Filiación completa de la víctima, fotografía, documento de identidad y teléfono de contacto.
- Dirección completa a la que se traslada la víctima, especialmente cuando se traslada al extranjero.

- Nivel de riesgo asignado en la última valoración y, si fuera posible, breve resumen de los hechos acaecidos que dieron lugar a la apertura del Expediente o a las diligencias, destacando si la violencia es de índole psíquica o física.
- Existencia o no de Orden de Protección y datos detallados que identifiquen la misma y medidas de protección adoptadas a nivel policial, en su caso.
- Filiación completa de la persona agresora, fotografía, documento de identidad, teléfono de contacto y domicilio. Situación (prisión u otras).
- Teléfono de contacto del Equipo Instructor que ha llevado el Expediente al objeto de que la información pueda ser aclarada directamente.
- Cualquier otra información de interés que se estime oportuno trasladar al cuerpo policial competente (hijas o hijos, personas dependientes a cargo, situaciones de vulnerabilidad, y otras).

X. Conclusiones

En la Ertzaintza nos enorgullecemos del trabajo que estamos realizando y del resultado que con él se consigue, no obstante somos conscientes que aún nos queda mejorar en muchos aspectos, así por ejemplo consideramos importante:

- Conseguir una herramienta de valoración del riesgo que nos ayude a predecir los casos de Violencia Vicaria (la ejercida contra hijos e hijas para hacer daño a la pareja o expareja).
- Conseguir una herramienta de valoración del riesgo que nos ayude a predecir los casos de Violencia Filio-parental y/o hacia ascendientes.
- Tener una herramienta informática que permita aglutinar la información disponible en diferentes instituciones; en este sentido el Gobierno Vasco ha establecido como prioritario el desarrollo de esa herramienta, a la cual ya hemos puesto nombre: EBA (etxekoen eta emakumeen babes).

En la pirámide de Maslow «Jerarquía de las necesidades humanas» la necesidad de Seguridad se sitúa prácticamente en la base, lo cual indica que para el desarrollo humano es esencial, puesto que, sin tener garantizada la seguridad no se consigue avanzar hacia el resto de estadios (pertenencia, estima, autorrealización). La Ertzaintza establece como una de sus prioridades dotar de esa «seguridad» principalmente a las víctimas más vulnerables.

Violencia contra la mujer: una visión médico-forense

Ana E. Abasolo Telleria

Jefe de Clínica médico-forense de Bilbao

Sumario: I. Víctima y vulnerabilidad II. La violencia en cifras III. Factores de riesgo de la violencia 1. ¿Es posible predecir el riesgo? 2. ¿Qué es el juicio profesional estructurado? IV. Tipologías de maltratadores y de homicidas 1. Maltratadores 2. Feminicidas V. Unidades de Valoración Forense Integral y valoración del riesgo 1. La UVFI de Bilbao 2. Memoria de la UVFI 2018 VI. Conclusiones VII. Bibliografía

Resumen: En las siguientes páginas se hace un repaso a las situaciones de vulnerabilidad más significativas en la violencia contra la mujer así como a algunos modelos explicativos de dicha violencia y a algunas de las clasificaciones que hacen los expertos de tipos de maltratadores y feminicidas, resultado de diversos estudios llevados a cabo a tal efecto. La segunda parte de este trabajo se centra en los procesos de valoración médico-forense de agresores y de víctimas de violencia de género en la provincia de Bizkaia, valoraciones que se llevan a cabo en las guardias y también de manera programada, estas últimas, en las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI). Finalmente, se hace especial referencia al trabajo de la UVFI de Bilbao en los últimos años y se ofrecen datos de las valoraciones realizadas en dichas unidades.

Palabras clave: Violencia contra la mujer, valoración del riesgo, valoración médico-forense.

I. Víctima y vulnerabilidad

En el contexto legal español, la violencia de pareja es sinónimo de violencia de género, el agresor es el hombre y la víctima es la mujer. La erradicación de cualquier forma de violencia de género, es un objetivo declarado de la Unión Europea. Para lograrlo hay que conseguir un profundo conocimiento de la naturaleza y factores vinculados a la violencia. Esto solo se logra con investigaciones rigurosas y la sistemática recogida de datos.

La violencia contra las mujeres es un delito y como tal, penado en nuestra legislación a través de diversos tipos delictivos, siendo el más grave el asesinato. Pero también se trata de un problema de salud pública, recogido en la Resolución 49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud de 1996, que declara la violencia como un problema de salud pública, deja de verlo como algo inevitable de la condición humana.

En esta declaración cambia el foco atencional de la medicina, que pasa de estar centrado en la enfermedad, propio del paradigma biomédico, para centrarse en la salud y la prevención de la enfermedad.

La salud pública parte desde estudios epidemiológicos, para definir y caracterizar la violencia, identificar sus determinantes y mecanismos causales, y valorar el impacto sobre la salud de grupos de la población, una vez conocidos los factores de riesgo.

La violencia tiene una vertiente social. La violencia contra la mujer no es tanto una cuestión biológica, ligada al sexo, como una cuestión social relacionada con el género. Socialmente la violencia de género es una lacra.

Si en la sociedad hay una desigualdad entre el hombre y la mujer, ser mujer, en sí mismo, es un factor de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad se relaciona con dos dimensiones: la exposición al riesgo y la capacidad de respuesta al mismo. Los más vulnerables serían las personas o grupos más expuestos al riesgo, y con menor capacidad de respuesta, por la desigualdad en el acceso a recursos y oportunidades.

Dentro del colectivo de mujeres y muy relacionado con la atención sanitaria, se han identificado subgrupos de especial vulnerabilidad asociado a: situaciones de cambio vital (embarazo, puerperio, separación, divorcio, jubilación propia o de la pareja, entre otras) y situaciones que aumentan la dependencia (aislamiento familiar/social, migración, enfermedad discapacitante, dependencia física, psíquica o económica, dificultades laborales y desempleo, dificultades de formación, ausencia en habilidades sociales y situaciones de exclusión social como prostitución o marginalidad).

Las situaciones de vulnerabilidad más significativas serían:

1. Embarazo

El embarazo y el puerperio son momentos en que la violencia se puede explicitar y hace franca, por los cambios de roles de la pareja. Es una etapa especial en parejas con conflictos larvados. La vivencia de violencia en el embarazo, es un riesgo gestacional, con aumento de la morbimortalidad de la madre y del feto.

2. Migración

El 19,9% de las mujeres extranjeras residentes en España, mayores de 16 años, declara haber sufrido violencia física por parte de alguna pareja frente al 9,2% de las mujeres nacidas en España (Delegación del Gobierno contra la violencia de género 2015).

Hay una mayor prevalencia de todos los tipos de violencia entre mujeres extranjeras, sobre todo cuando están en situación de inmigración ilegal o irregularidades administrativas. El miedo de expulsión, la dificultad de acceso al sistema sanitario o a los servicios sociales, la dependencia económica del agresor o las barreras lingüísticas tienen peso en la victimización.

3. Discapacidad o diversidad funcional

Al igual que en la inmigración, las mujeres con discapacidad acreditada, presentan una mayor prevalencia de cualquier tipo de violencia, respecto de las mujeres sin discapacidad. El 16,8% de las mujeres con discapacidad han declarado haber sufrido violencia física, frente al 10,4%, de las mujeres sin discapacidad. Además, se trata de una violencia más severa.

La discapacidad se agrava con la edad, pasando del 0,8% en las jóvenes entre los 16 y 24 años, frente al 9,4% de las mujeres entre los 65 y los 74 años (Delegación del Gobierno contra la violencia de género 2015).

Las mujeres discapacitadas son vulnerables por:

- Las dependencias físicas de los cuidadores, que pueden ser los maltratadores. Esta situación conlleva una menor consciencia de la realidad, la víctima puede sentir un profundo agradecimiento o culpa por los cuidados que recibe.
- Dificultades para la participación social y el acceso a la educación y/o al mundo laboral, generando situaciones de elevada dependencia económica. Es frecuente que la mujer discapacitada tenga una menor autoestima y empoderamiento

- Dificultades en la expresión y comunicación de sus penurias, por el aislamiento sensorial o social. La mujer puede desconocer su realidad y/o pueden desconocer los recursos reales de que disponen.

4. Trastorno Mental Grave (TMG):

De acuerdo con el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos mentales (DSM 5) el trastorno mental grave se conceptualiza como «un síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que parece asociado a un malestar, a una discapacidad o a un riesgo significativamente aumentado de morir o sufrir dolor, discapacidad o pérdida de la libertad».

La investigación sobre la enfermedad mental está marcada por la estigmatización y los estereotipos asociados a los enfermos mentales, que siguen siendo vistos como peligrosos, impulsivos e impredecibles (Gonzalez Torres *et al.* 2006). Sin embargo, tienen 14 veces más probabilidades de ser víctimas de violencia que de ser arrestados por actuaciones violentas (Brekke *et al.* 2001). La mujer con un trastorno mental grave está en riesgo de sufrir una triple discriminación, por ser mujer, por ser discapacitada y además por padecer una discapacidad mental, que está especialmente estigmatizada y cuenta con amplio rechazo social (Szeli y Pallaska, 2004).

Un rasgo definitorio del trastorno mental grave son las dificultades en el funcionamiento e integración social y duraderas dificultades en el funcionamiento independiente y autodeterminado.

Son personas con dificultades de acceso al mundo laboral y que pueden precisar de ayudas económicas, dependencia de cuidadores o servicios, así como dificultades en el funcionamiento social y vulnerabilidad al estrés, entre otros.

Numerosos estudios relacionan el trastorno mental con la victimización. Tiene un mayor riesgo de ser víctimas de actos violentos y crímenes (robos, palizas, agresiones físicas, violaciones, etc.) por parte de familiares, amigos/conocidos, autoridades o desconocidos.

El riesgo de victimización por violencia de género aumenta en las mujeres con patologías graves, como la psicosis, especialmente cuando hay una comorbilidad de trastorno de la personalidad o consumo sustancias tóxicas y/o alcohol. Son mujeres en riesgo de exclusión social y pobreza con un funcionamiento social empobrecido, suelen haber sufrido abuso físico y/o sexual en la infancia y haber estado implicadas en actividades violentas previamente (Gonzalez Cases, 2011).

Las mujeres con TMG sufren 4 veces más violencia de pareja que las mujeres sin TMG y, de nuevo, la violencia es más grave. Estudios de prevalencia muestran violencia en un 40,3% de las mujeres con TMG en el año previo a la encuesta y 74,1% a lo largo de su vida (Osakidetza, 2019).

Entre los factores de riesgo específicos de este colectivo se encuentran (Osakidetza, 2019):

- a) Doble victimización: Enfermedad mental y ser mujer.
- b) Menor credibilidad que se le da a su relato por parte de los profesionales.
- c) Mayor dependencia de la asistencia de otras personas, frecuentemente de sus parejas. Carencia de autonomía y/o carencia de empleo.
- d) La tendencia a la psicopatologización por parte de los profesionales cuando revelan su sufrimiento.
- e) Mayor dificultad de acceso a la información y servicios, en parte relacionadas con su enfermedad y al estigma asociado. Menor nivel educativo.
- f) Menor grado de autoestima y reconocimiento personal, secundario a la discriminación social que sufren.

5. Las adicciones

La coexistencia entre la violencia de género y el consumo de alcohol o drogas ha sido bien establecido en múltiples investigaciones internacionales (Engstrom, El-Bassel, Gilbert, 2012; Stuart, *et al.* 2013), si bien con variabilidad en las tasas de prevalencia de violencia encontrada entre drogodependientes.

Las diferencias metodológicas dificultan la comparabilidad de datos, pero la victimización oscilaría entre el 31% entre adictos vía parenteral (Wagner *et al.*, 2009), el 47% de los drogodependientes en algún momento de su vida (Schneider & Burnette, 2009), el 67% en un periodo de 6 meses previo a la encuesta (Downs, 2001), o del 90% entre mujeres en programa de metadona (Engstrom, El-Bassel, Gilbert, 2012).

Por otro lado, las mujeres que han sufrido violencia de género tienen más probabilidades de comenzar un consumo abusivo/dependiente de alcohol y de sustancias, como forma de aliviar su malestar y sufrimiento.

Un estudio con 11.782 mujeres, con historia reciente de maltrato en relaciones de pareja, encontró una probabilidad aumentada por 6 de uso problemático de alcohol (LaFlair *et al.*, 2012).

Otro fenómeno relacionado con la violencia de género es la sumisión química. Se trata de la presencia, en las víctimas de agresión sexual, de drogas facilitadoras de la agresión («drug facilitated sexual assault» (DFSA) (Dorandeu *et al.* 2006).

Hall y cols (2008), proponen, dos tipos de DFSA:

- DFSA proactiva. Es la administración forzada o encubierta a una víctima por parte de un agresor de una sustancia incapacitante o desinhibidora, con el propósito de agredirle sexualmente.
- DFSA oportunista. Es la actividad sexual por parte de un agresor sobre una víctima profundamente intoxicada o en estado de inconsciencia no buscada de propósito por el agresor.

El retrato robot de la víctima de una agresión sexual por sumisión química suele ser el de una mujer joven (media de edad <30 años) que ha estado en un bar o discoteca bebiendo, en general, alcohol y que aparece en un lugar desconocido, desnuda o semidesnuda, con la sensación de que algo de tipo sexual le ha ocurrido. No recuerda los hechos, o sus recuerdos son confusos y parciales, con recuperaciones de memoria en el tiempo (a veces). Las víctimas no suelen tener lesiones genitales y tardan más tiempo, que otras víctimas de agresión sexual, en acudir al Hospital (Du Mont y cols 2009, Cruz-Landeira y Cols, 2008). En muchos casos, se trata de víctimas con elementos de vulnerabilidad o discapacidad como adicciones, problemas sociales, o trastorno mental (Marc, 2008)

6. Residentes en áreas rurales

El 50,7% de las mujeres rurales, entre los 40 y 59 años, que viven en municipios de menos de 10.000 habitantes, declaran estar en una situación de violencia de género (Delegación del Gobierno contra la violencia de género 2015).

En los entornos rurales prevalecen estereotipos de género más marcados, mayor control social y una restricción de acceso a los recursos disponibles, así como al mercado laboral.

7. Envejecimiento

Las mujeres mayores son consideradas un grupo vulnerable ante la violencia de género, por la dependencia económica, el aislamiento y la soledad, la falta de apoyo, la persistencia de los roles tradicionales de género o el daño producido por el maltrato continuado. Sobre ellas recae la cultura patriarcal tradicional, con el rol de una mujer sumisa y subordinada. La visibilización de este maltrato puede ser complejo.

II. La violencia en cifras

La sanidad, la policía y el sistema judicial son fuentes fundamentales de datos sobre la violencia.

A nivel mundial el 30% de las mujeres han sufrido violencia física y/o sexual de pareja en algún momento de su vida (OMS).

En Europa se estima que la violencia física o sexual ha afectado al 33% de las mujeres mayores de 15 años en el último año y del 22% en los doce últimos meses previos a la encuesta. Los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia y Suecia) tienen las tasas más altas de Europa, (alrededor del 30%). En los países del sur la violencia afecta, como media, al 20% de las mujeres (European Union Agency for Fundamental Rights 2014).

Datos de España, muestran que las formas más prevalentes de violencia son las agresiones físicas leves y las agresiones psicológicas. La Macroencuesta de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género 2015, evalúa de forma muy inclusiva cinco categorías de violencia: violencia física, violencia psíquica de control, violencia psíquica emocional, violencia sexual y violencia económica.

El 10,7% de las mujeres ha sufrido violencia física de su pareja o expareja en algún momento de su vida, un 8.1% ha sufrido violencia sexual y el 25.4%. violencia psicológica.

La violencia sigue arraigada entre jóvenes y adolescentes, especialmente la violencia psicológica. El 21% de las mujeres menores de 25 años, han sido víctimas de violencia psicológica de control (actitudes relacionadas con los celos, con la vigilancia sobre horarios y actividades de la mujer, o con la imposición de obstáculos para que la mujer pueda ver libremente a sus amistades o familiares), frente al 9% de las mujeres de cualquier edad.

No obstante, la incidencia real de violencia de género es muy superior a la denunciada. En los feminicidios, hay pocas «cifras negras».

El maltrato es una conducta que ocurre en la intimidad del hogar, lugar de privacidad e intimidad, donde vecinos, autoridades e incluso amigos y familiares son reacios a entrometerse, característica común a la mayoría de culturas y países.

La «victimización denunciada o revelada» es la conocida y reflejada en las estadísticas generales. Se estima que se denuncia el 26.83% del maltrato, más otro 1.7% adicional de denuncias en el juzgado. El 65% de las mujeres victimizadas no lo revela (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género 2015).

En los feminicidios pasa algo parecido. Las encuestas españolas muestran que entre el 1 de enero de 2006 y 31 de diciembre del 2018, solo un 26,34% de víctimas fallecidas había presentado denuncia previa.

En 2006 habían denunciado el 31,9% de las víctimas, frente al 21,7% en el año 2015. Hay una tendencia ligeramente decreciente en el número de denuncias en mujeres que son posteriormente asesinadas (Delegación del Gobierno Violencia de género, estadísticas, consulta web).

Un altísimo porcentaje de mujeres nunca se había acercado a la administración pública en busca de ayuda. Es una realidad compartida en todos los países de la Comunidad Europea, si bien, los países con mayor confianza en las instituciones judiciales los niveles de denuncia son más elevados (EIGE 2013).

Por otro lado, los testigos directos e indirectos de la violencia tampoco la revelan a un servicio público o policial. Solo denuncia un 3%, el 26% no lo denunció por considerar que no era de su incumbencia, el 18% no lo hizo porque consideró que carecía de pruebas, y un 16% porque no quería verse involucrado en problemas o la situación le parecía poco clara (Special Eurobarometer 449-2016).

Tanto víctimas como testigos son más sensibles ante la violencia física y sexual y más reticente a denunciar la violencia psicológica o económica.

En contraste con las cifras estimadas de violencia de género, el homicidio de mujeres por parte de sus parejas o exparejas, es un fenómeno muy raro, por su baja incidencia. España es uno de los países con las tasas más bajas de feminicidios: 2.81 por millón de mujeres, frente a la media europea de 3.94 por millón, Francia 5.22, Reino Unido 4.20, Chipre 12.37, Austria 9.40 o Finlandia 9.35 (Sanmartín, Iborra, García y Martínez, 2010).

Los feminicidios en España muestran una tendencia decreciente, hasta un máximo de 76 homicidios en el año 2008; en el año 2018 hubo un mínimo de 48 mujeres muertas. Pero se trata de una trayectoria oscilante con movimientos de contra-tendencia, que son difíciles de relacionar con factores concretos. La irregularidad de tendencia se ha constatado en todas las series nacionales y europeas (Estadísticas de la Delegación de Gobierno de la Violencia de Género, consulta septiembre 2019).

III. Factores de riesgo de la violencia

El estudio de la violencia puede ser abordada desde muchos modelos teóricos, que podemos agrupar en dos grandes áreas: teorías que vinculan la violencia a las características biológicas, psicológicas o psicopatológicas de los agresores, y las teorías que explican la violencia desde modelos situacionales, donde la violencia es externa al hombre, sobre el que ejerce un efecto de influencia o aprendizaje. Dentro de estas últimas teorías podemos encontrar las teorías feministas sobre desigualdad de género, el papel de la cultura, la pobreza y desigualdad social, entre otras.

En cualquier caso, se tiende a explicar la violencia desde modelos monocausales, siendo las corrientes de estudio principales las siguientes:

1. Desde la *perspectiva de género* la violencia se vincula al machismo del hombre y a la desigualdad de poder entre el hombre y la mujer. Las teorías machistas, aun siendo importantes, no explican en exclusividad el fenómeno, porque hay actitudes y conductas violentas inespecíficas asociada a factores personales, aprendizajes familiares tempranos o refuerzos culturales y sociales, por ejemplo (Echeburua, 2019).

Desde las teorías feministas no se puede explicar la tasa tan alta de maltrato y de feminicidios en los países escandinavos, con un nivel de igualdad de la mujer muy elevado.

2. Desde la *perspectiva de la violencia*, se aborda la violencia contra la mujer como un subtipo de una violencia general. Hay muchos homicidios de pareja que no se pueden explicar desde la historia de violencia previa, que es inexistente, sino desde las características y trastornos mentales del agresor y la vulnerabilidad de la víctima. Los trastornos mentales parecen tener un papel causal significativo (Liem y Roberts, 2009).
3. Modelos explicativos multifactoriales, como la *perspectiva ecológica*.

La perspectiva ecológica fue introducida a finales de los años setenta, para explicar el maltrato de los niños, pero pasaron a explicar otros perfiles de violencia. Los modelos ecológicos (Belsky 1980 en Guacimara *et al.*, 2006) exploran el comportamiento desde la acomodación progresiva del organismo a su medio ambiente inmediato, que a su vez está influido por entornos físicos y sociales, más remotos y globales.

El modelo ecológico destaca las causas múltiples de la violencia y la interacción de los factores de riesgo y de protección, que interactúan en cuatro anillos de factores en interacción: el individuo, las relaciones cercanas, los contextos comunitarios y los factores generales ligados a la estructura de la pareja (Krug *et al.* 2003). En la *persona*, influyen los factores biológicos, la historia personal, los rasgos de personalidad, el nivel educativo, los antecedentes de comportamiento agresivo o de haber sufrido maltrato, entre otros.

Sobre la persona ejercen su influencia los sistemas externos, agrupados en tres anillos concéntricos:

- a) Nivel de las relaciones: las relaciones sociales cercanas. La relación de la pareja con los amigos y la familia extensa, pueden influir en el riesgo de convertirse en víctima o agresor.
- b) La comunidad: son los contextos más amplios de las relaciones sociales, como la escuela, el lugar de trabajo o el vecindario, que también influyen sobre las personas aumentando o disminuyendo el riesgo de ejercer la violencia o sufrirla. La movilidad frecuente de barrios, la baja cohesión social, la alta densidad de población, problemas de tráfico de drogas, son ejemplos de factores asociados a la violencia.
- c) El nivel social o factor más general que actúan a través de climas culturales o actitudes de aceptación de la violencia como forma normalizada de resolución de problemas. O favoreciendo la brecha entre los géneros o normas que refuerzan el dominio masculino sobre las mujeres y los niños. Son favorecedoras de violencia de género las políticas sanitarias, educativas, económicas y sociales que mantienen niveles altos de desigualdad entre los géneros.

Tradicionalmente, y desde los medios de comunicación y desde las instituciones se ha proyectado un único modelo dinámico de la violencia de género: como una situación cronificada de violencia, donde se suceden los «ciclos de la violencia» con un progresivo agravamiento en frecuencia y gravedad de la violencia exhibida. El homicidio sería el final de una violencia creciente. Sin embargo, este modelo parece insuficiente y se han desarrollado modelos de funcionamiento alternativos.

En este sentido, Johnson (en Muñoz y Echeburua, 2016), según el grado de control ejercido, distingue entre violencia coactiva, o terrorismo íntimo, y violencia situacional. La violencia coactiva puede coexistir con la violencia situacional en los momentos de conflictos de pareja.

La violencia coactiva sería un modelo estable de relación dentro de la pareja, con una violencia sostenida en el tiempo, que va aumentando de gravedad, incluso tras la ruptura de la relación. Es un patrón de violencia sistemática, unidireccional, continuada y de intensidad creciente (Rodríguez-Carballeira *et al.*, 2005).

El agresor desea controlar a la víctima y lo hace de forma sostenida en el tiempo, creando en ella un estado de tensión emocional permanente que le destruye. El abuso emocional es el sustrato básico de la violencia, sobre la que podrá aparecer, o no, la violencia física.

La violencia situacional es una violencia que aparece en la pareja de manera ocasional y relacionada con momentos críticos de la relación. Normalmente su incidencia y riesgo disminuye tras la separación y ruptura, salvo casos aislados en que aumenta.

Se diferencian dos subtipos de violencia situacional:

1. *Violencia situacional asociada a los conflictos de pareja*, en parejas con problemas de comunicación y sin herramientas funcionales para solucionar los problemas. Puede ser una violencia ocasional o frecuente (según los problemas que tenga la pareja) y puede ser también, uni o bidireccional. Sin embargo, es un tipo de violencia susceptible de desaparecer con una terapia adecuada.
2. *Violencia situacional asociada a la gestión de la ruptura de pareja* y derivada del propio estrés del proceso.
En las rupturas, casi siempre una de las dos personas se siente más humillada o perjudicada y puede hacer interpretaciones sobre las intencionalidades del otro, con rumiaciones que alimentan el rencor y la ira. La violencia surgiría desde los sentimientos de rencor y venganza y la obsesión de causar daño al otro miembro de la pareja. Hay ciertos perfiles de personalidad, como el paranoide, límite o narcisista, que pueden experimentar intensas emociones negativas que llevan a la conducta violenta (Esbec y Echeburúa, 2010).

Una de las diferencias principales entre la violencia situacional y la violencia coactiva es el nivel de motivación y los niveles de control utilizados. En la violencia coactiva hay control emocional, económico, amenazas, desprecio a la víctima y asilamiento, por ejemplo. En la violencia situacional hay poco control habitual sobre la víctima, sería un control puntual en el episodio del conflicto, sin intención de un dominio más generalizado. La violencia surgiría de los problemas cotidianos de la pareja, como, por ejemplo, las relaciones con la familia de origen (que es frecuente foco de conflictos).

Estudios comunitarios muestran que la violencia más habitual es la situacional (89%), pero la más grave y que más frecuentemente llega a los Juzgados es la violencia coactiva. En muestras judiciales, el 29% de la violencia denunciada es situacional, mientras el 68% es coactiva (Muñoz y Echeburúa, 2016).

1. *¿Es posible predecir el riesgo?*

Se cree erróneamente que todos los homicidios avisan desde una historia de agresiones anteriores. Es la *perspectiva de género*, que se perfila únicamente como una violencia coactiva, en que la violencia surge en contextos de relación, con una violencia cíclica (Walker 2012), con episodios de gravedad y frecuencia creciente. Así, el homicidio es el punto de final de una trayectoria.

Asumiendo esta perspectiva, no se comprenden los «homicidios silenciosos», que son aquellos en los que se desconocía, con anterioridad a la muerte, la violencia previa en la pareja.

En base a las estadísticas, aproximadamente 7 de cada 10 feminicidios eran «homicidios silenciosos» porque no existían agresiones anteriores (4 de cada 10) o porque no se había denunciado (3 de cada 10 víctimas) (Cobo 2007).

En un 40% de los casos no había escalada de violencia previa. La violencia grave no sería el paso final de una historia. Son casos muy difíciles de predecir o de prevenir, por la ausencia de indicadores previos.

Cobo (2007) distingue tres grandes grupos de homicidios en el medio doméstico, diferenciados entre sí:

- a) Un grupo en el que la muerte homicida es el final de un largo proceso cognitivo y emocional del agresor, que parte de una idea fija que rumia de forma prolongada. Las rumiaciones pueden ser pensamientos ocultos o pensamientos verbalizados y compartidos, pero se acaban convirtiendo en una obsesión compulsiva que culmina con el paso al acto homicida.
- b) El homicidio no está pensado ni planificado, sino que es un acto impulsivo que surge desde la psicopatología del agresor: un trastorno de la personalidad, el deterioro cognitivo, el consumo de drogas, o la violencia como forma de relación, por ejemplo.
- c) Un tercer grupo que sería una forma mixta de las dos variedades previas.

Parece factible predecir los casos de violencia conocida, los casos con historial criminal y violento previo: los «crímenes con historia».

Valorar el riesgo es hacer una predicción de la posibilidad de repetición futura de una conducta violenta contra la pareja, es dar una opinión con fundamento empírico, basada en la evaluación sistemática de las variables, vinculadas empíricamente con una mayor probabilidad de esas conductas violentas. Esas variables son lo que se denominan «factores de riesgo», y son la principal fuente de información para esta valoración.

Un factor de riesgo es cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión. La valoración del riesgo de futura violencia es una tarea preventiva que no necesita conocer cuáles son las causas últimas de la violencia. Se basa en la información empírica obtenida mediante metodologías científicas sobre los factores de riesgo asociados a la violencia (especialmente relacionados con el agresor, pero también con la víctima y los factores asociados a la propia relación).

España cuenta con herramientas de predicción de riesgo desde entornos policiales y médico-forenses.

En la predicción de la violencia de pareja existirían dos objetivos diferentes, aunque solapados: la evaluación de reincidencia de violencia o la estimación del riesgo de violencia grave o feminicidio. La mayor parte de las herramientas estiman la violencia de manera general, sin especificar (SARA, B-SAFER, EPV-R O VPR), y es el profesional que la realiza el que debe de decidir el nivel de violencia que estima.

El Danger Assessment (DA) (Campbell, Webster y Glass, 2009) evalúa de manera específica la violencia letal. Las investigaciones de Campbell indican que el riesgo de homicidios de pareja se relaciona con la historia previa de maltrato, la ruptura de la relación, el acoso, abuso de sustancias, enfermedades mentales y el acceso a armas (Campbell, 2012). Los celos, la ruptura de la relación y el control del agresor son factores motivacionales comunes en el homicidio de género (Elisha et al 2010).

En cualquier caso, los casos de violencia conocidos o denunciados, permiten una exploración y prevención del riesgo de homicidio, no así los casos de violencia «sin historia».

En base a las denuncias se estima un 14% de reincidencias y un 0,04% de casos que derivan en un homicidio de pareja. La baja prevalencia de estos fenómenos, especialmente de los feminicidios hacen muy difícil su predicción y evitación (Gonzalez- Alvarez, 2018).

Desde el año 2000, la Ertzaintza cuenta con protocolos propios para prevenir el maltrato hacia las mujeres, y con la guía EPV-R (Echeburua et al., 2010). Esta guía parte de datos de 1.081 hombres denunciados por sus parejas/ex-parejas y son la totalidad de los casos denunciados en las Comisarias de la Ertzaintza del País Vasco en 2005-2006. Es una investigación elaborada con la información criminalística obtenida por los agentes.

2. ¿Qué es el juicio profesional estructurado?

Las valoraciones del riesgo pueden hacerse con:

- a) Juicio clínico no estructurado: es la opinión personal de un profesional, basada en una opinión subjetiva y su experiencia profesional. Es el llamado «ojo clínico», sujeto a una elevada variabilidad interjueces. Su validez estimada no es superior al efecto del azar.
- b) Métodos actuariales: Son formas de valoración basados en la investigación sobre los factores de riesgo vinculados a la violencia. Los factores de riesgo que demuestran una mayor capacidad predictiva se seleccionan y combinan, con cálculos mate-

máticos y la metodología estadística. La persona a estudio se compara con la muestra de referencia y se le otorga una estimación numérica o probabilística sobre la probabilidad de reincidencia futura.

Dentro de las herramientas actuariales se encuentra la Guía EPV-R, el protocolo Sara y el VPR.5 y VPER.5 del sistema Viogén.

- c) Juicio profesional estructurado, surgido de la conjunción de ambos métodos anteriores, que combina el uso de una herramienta actuarial con el juicio del profesional que evalúa el caso y conoce las peculiaridades de cada paciente y caso concreto.

IV. Tipologías de maltratadores y de homicidas

La experiencia clínica muestra que no todos los agresores obedecen a un mismo perfil. No podemos equiparar a los maltratadores psicológicos con los feminicidas, porque es más que probable que compartan pocas características.

Han surgido muchas investigaciones para conocer las tipologías de hombres. Por un lado se han estudiado a los maltratadores de pareja y por otro se ha caracterizado a los homicidas o feminicidas.

La comparación entre hombres violentos en programas de tratamiento, con hombres condenados por homicidio en Inglaterra (Dobash *et al.*, 2007) muestra que solo el 59% de los homicidas eran previamente violentos con su pareja.

Las investigaciones muestran que no hay una población homogénea de personas que cometen casos de violencia de género, ni de homicidios de pareja.

El feminicidio es un fenómeno complejo, multidimensional y multicausado, en donde no tiene porqué aparecer violencia previa en la relación, ni signos de alteraciones psicológicas o conductuales en los agresores.

La investigación actual se centra en a) documentar indicadores de riesgo específicos de feminicidio, y b) establecer tipologías que ayuden a caracterizar a los diferentes feminicidas, por si ayudan a identificarlos precozmente y así prevenir los casos, además de ayudar a diseñar intervenciones con los agresores condenados (Gonzalez Alvarez *et al.* 2018).

1. Maltratadores

Una de las clasificaciones más aceptadas de maltratadores de pareja, es la de Holtzworth-Munroe and Stuart (1994) que los clasifica en tres tipos:

- a) *Solo violentos dentro de la familia*. No suelen agredir a personas ajenas a la familia, tienen un bajo nivel de ansiedad y depresión y su violencia suele asociarse al uso del alcohol. Pueden tener rasgos de personalidad pasiva, dependiente y obsesiva (Hamberger y Hastings, 1986). Suelen arrepentirse después de un episodio violento y critican el uso de la violencia.
- b) *Los disfóricos o borderline*, con un perfil medio-alto de violencia, que puede ser física, psicológica y sexual. Ejercen un alto abuso psicológico de su víctima, y se suele sentir insatisfecho en su relación de pareja. Pueden dirigir la violencia contra la pareja y otros miembros de la familia o fuera de ella. Exhiben rasgos de personalidad borderline: impulsividad, inestabilidad emocional e irascibilidad, oscilan entre el control y el enfado extremo. Suelen mostrar un mayor nivel de ansiedad y depresión, celos y una importante presencia de ideación suicida. Es el que menos actúa bajo la influencia del alcohol y/o drogas.
- c) *Violentos dentro y fuera de la familia o antisociales*, tienen un perfil de violencia muy generalizada, con muestras de una violencia más severa. Hacen uso de una violencia instrumental (una violencia fría y planificada) para obtener sus deseos o liberarse de la frustración. Pueden abusar de su pareja y de sus hijos y tienen un largo historial criminal. Pueden tener un bajo nivel de ansiedad y angustia y una actitud muy negativa o indiferente hacia su pareja.
- El 50% de los maltratadores estarían en la categoría (a), el 25% dentro de la categoría (b) y el otro 25% dentro de los violentos/antisociales.

Desde este modelo, los que ejercen una violencia únicamente en el ámbito familiar (a), tienen una baja probabilidad de reincidencia, que es moderada en el caso de los borderline/disfóricos (b), y alto riesgo de reincidencia en los violentos en general/antisociales (c).

Cavanaugh and Gelles (2005) clasifican a los maltratadores usando tres dimensiones (a) severidad y frecuencia de la violencia, (b) historial delictivo y (c) psicopatología. A partir de estas dimensiones identifica tres tipos: (1) agresores con bajo perfil de riesgo, (2) agresores con un perfil medio de riesgo y (3) agresores de alto riesgo.

Los maltratadores de bajo riesgo, ejercen una violencia menos severa y poco frecuente y tienen una baja psicopatología. Los maltratadores de riesgo medio serían aquellos de exhiben un moderado nivel de gravedad y frecuencia de la violencia y una moderada presencia de patología mental. Por último, los agresores de pareja de alto riesgo serían

los que muestran una violencia severa y muy frecuente. Poseen rasgos psicopáticos de personalidad o patologías mentales severas, además de una historia criminal. La severidad de la violencia se relaciona con los rasgos psicopáticos de personalidad.

Fowler and Westen (2011) diferencian tres tipos de agresores: (a) Tipo I psicopáticos, (b) Tipo II hostiles/controladores y (c) Tipo III dependientes/bordeline.

2. *Feminicidas*

Al igual que se tiende a ver muestras uniformes de maltratadores, con los homicidas pasa lo mismo. Pero se ha comprobado en las investigaciones que no todos los feminicidas son iguales.

No hay consenso sobre las características de los homicidas de pareja. Loinaz *et al.* (2018) encuentran que los homicidas de pareja se parecen más a otros homicidas de mujeres (que no son su pareja) que a los maltratadores, que ejercen violencia física o psicológica.

Si se compara a los homicidas de pareja con los homicidas generales (no domésticos), parece que tienen una mayor normalidad sociodemográfica, son más convencionales y adaptados, cuentan con un mayor nivel educativo y una mejor situación social y laboral, ausencia de antecedentes policiales y judiciales. Tienen una edad media superior a otros homicidas, cuentan con una mayor incidencia de enfermedades mentales y se suicidan más.

Se ha encontrado que los homicidas de pareja tienen menos características antisociales de personalidad y más trastornos mentales de tipo psicótico y del estado de ánimo, suelen consumir alcohol durante la agresión, las pruebas neuropsicológicas indican puntuaciones más bajas en inteligencia general y cierto déficit en las funciones ejecutivas (Hanlon, Brook, Demery y Cunningham, 2015). Los celos extremos son indicadores de alta letalidad cuando se expresan mediante acusaciones de infidelidad, con mensajes del tipo «si no puedo tenerte nadie puede» y «no puedo vivir sin ella» (Koziol-McLain *et al.*, 2006).

Se han propuesto tipologías de homicidas de pareja. Kivisto (2015), por ejemplo, ha desarrollado una tipología preliminar focalizada en variables demográficas, psiquiátricas y motivación del acto homicida. Propone cuatro perfiles de homicidas: el mentalmente enfermo, el subcontrolado/disregulado, el maltratador crónico de pareja y el tipo supercontrolado/catatímico.

Las personas supercontroladas niegan su ira y acumulan frustraciones e ira hasta que explotan

El tipo (I) *mentalmente enfermo* muestra enfermedades mentales graves y una mínima historia de violencia de género o abuso de sustancias. Suelen ser de una edad superior a las de otros tipos de homicidas.

Los homicidas Tipo (II) de *bajocontrol/disforicos* presentan trastornos de ansiedad y de afectividad. El homicidio es secundario a su miedo al abandono y a los celos. Pueden tener trastornos de personalidad severos y son frecuentes las antecedentes de consumos de alcohol y/o drogas. Tienen un riesgo aumentado de suicidios tras el homicidio.

El homicida Tipo (III) o *maltratador crónico* se caracteriza por un perfil de personalidad antisocial o narcisista y suelen ser violentos dentro y fuera de la familia. El acto homicida suele ser motivado por el abandono de la pareja y puede ampliar el acto, matando a la actual pareja de su víctima u otros familiares.

Por último, el homicida Tipo (IV) el *supercontrolado/catatímico* es el más adaptado y funcional. Suelen tener una normalidad sociodemográfica: suele tener trabajo, mínima o inexistente historia delictiva previa y es más prevalente el trastorno de la personalidad por dependencia.

Los estudios también enfatizan la importancia de la enfermedad mental en los feminicidios (Kivisto, 2015 y Abreu, Barker y Bedford, 2017). Aguilar- Ruiz (2018) ha analizado las patologías mentales en homicidas, a través de las sentencias judiciales. Ha encontrado: 49,5% mostraban trastornos neuróticos vinculados al estrés, el 16,5% trastornos asociados al consumo de alcohol/drogas, el 14,6% esquizofrenia y trastornos psicóticos, el 9,7% trastornos de personalidad, el 7% trastornos afectivos y un 2,9% trastornos mentales orgánicos.

Con estas cifras, el 50% de los homicidas vinculados a una patología mental muestran formas leves de patología, lo que les acerca a la normalidad.

V. Unidades de Valoración Forense Integral y valoración del riesgo

La valoración médico-forense de agresores y de víctimas de violencia de género, en la provincia de Bizkaia, se hace en dos tiempos:

- En funciones de guardia: Las hacen los médicos forenses de guardia. Es un trabajo compartido, independientemente de la capacitación profesional de cada uno.
- De manera programada, en las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) y únicamente por los médicos-forenses expertos en psiquiatría, con el concurso de los Trabajadores sociales y los psicólogos.

En la guardia se hacen determinaciones del daño físico en la víctima y una exploración general del agresor, según la petición judicial. La valoración del daño psíquico o emocional es más complejo; normalmente, cuando estamos ante una víctima, ésta presenta un quebranto emocional, siendo habitual las muestras de tristeza, llanto, ansiedad o angustia. Sin embargo, no sabemos cuál va a ser la entidad de esta clínica. Es posible que responda a variables situacionales, tal que la víctima se recupere emocionalmente en un breve espacio de tiempo. En otras ocasiones, por el contrario, la víctima mostrará una clínica persistente de alteración emocional que afectara a su bienestar o capacidad de respuesta ante requerimientos laborales, sociales y familiares. En este último caso nos encontraríamos ante el auténtico daño psíquico.

En la guardia, es imposible precisar, salvo en situaciones excepcionales, cuál va a ser la evolución clínica del estado emocional. Se reserva a exploraciones programadas en la UVFI si existe un auténtico daño psíquico de la víctima.

La valoración psíquica-forense, tanto de víctimas como de agresores, se hacen en las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) creadas a partir de la Ley 1/2004. Las UVFIs son órganos de carácter pericial dependientes de los servicios clínicos de los IML (Institutos de Medicina Legal). Son multidisciplinares, formados por trabajadores sociales, psicólogos y médicos que evalúan desde un punto de vista bio-psico-social a los actores de la violencia.

La UVFI de Bizkaia se crea mediante la Resolución de 4 de febrero de 2009, de la Directora de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se adscriben las funciones de las Unidades de Valoración Forense Integral, reguladas en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 1/2004, Integral de Medidas contra la Violencia de Género, a los Servicios de Clínica del Instituto Vasco de Medicina Legal.

Una (UVFI) debería:

1. Evaluar a los protagonistas: víctimas directas e indirectas de la violencia y a los investigados como maltratadores.
2. Estudiar los factores y dinámicas determinantes de la violencia, para lograr un conocimiento profundo de las causas mediatas e inmediatas de lo ocurrido en cada caso concreto.
3. Evaluar los factores de riesgo de futuros actos de violencia.

Si bien la determinación de a quien se valora y el contenido de la pericia, quedan a criterio jurídico, las valoraciones periciales en la UVFI de Bilbao son integrales, en cuanto que se intenta evaluar a los dos actores del proceso: agresor y víctima, por los mismos profesionales. Cada paciente es evaluado, sucesivamente, por el trabajador social, el psicológico y el mé-

dico-forense, que elaborarán un informe conjunto con conclusiones independientes pero coherentes. Cada profesional interviene de manera aislada, con entrevistas personales pero con información compartida

1. La UVFI de Bilbao

En el año 2011, el Ministerio de Justicia, elabora el Protocolo Forense de Evaluación Urgente del Riesgo, especificando que son evaluaciones a realizar siempre bajo petición judicial, dentro del reconocimiento pericial de los agresores, desde el rigor científico. En las valoraciones urgentes se recomienda la aplicación de guías heteroaplicadas y concretamente la guía EPV-R (Echeburua *et al.*, 2010).

En la Clínica Forense de Bilbao y en funciones de guardia, no realizamos valoración de riesgo de reincidencia de violencia. La valoración del riesgo, aunque se cuente con guías, debe de hacerse con información de calidad y de fuentes complementarias. Esta información no siempre está disponible para el médico-forense; los datos disponibles pueden ser muy limitados.

Por otro lado, las víctimas de violencia vienen, en su mayoría, ya valoradas por la policía que ha prefijado un nivel de riesgo, utilizando el mismo instrumento que se sugiere aplicar por el médico-forense.

Las guías de riesgo (como la EPV-R) tienen una apariencia de sencillez y facilidad de aplicación, pero puede ser engañoso. En su aplicación, la Ertzaintza no usa preguntas directas a las víctimas, sino que se han elaborado guías de preguntas indirectas, que son utilizadas por el profesional preparado o por una aplicación informática, para rellenar los ítems de las guías. Los médicos forenses no tenemos estas herramientas informáticas y hacemos un uso directo de la guía y con información parcial porque es una herramienta policial y como tal saturada de información criminalística, ajena a los forenses

En escasísimas ocasiones, la aplicación repetida del instrumento determinaría un valor añadido. Sin embargo, si el Juzgado de violencia lo solicita, se hace una aproximación al diagnóstico desde la identificación de los factores de riesgo más relevantes.

Cuando se establece el protocolo forense de valoración del riesgo en el 2011, la UVFI comienza a realizar valoraciones de riesgo a partir de los ítems de las distintas herramientas disponibles: que eran el protocolo SARA, el Danger Assessment de Campbell y la guía EPV, ya que compartían muchos ítems de riesgo.

Sin embargo, el uso de estos ítems no era cuantitativo sino únicamente cualitativo a partir de una puesta en común de los hallazgos pe-

riciales de los tres profesionales involucrados. Es la conclusión final del informe pericial del agresor. Se trataba de una forma de trabajar ideográfica, a partir del análisis en profundidad e integral de cada caso. Se introdujeron en el estudio items relevantes sobre circunstancias de la relación e items de la víctima, obtenidos con la evaluación integral del caso.

La razón de esta metodología estaba en que las herramientas heteroaplicadas son de uso policial y por ello saturadas con información criminalística que es más periférica para el interés forense.

Nosotros, en nuestras entrevistas diarias, disponemos de abundante información médica y concreta de los pacientes, no recogida en los protocolos y de alto interés en la pericia. Inicialmente damos valor prioritario a la información obtenida en las entrevistas periciales y por ello no utilizábamos cuantitativamente las guías disponibles.

Sin embargo, a finales del 2018, iniciamos un proceso de reflexión interna, propio del método científico y el quehacer médico, que desecha las certezas. Esto permite avanzar en el conocimiento, a partir de la autocrítica y cuestionamiento constante. En este proceso reflexivo consideramos que debemos trabajar de manera protocolizada, estando a la altura de las últimas investigaciones y adecuando el trabajo a las últimas fuentes del conocimiento. Buscamos también una seguridad jurídica en nuestro trabajo, que apoyado de los conocimientos adquiridos demuestre un rigor y profesionalidad necesaria.

Comenzamos a trabajar desde el 1 de enero del 2019, con el juicio profesional estructurado, utilizando como base la guía EPV-R reformulado con el análisis de la información crítica obtenida en las entrevistas.

La valoración del riesgo se ha convertido en la conclusión final en todas las valoraciones del riesgo de agresores, en casos de violencia de género en las que intervenimos los tres profesionales.

Las valoraciones del riesgo se plantean dentro de las exploraciones de los agresores, no de la víctima (aunque variables de la víctima son relevantes y se utilizan en el juicio profesional estructurado).

Actualmente, hacemos la valoración del riesgo de manera rutinaria, independiente de que exista una petición concreta por parte del jurista. Nos parece importante la estimación del riesgo, sobre todo en los casos en los que identificamos factores de riesgo críticos vinculados a la violencia grave y/o letal. Entendemos que es nuestra obligación la inclusión de una valoración a este respecto, y será posteriormente el jurista el que valore o no su interés, en la toma de decisiones.

La no inclusión del riesgo en casos, en que no haya sido solicitada, pero en la que nosotros percibimos la posibilidad de una reincidencia de violencia podría ser considerada una situación de malpraxis profesional.

La UVFI de Bilbao se ocupa de los casos de violencia de género y de violencia intrafamiliar, recogido por la Memoria de la Fiscalía de Bilbao, ya que la intervención de la UVFI resulta de interés para apreciar la habitualidad del delito.

2. Memoria de UVFI 2018

Los datos del año 2018 sobre la actividad de la UVFI muestran que se han solicitado mediante oficio valoraciones en 436 casos. Un caso es cada expediente judicial con solicitud de pericia, integrado con una o más personas a valorar. La variación en el tiempo del número de solicitudes, no correlaciona con la evolución de la violencia en la sociedad, sino con variables judiciales.

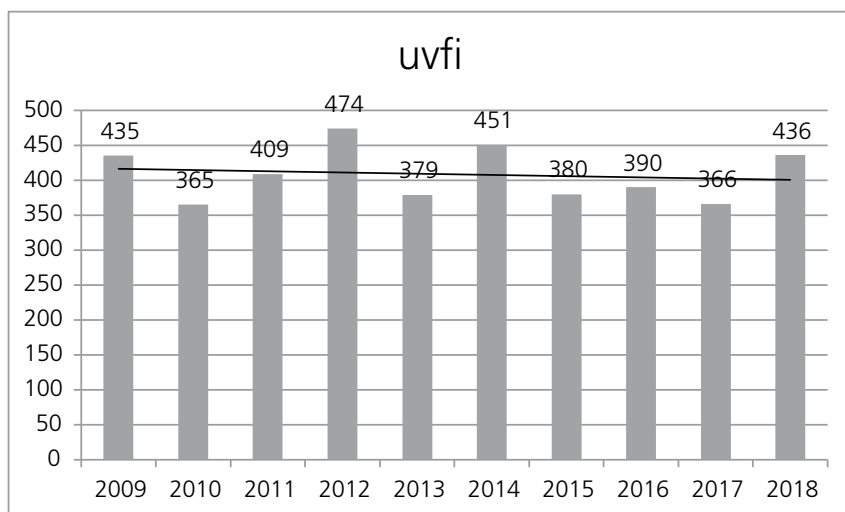


Figura 1. Expedientes UVFI-año

De los 436 casos se han realizado periciales, en el año 2018, sobre 454 adultos. Quedan fuera de esta contabilidad los datos de las personas que no han acudido a las pericias habiendo sido citadas y que representan un 15-20% de los casos (es una debilidad de este análisis).

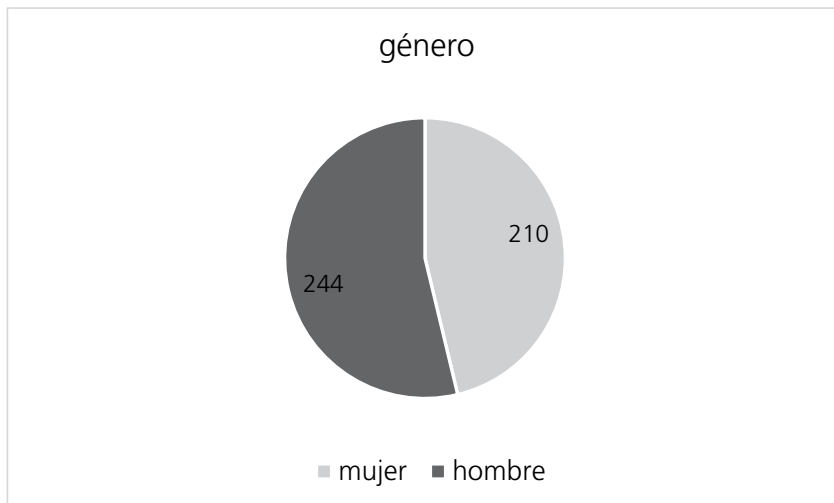


Figura 2. Género de los pacientes valorados (2018)

Se han evaluado 210 mujeres (45%) y 244 hombres (53,5%). Es estadísticamente significativa la relación entre género y tipología pericial (agresor-víctima) (Figura 2). Las mujeres son el 85,4% de las víctimas de violencia (N= 176), mientras que los hombres son el 93,8% de los agresores (N= 226). En un 2,2% de los casos (N= 10) hay denuncias cruzadas entre los miembros de la pareja, ambos son agresor-víctima.

La edad media es de 41 años en el hombre y 40 años en la mujer.

El 75,4% de los casos corresponden a procedimientos de violencia contra la mujer (N=346), mientras que un 22,7% (N= 104) son procedimientos de violencia doméstica, donde la figura del agresor es variada y puede corresponder a un padre, un hijo o un hermano, por ejemplo.

El 73,6% de los pacientes tienen la nacionalidad española, mientras que el resto son inmigrantes, especialmente de centro y Sudamérica. La población inmigrante está sobrerrepresentada en la muestra a estudio, dado que la proporción de inmigrantes en Bizkaia, en 2018, se estima en un 8,8% (www.lkuspegi.eus).

Se han analizado pericialmente variables sociodemográficas, psicológicas y psicopatológicas de los pacientes, por cada uno de los profesionales intervinientes: trabajador social, psicólogo y médico-forense. Si

bien cada paciente es evaluado por los tres profesionales, hay una intervención diferencial de cada profesional según circunstancias del paciente y las demandas judiciales.

En N= 181 casos (86,2%) se denuncia violencia psicológica, 61,4% (N= 129 casos) violencia física, 11,4% (N= 24 casos) violencia sexual y en 17,6% (N=37 casos) violencia económica (Figura 3). No se trata de violencias excluyentes, sobre una misma víctima puede haber más de un tipo de violencia. La violencia psicológica es un fenómeno prácticamente universal, que se combina o no, con otros tipos de violencia. Coexiste con la violencia física en un 69% de los casos y con la sexual en un 12% (N=38).

Otro dato a destacar es que sobre 150 agresores hay impuesta una orden de alejamiento, que se quebranta en un 49% de las ocasiones (N=71).

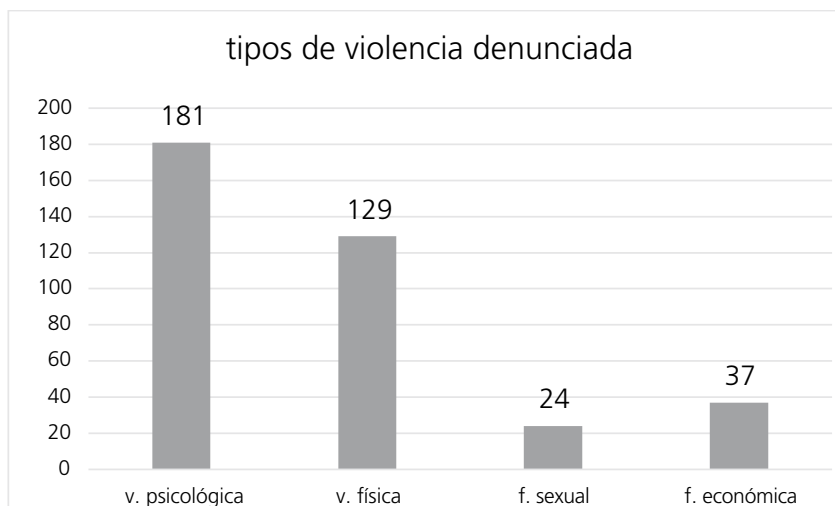


Figura 3: tipos de violencia

Analizada la relación entre agresores y víctimas, predomina, por frecuencia, las denuncias contra exmarido y expareja, lo que sugiere la persistencia de la violencia tras la interrupción de la relación (41,4%).

En los agresores, se ha diagnosticado un Trastorno por consumo de tóxicos en un 39% de los casos (Figura 4)

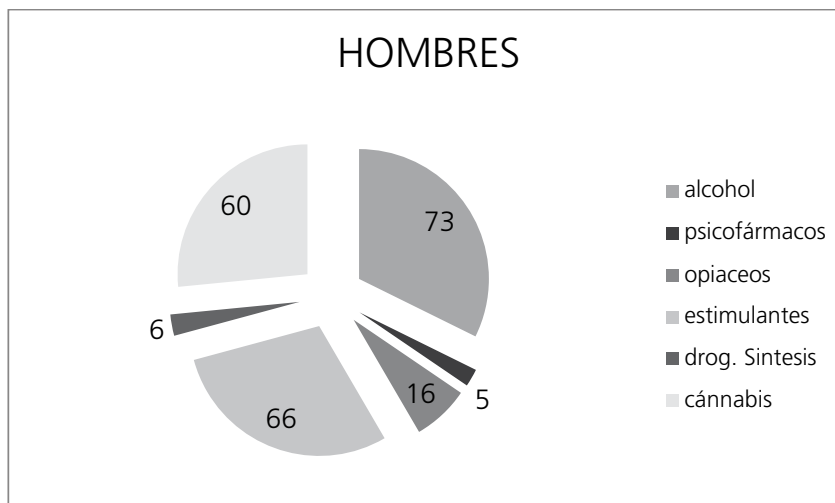


Figura 4: drogas consumidas por los agresores

VI. Conclusiones

La anticipación de hechos poco frecuentes (como el homicidio de pareja) es muy difícil y complicada y está sujeta a un elevado nivel de error, sobre todo cuando no existen indicios previos de violencia o de denuncia.

En España se ha creado un Equipo de Revisión Pormenorizada de Homicidios de Pareja en el Contexto de la Violencia de Género (EHVdG), para analizar en profundidad cada caso de feminicidio y los factores de riesgo de la víctima, del victimario, de la dinámica relacional y del contexto socio-cultural. Se estudian los factores determinantes de que una persona en concreto (agresor) perpetre una conducta de tal gravedad (asesinato, consumado o tentativa) contra su pareja en un momento espacio-temporal determinado y con un modus operandi concreto.

En el Equipo se han incorporado expertos en violencia de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de Instituciones Penitenciarias, expertos del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, de la Unidad de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía y del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, así como al colectivo de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio de Justicia (Gonzalez *et al.* 2018).

Es deseable un protocolo similar en la CAPV, o la integración comunitaria en el Protocolo Español. Este conocimiento más exhaustivo

permitiría un acercamiento más concreto a los factores de riesgo del homicidio, sobre todo en los casos «silenciosos» y al análisis crítico del funcionamiento de las instituciones. Puede ser necesario introducir cambios en la asistencia y trabajo institucional prestado a la víctimas y a los victimarios. Solo desde el conocimiento puede avanzarse en la prevención de la violencia.

Pero hay que concluir que anticipar un hecho muy improbable es muy difícil. Se usa la metáfora del cisne negro «sucesos improbables con consecuencias importantes, cuyas explicaciones a posteriori no tienen en cuenta el azar y solo buscan encajar lo imprevisible en un modelo perfecto» (Taleb, 2007).

VII. Bibliografía

- ABREU, V., BAKER, E. y BEDFORD, R. (2017). «Method of homicide and severe mental illness: A systematic review». *Aggression and Violente Behavior*, 37, pp. 52-62. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2017.09.007>
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2014). *Violence Against Women: An EU Wide Survey, Main Results (Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE)*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo
- AGUILAR-RUIZ, R. (2018). «Tipologías de feminicidas con trastorno mental en España». *Anuario de Psicología Jurídica*, 28, pp. 39-48. <https://doi.org/10.5093/apj2018a4>
- BREKKE J.S., PRINDLE C., WOO BAE S., et al. (2001), «Risk for individuals with schizophrenic who are living in the community». *Psychiatric services*, 52, pp. 1358-1366.
- CAMPBELL, J., WEBSTER, D. y GLASS, N. (2009). «The danger assessment: Validation of a lethality risk assessment instrument for intimate partner femicide». *Journal of Interpersonal Violence*, 24, pp. 653-674. <https://doi.org/10.1177/0886260508317180>
- CAVANOUGH, M. M., GELLES, R. J. (2005). «The utility of male domestic violence offender typologies: New directions for research, policy, and practice». *Journal of Interpersonal Violence*, 20, pp. 155-166. <https://doi.org/10.1177/0886260504268763>
- COBO, J. A. (2007). *La prevención de la muerte homicida doméstica: un nuevo enfoque*. Aragón: Publicación de El Justicia de Aragón
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2015). *Macroencuesta de violencia contra la mujer*. Madrid, España: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- DOBASH, R. E., DOBASH, R. P., CAVANAGH, K. y Medina-Ariza, J. (2007). «Lethal and nonlethal violence against an intimate female partner». *Violence Against Women*, 13, 329-353. <https://doi.org/10.1177/1077801207299204>

- DORANDEU Anne H., PAGÈS Cheryl A., SORDINO M-C. *et al.* (2006). «A case in south-eastern France: A review of drug facilitated sexual assault in European and English-speaking countries». *Journal of Clinical Forensic Medicine* 13, pp. 253-261.
- DOWNS, W. R. (2001). *Alcohol problems and violence against women: Report of summary findings* (Doc. No. 188267), Washington, DC: U.S. Department of Justice
- DU MONT, J.; MACDONALD, S.; RORBAD N. *et al.* (2009). *Factors associated with suspected drug-facilitated sexual assault*. CMAJ. March 3 180(5).
- ECHEBURÚA E. (2019). «Sobre el Papel del Género en la Violencia de Pareja contra la Mujer». *Anuario de Psicología Jurídica*, 29, pp. 77-79.
- ECHEBURÚA, E., AMOR, P. J., LOINAZ, I. y DE CORRAL, P. (2010). «Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la pareja-Revisada (EPV-R)». *Psicothema*, 22, pp. 1054-1060.
- ELISHA, E., IDISIS, Y., TIMOR, U., ADDAD, M. (2010). «Typology of intimate partner homicide: personal, interpersonal, and environmental characteristics of men who murdered their female intimate partner». *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54, pp. 494-516. <https://doi.org/10.1177/0306624x09338379>
- EIGE (2013). *Gender Equality Index Report (Informe sobre el Índice de Igualdad de Género)*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en: <http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/Gender-Equality-Index-Report.pdf>
- ENGSTROM, M., EL-BASSEL, N., GILBERT, L. (2012). «Childhood sexual abuse characteristics, intimate partner violence exposure, and psychological distress among women in methadone treatment». *Journal of Substance Abuse Treatment*, 43(3), pp. 366—376. doi:10.1016/j.jsat.2012.01.005
- ERIKSSON, L. y MAZEROLLE, P. (2013). «A general strain theory of intimate partner homicide». *Aggression and Violent Behavior*, 18, pp. 462-470. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2013.07.002>
- ESBEC E., ECHEBURÚA E. (2019) *Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses Actas Esp Psiquiatr 2010*, 38(5), pp. 249-261 <https://www.actapsiquiatria.es/repositorio/11/67/ESP/11-67-ESP-500-600-527693.pdf>
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA) (2014). *Violence against women: an EU-wide survey*. Retrieved from http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf
- FOWLER, K. A., WESTEN, D. (2011). «Subtyping male perpetrators of intimate partner violence». *Journal of Interpersonal Violence*, 26, pp. 607-639. <https://doi.org/10.1177/0886260510365853>.
- GONZÁLEZ-ÁLVAREZ J. L., LÓPEZ-OSSORIO J. J., RUBIO F., ISIDORO J. S, SANTOS-HERMOSO J., SOLER PRIETO (2018). *Avance de resultados del estudio nacional de revisión de los feminicidios en España: perfil del feminicida en prisión*. En X Jornadas ATIP de Almagro.

- GONZÁLEZ CASES J. C. (2011). *Violencia en la pareja, hacia mujeres con trastorno mental grave*. Tesis Doctoral. Departamento de Especialidad médicas. Universidad de Alcalá
- GONZÁLEZ, J. L., GARRIDO, M.^a. J., LÓPEZ, J. J., MUÑOZ, J. M., ARRIBAS, A., CARBAJOSA, P. y BALLANO, E. (2018). «Revisión pormenorizada de homicidios de mujeres en las relaciones de pareja en España». *Anuario de Psicología Jurídica*, 28, pp. 28-38. <https://doi.org/10.5093/apj2018a2>
- GONZÁLEZ-TORRES, M.A., ORAA R., ARISTEGUI M., FERNÁNDEZ-RIVAS A., GUIMÓN J. (2006). *Stigma and discrimination towards people with schizophrenia and their family members. A qualitative study with focus groups*. Soc Psychiatry Psychiatr Epidemiol DOI 10.1007/s00127-006-0126-3.
- GUACIMARA RODRÍGUEZ, CAMACHO J., RODRIGO M. J., MARTÍN J.C. y MAIQUEZ M.L. (2006). «Evaluación del riesgo psicosocial en familias usuarias de servicios sociales municipal». *Psicothema*. vol. 18, n.º 2, pp. 200-206
- HALL J., GOODALL E.A., MOORE T. (2008). «Alleged drug facilitated sexual assault (DFSA) in Northern Ireland from 1999 to 2005. A study of blood alcohol levels». *Journal of forensic and Legal Medicine*, 15, pp. 497-504.
- HANLON, R., BROOK, M., DEMERY, J. y CUNNINGHAM, M. (2015). *Domestic homicide. Neuropsychological profiles of murderers who kill family*.
- HOLTZWORTH-MUNROE, A., STUART, G. L. (1994). «Typologies of male batterers: Three subtypes and the differences among them». *Psychological Bulletin*, 116, pp. 476-497. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.116.3.476>
- INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES (2003). *Población con enfermedad mental grave y prolongada*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- KIVISTO, A. J. (2015). «Male perpetrators of intimate partner homicide: A review and proposed typology». *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, 43, pp. 300-312.
- KOZIOL-MACLAIN, J., WEBSTER, D., MCFARLANE, J., BLOCK, C., ULRICH, Y., GLASS, N. y CAMPBELL, J. (2006). «Risk factors for femicide-suicide in abusive relationships: Results from a multisite case control study». *Violence and Victims*, 21, pp. 3-21. <https://doi.org/10.1891/0886-6708.21.1.3>
- KRUG, E., DAHLBERG, L., MERCY, J., ZWI, A. y LOZANO, R. (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud* (publicación científica y técnica, 588). Washington, DC: Organización Panamericana de la Salud.
- LA FLAIR, L. N., BRADSHAW, C. P., STORR, C. L., GREEN, K. M., ALVANZO, A. A. H., CRUM, R. M. (2012). «Intimate partner violence and patterns of alcohol abuse and dependence criteria among women». *Journal of Studies on Alcohol and Drugs*, 73(3), pp. 351-360.
- LIEM, M. y ROBERTS, D. (2009). «Intimate partner homicide by presence or absence of a self-destructive act». *Homicide Studies*, 13, pp. 339-354. <https://doi.org/10.1177/1088767909347988>.
- LOINAZ, I., MARZABAL, I., and ANDRÉS-PUEYO, A. (2018). «Risk factors of female intimate partner and non-intimate partner homicides». *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 10, pp. 49-55. <https://doi.org/10.5093/ejpalc2018a4>

- LÓPEZ-OSSORIO, J. J., CARBAJOSA, P., CEREZO-DOMÍNGUEZ, A. I., GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J. L., LOINAZ, I. y MUÑOZ-VICENTE, J. M. (2018). «Taxonomía de los homicidios de mujeres en las relaciones de pareja». *Psychosocial Intervention*, 27, pp. 95-104. <https://doi.org/10.5093/pi2018a11>
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2011). *Protocolo médico-forense de valoración urgente del riesgo de violencia de género*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-medicoforense-de-valoracion-urgente-del-riesgo-de-violencia-de-genero>
- MUÑOZ, J. M. y ECHEBURÚA, E. (2016). «Diferentes modalidades de violencia en la relación de pareja: implicaciones para la evaluación psicológica forense en el contexto legal español». *Anuario de Psicología Jurídica*, 26, pp. 2-12. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2015.10.001>
- NATHANSON, A. M., SHOREY, R. C., TIRONE, V., RHATIGAN, D. L. (2012). «The prevalence of mental health disorders in a community sample of female victims of intimate partner violence». *Partner Abuse*, 3(1), 59-75. doi:10.1891/1946-6560.3.1.59.
- OSAKIDETZA (2019). *Protocolo de actuación para profesionales de la salud. Ante la violencia de género y las agresiones sexuales en Euskadi*. Disponible web: www.osakidetza.euskadi.eus
- RIVERA, E. A., PHILLIPS, H., WARSHAW, C., LYON E., BLAND, P. J., KAEWKEN, O. (2015). *An applied research paper on the relationship between intimate partner violence and substance use*. Chicago: National Center on Domestic Violence, Trauma & Mental Health,
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, A., ALMENDROS, C., ESCATÍN, J., PORRÚA, C., MARTÍN-PENA, J., JAVALOY, F. y CARROBLES, J. A. (2005). «Un estudio comparativo de las estrategias de abuso psicológico: en pareja, en el lugar de trabajo y en grupos manipulativos». *Anuario de Psicología*, 36, pp. 299-314.
- SANMARTÍN, J., IBORRA, I., GARCÍA, Y. y MARTÍNEZ, P. (2010). *III Informe Internacional Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y Legislación*. Valencia, España: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- SCHNEIDER, R., BURNETTE, M. (2009). «Prevalence and correlates of intimate partner violence victimization among men and women entering substance use disorder treatment». *Violence and Victims*, 24(6), pp. 744-756. doi:10.1891/0886-6708.24.6.744
- SPECIAL EUROBAROMETER 449 - (2016). *Gender-based violence*. Report Survey requested by the European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers and co-ordinated by the Directorate-General for Communication
- STUART, G. L., MOORE, T. M., ELKINS, S. R., O'FARRELL, T. J., TEMPLE, J. R., RAMSEY, S. E., SHOREY, R. C. (2013). «The temporal association between substance use and intimate partner violence among women arrested for domestic violence». *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 81(4), pp. 681-690. doi:10.1037/a0032876.

- SZELI, E. y PALLASKA, D. (2004). «Violence against women with mental disabilities: the invisible victims in CEE/NIS countries». *Feminist Review*, 76, pp. 117-119.
- TALEB, N. N. (2007). *The black swan*. New York, NY: Random House.
- WALKER, L. (2012). *El síndrome de la mujer maltratada*. Bilbao, España: Desclée De Brouwer
- WAGNER, K. D., HUDSON, S. M., LATKA, M. H., STRATHDEE, S. A., THIEDE, H., MACKESY-AMITI, M. E., GARFEIN, R. S. (2009). «The effect of intimate partner violence on receptive syringe sharing among young female injection drug users: An analysis of mediation effects». *AIDS and Behavior*, 13(2), pp. 217-24. doi:10.1007/s10461-007-9309-5

Víctimas especialmente vulnerables: mujeres inmigrantes

Lourdes Lorente Diharce

Coordinadora del Servicio de Atención a la Víctima

Sumario: I. Introducción II. Sobre violencia de género III. Sobre la vulnerabilidad IV. Sobre la migración y la condición de migrante V. Aspectos bio-psico-sociales de la violencia de género VI. Los y las menores: una cuestión de edad, no de derechos VII. La utilidad de la interposición de denuncia VIII. Mujeres migrantes víctimas de violencia de género, ¿los mismos derechos? IX. Conclusiones X. Bibliografía

Resumen: En el presente trabajo se define y da contenido a conceptos como la violencia de género, la vulnerabilidad o la migración, deteniéndose en el colectivo de las mujeres como grupo vulnerable y en los sesgos que han existido tradicionalmente al no utilizar la perspectiva de género en el análisis de las migraciones. Asimismo, se apunta a la multicausalidad como origen de la violencia de género al entenderla como una compleja interacción entre factores individuales, familiares, sociales, culturales y ambientales y se hace una mención especial a los menores como víctimas, de un modo u otro, de estas situaciones así como a la cuestión relativa a la interposición de la denuncia. Todas estas reflexiones van acompañadas de referencias a casos reales que tuvieron que atender en el Servicio de Atención a la Víctima (SAV).

Palabras clave: Violencia de género, vulnerabilidad, migración, menores, denuncia.

I. Introducción

El Servicio de Atención a la Víctima, es un servicio de titularidad pública gestionado por IRSE-EBI que atiende de forma gratuita y universal a personas que viven, o sienten que viven, una victimización.

Como norma general, la victimización es un input que llega de forma inesperada, que no se busca y que no se desea, y que altera todo el proyecto de vida de la persona que la vive y también de aquellas que forman su red más cercana.

En nuestro contexto, no existe el delito de violencia de género como tal, existen y están tipificados, delitos/victimizaciones ejecutados/vividos dentro de un contexto de confianza absoluta como es la pareja y, cuando el victimario es un hombre y la victimizada una mujer —o los y las hijas—, hablamos de violencia de género.

En el SAV, actualmente, algo más del 50% de los casos que atendemos están relacionadas con la violencia de género.

La experiencia y la casuística nos indican que hay muchas y muy variadas combinaciones, todas perversas, que provocan un daño de enormes dimensiones y mayor profundidad, y que a pesar de los esfuerzos y la implicación de instituciones, servicios, profesionales de distinta índole, no hay que dar por aprendido, ni por definitivo, casi nada. La vida es una constante evolución, no hay fotos fijas.

El Servicio de Atención a la Víctima forma parte de los servicios de Cooperación con la Justicia, dependientes de la Dirección de Justicia del Gobierno Vasco. Tiene por objetivo atender de una forma integradora a aquellas personas que son victimizadas; por eso trabajamos en equipo multidisciplinar, de forma interdisciplinar, para informar, orientar, apoyar y acompañar a la persona victimizada en su proceso de recuperación, un proceso, que en ocasiones, coincide en el tiempo con el proceso penal, que en otras no coincide en absoluto e incluso, simplemente el proceso no se da.

En una revisión estadística del SAV, salta a la vista el hecho de que el 80% de las personas atendidas son mujeres, y las victimizaciones más frecuentes son: la violencia de género en su concepto penal definido por la Ley integral de 2004, las agresiones sexuales, y la violencia intrafamiliar. El 20,31% son mujeres migrantes, de las cuales, el 17,36% provienen de países diferentes a los agrupados en la Unión Europea.

Hacer una reflexión sobre migración, violencia de género y vulnerabilidad, a mi modo de ver, necesita una aproximación sobre los conceptos mismos para entender a qué nos referimos con ellos, al menos en este texto, en tanto que la diversidad de formas de nombrar a una

misma idea, la van transformando hasta convertirla en algo distinto, o en varias ideas, más o menos similares, pero no iguales.

II. Sobre violencia de género

El concepto de violencia de género, es una idea sencilla de comprender; el daño infligido a la mujer por el hecho de serlo¹; una violencia que está enraizada en la desigualdad entre hombres y mujeres, el tremendo desequilibrio existente entre unos y otras que, superempodera a los primeros y relega a las segundas a una subcategoría, cuando no las niega directamente. Agresiones² sexuales, mutilación genital femenina, matrimonios infantiles³, tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, la violencia en el ámbito de la pareja, violencia dentro de la familia...

En el Servicio de Atención a la Víctima, no hay dudas sobre lo que significa el concepto, no obstante, en nuestro contexto jurídico, la violencia de género se circunscribe a una de sus manifestaciones, la violencia ejercida y vivida dentro del marco de las relaciones de pareja, tal y como lo señala la *Ley Orgánica 1/2004*, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴:

Artículo 1. Objeto de la Ley.

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

Así pues, ha habido que adoptar esa forma de nombrar a la violencia ejercida en el ámbito de la pareja, para poder gestionar los aspectos

¹ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>; <https://unstats.un.org/unsd/gender/vaw/>, resulta interesante leer la versión en inglés, donde aparece la expresión «gender violence», para comprender que no se trata de un término generado de forma caprichosa.

² <https://nomasvg.com/informacion-sobre-violencia-de-genero/formas-y-tipos-de-violencia/>

³ <https://www.unicef.es/noticia/poner-fin-al-matrimonio-infantil-es-posible>; https://www.cuatro.com/pasaportepampliega/pampliega-bodas-menores-conveniencia_0_2728950067.html

⁴ Es la propia ley la que establece la creación y las competencias de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, donde, pesar de la denominación, se encargan de una única forma de violencia de género, quedando en la jurisdicción ordinaria aquellas otras formas que no se han producido dentro del contexto de la pareja.

materiales de apoyo de la intervención⁵. Esta ha sido, y aún es, una disonancia que vivimos, no sin frustración: tener que nombrar de forma poco precisa, para ajustarnos a la norma. Pero sin duda, para quien resulta especialmente distorsionante, es para la mujer que ha sido víctima de una forma de VG fuera del ámbito de la pareja

Esperanza llegó al SAV derivada por un servicio municipal. Hace dos años fue agredida sexualmente, cerca de su casa, por un desconocido. La victimización ha provocado que desarrolle un trastorno depresivo, lo suficientemente profundo para que tenga dificultades para llevar una vida laboral normalizada, pero según los peritajes, no tan intenso como para acogerse a alguna forma de incapacidad permanente, lo que ha derivado en una situación de desempleo de larga duración. Esperanza, está soltera, no tiene hijos/as y vive con su familia de origen.

No tiene ingresos de ninguna clase, no es susceptible de solicitar Renta de Garantía de Ingresos, no es susceptible de solicitar Renta Activa de Inserción. ... formalmente no es víctima de violencia de género «si esto no es ser víctima de violencia de género, dime tú qué es!»

La opción que se vislumbra como la única posibilidad para tratar de «reparar» es la solicitud de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Tras dos años de espera, la solicitud ha sido denegada.

III. Sobre la vulnerabilidad

Según la RAE⁶, la cualidad de vulnerable en una persona significa poder ser herida, lastimada, tanto de forma física como moralmente. Según esa definición, todo ser humano, es vulnerable, desde el mismo instante de su nacimiento. La vulnerabilidad es una característica intrínseca al ser humano. Cualquier persona, es vulnerable de una u otra manera; por dificultades físicas, económicas, sociales, de género, ... Cruz Roja Española, identificó en 2004⁷, más de 13 grupos de vulnerabilidad social y que no son excluyentes entre sí: ser mujer, emigrante, víctima de violencia de género, etc.

⁵ En concreto a lo relativo al capítulo IV sobre derechos económicos, que recoge los artículos 27 y 28 dedicados a las ayudas sociales y al acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.2 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta]

⁷ <https://www.cruzroja.es/principal/documents/16917/223102/02+VULNERABLES.PDF/f18f8e01-2e64-46a4-bd81-820c134fa6bb>

En definitiva, determinar quién es y quién no es vulnerable, no es una labor baladí, ya que tiene que estar en relación con el sistema que mide esa condición de vulnerable/no vulnerable y cómo va a compensar esa desventaja frente al resto, por tanto, es el sistema el que marca la medida de la no vulnerabilidad y de la corrección de la misma cuando se produce.

Parecería que no hay un sumario definitivo sobre lo que es considerado ser vulnerable; de los estudios, informes, la legislación vigente, etc. se desprende que una persona está en desventaja o puede estarlo, cuando no tiene ingresos suficientes, o pierde algún elemento que ya no le permite estar en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad en la que se desarrolla...en tanto que «el parámetro adecuado para determinar si un determinado grupo social es vulnerable, no es su resiliencia, sino sus posibilidades de cumplir un conjunto de condiciones sociales, económicas y espaciales (umbrales) que se asocian al bienestar»⁸

«Son vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario»⁹

Las mujeres son un numerosísimo grupo de riesgo¹⁰, en todo el mundo, también en nuestro entorno, las mujeres configuran un grupo de riesgo susceptible de convertirse en víctimas. Son grupo de riesgo durante toda la vida —en la infancia, en la edad adulta y en la ancianidad— y en muy distintos contextos desde aquellos en los que en principio tienen una función protectora, de apoyo y de ayuda mutua como son la pareja, la familia y la escuela; hasta aquellos que abiertamente suponen un peligro objetivable para las mujeres tal y como ocurre en los conflictos bélicos, determinadas costumbres o los

⁸ RUIZ RIVERA, N. (2012). «La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo». *Investigaciones geográficas*, (77), pp. 63-74. Recuperado en 13 de octubre de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-46112012000100006&lng=es&tlng=es

⁹ BELTRÃO, J. F., MONTEIRO, J. C., GÓMEZ, I., PAJARES, E., PAREDES, F., Y ZUÑIGA, Y. (2014). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. Manual. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra

¹⁰ SANMARTÍN ESPLUGUES, J., IBORRA MARMOLEJO, I., GARCÍA ESTEVE, Y., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, P. (2010). *III Informe internacional: violencia contra la mujer en las relaciones de pareja*. Valencia: Instituto Reina Sofía.

matrimonios forzados y el tráfico y la trata de personas. Las mujeres son, somos, vulnerables.

Carol acude al SAV porque está siendo acosada por su expareja y la actual pareja de aquél. Ha interpuesto varias denuncias, no sabe bien en qué fase están, está asustada, teme salir a la calle porque cree le persiguen para hacerle daño, le han amenazado en reiteradas ocasiones.

Relata que llegó a Bilbao hace cerca de dos años. Natural de Nicaragua, decidió venir con la idea de buscar un empleo y posteriormente traer a sus dos hijos, en ese momento, menores de edad, y que ha dejado al cuidado de su familia de origen.

Tras algunos meses, entra en contacto con CEAR Euskadi, y consigue un reconocimiento de asilada¹¹, entra en un programa de acogida y comienza un proceso de recuperación psicológica. Consigue un empleo de cuidadora, en régimen de interna.

Desde el SAV se le apoyó en la localización de los procedimientos que estaban abiertos, a ordenarlos, a entender la particularidad de cada uno, y en el contacto con los distintos letrados y letradas del Turno de violencia doméstica y otro, que habían intervenido en cada uno de ellos.

IV. Sobre la migración y la condición de migrante

La Organización Internacional para la Migración, a falta de una definición internacional consensuada, entiende de la siguiente manera: «Término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.¹²»

Tradicionalmente, la inmigración femenina, ha sido considerada como consecuencia directa de la masculina, al entender que eran los hombres los primeros en migrar y, que las mujeres, seguían los pasos de sus parejas.

A partir de la segunda mitad del siglo xx, Naciones Unidas, pone de manifiesto que esta visión era errónea y que era consecuencia de los ses-

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242>

¹² <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>

gos que producía la no utilización de la perspectiva de género en tanto que, la mayoría de las investigaciones fueron realizadas por hombres en un mundo creado por y para el sexo masculino y que no tuvieron en cuenta que existe otra variable, la referida al sexo: mujer. Las mujeres migrantes fueron invisibilizadas y, por ende, sus dificultades y necesidades específicas. Las mujeres migrantes, eran consideradas sujetos pasivos —seguidoras de sus maridos y parejas—, lo que suponía un enorme sesgo interpretativo de los estudios sociológicos: infravaloración de la actividad económica y la visión compartida de que son seguidoras pasivas del hombre en el proceso migratorio. Actualmente, las investigaciones sociológicas confirman que las mujeres han sido, y son, sujetos activos de la migración y es necesario tenerlas en cuenta como proyectos migratorios individuales.

Marina tiene 30 años, es natural de Ecuador, está soltera y no tiene descendencia. Decidió dejar su país de origen animada por una prima y su marido que llevan instalados en la CAV hace tiempo. Marina lleva 8 meses en Bilbao, ha estado viviendo con su prima y la familia de ésta. Su situación administrativa es irregular, con esa condición se ha «empleado» en varias casas particulares como limpiadora por horas; ha alquilado una habitación en una vivienda compartida.

Conoció a su expareja a través de su prima. La relación ha durado poco tiempo porque Marina ha detectado y reconocido conductas en su expareja, que para ella constituían un riesgo: control de movimientos, control de llamadas y mensajes de teléfono, control de las amistades, exigencias de diferente índole y amenazas de utilización de la violencia si los requerimientos no eran atendidos...

Decidió romper la relación. Su expareja, no aceptó la decisión de Marina y le ha estado acosando con llamadas y mensajes de texto (más de 15 llamadas diarias), con mensajes que recorrían todas las emociones: desde el arrepentimiento y el propósito de enmienda, hasta la rabia y la amenaza. Marina terminó denunciando la situación. En ese momento es cuando acude al SAV, derivada por la letrada del turno de violencia doméstica que le asistió.

En el momento que llega al SAV, en junio de 2019, su situación de víctima protegida está acreditada por una Orden de Protección, y por tanto cabe la posibilidad de solicitar, de forma provisional, hasta que salga la sentencia del procedimiento penal, un permiso de residencia temporal y de trabajo.¹³ Ya hay sentencia absolutoria por falta de pruebas... el permiso especial de trabajo y residencia queda anulado y se podrá abrir expediente contra Marina.

¹³ Autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de las mujeres extranjeras en situación irregular. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>. <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/informacionUtil/extranjeras/derechos/home.htm>

V. Aspectos bio-psico-sociales de la violencia de género

Aunque nos encontremos en un foro jurídico, es necesario refrescar algunas cuestiones relacionadas con la naturaleza misma del fenómeno de la violencia de género y su altísima prevalencia¹⁴, así como las dificultades de salud que genera, con lo que se ve seriamente perjudicada la actividad diaria de estas mujeres, sea cual fuere, en su cotidianidad y que, tal y como refiere la ONU, «impide el desarrollo de los pueblos».

Carol, está diagnosticada con un trastorno de ansiedad, tiene pautada medicación al respecto, medicación que ha sido necesario modificar en varias ocasiones, hasta encontrar una dosis adecuada, que no produjeran efectos secundarios incapacitantes y/ o invalidantes (dificultades del sueño, digestivas, de memoria y concentración y atención,...)

Son varias las teorías que han tratado de explicar, nunca justificar, la violencia de género. Algunas, como son teorías de análisis de factores individuales, actualmente superadas, explicaban el fenómeno a partir de «perfiles», tanto del hombre victimario como de la mujer victimizada: enfermedad mental, adicciones, precariedad económica, baja autoestima, desempleo, celos, vivencias anteriores de violencia...

Las teorías más aceptadas son las que hablan de multicausalidad: una combinatoria entre las condiciones de cada individuo, sus relaciones e interacciones con las figuras de referencia y, con el tejido social en el que se desarrolla, y que tienen su base en el modelo ecológico de desarrollo humano. La propia OMS adoptó este planteamiento al afirmar que «ningún factor a nivel individual puede explicar por qué unos individuos actúan de manera violenta y otros no, o por qué la violencia está más presente en unas sociedades que en otras. La violencia es el resultado de una compleja interacción entre factores individuales, familiares, sociales, culturales y ambientales»¹⁵

La multicausalidad, explica también por qué las mujeres victimizadas tardan en romper con esa pareja maltratadora, por qué, como media, se estima en nueve años actuar para salvarse¹⁶: porque siente que ha fracasado en su proyecto de pareja/familia, porque teme ser cuestionada y juzgada por su entorno más cercano, porque teme que sus

¹⁴ La OMS indica que el 35% de las mujeres en el mundo han sufrido en algún momento de su vida alguna forma de violencia ejercida por su pareja.

¹⁵ https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf

¹⁶ Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación

hijos/hijas no comprendan su decisión y le hagan responsable de la ruptura familiar, porque no tiene independencia económica, porque piensa que con su trabajo no va a poder hacer frente a las necesidades de sus hijos/hijas, porque ha llegado a creer que se merece ese maltrato, porque todo ocurre cuando no hay nadie más delante, porque a lo mejor «estoy exagerando», porque «nunca me ha puesto la mano encima», porque «no puedo hacerle esto», porque «si le denuncio, hará que me echen del país», porque «me ha jurado que me quitará a los niños» y teme que se lleve a sus hijo/hijas y no pueda verlos nunca más, porque...

En ocasiones, nos encontramos con casos en los que la mujer ha decidido interponer la denuncia, tal vez animada por alguien de su entorno, por un programa de TV, o simplemente, después del último episodio violento... sin embargo en el momento de la comparecencia para resolver sobre la orden de protección, o en la vista oral, no declara, o minimiza lo ocurrido o, manifiesta su deseo de «pararlo todo». Estas situaciones pueden resultar frustrantes para quienes trabajamos con ellas —para ellas— pero precisamente por eso, debemos entender que esas idas y venidas, forman parte del proceso de auto-comprensión de la propia situación y que no responde a un simple cambio caprichoso o aleatorio de idea, si no que estamos ante una reacción que es consecuencia directa del maltrato prolongado.

El síndrome de la mujer maltratada, el ciclo de la violencia, la indefensión aprendida o la certeza y convencimiento de que cualquier intento de evitar la escalada en la dinámica violenta, sea física, psicológica o verbal, va a resultar en vano, la distorsión de la realidad hasta acomodarla lo suficiente como para que la vivencia del abuso, del maltrato, sea «llevadero, sumisión y adhesión al victimario para intentar evitar nuevas agresiones, el estrés postraumático (cuando ha conseguido salir de la relación violenta), con episodios de hipervigilancia, ansiedad, insomnio,... todas estas somatizaciones, son malestares reales, enferman a la mujer, y lógicamente, impiden su desarrollo. De ahí la importancia del trabajo de los equipos de valoración forense integral (UVFI) y los equipos psicosociales: encargados de determinar y medir el daño causado y evaluar el estado de los y las menores, que no olvidemos, son víctimas directas.

VI. Los y las menores: una cuestión de edad, no de derechos

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el Preámbulo, en el

punto VI, dice «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»¹⁷. Por fin se reconoce formal y explícitamente, a los y las menores como víctimas directas de la violencia de género. En este sentido, según los datos de la macroencuesta¹⁸ sobre violencia de género de 2015, el 63,6% de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género afirmaron haber presenciado o vivido situaciones de violencia. De ellos, el 92,5% eran menores de edad, y el 64,2% habían sufrido violencia, igual que sus madres, por parte del padre.

Ahora bien, qué significa, o cómo hay que entender «exposición de los menores a esta forma de violencia». Sin entrar en definiciones demasiado farragosas, ni teorías sobre el apego y sus formas, resulta enriquecedor conocer, aunque sea de forma sucinta, que la familia es el primer agente socializador de los niños y las niñas, que se encarga de la transmisión de valores y que son el puente hacia las relaciones y la vida social, y que los niños y las niñas generan un vigoroso vínculo con la figura principal de cuidado y atención.

El Psicólogo ruso Holden¹⁹, propuso la siguiente tipología de exposición de los menores a la violencia de género:

- Perinatal: Violencia física/psicológica/sexual hacia la mujer durante el embarazo y los consecuentes cambios en el organismo que se producen en el feto como consecuencia del estrés que se genera en la mujer por la violencia sufrida.

¹⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/23/pdfs/BOE-A-2015-8222.pdf>

¹⁸ <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2015/home.htm>

¹⁹ HOLDEN, G. W. (2003). «Children exposed to domestic violence and child abuse: Terminology and taxonomy». *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6(3), pp. 151-160. <https://doi.org/10.1023/A:1024906315255> <https://www.ohchr.org/sp/professional-interest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

- Intervención: describe situaciones que las que niños y niñas intentan hacer o decir algo para proteger a la víctima.
- Victimización: ser objeto de violencia psicológica o física en una agresión a la adulta.
- Participación: vigilar a la madre a petición del agresor, colaborar en las desvalorizaciones hacia ella, hacer cómplice al menor de la violencia.
- Ser testigo presencial: durante las agresiones, los menores están expuestos en la misma habitación o muy cerca desde donde se produce la violencia.
- Escucha: desde otra habitación.
- Observación de consecuencias inmediatas a la agresión: los niños y las niñas ven moratones, heridas, objetos y mobiliario roto, ambulancias y policía, reacciones emocionales de gran intensidad en adultos.
- Experimentar las secuelas: sintomatología materna a consecuencia de la violencia, separación y fin de la convivencia, cambios de residencia.
- Escuchar sobre lo sucedido: habiendo o no presenciado la situación, puede tener conocimiento sobre el alcance de las consecuencias, y hechos concretos de la misma, al oír conversaciones entre adultos.
- Ignorar los acontecimientos: porque sucedieron en ausencia de los menores o lejos de la residencia familiar. (...)

Naturalmente, la exposición a la violencia de género, dependiendo de la forma, la intensidad y el tiempo, pueden tener consecuencias medibles y objetivables en los niños y niñas como «(...)lesiones, retraso en el crecimiento, alteraciones del sueño, estrés post-traumático, entre otros (...), psicológico (confusión, tristeza, miedo, estrés, baja autoestima, angustia, ansiedad y sintomatología depresiva) (...), así como otras problemáticas conductuales, sociales y de vinculación afectiva (...) Ante ello, se hace necesario plantear alternativas de prevención que, sustentadas en una base normativa sólida, permitan garantizar la protección de estas niñas y niños, y en la medida de lo posible, evitar o disminuir las consecuencias señaladas»²⁰. Si la norma reconoce a los menores como víctimas directas, si pide de forma expresa a jueces y juezas que dicten medidas de carácter civil, si existe la posibilidad de hacerlo

²⁰ FERNÁNDEZ-MONTAÑO, P., Y PÉREZ-ARENAS, A. (2018). «Menores expuestos a situaciones de violencia de género: la prevención como factor clave». *Trabajo Social Hoy*, 85. 101110.doi:org/10.12960/TSH.2018.0018

ya desde el establecimiento de la medida cautelar (la orden de protección), sería interesante reflexionar y preguntar sobre dos cuestiones:

- Por qué se deriva judicialmente a los menores a mantener encuentros paternofiliales en los Punto de encuentro Familiares, en los temas de VG
- Por qué en las sentencias por conformidad, producidas en el momento de la comparecencia para la resolución sobre la solicitud de orden de protección, no se dictan medidas de carácter civil.

Eva, tiene dos hijos, dos niños de 4 y 10 años de edad. En su momento denunció a su expareja, por violencia de género. No exista matrimonio, pero sí los dos hijos en común.

En la comparecencia para resolver sobre la orden de protección, y por conformidad, se dictó sentencia en la que se condenaba al investigado a una pena de 12 meses de prisión. Y como medida accesorio una prohibición de aproximación y de comunicación con Eva, durante dos años.

No hay medida de alejamiento respecto de los menores, aunque sean víctimas directas. No se han dictado medidas civiles, no hay establecida pensión de alimentos, ni un régimen de visitas: el padre de los menores, se ha presentado en varias ocasiones en el centro escolar, a la hora de comer, y se ha llevado a los menores, sin avisar a la madre y sin que el centro escolar pudiera negarle el acceso a sus hijos.

Eva ha tenido que solicitar, de nuevo, el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, para iniciar un procedimiento de medidas referentes a los menores, pero será necesario solicitar unas medidas provisionales o previas.

En esta misma línea de reflexión, también cabría preguntarse sobre por qué aún, en el momento presente, centros escolares y centros de apoyo psicológico, para atender y/o acoger a los hijos e hijas a petición de una mujer/madre, víctima protegida, exigen la «autorización» *sine qua non*, de un padre, que ha sido condenado por violencia de género; siendo que, los y las menores son también víctimas directas de la violencia de género, reconocidas por la norma. ¿Se ponen las mismas dificultades si el menor en lugar de la valoración psicológica necesitara una ortodoncia?.

Juristas y judicatura, responde que para dilucidar esas cuestiones, existe la jurisdicción voluntaria, sin embargo, la realidad nos demuestra que estos procedimientos tardan en resolverse demasiado tiempo para la vida de un niño o una niña. No puede esperar desde que tiene 4 años, hasta que tenga, pongamos por caso 6, a que se resuelva sobre si es suficiente con la voluntad de la madre o necesita la *autorización*

del padre, para poder resolver una enuresis, o un trastorno del sueño, o un estrés postraumático, provocado por la ansiedad generada a partir de la exposición a la violencia de género.

Por otro lado, exigir autorización o consentimiento del padre condenado, a la madre con condición de víctima protegida, es incidir en la idea de patriarcado en la que «el cabeza de familia» ha de ser garante de las decisiones que atañen a la familia, y no situando al mismo nivel, ni valorando de igual manera, la decisión de la madre, desechando cualquier criterio de igualdad, y por tanto contraviniendo la norma.

VII. La utilidad de la interposición de denuncia

En el año 2004 se aprueba la Ley Integral con el objetivo de facilitar a la mujer denunciante, no sólo la posibilidad de hacerlo en condiciones apropiadas, a través del derecho a la información, a la asistencia social integral, a la asistencia jurídica gratuita y especializada, así como cuestiones tan prácticas y funcionales como que sea el mismo juzgado el que conozca aspectos civiles y penales, y que se tomen medidas al respecto, sino que también tiene efectos en relación con otros ámbitos de la vida, el aspecto social: derechos en materia laboral y de seguridad social, derechos sobre vivienda protegida, becas de estudios y formación, escolarización inmediata²¹. La Ley Integral entendió la necesaria transversalidad de las acciones a poner en marcha.

Noor acude al SAV en 2017. Es estudiante de ingeniería en la UPV y se encuentra residiendo en nuestra comunidad con un permiso específico para estudiantes. En la universidad conoció a su hoy expareja. Se han producido diversos episodios de violencia que en un principio no denunció, pero sí que dejó la relación. Posteriormente se produjeron nuevos episodios lo que hizo que la interesada denunciara. Se aprobó orden de protección.

Su expareja ha intentado toda una serie de estrategias para que Noor regrese con él, pero al no alcanzar su objetivo, ha contactado con la familia de Noor en su país de origen y les ha contado la relación que han mantenido, lo que ha supuesto para Noor un nuevo problema con su familia, tanto que su padre, a modo de castigo, le ha retirado la financiación de sus estudios así como su manutención.

²¹ En relación a los y las menores a su cargo, en tanto que son considerados desde 2015 víctimas directas de la Violencia de género.

Noor está en el último año de carrera, con algunas asignaturas, tiene un buen expediente académico y posibilidades de incorporarse al mercado laboral en cuanto termine.

Se accionan varios recursos que le ayuden a sostenerse económicamente (Renta Activa de Inserción + Renta de Garantía de Ingresos) y se le orienta sobre el derecho a matricularse en las asignaturas y solicitar la extinción de tasas en virtud de la Ley 4/2004 de 28 de diciembre.

La universidad, desconoce que exista dicha extinción y niega la solicitud. El SAV emite una valoración de necesidades junto al correspondiente aval jurídico pertinente, y la universidad, decide aprobar la solicitud.

Interponer una denuncia no es una cuestión baladí. Menos lo es aun cuando denunciante y denunciado, además, han tenido un vínculo afectivo o un proyecto de vida común o intimidad física o todas ellas.

Cuando la denuncia se produce porque la relación de la pareja se basa en el miedo a que se cumplan las amenazas más horribles (llevarse a los hijos, difamar, lastimar físicamente, matar...) o porque el fin de la relación, la no relación, la separación, se gestiona desde la dinámica del miedo para seguir haciendo prevalecer la superioridad, y se continúa amenazando y humillando (con pintadas en el portal, mensajes al móvil, contactando con las amistades/colegas de trabajo, deteriorando la propiedad privada,...) acosando y agrediendo (telefónicamente, físicamente, presencialmente) a través de los hijos e hijas comunes, utilizando a amistades, a familiares, a través del desgaste del litigio constante, el impago de pensiones de alimentos, ... resulta difícil abstraerse y entender el procedimiento, su categorización y sus normas. Lo único que se desea es «que todo pase, que se termine ya, vivir tranquila».

Sin embargo, la interposición de la denuncia y el reconocimiento de víctima protegida, es la única manera de hacer valer los derechos que la Ley Integral reconoce a las víctimas de violencia de género frente a sus agresores y en relación con la expectativa y deseo de una vida libre de agresiones: abre la puerta a determinados apoyos, directos o indirectos, pensados para tender pasarelas hacia la calma; ayuda de pago único, renta de garantía de ingresos, renta activa de inserción, valoración máxima en la solicitud de vivienda protegida y residencias para mayores, reducción de jornada o reorganización del trabajo, apoyos para trabajadoras autónomas, suspensión del contrato de trabajo sin penalizaciones y con reserva del puesto, a la movilidad geográfica, beneficios en relación a la Seguridad Social, an-

ticipos por impago de pensiones de alimentos, becas de estudios, escolarización inmediata²².

Sin embargo, fuera de las estadísticas de los distintos observatorios de la violencia de género (ministeriales, del CGPJ, de las distintas Diputaciones Forales, de las diferentes Autonomías, de los consejos territoriales de la abogacía, etc...) fuera de ellas, quedan los casos de Violencia de Género que no se denuncian, y que sin embargo, también necesitan de orientación, apoyo y acompañamiento, aunque no dispongan de una credencial y renuncien así a beneficiarse, en su caso, de recursos directos o indirectos.

VIII. **Mujeres migrantes víctimas de violencia de género, ¿los mismos derechos?**

En Euskadi, así como en el resto del Estado, los apoyos a las mujeres víctimas de violencia de género a la población migrante, en principio, son los mismos. La línea entre el acceso a las mismas o no, así como el acceso a unas o a otras ayudas, va a venir marcada por la situación administrativa de la mujer: es decir una mujer extranjera administrativamente regularizada, está en igualdad de condiciones que una mujer con nacionalidad española. Sin embargo, y gracias a la transversalidad de la ley 4/2004, incluso una mujer extranjera con situación irregular, puede contar con la protección del sistema, sin temor a que la llamada de ayuda, la interposición de la denuncia, signifique una especie de «autodelatación» de la irregularidad²³. De hecho, una mujer extranjera, irregular, que denuncia violencia de género y que es reconocida con una credencial de víctima protegida, puede verse apoyada también con un permiso de residencia y trabajo.

²² La Credencial de víctima es un documento emitido por el juzgado, una manera de certificar una situación, y que sirve, obviamente, para acreditar una situación. De no existir ese documento, el SAV tiene constancia de que no se emite en todos los juzgados, la Sentencia condenatoria, o el Informe del Ministerio fiscal, serán también perfectamente válidos para acceder a los recursos y derechos. Ahora bien, es también necesario conocer que el acceso a determinadas ayudas, en especial a aquellas de abono directo (RGI, RAI, AVVG) además de la credencial, es necesario acreditar vulnerabilidad económica, que como no puede ser de otra manera, se sitúa a partir de determinadas cantidades que vienen marcadas por el importe anual del salario mínimo o, en su caso, del IPREM.

²³ Artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Artículos 131 a 134 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

La idea es apoyar con efectividad a las mujeres víctimas de violencia de género según describe el Artículo 17.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su embargo integración social; Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril; Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es decir, si una mujer extranjera, irregular y víctima de violencia de género es reconocida con la credencial correspondiente, puede solicitar en extranjería la autorización temporal de residencia y trabajo, un NIE, que le permite, solicitar la ayuda de pago único, la RGI, la PCV y/o la RAI. Tendrá orientación jurídica y representación letrada especializada durante el procedimiento penal y civil, en su caso. En las mismas condiciones, con los mismos baremos.

IX. Conclusiones

En general, en la vida, cada cosa tiene un nombre, y la polisemia, siempre requiere del contexto para una adecuada comprensión. Sin embargo, en cuestiones técnicas no parece recomendable dejar al contexto como elemento definitorio. El concepto de violencia de género, es muy claro, y sin embargo, en el conjunto de la sociedad, y también en espacios profesionales, la confusión es grande.

Tampoco ayuda nombrar una ley con ese concepto, violencia de género, y que sin embargo se dedique en exclusiva a una de las formas de violencia de género, posiblemente, la más extendida en el mundo. Para cerrar este galimatías, para quienes no son expertos y expertas, los juzgados con competencias en lo referido en la Ley Integral, se denominan «juzgados de violencia sobre la mujer», pero como la ley misma, sólo atienden a una forma concreta de violencia.

Vivimos un momento, en el que, a pesar del lenguaje y de las expresiones, la violencia contra las mujeres ha entrado en la agenda política y lo ha hecho, como casi siempre ocurre en los grandes cambios, empujada por el movimiento social; movimientos individuales y anónimos, movimientos reivindicativos a través de rostros conocidísimos del cine, la TV, la música o el deporte. Iniciativas como YO SÍ TE CREO, NI UNA MÁS, VIVAS LAS QUEREMOS, NI UNA MENOS o ME TOO, han ayudado a visibilizar una realidad: la violencia sobre las mujeres, —la violencia de

género— tiene muchas formas, la padecen millones de mujeres en el mundo y, todas, sí, todas, somos susceptibles de padecerla.

Así pues, parece que el hecho de ser mujer, ya es un rasgo de vulnerabilidad, al menos en comparación con la otra mitad de la población. Si además se añaden otras variables como precariedad económica, inestabilidad laboral, desconocimiento de las costumbres y los usos, desconocimiento del idioma, convencimientos religiosos y/o culturales que limitan y restringen la capacidad de obrar, incluso la de pensar, el riesgo de exclusión social está servido.

La violencia de género, en su concepto jurídico, nuestro concepto jurídico, se vincula, inevitablemente, a hijos e hijas. Una pareja que se convirtió en familia. Un hombre que agrede a una mujer, y que expone a sus hijos e hijas (o a los hijos e hijas de la mujer con la que presumiblemente comparte o compartió, su vida e, incluso, en aquellas relaciones donde los y las menores son solo hijos de él), a esa violencia, los convierte también a ellos y ellas, en víctimas directas y la ley, aunque le ha llevado su tiempo, así lo ha reconocido. Sin embargo, son grandes damnificados, considerados víctimas, pero ¿de menor entidad?

Sin duda alguna, el sistema de apoyo y de cobertura es necesario, y aunque limitado, y con disonancias, es un comienzo. Sin embargo, es necesario recordar que, a pesar de la utilidad de la interposición de la denuncia y el reconocimiento de la situación de víctima, y con él, la protección física, social y jurídica, las dificultades y el malestar rara vez finalizan al iniciar o al terminar el procedimiento penal y/o civil.

El conocimiento, cada cual en su área, respecto del significado de la violencia de género y la protección a las víctimas (mujeres/hijos e hijas, cuando existan) la transversalidad y la coordinación, son elementos fundamentales para que, desde las instituciones, no se victimice de forma secundaria o se produzca una nueva forma de violencia; la institucional.

El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, por unanimidad, igual que ocurrió con la Ley Integral, en su sesión del 15 de noviembre de 2016, una Proposición no de Ley por la que se instaba al Gobierno a promover la creación de un Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género, articulado en 10 ejes, y casi 300 medidas. Ya hay pacto de Estado y cuando estoy cerrando estas conclusiones, leo en un titular: «En las últimas 48 horas tres mujeres han muerto a manos de sus parejas o exparejas»: NO, las mujeres no han muerto; han sido asesinadas por sus parejas o exparejas. Las licencias literarias, como la polisemia, pueden resultar magníficas para relatar historias de manera imaginativa y recurrente, pero en la información, se necesita rigor... porque el lenguaje, hace pensamiento.

X. Bibliografía

- ACNUDH. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- ASOCIACIÓN JOSÉ ANTONIO BURRIEL (2019). *Formas y tipos de violencia*. Recuperado 25 de octubre de 2019 de <https://nomasvg.com/informacion-sobre-violencia-de-genero/formas-y-tipos-de-violencia/>
- BELTRÃO, J. F., MONTEIRO, J. C., GÓMEZ, I., PAJARES, E., PAREDES, F., y ZUÑIGA, Y. (Coords.) (2014). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. Manual. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra.
- CRUZ ROJA (2004). *Colectivos vulnerables*. Recuperado de <https://www.cruzroja.es/principal/documents/16917/223102/02+VULNERABLES.PDF/f18f8e01-2e64-46a4-bd81-820c134fa6bb>
- FERNÁNDEZ-MONTAÑO, P., y PÉREZ-ARENAS, A. (2018). «Menores expuestos a situaciones de violencia de género: la prevención como factor clave». *Trabajo Social Hoy*, 85. 101110.doi:org/10.12960/TSH.2018.0018
- GENDER STATISTICS. *Violence against women*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de <https://unstats.un.org/unsd/gender/vaw/>
- HOLDEN, G. W. (2003). «F children exposed to domestic violence and child abuse: Terminology and taxonomy». *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6(3), pp. 151-160. <https://doi.org/10.1023/A:1024906315255> <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD. SECRETARÍA DE ESTADO DE IGUALDAD. *Derechos de las Mujeres Inmigrantes*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/informacionUtil/extranjeras/derechos/hom e.htm>
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD. SECRETARÍA DE ESTADO DE IGUALDAD. *Estudio sobre el Tiempo que Tardan las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en Verbalizar su Situación*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2019/estudio/Tiempo_Tardan_Verbalizar_Situacion.htm
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD. SECRETARÍA DE ESTADO DE IGUALDAD. *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2015/home.htm>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2016). *¿Quién es un migrante?* Recuperado 25 de octubre de 2019 de <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>
- RUIZ RIVERA, N. (2012). «La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo». *Investigaciones geográficas*, (77), pp. 63-74. Recuperado en 13 de octubre de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188—46112012000100006&lng=es&tlng=es

- SANMARTÍN ESPLUGUES, J., IBORRA MARMOLEJO, I., GARCÍA ESTEVE, Y., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, P. (2010). *III Informe internacional: violencia contra la mujer en las relaciones de pareja*. Valencia: Instituto Reina Sofía.
- SANMARTÍN, J. (2011). *Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja: III Informe internacional: estadísticas y legislación = 3rd. International report : Partner violence against women: statistics and legislation*. Valencia: Centro Reina Sofía.
- UNICEF (2019). *Poner fin al matrimonio infantil es posible*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de <http://bit.ly/2z2BJQN>
- WHO. *Violence prevention*. Recuperado 25 de octubre de 2019, de WHO website: https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf

Mesa redonda sobre el funcionamiento del sistema

Relatora: Miren Ortubay
Profesora de Derecho penal en la UPV-EHU

Sumario: I. Introducción II. Formación y especialización en la atención a las mujeres III. Coordinación e intercambio de información IV. Necesidad de incremento de recursos v. Otras cuestiones

Resumen: A continuación se sintetiza el contenido de la mesa redonda titulada «taller de casos» en la cual se intentó dar la palabra a los colectivos de seis profesionales que intervienen directamente en el ámbito de la violencia sexista, tanto dentro del sistema judicial, como desde los servicios sociales o la policía, lo que aportaba una perspectiva propia sobre la atención que se da a las mujeres maltratadas. En estas intervenciones se hace referencia a las limitaciones con las que se encuentran en su trabajo, así como a las posibles mejoras que pueden introducirse en este ámbito. En estas páginas se resumen estas aportaciones agrupadas en torno a los siguientes puntos: formación y especialización en la atención a las mujeres, coordinación e intercambio de información, necesidad de incremento de recursos y otras cuestiones.

Palabras clave: Intervención con mujeres maltratadas, violencia de género.

I. Introducción

Uno de los principales objetivos de estas Jornadas en homenaje a J.M. Lidón consistía —según explicita el programa— en reflexionar y analizar la eficiencia del sistema de justicia en su intervención con las mujeres que han sufrido violencia, así como en revisar la coordinación de dicho sistema con los servicios sociales, sanitarios, policiales, etc.

Varias de las ponencias han tenido un enfoque eminentemente práctico, pero la mesa redonda cuyo contenido se trata de sintetizar en estas líneas era un intento de situarse a «pie de obra» y de dar la palabra a los colectivos de profesionales que intervienen directamente en el ámbito de la violencia sexista, tanto dentro del sistema judicial, como desde los servicios sociales o la policía. Las limitaciones de tiempo y la propia orientación del curso —centrado en la respuesta penal— han impedido la participación de otros colectivos con indudable protagonismo en esta materia; en particular, de los profesionales de la sanidad y, sobre todo, de las mujeres afectadas por la violencia. Escuchar y colaborar con estos colectivos, así como con el ámbito asociativo y las ONG son tareas que quedan pendientes para próximas ocasiones.

Por otra parte, como indica el nombre de esta mesa («Taller de casos»), en un primer momento se había previsto una metodología activa, pero al incrementarse este año el número de participantes, hubo que renunciar a dinámicas más innovadoras y mantener el formato de exposiciones, con un debate posterior.

No obstante, la participación de los diferentes agentes y profesionales implicados se ha conseguido mediante la realización de una encuesta previa¹, que ha servido tanto para recoger información sobre las distintas experiencias y puntos de vista, como para establecer una base para el análisis realizado por los intervinientes en la mesa redonda. Cada una de estas seis personas provenía de un colectivo diferente y aportaba una perspectiva propia sobre el día a día de la atención que se presta a las mujeres maltratadas. En concreto, fueron ponentes:

¹ La encuesta se distribuyó entre distintos colectivos relacionados con la atención a mujeres que han sufrido violencia. Se recibieron algo más de un centenar de respuestas, provenientes en su mayoría de personas que trabajan en la Administración de Justicia —incluidos los Servicios de Cooperación con la Justicia— (48 respuestas) y de la abogacía (38). También hubo respuestas de profesionales de los Servicios Sociales (10), de Letradas y Letrados de la Administración de Justicia (7), de la Fiscalía (5) y de otros colectivos (Universidad, Ararteko, Salud, Seguridad, etc.).

- Jesús Poncela García, Magistrado de la Audiencia Provincial de Álava.
- Ana Otegui Llona, Fiscal delegada de Bizkaia de violencia de género.
- Patricia Martínez de Musitu, Jefa de Centro de Investigación de la Ertzain-Etxea de Bilbao y responsable del Grupo VD/G.
- María Rosario Palenque Lus, Letrada de la Administración de Justicia.
- Borja Vigo Cubilledo, Abogado.
- Mila Holgado Vega. Jefa de Servicio de Atención Primaria. Servicios Sociales del Ayuntamiento de Irún.

En sus intervenciones —necesariamente breves—, estos profesionales sintetizaron de modo admirable las principales carencias, limitaciones o problemas de su ámbito de actuación, así como las posibles mejoras a introducir, para incrementar la eficiencia en la atención y en la coordinación entre los diferentes agentes y sistemas.

A continuación se expondrá un resumen de dichas aportaciones, pero en lugar de hacer un relato lineal de cada una de ellas, trataremos de agruparlas en torno a los puntos que suscitaron mayores coincidencias, con el fin de percibir distintas miradas sobre las mismas cuestiones. La fórmula elegida no está exenta de dificultades, pues resulta obvio que los temas se interrelacionan y, según el enfoque, podrían abordarse en cualquiera de los apartados. En cualquier caso, lo importante es dar cuenta de los aspectos que se analizaron².

II. Formación y especialización en la atención a las mujeres

Varios ponentes resaltan las características de la violencia sexista —*profundamente arraigada en la cultura patriarcal* (3.E)—, cuyas manifestaciones resultan muy diferentes de otros ámbitos de la criminalidad. Se destacan especialmente las particularidades de la situación de las víctimas y los efectos que la violencia produce en ellas. Se afirma, por ejemplo, que la mujer, es *testigo y víctima directa, con evidente*

² Para posibilitar este resumen, los ponentes cedieron amablemente a la relatora las notas escritas —o, en algunos casos, textos completos— de su intervención. En este formato, no resulta adecuada su transcripción, pero en ocasiones se citan algunas de sus formulaciones, haciendo una referencia de su autoría. Esta referencia consta el número de orden de la intervención y la primera letra del colectivo al que pertenece el ponente: 1-Judicatura (1.J); 2-Fiscalía (2.F); 3-Ertzaintza (3.E); 4-Letrados de la Administración de Justicia a (4.L); 5-Abogacía (5.A) y 6-Servicios sociales (6.S).

vinculación emocional con el investigado, lo cual afecta directamente a su relato, que no siempre es lineal, que no es completo desde el principio sino que va ampliándose, y que tarda en denunciar... Circunstancias todas ellas relacionadas directamente con la violencia de género, con la víctima que minimiza los hechos y que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar su declaración (2.F)

Partiendo de que el sistema penal no puede llegar al fondo del problema —*la solución del conflicto que ha dado lugar al delito generalmente no llega con la pena, sino que pasa por el tratamiento personalizado de la víctima y del delincuente, y en ello los instrumentos de que disponemos los jueces son limitados. Por ejemplo, alejando a dos personas no vamos a conseguir que un hombre deje de presentar perfil de maltratador y que una mujer se empodere y no vuelva a permitir que nadie la maltrate (1.J)*— hay, no obstante, una importante coincidencia en la necesidad de formación específica.

II.1. El deber de una **formación continua** y especializada de todos los profesionales que intervienen en la atención a las mujeres maltratadas viene ya recogido en el art. 3 de la LO 1/2004 (2.F). Pero, además, otras normas posteriores (*fundamentalmente el Estatuto de la víctima, EVD*) han implicado un incremento de deberes jurídicos para todos los servidores públicos (...). Es fundamental y necesaria una formación para que las/os profesionales sepan el compromiso adquirido y la obligación de establecer una actitud proactiva y empática hacia la víctima y hacia su familia en el tratamiento de este tipo de violencia, así como también respetar sus decisiones y el ritmo que cada mujer necesita para poder abordar su problema con seguridad y confianza (4.L)

Dentro de la necesaria formación y especialización, se distinguen dos aspectos. Por un lado, resulta imprescindible una formación amplia, multidisciplinar; no solo técnica jurídica, sino que profundice en el fenómeno de la violencia de género y sus causas, efectos y manifestaciones. Algunas citas en esta línea:

- *falta formación especializada a todos los niveles funcionariales, incluida la Judicatura, en ambas instancias. Esa formación en perspectiva de género aportará sensibilidad hacia las personas implicadas, empatía con el problema y conciencia de la relevancia de determinados trámites procesales y de la celeridad en los mismos, conciencia de la importancia de los derechos de las partes implicados en esos trámites (1.J).*
- *se requiere de formación y sensibilización en aras a conocer realmente el ciclo de la violencia de género, los parámetros reveladores del riesgo, y el modo en que debe realizarse el interrogatorio*

de la víctima, a fin de evitar que si la misma se aparta del sistema judicial la causa sea la pérdida de confianza en este (2.F).

Pero, por otro lado, también es precisa la formación sobre el uso de las herramientas concretas habilitadas para combatir la violencia sexista. En este tema, que corresponde a su ámbito de responsabilidad, se manifestó con rotundidad la Letrada de la Administración de Justicia (LAJ) al afirmar: *Necesitamos una formación del personal de la oficina para poder sacar el mayor partido posible, en general, a la única herramienta informática con la que contamos. (...) Debe conocerse también la importancia y obligación, antes mencionada, de ir actualizando los datos de registro conforme a la evolución del procedimiento. (...) Es imprescindible una formación específica sobre RCPVD (Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género³) y sobre el Registro de Medidas Cautelares y Sentencias no Firmes, la cual no se produjo en el momento de su puesta en marcha. (...) Esta formación, no solo es necesaria para LAJ (...) es también precisa para Jueces y Magistrados y, sobre todo, para el funcionariado de la administración de justicia, así como de los cuerpos policiales (4.L).*

La falta de conocimiento de las aplicaciones informáticas también se pone de manifiesto por el representante de la abogacía, que —como se verá— la relaciona con la gran movilidad funcional.

La necesidad de que la formación se extienda —y se comparta— a profesionales de todos los ámbitos, se pone de relieve también desde los servicios sociales, sintetizando así los objetivos de dicha formación:

a) Incrementar el conocimiento sobre los demás sistemas (organizativos, responsabilidades, procedimientos, recursos...); b) Ayudar a la mejora en la detección precoz; c) Conocimiento de especificidades de grupos de mujeres (en relación a sus patrones de cultura, creen-

³ Según las explicaciones de la LAD, *el RCPVD es un registro informático, no público, constituido en el seno del Ministerio de Justicia, donde los juzgados hacen constar en tiempo real (plazo máximo de 24 horas) los procedimientos que se siguen por delitos de violencia de género y violencia doméstica así como los datos de los investigados, (...) y víctimas, las medidas adoptadas cautelarmente, órdenes de protección y penas impuestas, (...) y también la actualización de todos estos datos y del estado de los procedimientos, de forma que los demás juzgados, el Ministerio Fiscal, cuerpos de policía, (...) las comunidades autónomas, (...), Administración Penitenciaria y oficinas de atención a las víctimas, (...), conozcan todo esto con solo acceder a la aplicación informática de este registro. Al respecto, insistió en que Necesitamos un programa informático que nos permita registrar las causas de una forma sencilla y efectiva, sin necesidad de tener que introducir manualmente todos los datos, o depender de bases de datos generales no contrastadas y que tampoco podemos modificar en el caso de que la existencia de anotaciones registrales previas exijan actuar sobre el interviniente ya registrado en la guardia.(4.L)*

cias, etc.); d) Conocimiento por las y los profesionales del ámbito judicial de los recursos sociales, procedimientos, competencias... (Ej.: juzgados que solicitan actuaciones a los ayuntamientos que no responden a nuestras competencias y responsabilidades, como que articlemos medidas para hacer efectivas las visitas las/llos menores hacia el progenitor) (6.S).

En definitiva, profundizar en la formación para incrementar la eficacia en la atención, porque *los juzgados y tribunales sí pueden mejorar, y mucho, el servicio público que prestan* (1.J). Por otra parte, la formación avanza hacia la especialización, imprescindible en esta materia tan diferente de otros ámbitos de la criminalidad. *Al hablar de especialización, se exigen cambios organizativos —por ej., Trabajadoras sociales que atiendan en exclusiva estos casos (...) porque las mujeres necesitan ser atendidas en el momento en que quieren dar el paso de compartir lo que les pasa en casa; se requiere más tiempo de duración de las citas, citas de seguimiento, etc., porque los ritmos de atención de estas situaciones son diferentes; hay que acompasarlos al que marcan las mujeres... (6.S).*

A su vez, la especialización favorece la sensibilización y *la empatía en el trato personal con las mujeres que sufren violencia* (1.J) y facilita la deseable detección precoz de este fenómeno. En este sentido, *se han incorporado mejoras en la intervención con los casos en que las mujeres informan a diferentes profesionales de su situación (Salud, servicios policiales...), pero tenemos en avanzar en la detección precoz (situaciones en las que la mujer no comunica, no habla, pero existen indicadores comportamentales, anímicos, etc., que denotan que puede estar sufriendo esta situación... (6.S).*

Para terminar este apartado, hay que recordar que la formación especializada tiene que complementarse con la estabilidad de la plantilla: *La movilidad funcional no ayuda. No se trata de falta de voluntad, sino de conocimiento (por ej., en el uso aplicaciones informáticas). (...) Quizás habría que articular incentivos como en los Juzgados de Instrucción* (5.A). También desde la judicatura se vincula la formación con la estabilidad: *Las carencias derivan de factores tales como insuficiente personal y personal deficientemente formado. Muy a menudo, en los juzgados de violencia sobre la mujer falta estabilidad en el personal y falta formación especializada a todos los niveles funcionariales, incluida la Judicatura* (1.J).

En una línea similar, se detectan ciertas disfunciones del sistema que plantean al funcionariado exigencias difícilmente compatibles: *Debemos hacer autocrítica ya que, en el quehacer diario de muchos operadores jurídicos priman también los aspectos exigidos como la celeri-*

dad y la estadística frente a la calidad y la eficiencia de la intervención. Para nada se tiene en cuenta ni reconoce la motivación y el compromiso y esto, lejos de solucionar, afecta de manera muy negativa a las mujeres supervivientes y a sus familias. (4.L)

Se trataría, en definitiva de premiar la motivación y el compromiso de los distintos profesionales, pero, sobre todo, de no *crear falsas expectativas en aquellas víctimas que deciden dar el paso de denunciar y poner fin a su sufrimiento* (4.L). En ocasiones, las mujeres desconocen que —como se ha dicho— los Juzgados no disponen de las herramientas adecuadas para solucionar el origen de sus problemas. Y esta cuestión enlaza con otro aspecto relacionado con la especialización profesional en materia de violencia de género:

II.2. Uno de los puntos débiles que mencionan varios ponentes es la **falta de información de las mujeres denunciantes**. A pesar de que la «ley integral» garantiza el derecho de las víctimas de violencia a la información, y de que ese derecho se ha visto reforzado en 2015 por la ley del Estatuto de la Víctima del delito, lo cierto es que las mujeres no reciben la información adecuada o no resulta comprensible. La coincidencia de los y las intervinientes en la mesa es llamativa, así, por ejemplo:

- *Hay un trato rutinario, y por ello defectuoso o incompleto, en la información que reciben los implicados al inicio del proceso, en trámites tan relevantes como la información de derechos y de los subsiguientes actos procesales, ofrecimiento de acciones, etc. señaladamente con mujeres extranjeras con barreras idiomáticas* (1.J)
- *Según las respuestas a la encuesta, la mayoría considera que las víctimas no entienden adecuadamente, ni comprenden el alcance de la información que reciben al inicio del procedimiento judicial, ni los efectos que la denuncia provoca.* (5.A).
- *Ha de irse más allá de la mera información formal, de dar a conocer la normativa que la mayoría de las veces no va a ser comprendida. Las referencias normativas deberían reducirse al mínimo imprescindible. Es necesario hablar, establecer un dialogo con fluidez y claridad en el lenguaje, para permitir a la víctima entender y ser entendida* (4.L).
- *En general, se detecta una falta de comprensión por las mujeres de los procedimientos legales, de la información que los y las abogadas les proporcionan. Se les explica, pero por el momento en que se encuentran, por la terminología, porque son términos jurídicos complejos... en general las mujeres no entienden* (6.S).

Respecto a las posibles vías de mejora de esta situación y en concreto, sobre quién debería asegurar la transmisión de una información completa y adecuada, las opiniones varían. Desde la Ertzaintza se afirma que se necesita *más tiempo para explicar el procedimiento* y, asimismo, *que habría que mejorar esas explicaciones adecuando el lenguaje*. Y añaden: *lo ideal sería que todos los intervinientes en el proceso, cada uno dentro de lo que le compete, fueran garantes de que las explicaciones que se dan a las víctimas sean correctamente entendidas por estas, haciendo hincapié en las personas de otra cultura y las personas con discapacidad. Para ello es esencial, no solo tiempo y disposición, sino también formación*⁴... (3.E).

En relación con el tema de quién debe asegurar la correcta asimilación de la información, las y los profesionales de la abogacía creen, *mayoritariamente, que es su función* (5.A). Insisten, respecto al momento inicial, en que, si bien *ha habido mejoras por los sucesivos convenios, todavía se da la interposición de denuncias sin asesoramiento jurídico especializado*. Los fallos derivan de que *no se les avisa; el asesoramiento se hace por teléfono; o con una presencia que no es efectiva*... (5.A). El papel de los y las abogadas consiste en *ayudar a decidir si se denuncia o no. Ello exige: asistencia letrada especializada previa a la denuncia y preceptiva, salvo renuncia expresa tras un asesoramiento presencial, real y efectivo* (5.A). De ese modo, *se lograría una verdadera igualdad de armas entre las partes del proceso, ya que para el detenido/imputado es preceptiva asistencia letrada. (...) Se contribuiría también a desmentir el tópico de la «mujer irracional», porque las denunciadas se mantendrían en el proceso* (5.A).

Desde otra perspectiva, se recuerda que *la información a las víctimas acerca de sus derechos está atribuida por Ley a los LAJ*, aunque después de la reforma de 2015, *cabe delegar esta función en las Ofi-*

⁴ Al hilo de dichas necesidades de formación, se añade: *Es preciso conocer que las personas con discapacidad viven unas situaciones de violencia diferentes (...), siendo mucho más vulnerables, viviendo situaciones de mayor violencia, siendo menos creídas y formando parte de colectivos muy reacios a denunciar. Se trata de recibir formación sobre mujeres que pueden sufrir violencia institucional, que como tal, no se entiende por Ley dentro de la Violencia de Género, pero quizás debería ampliarse el concepto; Violencia pasiva, la violencia de los cuidadores, que a veces son sus parejas, que dejan de cuidar a estas mujeres como una forma de agresión contra ellas, de manera que se da una violencia a la que no estamos acostumbrados; estamos hablando, por ejemplo, de mujeres que requieren cuidados porque están encamadas, y necesitan alguien que les limpie, que les atienda en sus necesidades fisiológicas, que les dé de comer, ... A veces, sus parejas, y también cuidadores, pueden dejar de realizar esas tareas. Esta es la violencia de género que otro tipo de mujeres no recibe* (3.E).

cinas de Asistencia a las Víctimas (4.L). Y esta misma ponente añade: Debemos ser conscientes que instruir es más que informar, es indicar cómo, es prevenir y comunicar según cada víctima exija, cuidando con la máxima diligencia de asegurar que estos derechos lleguen a su entendimiento. (...) Una queja frecuentemente oída a las víctimas es que no se le informa del seguimiento que se da a «su asunto». (...) Debe tenerse presente que la información debe ser actualizada en cada fase del procedimiento para garantizar a la víctima la posibilidad de ejercer sus derechos (art. 5.2 EVD). La justicia informacional no se agota, por tanto al inicio, en el primer contacto con el procedimiento (4.L).

Para mejorar la información que se ofrece, desde la Comisión Provincial de Coordinación de Violencia de Género de Gipuzkoa, se ha elaborado un documento dirigido a las mujeres. Es un texto resumido, claro, para entregárselo por parte de los y las profesionales de salud, de servicios sociales... Se pretende que tengan información que les ayude a decidir si interponen denuncia o no; a entender en qué momento judicial se encuentran tras interponerla...⁵ (6.S). La misma Comisión está elaborando un documento que recoge los «Principales derechos de las víctimas de violencia de género en el proceso penal» (ej.: derecho a estar acompañada en las declaraciones por personas de su elección además del abogado/a; derecho a que no exista contacto con el denunciado en dependencias judiciales y policiales; a que permanezcan ocultos los datos que posibiliten su localización... (6.S).

Otra iniciativa que genera expectativas positivas consiste en la implantación del servicio ZUREKIN (anunciado el 1 de octubre), con personal del IRSE, que puede acompañar a víctimas en sede judicial. Se pretende —según la Consejera de Justicia— «socializar la espera» y contener «la ansiedad que en la víctima genera la puesta en escena judicial» (5.A). Desde la abogacía se espera que, de ese modo, las mujeres puedan recibir apoyo psicológico por personal especializado y las y los letrados se dediquen a las funciones que les son propias. Probablemente, ello exigirá modificaciones en la «sala de víctimas» (5.A).

Para terminar con el tema de la información, hay que señalar que dos ponentes mencionaron también carencias respecto al conocimiento que tiene el agresor en el proceso. Ambos se refieren al momento pos-

⁵ Según informa esta ponente (6.S) el documento está siendo testado en los servicios sociales y se quiere que pueda testarse por las propias mujeres. Por su parte, la LAD menciona otro documento: La Guía elaborada por un grupo de personas expertas en Violencia de Género, dependientes del CGPJ, y titulada *Buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género en todas las fases del procedimiento* (noviembre 2018), en la que se habla de la Justicia Informacional (4.L).

terior a la condena, aludiendo a los retrasos que se dan en el cumplimiento de las penas no privativas de libertad: *El delincuente ve transcurrir el tiempo tras la condena sin que nada suceda y durante un tiempo recibe la pernicioso impresión de que no pasa nada, de que sus actos no tienen consecuencias... y vienen los quebrantamientos (1.J).* En el mismo sentido: *¿El agresor es consciente de que ha sido condenado, de que tiene antecedentes penales, de que no puede aproximarse a su mujer aunque ella así lo demande con posterioridad, de que no puede acompañarla en el parto de su hijo? (Ejemplos planteados en (...) el Juzgado de lo Penal 7 de Bilbao). La respuesta penal no parece haber calado. El inicio del cumplimiento de las condenas de trabajos en beneficio de la comunidad (...) llega tan tarde que los quebrantamientos se multiplican, lo que supone un incremento de trabajo de nuevo para los juzgados (4.L).*

Como corolario de este apartado, una reflexión: *Ciertamente, la temática del trabajo que desempeñan las y los profesionales que intervienen en Violencia de Género y que les obliga a estar en contacto con el sufrimiento humano, hace que su implicación y desgaste emocional sea superior al de la media, convirtiendo su trabajo y su capacidad de empatía en uno de los vértices de este proceso (3.E).*

III. Coordinación e intercambio de información

Todos los ponentes insisten en la necesidad de coordinación, derivada de la propia naturaleza *de la violencia de género, que atañe a muchos ámbitos y exige un esfuerzo de trabajo conjunto y coordinación (6.S).* De hecho, *su necesidad se evidencia con la propia celebración de la Mesa redonda, con su pluralidad de participantes (2.F).* Ahora bien, cada uno de los colectivos representados aportan distintos contenidos y matices.

Hay una coincidencia en que se ha avanzado mucho en esta materia y, cuando hay carencias, se suplen con implicación personal: *Esta [falta de coordinación] es una realidad que todos conocemos; sin embargo, es cierto que la buena voluntad y la implicación de los profesionales que trabajan en este campo hacen que esa descoordinación, muchas veces, no se vea; antes al contrario, en muchos casos, se da una buena coordinación entre los Servicios Sociales, Osakidetza, Abogacía, Juzgados de Violencia de Género, Fiscalía, Ertzaintza..., porque las personas que trabajan en los distintos ámbitos, lo hacen desde hace años, se conocen, se telefonan y solucionan los desajustes que haya podido haber (3.E).*

Una de las deficiencias en coordinación proviene del desconocimiento por parte de unos agentes de lo que hacen otros. Esta ignorancia se refleja en las encuestas, por ej., en relación con los recursos previos a la denuncia o aquellos para los que esta no es necesaria: la mayoría de las personas de la Administración de Justicia solo mencionan, si lo hacen, el SAV —que está en las propias dependencias judiciales— y no los servicios de atención psicológica o jurídica, etc. que proporcionan las administraciones locales.

En un sentido similar, la Ertzaintza se «queja» del desconocimiento sobre su labor de asesoramiento previo a mujeres que luego deciden no denunciar. Es más, a menudo se les da protección a partir del mero conocimiento de una situación de violencia. Siempre se abre un expediente, en el cual *se realizará la valoración de riesgo sobre esa mujer y, con el resultado de esa valoración de riesgo, se aplicarán unas medidas de protección. Esas medidas de protección son absolutamente independientes de que la víctima continúe el proceso judicial o desestime entrar en él, y durarán de manera ilimitada en el tiempo, mientras las valoraciones de riesgo que la Ertzaintza realice sobre esa víctima indiquen que debe seguir protegiéndosela* (3.E).

Por parte de los servicios sociales, se destaca que, a pesar de lo que establece la Ley Orgánica 1/2004⁶, *el trabajo conjunto con el sistema judicial no es real. Solo se da en circunstancias o casos muy extremos. No es una práctica habitual. (...) En general, existe la percepción en los servicios sociales de que desde el Juzgado nos solicitan informes sobre determinadas situaciones, pero no hay una vuelta... la relación en sentido contrario no existe, lo que no ayuda a situarnos en el trabajo que se continúa realizando con las mujeres. Creo que se pueden hacer las cosas de forma diferente y que mejoraría la actuación de ambas partes* (6.S).

Esta falta de reciprocidad y ausencia de devolución de información también se percibe en la Ertzaintza, que expone: *En el atestado policial, además de la denuncia, se aporta la última valoración del riesgo que sufre esa mujer, que se ha realizado con los últimos datos de que se tiene conocimiento, con la información más novedosa. Sin embargo, ¿qué recibe la Ertzaintza a cambio? Prácticamente nada: La Ertzaintza no conoce las declaraciones de víctima y agresor en el Juzgado; (...) si esa víctima va a contar con ayudas económicas; (...) si va a disponer de*

⁶ El Art. 19.4 de la ley integral (LO 1/2004) establece que los servicios sociales «actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente. Estos servicios podrán solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias» (6.S).

un alojamiento provisto por los Servicios del Ayuntamiento o de la Diputación. La Ertzaintza desconoce la valoración forense que se le ha practicado a la víctima o a sus hijos o hijas, ni siquiera tiene conocimiento sobre si ha habido tal examen forense; (...) desconoce el historial médico de la víctima, si ha acudido a Urgencias con lesiones alguna vez... Si la Ertzaintza conociera todos esos datos, podría incorporarlos a su valoración de riesgo y sería probable que ese riesgo fuera modificado, con lo que también se modificarían las medidas de protección y se ajustarían más y mejor a la realidad (3.E).

Los diversos colectivos representados en la Mesa redonda proponen medidas para mejorar la coordinación entre los distintos agentes que intervienen en la atención a mujeres que han sufrido violencia, pero antes de mencionarlas, vamos a exponer una cuestión en la que se centran las preocupaciones de las y los profesionales:

III.1. Valoración del riesgo y coordinación. Uno de los conceptos claves para actuar eficazmente en la prevención y en la protección de las mujeres frente a futuras agresiones se cifra en la existencia de una «situación objetiva de riesgo» (SOR), que —según la ley⁷— es la base para adoptar la Orden de Protección (OP).

Desde la Fiscalía se percibe como un grave problema la necesidad de decidir sobre las OP sin tener todos los datos: *La valoración del riesgo constituye la tarea fundamental de nuestra labor en aras a dotar a las víctimas de una adecuada protección. Y para ello se requiere de conocimientos propios de otras disciplinas no jurídicas. Son las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) (...), compuestas por médico forense, psicólogo y trabajador social, las que emiten el informe de valoración del riesgo a instancia del juez instructor. Ocurre que el informe, de indudable ayuda por su contenido pericial, se une al procedimiento en un momento posterior al de la toma de decisión de la medida cautelar. Ello supone que la valoración del riesgo en el servicio de guardia se debe realizar sin contar con la oportuna pericial, atendiendo al contenido del atestado (2.F).*

También el representante de la abogacía coincide en la conveniencia de la intervención UVFI. Considera una *dificultad acreditar la SOR en supuestos de violencia psicológica, en particular, por la celeridad en*

⁷ La Fiscal recuerda: *Para la adopción de la Orden de Protección, según el artículo 544 LECr, debe acreditarse y motivarse en la resolución que se dicte la concurrencia de dos requisitos: 1) Indicios fundados de la comisión de un ilícito de los previstos en el citado artículo entre las personas mencionadas en el Art. 173.2 del C.P. 2) Indicios de una situación objetiva de riesgo (SOR) para la víctima (2.F).*

la adopción de medidas cautelares y por el estado inicial de la instrucción: sólo consta la valoración policial, no la valoración por la UVFI. Lógicamente, aquélla no es tan certera (5.A).

Para evitar esa carencia, la Fiscalía propone: a) *Un servicio de guardia de la UVFI que permita contar con el informe de valoración de riesgo antes de resolver sobre la concesión o no de la Orden de Protección. Su importancia radica en el carácter facultativo del informante y en su contenido, al contar con el testimonio de todas las partes, y con la posibilidad de acceder a informes médicos de hechos anteriores.* b) *Una coordinación entre los distintos operadores, (...) que permita compartir información desde el servicio de guardia. La información es esencial para conocer la realidad, y una buena coordinación garantiza la actividad probatoria (2.F).*

Por su parte, la abogacía entiende que se requiere *mayor sensibilización [sobre la violencia psicológica] y posibilitar realmente que se revise la denegación de la OP cuando haya informe de UVFI sobre la existencia de riesgo o que, incluso, se pueda solicitar «ex novo» en ese momento, sin que ello implique cuestionar la ausencia inicial de «miedo» (5.A).*

Como se ha mencionado, para la Ertzaintza, la clave se encuentra en compartir la información de la que disponen los distintos agentes o sistemas. Para ello, están trabajando en la puesta a punto de una herramienta común, denominada *EBA (Etxekoen eta emakumeen Babesa)*. *Es un programa que pretende ser una base de datos, una herramienta de información común, un sistema que recoja y comparta, en diferentes niveles y con diferentes accesos, todos los datos de los casos de Violencia de Género de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Al EBA tendrán acceso todos los cuerpos e instituciones que trabajan en Violencia de Género en Euskadi. Cada institución que trabaje Violencia de Género podrá acceder, consultar lo que otros grupos, instituciones u organismos hayan trabajado con esa víctima, y dejar plasmada, en él, también su información. (...) En un futuro, se espera que EBA sea la herramienta a disposición de las Juezas y los Jueces de Violencia sobre la Mujer en que puedan consultar todos los datos que atañen a víctima y agresor, en un mismo sistema informático, y que reciban de ella la información de Osakidetza, de los diferentes Servicios Sociales, de las Policías... (3.E).*

Por falta de tiempo en esta sesión de la Jornada, no se pudo debatir esta propuesta. Tampoco resultó posible abordar otras cuestiones relacionadas, asimismo, con las herramientas informáticas, tan relevantes en la lucha efectiva frente a la violencia sexista. En este sentido, se pusieron de relieve algunas *limitaciones del sistema de registro de Jus-*

tizibat (aplicación de gestión procesal en el País Vasco), así como algunos desajustes de este sistema con el ya citado Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género (4.L)⁸

III.2. Se plantearon también **otras cuestiones relacionadas con la coordinación**, que me limitaré a mencionar.

Un aspecto en el que se observan diferencias o «desajustes» se refiere a la valoración sobre los casos en los que mujeres que denuncian violencia precisan de protección mediante escolta. Al respecto, la Ertzaintza expone: (...) *en todo el Estado español no llegarán a 15 las mujeres escoltadas, mientras que en el País Vasco habrá un número cercano a 70 con escolta. (...) muchos de los escoltas actuales son medidas policiales. En otros casos, la medida es judicial. (...) un pequeño desajuste (...) se observa en el caso de valoraciones policiales que dan como resultado «nivel de riesgo Básico» en las que el Juzgado oficia que se ponga escolta a la víctima. En estos casos, lo ideal sería que el Juzgado hablase con la Policía. También este desajuste se detecta cuando el nivel de valoración de riesgo policial es «Alto» y, sin embargo, el Juzgado deniega la Orden de Protección (3.E).*

Por otra parte, los Servicios sociales detectan la existencia de *criterios diferentes respecto a la urgencia del caso desde el punto de vista de los servicios policiales y de los sociales. Consideran que hay que denunciar, pero nuestra experiencia en servicios sociales nos dice que hay que respetar el ritmo de las mujeres víctimas y que la protección [previa a la denuncia] es muy importante (6.S).*

En definitiva, parecería conveniente establecer canales más fluidos de comunicación entre diversos sistemas y administraciones. En esta lí-

⁸ Las limitaciones son demasiado técnicas para abordarlas en este marco. Se relacionaban, por ej., con que la citada aplicación informática es poco intuitiva, lo que dificulta el registro adecuado de la causa. *Los delitos se identifican por códigos numéricos asignados, que no coinciden con el número de Art. del CP y no comprenden siempre todos los tipos penales. En consecuencia, los registros se limitan la mayoría de las veces al delito de lesiones y maltrato familiar establecido por el registro de guardia (...), que no incluye más que las conductas tipificadas en el Art. 153 del CP (4.L). Otro ejemplo: La aplicación de gestión procesal Justizibat no asocia varias identidades a un solo sujeto y siempre hay que trabajar con una única identificación. En el caso de extranjeros, con identidades no comprobadas o que usan varias, debería permitirse, como en el RCPD, el asiento de todas ellas, aunque respondan a varios tipos o números de documento identificativo, asociarlas todas ellas a un único individuo e incluso a un número de identificación policial (número Perpol). (4.L). El problema, en definitiva, es que: El registro informático erróneo o incompleto hace no solo que todos los documentos del proceso lo sean en su encabezamiento, sino que también lo sea el RCPVD y la mayoría de los datos a efectos estadísticos, con la repercusión importante que ello supone (4.L).*

nea, aunque también tiene que ver con la necesidad de incrementar los recursos —que luego se abordará—, se plantearon otras cuestiones:

- *Acortar los tiempos de respuesta de la administración: No hay agilidad en la puesta en marcha de los recursos, por ej., las mujeres no obtienen en tiempo corto prestaciones económicas (...). La atención psicológica se demora... Es preciso simplificar los procedimientos de acceso a recursos: Atención psicológica, alternativas de vivienda, etc. Tienen que ser más ágiles (6.S).*
- *Acreditación de la condición de víctima por parte de los servicios sociales: En la CAPV por el momento lo acredita Gobierno Vasco (Dir. de Servicios sociales). Tiene validez para posibilitar la RAI y acciones sociolaborales (ej., Lanbide), pero esta acreditación no da opción a acceder a otros recursos básicos y necesarios (ej. RGI, Prestación de pago único...). Se ha comenzado un trabajo para elaborar un procedimiento básico de cómo realizar esta acreditación, que sea igual en toda la CAPV, que contemple quién la puede otorgar, cómo, tiempo de validez, beneficios a los que da acceso... Se propone no hablar de «condición» sino de «situación» de las mujeres; No hablar de «acreditar» sino de «informar». En especial, se quiere explorar la posibilidad de no condicionar esa acreditación al hecho de disponer de una Orden de Protección (6.S).*
- *Como una medida concreta de mejora de la coordinación, se podría trabajar en la hipótesis de que los Juzgados contaran con una figura del Trabajo Social para: realizar la interlocución con los servicios sociales y otros agentes; tener en cuenta los recursos sociales existentes y sus procedimientos de acceso; aclarar terminología... (6.S).*
- *Por su parte, la Ertzaintza considera que no es necesario crear una figura o centro de coordinación (que perciben como cierta «supervisión») y proponen como medida más eficaz la puesta en marcha de una herramienta informática común (EBA, ya mencionada) para compartir datos (3.E).*
- *Una de las quejas de los y las abogadas surge de los retrasos y los excesivos tiempos de espera al inicio del procedimiento, en especial, en el Juzgado de Violencia contra la Mujer (JVM), seguramente, por causa de un exceso de trabajo. Aunque se puede extraer algún aspecto positivo (durante la espera se crea cierta confianza con víctima; realizan una «función de psicólogo», pero aunque son profesionales sensibilizados, no están cualificados), el tiempo muerto causa enfado, en la víctima y en el profesio-*

nal. No es bueno para nadie. Además, para las y los letrados, hay una imposibilidad de abandonar las dependencias judiciales (entre 14.00 h y 18.00 h) o de realizar trabajo alguno, lo que provoca «sensación de pérdida de tiempo» (5.A). Para solucionar este desajuste, proponen una solución sencilla: Facilitar a el o la Letrada de guardia en «violencia de género» un pase especial (depositado en el JVM) que permita la entrada en el edificio después de 14 h. (5.A).

IV. Necesidad de incremento de recursos

El eterno problema. Durante toda la jornada y varias veces en esta Mesa redonda sobre cuestiones prácticas se aludió a la idea de que los cambios legales son necesarios, pero no resultan suficientes si no se dotan de financiación adecuada. Las características específicas de la violencia contra las mujeres y de los efectos que provoca hacen que se requieran recursos materiales y personales que, en otros ámbitos del sistema penal, no se plantean con tanta urgencia.

Se señalan a continuación algunas de las mejoras concretas que las y los ponentes propusieron en relación con los recursos. No se reiterarán otras necesidades más genéricas como, por ejemplo, las relativas a la formación específica sobre la persistente desigualdad de género o las características de la violencia sexista, formación que resulta imprescindible para la detección temprana de esta problemática y para incrementar la sensibilidad de los diferentes agentes que intervienen.

También se ha mencionado la necesidad de facilitar y agilizar los apoyos sociales (atención psicológica, ayudas económicas, de vivienda, etc.) antes, durante y después del proceso. Y, en un sentido similar, se insistía en la necesidad de evitar *la morosidad y tardanza en las respuestas judiciales, que a veces provoca merma de derechos fundamentales* (1.J). Los retrasos en las decisiones y los largos tiempos de espera en el juzgado, se abordan desde varias perspectivas. Una de ellas pone de relieve que muchas de las últimas reformas legales aumentan la labor de los JVM al atribuirles nuevas competencias. Estos cambios no han ido acompañados de un incremento de recursos humanos, lo que provoca *la sobrecarga de trabajo y las guardias en horario de audiencia, prolongadas después, casi permanentes, que afectan a los asuntos de tramitación ordinaria* (4.L).

La cuestión de contar con el número de profesionales adecuado para ofrecer una atención de calidad —y cumplir con las exigencias legales— también se plantea desde los servicios sociales. Proponen me-

jorar las «*Ratios de atención*», es decir, *determinar cuánta población corresponde a cada trabajadora social (...) para que sea posible una buena atención* (6.S).

Para ordenar de algún modo las **propuestas concretas** que se realizaron, seguiremos una especie de orden cronológico, desde el inicio del procedimiento, pasando por la instrucción, el juicio y la ejecución de condena:

1. Las quejas más reiteradas y coincidentes se refieren a la falta de salas y dependencias adecuadas en las sedes judiciales: Todos los colectivos inciden en la cuestión y, en general, destacan la necesidad de *habilitación de espacios adecuados que impidan el contacto entre víctima y victimario* (1.J), así como de *asegurar circuitos diferenciados agresor-víctima en los palacios de justicia para que no se encuentren ni dentro, ni en las salidas (...)* y ello, tanto para las víctimas de VG, como para los y las niñas que deben pasar horas en los Juzgado (3.E). Se destaca también que, a causa de la mala distribución de las dependencias, *la vulneración del Estatuto de la Víctima es continua, al obligar a la mujer a compartir espacio con el supuesto agresor, ya sea en la guardia durante la tramitación de las diligencias urgentes, ya sea en el momento del juicio* (4.L).

Sobre este aspecto, desde la abogacía se destaca la frecuente *demora en la tramitación de actuaciones en el JVM en funciones de guardia*. Este primer contacto de la víctima con Administración de Justicia (...), *provoca en las mujeres bastante desesperación*. A ello se le añaden las deficiencias de espacio y la existencia de una *sala única para víctimas de VG de uso común, lo que supone la coincidencia en ella de muchas personas: víctimas, acompañantes, abogados (hasta cuatro, y normalmente dos: uno de los dos de guardia ese día y uno de los dos salientes)*. *Es imposible mantener una conversación privada entre letrado y cliente; el asesoramiento y las recomendaciones se escuchan por todo el mundo (...)*. Por todo ello, hacen una propuesta concreta sobre la *Sala de víctimas de uso común: adaptación y/o creación de una dependencia de uso individual y habilitada para conversaciones del o la letrada con su cliente* (5.A).

2. Necesidad de mejorar el acompañamiento de las mujeres en sus comparecencias. La representante de los servicios sociales menciona algunos avances: *Experiencias del SFUS [Servicio de Coordinación a Urgencias Sociales] en Gipuzkoa, en Bilbao acaban*

de anunciar un Servicio de acompañamiento en los Juzgados que pueden mejorar la atención que hasta ahora se realizaba... (6.S) También desde la abogacía se valora positivamente la implantación de este servicio Zurekin (5.A), pero todavía son muchas las mujeres que se sienten perdidas y no entienden los distintos pasos del proceso.

La información a la víctima mejoraría si la nota informativa de sus derechos pudiera facilitarse en varios idiomas, como ocurre con el formulario de los derechos del investigado (4.L). Es conveniente, asimismo, potenciar la comunicación por email con la víctima: *en el momento de la instrucción de derechos hay que indicar a la mujer cuáles son las resoluciones que puede solicitar se le notifiquen al email, aunque no se muestre parte, (...) Se debe recoger expresamente si desea o no ser notificada, si desea o no que las resoluciones se notifiquen también al SAV y si designa email o no.* (4.L)

3. Como se ha mencionado, ante la celeridad en la adopción de medidas cautelares en el estadio inicial de instrucción, se proponía *un servicio de guardia de la Unidad de Valoración Forense Integral* (2.F). En un sentido similar se pronunciaba el representante de la abogacía, que denunciaba, además, otro problema derivado *del exceso de carga de trabajo: la frecuente denegación de diligencias (testificales, etc.)*, necesarias desde su punto de vista (5.A).
4. Ante la queja generalizada en muchas de las encuestas recibidas respecto a la tardanza y las largas horas de espera en la fase de instrucción, se propone actuar frente a *algunas limitaciones de la herramienta informática*. Así, por ej., en relación al hecho de que, *una vez alcanzada una conformidad, se tarda mucho en documentarla*, se explica que *la aplicación informática impide simultanear el trabajo de varias personas en una misma causa; ha de confeccionarse cada documento de modo sucesivo y así, mientras la sentencia no está documentada, no se pueden iniciar las notificaciones, credencial, requerimientos y despachos de ejecución inmediata de su fallo* (4.L).
5. Otras carencias en recursos materiales: *No disponemos tampoco de suficientes escáneres que nos permitan incorporar al expediente electrónico judicial todos los documentos; solo los escritos de las partes privadas (defensas, acusación particular...) son presentados telemáticamente. De contar con aquéllos incorporados al expediente y un conversor de documentos PDF a Word, se podría reducir en gran medida el tiempo y el esfuerzo*

que supone mecanografiar partes importantes de los mismos en las distintas resoluciones emitidas (4.L).

En un sentido similar, se añade: Es también mejorable el modo de confeccionar los documentos emitidos, sobre todo las sentencias. Necesitaríamos que los datos de registro (...) se vuelquen automáticamente a las mismas. Dependemos continuamente de la introducción manual de datos con el consiguiente incremento de los errores (4.L).

6. *Se solicita expresamente la renovación del sistema de videoconferencias. (...) En el acto del juicio, nos encontramos con la videoconferencia como modo habitual de protección de la testigo-víctima, según dispone la ley, pero el sistema es, demasiadas veces, deplorable. Imposible hacer efectivas las ventajas de la intermediación judicial, cuando a la testigo se la oye mal y se la ve peor, y ya nos estamos encontrando con quejas de abogados por este motivo, ya que afecta a las garantías de un proceso justo (1.J).*
7. *Son insuficientes también los medios materiales necesarios para cumplir la Ley de Protección de Datos: Queda fuera de nuestro directo alcance lo relativo a la destrucción de los documentos comprensivos de datos personales cuya confidencialidad debe preservarse. (...) ¿Por qué no contar con una destructora de papel al menos por órgano judicial? (4.L)*
8. *Podría relacionarse con el incremento de recursos una petición que aparece en las encuestas en relación con la Asistencia jurídica gratuita: Por regla general se reconoce que las condiciones han mejorado, pero algunos profesionales piden un aumento de la retribución (5.A). En este mismo campo, se proponen dos medidas concretas que, seguramente, no requieren más recursos⁹.*
9. *Respecto a la ejecución de la pena, se menciona por varios ponentes el problema que surge cuando la pena impuesta no es privativa de libertad, o lo es, pero es suspendida con la obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad o programas formativos. (...) la pena tiene como finalidad la resocialización del delincuente, conseguir que no vuelva a delinquir, a cuyo efecto es conveniente que sienta el gravamen de la pena, y que lo sienta en el plazo más breve posible. (...) pero los Ser-*

⁹ 1) *Suprimir la necesidad de rellenar el Anexo II, puesto que la justicia gratuita siempre es concedida en procedimientos penales.* 2) *En casos de quebrantamiento de medidas cautelares o pena, que la asistencia a la víctima se asuma por la o el Letrado del procedimiento principal (5.A).*

vicios de Gestión de Penas están saturados, con la consecuencia de que la ejecución de estas medidas se demora (...). La experiencia enseña que muchos quebrantamientos de condena se producen en fechas próximas a la condena, en ese tiempo en que nada sucede sobre el condenado (1.J).

Falta personal en los Servicios de Gestión de Penas, pero también faltan destinos adecuados para la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Los que existen son pocos y no siempre guardan una relación con el delito cometido que les permita satisfacer la finalidad educativa y resocializadora del delincuente. Faltan programas formativos adaptados a los factores criminógenos de cada delincuente. Los relativos a educación sexual e igualdad de trato y no discriminación están bien, son necesarios, pero la administración pública debe hacer un esfuerzo para proporcionar contenidos específicos y útiles al maltratador (1.J).

En un sentido similar, también la Ertzaintza insiste en *la relevancia de la asistencia psicológica para los agresores*. Sin restar atención a las víctimas, *no se puede olvidar que los agresores intentarán volver a atacarlas y hacerlas daño si ellos, a su vez, no son asistidos también psicológicamente, bajo un enfoque reeducativo (3.E).*

Terminamos este apartado dedicado a la necesidad de recursos personales y materiales con la síntesis que hizo el representante de la judicatura: *En definitiva, falta gastarse el dinero necesario para dotar a todas las instituciones implicadas en la lucha contra la violencia de género de los medios y el personal suficientes y adecuados para combatir este fenómeno social y procurar su desaparición (1.J).*

V. Otras cuestiones

Los aspectos abordados (formación, coordinación y recursos) fueron los que mayor atención recibieron por parte de los y las ponentes de la Mesa redonda, pero no fueron los únicos. Se mencionaron, si quiera de refilón o a modo de ejemplo, otras cuestiones como las siguientes:

- a) **Mediación y condenas de conformidad:** Puesto que este tema se planteaba en las encuestas, varios de los ponentes lo mencionan, aunque generalmente se limitan a constatar que, en

materia de violencia de género, la mediación está expresamente prohibida por la ley. También recuerdan los motivos de esa prohibición, en especial, la falta de igualdad entre las partes. Sin embargo, bastantes de las y los abogados consideran que *la mediación, realizada por profesionales acreditados, podría contribuir a resolver conflictos de violencia machista en supuestos individualizados (no en general), siempre que no haya un desequilibrio de poder (no en una relación dominación-sumisión) y solo en delitos leves (por la entidad de la conducta) (5.A).*

En todo caso, el representante de la abogacía pone de relieve la contradicción que implica la prohibición absoluta de mediación en este ámbito, frente a la frecuencia de las «conformidades», en las que intervienen letrados que no son mediadores profesionales e, incluso, que pueden ni siquiera estar especializados en VG (cuando defienden al imputado) (5.A).

En relación con los problemas que derivan de las «conformidades» y de los juicios rápidos, se detecta que, con cierta frecuencia, cuando las mujeres acuden al Juzgado de ejecutorias, creen que «van al juicio». No se han enterado de que ya ha habido condena. Como afirma la LAJ: *No podemos permitir que esto ocurra. Si el estado emocional inicial, el cansancio, la necesidad de terminar después de largas horas de espera les hace desear a ellas y a cuantos les acompañan, recibir cuanto antes una citación a un juicio rápido o incluso aceptar una conformidad y ni siquiera son conscientes de ello es como si todo el trabajo hubiera sido en balde. (4.L)*

En este sentido, el CGPJ ya alertó en 2010 (...) de que *«la generalización de los juicios rápidos para el enjuiciamiento de los delitos de violencia sobre la mujer tiene como contrapartida que se primen los hechos más inmediatos y fácilmente constatables». (...) los juicios rápidos dificultan la detección del maltrato mantenido en el tiempo o habitual. No siempre la rapidez y la mayor resolución de los asuntos es síntoma de adecuada atención y solución de los problemas. Deberíamos plantearnos de una vez por todas si las estadísticas de resolución de asuntos son lo que más nos debe importar (4.L)¹⁰.*

¹⁰ Comparto la reflexión de la LAJ. En opinión de esta relatora, la imposibilidad de investigar la violencia habitual y la psicológica en los juicios rápidos genera un problema importante que contrarresta —si no anula— las ventajas que derivan de la resolución rápida del asunto. Es una cuestión que se mencionó en varias de las ponencias a lo largo de las jornadas y que merecería un estudio en profundidad.

- b) **Menores víctimas de violencia de género:** Otro tema reiterado desde distintos puntos de vista. Al respecto, la Ertzaintza afirma que está desarrollando un proyecto sobre «*Violencia Vicaria*», para conseguir una herramienta que realice la predicción del riesgo de los menores que son víctimas de Violencia de Género por convivencia, (...), pero también de los que pueden llegar a sufrir violencia como medio para dañar a su madre (3.E). Por su parte, la representante de los servicios sociales considera que hay que avanzar en incluir de forma más generalizada en las Órdenes de protección a los/las menores como víctimas (en relación al régimen de visitas, etc.). Menciona también la necesidad de mejorar la atención psicológica a dichos menores: *Se está trabajando un procedimiento de la Diputación de Gipuzkoa para llevar a la práctica lo acordado en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, respecto a que las personas menores de edad expuestas a violencia de género no requerirán del consentimiento del progenitor condenado o acusado para recibir atención psicológica, debiendo tan solo de ser informado previamente. (...). El objetivo es garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes en todos los casos de violencia de género, incluidos aquellos en los que no exista denuncia ni demanda de divorcio.* Estos casos son más complejos, pero se está trabajando en ello (6.S). En las demandas de mayor coordinación entre los distintos sistemas, se aludía también a *las solicitudes o peticiones de informes a los entes públicos de tutela de los menores, que son cumplimentados sin la celeridad ni el detalle exigibles. Esta falta de comunicación adecuada genera, por tanto, problemas para una atención integral, real y efectiva* (4.L).
- c) **Medidas relativas a los agresores.** Además de las cuestiones ya reseñadas (necesidad de reforzar el Servicio de Gestión de penas y de incrementar las respuestas de «rehabilitación» psicológica), se plantearon distintos temas en relación con los acusados o condenados por violencia sexista. La Ertzaintza solicitaba más información sobre las medidas adoptadas: *Es fundamental conocer la situación en que quedan los agresores, una vez que han pasado por el Juzgado: si han entrado en prisión o han quedado en libertad, y en este caso, bajo qué condiciones; si han entrado en prisión, es necesario conocer cuándo saldrán de fin de semana o accederán al tercer grado; cuándo pasan el día en la calle y van a la prisión a dormir... El desconocimiento de estos datos puede llevar a una protección ineficaz* (3.E).

Otro tema interesante se refería a la adecuación de las distancias de alejamiento: *Desde los Juzgados se imponen distancias de alejamiento que son imposibles de cubrir por la policía. Una distancia de alejamiento de 200 m. no puede ser cubierta. En el momento en que el sistema de alerta salta porque el agresor ha entrado en la distancia de aproximación al domicilio de la víctima, y el Centro que gestiona estas incidencias avisa a la Ertzaintza, el agresor ha recorrido los 200 m. antes de que la policía haya podido llegar a proteger a la víctima. Este problema también se da en los Puntos de Encuentro donde son dejados los menores por un progenitor y recogidos por otro. Si la víctima no puede disponer de alguien que lleve a los menores al punto de encuentro y debe ir ella en persona, la Orden de Protección no se cumple (3.E).*

En relación con los quebrantamientos, la policía informó de un tema preocupante y que no es conocido. Según expone la representante de la Ertzaintza, *un problema y un verdadero quebradero de cabeza para muchas mujeres víctimas, que les impide rehacer su vida, surge de los constantes quebrantamientos de las Órdenes de alejamiento que cometen sus exparejas, sin que se visualice ningún castigo para los maltratadores. En los casos en que los agresores portan sistemas de control telemático se evidencian aún más estas situaciones. En realidad, son casos en los que los agresores «simulan» quebrantar la orden de alejamiento —incluso más de 30 veces al mes— para conseguir alamar a la mujer protegida¹¹. Como reconoce la Ertzaintza, *ahí existe un problema que obstaculiza el empoderamiento y la autonomía de las mujeres, que no pueden dejar de tener**

¹¹ Merece la pena exponer con detalle la cuestión: *Al condenado, cuando se le impone la pulsera telemática como una medida de control para asegurar que respeta la distancia de alejamiento, se le explica que debe mantener el sistema en unas condiciones óptimas de funcionamiento. Sin embargo, hay agresores que dejan descargar el sistema constantemente; agresores que acceden a establecimientos en los que saben que no va a haber cobertura, porque no es la primera vez que han accedido; agresores que separan la pulsera del track que la controla la distancia suficiente para que salte la alarma... En definitiva, hay agresores que conocen que cada vez que salta la alerta en el sistema, la víctima es avisada y molestada; asustada, incluso. Estos pequeños quebrantamientos se producen, en algunos casos, en más de una treintena de veces al mes, muchos de ellos a altas horas de la madrugada. El agresor no quebranta la orden de alejamiento, como tal. El agresor quebranta la salud emocional de la víctima, y con eso cuenta el condenado cuando realiza estos actos, con que el Centro desde el que se gestiona la actividad de los sistemas de este tipo avisará a las víctimas y las pondrá en tensión hasta que se resuelva el problema que creó el agresor y se elimine la incidencia (3.E).*

presente al agresor. Un problema al que no se está dando respuesta ni judicial ni penalmente (3.E).

- d) **Atención a la diversidad:** La «víctima tipo» para la que a menudo están pensados los recursos no existe, por eso resulta imprescindible la adecuación de estos a la diversidad de las mujeres. La representante de los servicios sociales explica: *Hay que adaptar el sistema de protección a las necesidades concretas de mujeres víctimas de violencia y con problemas de salud mental, problemas de adicciones, mujeres en situación de calle muy vulnerables (que no vienen a citas, que no siguen los procesos, que se muestran ambivalentes en cuanto a la toma de decisiones...). (...) Estas mujeres tienen más dificultad en acceso a recursos: los que existen tienen en algunos casos criterios de acceso y de funcionamiento restrictivos (ej.: si la mujer abandona el recurso de alojamiento, no puede volver a solicitarlo, por lo menos por un tiempo). En ocasiones los recursos no responden a las dificultades, no cubren las necesidades o no tienen la intensidad que se requiere. Respecto a las mujeres con determinadas discapacidades, se recoge en la normativa su derecho a ser atendidas teniendo en cuenta su discapacidad, pero esto no es real en todos los ámbitos, ej.: mujeres sordomudas, en servicios sociales recurrimos a asociaciones para la interpretación de signos, pero... ¿la asistencia jurídica?, ¿la atención psicológica? Y ocurre lo mismo con las mujeres que no conocen el idioma; algunas medidas se han puesto en marcha (servicio de traducción), pero faltan otras: por ej., en la atención psicológica subsisten problemas de idiomas (6.S).*

También el servicio policial recalca la importancia de la diversidad, fijándose, sobre todo, en la información a las víctimas. Hacen *hincapié en:* a) *las personas de otra cultura, para que no se haga una traducción a su idioma sin más, sino que se tenga en cuenta la diferencia cultural que puede existir entre su lugar de origen y la cultura en la que están viviendo.* b) *las personas con ciertas discapacidades, a las que habría que intentar explicar en el lenguaje más comprensible por ellas (lenguaje de los signos, audiovisuales, lenguaje claro y sencillo, braille...) cada una de las fases del proceso por las que tienen que pasar. Para ello es esencial, no solo tiempo y disposición, sino también formación (3.E).*

- e) **La opinión de las mujeres que denuncian violencia.** En las encuestas realizadas para obtener información sobre la percepción de los diversos colectivos sobre el funcionamiento del sis-

tema, se incluía una pregunta sobre la conveniencia de pasar un cuestionario a las víctimas al final del procedimiento. La gran mayoría de las respuestas fueron afirmativas¹². Las razones, en general, giraban en torno a la importancia de conocer la vivencia y los sentimientos experimentados por las denunciantes, así como el grado de cumplimiento de sus expectativas, como vía para mejorar la respuesta del sistema. Por su parte, varias de las respuestas de quienes consideraban que no era conveniente la realización del cuestionario se basaban en que el estrés con el que las mujeres viven el proceso distorsionaría su visión, o sería un nuevo trámite que incrementaría su agotamiento... *porque normalmente bastante tienen con pensar cómo se levantarán al día siguiente y cómo continuar su vida.*

Los ponentes que mencionaron este tema pusieron de relieve la importancia de conocer la perspectiva de las destinatarias del sistema de protección. No se están haciendo las cosas bien si ellas no se sienten escuchadas y tratadas con respeto, por lo que conocer su opinión resulta imprescindible para mejorar la respuesta. Ahora bien, es necesario reflexionar sobre la forma más adecuada de hacerlo, para que en ningún caso sea un nuevo trámite que la víctima perciba como otra carga.

En definitiva y como síntesis de esta Mesa redonda, cabe afirmar que se están dando pasos y se observan avances importantes, pero todavía quedan aspectos de mejora para que las mujeres que acuden al sistema penal se sientan acogidas y apoyadas, y no —como ocurre en ocasiones— cuestionadas y juzgadas. Lo importante no es el número de denuncias ni de condenas sino el número —cada vez mayor— de mujeres que pueden rehacer su vida con autonomía.

¹² Las preguntas eran las siguientes: *¿Sería conveniente disponer de una encuesta a la finalización del procedimiento judicial, de carácter totalmente voluntario y con todas las garantías de confidencialidad, dirigida a las víctimas y a las partes para conocer aquellos aspectos que pudieran ser mejorados?* De las 69 respuestas obtenidas a esa cuestión, 57 fueron afirmativas. A la pregunta: *¿Posibilidad de encuestar a sus familias y asociaciones en que se integran?* se obtuvieron menos respuestas, pero también eran mayoritariamente afirmativas.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO
ETA JUSTIZIA SALA
DEPARTAMENTO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



Deusto

Publicaciones