

2003

ENCUENTROS “VIOLENCIA DOMÉSTICA”

ENCUENTROS
“VIOLENCIA
DOMÉSTICA”



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

ISBN 84-96228-36-3



9 788496 228368

ENCUENTROS "VIOLENCIA DOMÉSTICA"



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8 - 28071 MADRID

ISBN: 84-96228-36-3

Depósito legal: M. 16.789 - 2004

Imprime: LERKO PRINT, S.A.

Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid

ÍNDICE

I ENCUENTRO SOBRE "VIOLENCIA DOMÉSTICA". Directora: Inmaculada Montalbán Huertas. Magistrada.....	21
Programa	23
CUESTIONES Y PROPUESTAS MÁS RELEVANTES SUS- CITADAS EN EL I ENCUENTRO DE VIOLENCIA DO- MÉSTICA. Inmaculada Montalbán Huertas. Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada	25
VIOLENCIA Y GÉNERO. LA VIOLENCIA DOMÉSTI- CA COMO PROBLEMA ACTUAL, ESTRUCTURAL Y PÚBLICO PARA EL DERECHO. Inmaculada Montalbán Huertas. Magistrada. Tribunal Superior de Justicia de Andalu- cía, sede en Granada	33
I. Introducción	35
II. Violencia y género: terminología.....	38
1. Concepto de Violencia	39
2. Conceptos de violencia de género, doméstica y contra la mujer	41
III. La violencia doméstica como problema actual y es- tructural de la sociedad española	46
IV. Respuesta legal y judicial a partir de la ley orgánica 4/99: la naturaleza pública como factor decisivo en el tratamiento legal.....	53

V. Nuevos instrumentos legales en el año 2003: juicios rápidos y protección a las víctimas.....	62
VI. Respuesta de otros poderes públicos: el Consejo General del Poder Judicial.....	65
VII. Reflexiones finales.....	68
1. Respuesta legal suficiente aunque mejorable	69
2. Las leyes han de ser interpretadas conforme a la realidad social y con la guía del art. 9.2 CE.....	70
VIII. Bibliografía consultada	72

LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. Joaquín Delgado Martín.

Letrado del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial. Magistrado. Doctor en Derecho 75

I. Introducción	79
II. La víctima de violencia doméstica.....	80
1. Concepto de víctima.....	80
2. Víctimas de la violencia doméstica: fundamento de la orden de protección.....	81
3. Victimización primaria y secundaria	82
III. La protección de la víctima.....	83
1. La protección por el sistema penal	83
2. Medidas para tutelar de forma provisional los intereses de la víctima durante la tramitación del proceso penal.....	85
A) Tutela provisional	85
B) Derecho de la víctima a la tutela provisional de sus intereses	86
IV. La orden de protección.....	87
1. Antecedentes: la <i>protection order</i>	87
A) Concepto y contenido	87
B) Incumplimiento de la orden de protección	88
C) Clases y denominaciones.....	89
D) Registro de Ordenes de Protección.....	89
2. Concepto de orden de protección.....	90
3. Principales aportaciones de la Ley 27/2003	91

V. Presupuestos para la adopción de la orden de protección.....	92
1. Víctimas de violencia doméstica: ámbito de aplicación.....	92
2. <i>Fumus boni iuris</i>	94
3. <i>Periculum in libertatis</i> . Situación objetiva de riesgo.....	95
4. Resolución motivada.....	97
VI. Procedimiento	98
1. Notas características.....	98
A) Fácil accesibilidad a la Orden de Protección ...	98
B) Simplicidad	99
C) Celeridad.....	99
D) Oralidad	100
2. Inicio	100
A) De oficio	101
B) A instancia de parte legitimada	101
C) Solicitud.....	102
3. Trámite de admisión.....	103
4. Comparecencia.....	104
A) Régimen	104
B) Incomparecencia de la persona denunciada	106
C) Intervención de Abogado en la audiencia	107
a) Asistencia letrada a la persona denunciada.	107
b) Asistencia letrada a la víctima	108
5. Notificación y ejecución del auto	109
A) Notificación	109
B) Oficinas de Atención a la Víctima	110
C) Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica	111
6. Recursos	112
VII. Medidas que pueden ser adoptadas.....	115
1. Medidas de naturaleza penal.....	115
A) Medidas penales de protección de la víctima...	115
B) Orden de protección y medida de alejamiento.	115
2. Medidas de naturaleza civil	118
A) Contenido.....	118

B) Coordinación entre jurisdicciones	119
C) Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil.....	120
a) Existencia de proceso civil anterior.....	120
b) Inexistencia de proceso civil anterior	121
D) Ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles por parte del Juzgado de Primera Instancia o de Familia	122
E) Los "Juicios Rápidos Civiles"	122
F) Puntos de Encuentro	124
VIII. Otras disposiciones destinadas a mejorar la condición de la víctima dentro del proceso penal	126
1. Derecho de información permanente	127
2. Comunicación de la Orden de Protección	127
3. Participación de la víctima en la audiencia	127
4. Disposiciones contenidas en el Protocolo de Coor- dinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil	128
A) Ofrecimiento de acciones.....	128
B) Notificación del auto de orden de protección ...	129
IX. Administración Penitenciaria	129
X. Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.....	129
XI. Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección.....	130
1. Composición	130
2. Actividades.....	131
XII. A modo de conclusión	132

ASPECTOS PROCESALES DE LA VIOLENCIA DO- MÉSTICA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTI- MAS. María Durán Febrer. Abogada, socia de THEMIS y Se- cretaria de EWLA (European Woman Lawyers Association)....	133
--	------------

I. Introducción	135
II. Medidas de protección	139
III. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica....	152

IV. Nuevas tecnologías de control vía satélite.....	160
V. Ley 19/1994 de Protección a Testigos y Peritos.....	172
VI. La violencia contra los menores en el ámbito de la familia	176
VII. La credibilidad de la declaración de la víctima	187

ASPECTOS CIVILES DE LA VIOLENCIA DOMESTICA: COORDINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL. José Luis Utrera Gutiérrez. Magistrado. Juez de Familia de Málaga.....

.....	193
I. Introducción. Una hipótesis de trabajo	196
II. Violencia doméstica y procesos de ruptura/transformación familiar: un binomio frecuente.....	198
1. Algunos datos.....	198
2. La violencia familiar en su doble perspectiva penal y civil: una dualidad mal gestionada por la jurisdicción	198
3. La respuesta de la Jurisdicción civil: prevención y mejora.....	199
III. La prevención de la violencia familiar desde la jurisdicción civil/de familia.....	200
1. La crisis del proceso contencioso de separación/divorcio como instrumento pacificador de los conflictos familiares.....	200
2. Los procesos consensuales como alternativa de mayor calidad	201
3. Los Puntos de Encuentro Familiar.....	202
4. Medidas de orden gubernativo. Especialización de Juzgados y reparto de asuntos.....	205
A) Especialización de los órganos jurisdiccionales que conocen de los asuntos de familia	205
B) Mejora de las normas de reparto	207
5. La celeridad en la tramitación de los procesos de familia.....	209
IV. La violencia familiar y su proyección en el proceso civil.....	209
1. Medidas provisionales previas. Art. 771 de la LEC..	210

A) No exigencia del requisito de urgencia para la presentación/admisión del escrito de solicitud de medidas provisionales previas	210
B) Juzgado competente	210
C) Las medidas inaudita parte del art. 771-2 de la LEC	211
a) Acreditación de las razones de urgencia....	211
b) Posibilidad de interesarlas en el escrito de solicitud de medidas provisionales coetáneas	212
c) Posibilidad de solicitarlas en un momento posterior al escrito inicial.....	212
2. Violencia familiar y modificación de medidas	213
3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita y demoras que puede generar en los procesos de familia...	214
4. Violencia doméstica y parejas de hecho	215
A) Parejas de hecho con hijos menores	216
B) Parejas de hecho sin hijos menores	216
V. Coordinación de la jurisdicción civil y penal en materia de violencia doméstica.....	217
1. Una disfunción clara del sistema judicial	217
2. Posibles soluciones.....	218
3. Un ejemplo práctico: el Protocolo de coordinación de jurisdicciones en materia de violencia doméstica aprobado por la Junta de Jueces de Málaga	218
A) Criterios relativos a asuntos con violencia doméstica	219
B) Criterios relativos a incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas fijado en un proceso de familia	221
VI. La Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (Ley 27/2003 de 31 de julio): apuntes de urgencia	223
VII. Bibliografía	225

EL DERECHO PENAL Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. Lorenzo Morillas Cueva. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada..... 227

I. Cuestiones introductorias	229
II. Evolución legislativa y político criminal de las reacciones frente a la violencia doméstica	231
III. Propuestas concretas de modificación del Código Penal en materia de violencia doméstica	246
1. Bien jurídico y ubicación sistemática	246
2. Ampliación del círculo de sujetos del delito	252
3. La cuestión de la omisión impropia	259
4. Penalidad	267
5. Transformación de la falta de lesión o maltrato ocasional a delito	270
6. Agravaciones	274
IV. Valoración final	276
II ENCUENTRO SOBRE "VIOLENCIA DOMÉSTICA".	
Directora: M.^a Gemma Gallego Sánchez. Magistrada	279
Programa	281
OFICINA DE VÍCTIMAS DEL DELITO: INCIDENCIA SOCIAL EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. Carmen Galpienso Calatayud. Secretaria General de la Conselleria de Justicia de la Comunidad Valenciana. Secretaria Judicial de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante	
	283
DIVERSAS ALTERNATIVAS DEL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL ÁMBITO PENAL. Manrique Tejada y Del Castillo. Magistrado	
	295
I. Introducción	297
II. La alternativa de los juzgados especializados	300
III. Una propuesta realista	306
IV. Conclusiones	314
VIOLENCIA DOMÉSTICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: UN ESPEJO DE LA JUSTICIA. Teresa Laguna. Responsable del Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana	
	317

EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO, MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES, ASPECTOS CIVILES Y PENALES DEL IMPAGO DE PENSIÓN.

Isidro Niñerola Giménez. Vicepresidente de la Sección de Familia del Colegio de Abogados de Valencia. Vocal de la Asociación Española de Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia	333
I. Consideraciones introductorias	336
II. Extensión y límites de la jurisdicción española.....	337
III. Competencia: objetiva, funcional y territorial	341
1. Competencia objetiva.....	341
2. Competencia funcional.....	341
3. Competencia territorial.....	342
IV. Procedimiento	344
1. Partes	344
2. Los cónyuges.....	344
3. Otras personas interesadas	346
V. Medidas previas urgentes, previas, provisionales y modificación de medidas	350
1. Previa urgente.....	350
2. Previa	350
3. Provisionales coetáneas.....	351
4. Modificación de medidas	353
VI. Medidas cautelares y uniones de hecho.....	354
1. Características del proceso cautelar	354
2. Uniones de hecho	356
A) Decisiones sobre guarda y custodia, y sobre alimentos reclamados en nombre de hijos menores	356
B) La atribución del uso del domicilio común	357
VII. Medidas innominadas del art. 158 del Código Civil, LO 1/96 de 15 de enero y LO 9/2002 de 10 de diciembre ..	358
VIII. Respuesta de la jurisdicción civil ante la violencia doméstica Ley 27/2003 de 31 de julio y LO 11/2003, de 29 de septiembre	361
1. Procedimiento sumario para adoptar la forma inmediata y provisional medidas similares a la separación y divorcio	361

2. Régimen de visitas en supuestos de violencia familiar.....	362
A) Interés prioritario del menor	362
B) Puntos de encuentro	363
3. El sistema austriaco, proyecto Daphne	364
A) El proyecto.....	364
B) Valoración	366
4. Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.....	367
5. LO 11/2003 de 29 de septiembre que acuerda la modificación del art. 173 del Código Penal.....	369
IX. Aspectos civiles y penales del impago de pensión.....	370
1. Aspectos civiles.....	370
A) Pensiones alimenticias	375
B) Pensiones compensatorias.....	376
a) Legitimación	378
b) Plazo de espera de ejecución y momento en que procede	378
c) Despacho de ejecución.....	379
d) Caducidad	379
e) Ejecución provisional	379
2. Aspectos penales	380
A) El impago de pensiones acordadas judicialmente.....	382
B) Antecedentes históricos	382
C) Conductas tipificadas: Tipo básico y complementario	383
D) Pago parcial y estado de necesidad	384
E) Insolvencia del obligado. Carga de la prueba... ..	386
F) Compensación de deudas.....	387
G) Requerimiento personal de la deuda.....	388
H) La actualización de pensiones y la reclamación de atrasos por actualización de pensiones	389
I) Reparación del daño: responsabilidad civil.....	391
J) Efectos del pago posterior de las prestaciones. ..	392
K) Continuidad delictiva.....	392

L) Incidencias del nuevo Código Penal en el enjuiciamiento de hechos anteriores a su entrada en vigor	393
M) Condiciones objetivas de perseguibilidad. Perdón del ofendido	394
X. Bibliografía	395

TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA LECRIM (UN COMENTARIO A LA LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ODP DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA). Manuel Ortells Ramos. Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General)

397

I. Introducción	400
II. Art. 13 LECrim: la inutilidad de una disposición genérica y la especificación legal de medidas de protección....	403
III. La orden de protección: presupuestos y contenido.....	407
1. El art. 544 ter.1 LECrim y los presupuestos de la orden de protección.....	408
2. Los contenidos de la orden de protección.....	411
A) Medidas cautelares de carácter penal	413
a) Los presupuestos de la prisión provisional: incidencia de la reforma de 24 de octubre de 2003.....	414
b) La orden de alejamiento del art. 544 bis y los medios para su efectividad.....	419
B) Medidas cautelares de naturaleza civil	425
a) Coordinación de las medidas cautelares civiles en el supuesto del art. 544 ter.7 LECrim..	426
b) Coordinación de medidas cautelares penales y civiles fuera del supuesto del art. 544 ter.7 LECrim	428
C) Derechos de la víctima a prestaciones públicas de seguridad y asistenciales: función de la orden de protección respecto del reconocimiento de esos derechos	429

D) Deber de información a la víctima y responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.....	433
IV. Jurisdicción y competencia. Partes y procedimiento...	434
1. Jurisdicción y competencia	435
A) Jurisdicción o competencia genérica	435
B) ¿Competencia objetiva?	436
C) ¿Competencia territorial? Competencia funcional ordinaria y a prevención	437
D) Competencia para la tramitación y resolución de la solicitud de orden de protección y competencia para la recepción de solicitudes	439
2. Adopción de la orden de protección ¿de oficio, a instancia de parte, a instancia de la víctima o de otras personas o entidades?	440
A) Las limitadas posibilidades de adopción de oficio de los diversos contenidos de la orden de protección.....	440
B) ¿A instancia de parte, a instancia de la víctima o a instancia de persona que guarde con ella determinada relación?	442
3. Procedimiento y recursos	443
III ENCUENTRO SOBRE "VIOLENCIA DOMÉSTICA".	
Directora: Pilar Alhambra Pérez. Magistrada.....	449
Programa	451
ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. Antonio del Moral García. Fiscal	455
I. Preliminares.....	458
II. Evolución legislativa.....	460
III. Ministerio Fiscal y violencia doméstica: perspectiva general y materiales	464
IV. El nuevo art. 153	467
V. Las faltas de amenazas leves o vejación injusta e injurias	472

VI. El delito de maltrato habitual (art. 173): el bien jurídico protegido.....	473
VII. Violencia psíquica	478
VIII. La habitualidad como requisito típico	482
IX. Sujetos del delito.....	487
X. Penas y subtipos agravados.....	490
XI. La compatibilidad del delito de maltrato habitual con los previos delitos o faltas de lesiones.....	491
XII. Coordinación entre los procesos por delito de maltrato habitual y los seguidos por delitos o faltas de lesiones .	494
XIII. Unidad y pluralidad de delitos y problemas de cosa juzgada	500
XIV. Otros problemas concursales	503
XV. Circunstancias atenuantes y agravantes.....	509
XVI. Delitos sexuales en el ámbito familiar.....	512
XVII. Las prohibiciones del art. 57 del Código Penal.....	519
XVIII. Privación de la patria potestad	522
XIX. Nota bibliográfica	523

MEDIDAS CIVILES PARA EL CESE DE LA VIOLENCIA. COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL. Carmen Tirado Garabatos. Fiscal..... 527

I. Introducción	529
II. Las medidas civiles de la orden de protección	531
III. La protección del menor en el ámbito civil en los supuestos de violencia doméstica	537
IV. Procedimientos de separación y divorcio: medidas cautelares y provisionales. Cuestiones procesales	550
1. Intervención del Ministerio Fiscal	551
2. Facultades del Juez.....	552
A) Medidas provisionales en los procesos matrimoniales	553
a) Medidas provisionales previas.....	553
a') Medidas previas urgentes	554
a'') Medidas previas de régimen ordinario.....	558
b) Medidas provisionales coetáneas.....	561

V. Medidas y medios para prevenir la violencia familiar en los procesos de familia..... 563

VI. Medidas concretas de coordinacion entre la jurisdiccion penal y civil..... 575

LA ATENCIÓN PRIMARIA COMO MEDIO DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. ASPECTOS MÉDICO-LEGALES. Luis Juan Segura Abad. Médico Forense de Madrid. Doctor en Medicina. Licenciado en Derecho

..... 581

I. Introducción 583

II. La violencia doméstica en cifras..... 586

II. Violencia contra la mujer. Aspectos médicos 589

1. Preliminares de la agresión física 590

2. La agresión física y psíquica..... 592

 A) Agresión física 593

 B) Agresión psíquica 597

3. Perfil psicológico de la mujer maltratada 602

III. La atención primaria como medio de prevención de la violencia doméstica..... 605

IV. El agresor. Cuestiones médicas..... 609

1. Rasgos de personalidad frecuentes 611

2. Trastornos mentales en el agresor. 612

 A) Trastornos de personalidad 612

 B) Trastornos depresivos 613

 C) Otros trastornos mentales 613

3. El alcohol y los malos tratos 613

 A) Etilismo agudo 614

 B) Dependencia alcohólica. Etilismo crónico 617

 C) Trastornos por consumo de alcohol..... 617

 a) Dependencia del alcohol..... 617

 b) Abuso de alcohol 620

 c) Trastornos inducidos por el alcohol..... 623

 d) Patología orgánica asociada al alcohol..... 624

4. El tratamiento médico del agresor. 626

IV. Bibliografía 627

VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA SOCIAL. José Antonio Marina Torres. Filósofo. Escritor	629
ASPECTOS PROCESALES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. Pilar Alhambra Pérez. Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid	647
I. Introducción	650
II. La víctima ante el procedimiento penal de violencia doméstica.....	654
1. Incoación del procedimiento.....	655
2. Retracciones de las víctimas	657
A) La contradicción entre la declaración plenaria y sumarial.....	660
B) Declaración sumarial realizada ante presencia judicial	660
C) Lectura de los aspectos contradictorios a petición de parte.....	661
D) Posibilidad de que el testigo explique la contradicción entre sus manifestaciones	661
3. Acumulación de sucesivas denuncias	662
4. La prueba en este tipo de procesos por hechos constitutivos de Violencia Doméstica.....	663
A) Ausencia de incredibilidad subjetiva.....	668
B) Verosimilitud de la declaración	670
C) Persistencia en la incriminación	671
5. Recursos	673
6. Ofrecimiento de acciones a las víctimas y notificaciones de los actos procesales	674
7. Consecuencias de la incomparecencia a juicio de la víctima.....	677
8. Derecho de defensa que asiste a la víctima	679
III. Medidas cautelares de protección a la víctima	680
1. La detención.....	680
2. La prisión provisional	682
A) Competencia para acordar la prisión provisional del imputado	685
B) Necesidad y proporcionalidad de la medida.....	685

C) Fines a los que ha de servir la prisión provisio- nal.....	686
D) Requisitos para adoptar la prisión provisional ..	686
E) Duración de la prisión provisional	687
F) Procedimiento para adoptar la prisión provisio- nal.....	688
G) Recursos contra el auto por el que se acuerda la prisión provisional	689
H) Otras medidas cautelares	690
3. Las órdenes de alejamiento y no comunicación con la víctima y allegados.....	690
4. La libertad provisional, con o sin fianza.....	694
IV. La violencia doméstica como supuesto de tramitación de "juicio rápido"	694
V. El juicio de faltas y la violencia doméstica	701
VI. Conclusiones	703
VII. Bibliografía	704

I ENCUENTRO SOBRE
"VIOLENCIA DOMÉSTICA"

Directora: Inmaculada Montalbán Huertas
Magistrada

I ENCUENTRO SOBRE "VIOLENCIA DOMÉSTICA"

Lugar de celebración: Sede de Formación (c/Trafalgar, 27, 4.^a planta, Madrid).

Fechas: Del 24 al 26 de septiembre.

Directora: Ilma. Sra. D.^a Inmaculada Montalbán Huertas, Magistrada Sala Contencioso Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Granada).

Código: EX0307.

PROGRAMA

Objetivo: Tratar de manera multidisciplinar el tema de la violencia entendida como un problema que tiene su origen en las condiciones sociales de desigualdad y no como un problema individual consecuencia de una situación o circunstancia particular (situación económica, psicopatología).

24 de septiembre (miércoles)

11:30 h.: Acreditación y entrega de documentación.

12:00 h.: *Primera ponencia: "Violencia y género. La violencia doméstica como problema actual, estructural y público".*
Ponente: Ilma. Sra. D.^a Inmaculada Montalbán Huertas, Magistrada, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

12:45 h.: *Orden de protección. Protocolo de actuación.*
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Delgado Martín, Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

13:30 h.: Coloquio.

16:00 h.: Visita al Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas (Coslada).

25 de septiembre (jueves)

10:00 h.: *Segunda ponencia: "Respuesta de los poderes públicos ante la violencia doméstica".*

Ponente: D.^a María Naredo Molero.

Responsable del trabajo sobre violencia de género en Amnistía Internacional España.

11:30 h.: Descanso.

12:00 h.: *Tercera ponencia: "Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas".*

Ponente: D.^a María Durán Febrer.

Asociación de Mujeres Juristas THEMIS.

13:30 h.: Coloquio.

26 de septiembre (viernes)

9:30 h.: Intervención de la Excm. Sra. D.^a Montserrat Comas d'Argemir i Cendra, presidenta del Observatorio de Violencia Doméstica, vocal del Consejo General del Poder Judicial.

10:00 h.: *Cuarta ponencia: "Aspectos civiles de la violencia doméstica: coordinación de la jurisdicción civil y penal".*

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Utrera Gutiérrez.

Magistrado, Juzgado de Familia de Málaga.

11:30 h.: Descanso.

12:00 h.: *Quinta ponencia: "El Derecho penal y la violencia doméstica".*

Ponente: Prof. Dr. D. Lorenzo Morillas Cuevas.

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Granada.

13:30 h.: Coloquio.

CUESTIONES Y PROPUESTAS MÁS RELEVANTES
SUSCITADAS EN EL I ENCUENTRO DE VIOLENCIA
DOMÉSTICA

Inmaculada Montalbán Huertas

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia
de Andalucía, sede en Granada

CUESTIONES Y PROPUESTAS MÁS RELEVANTES SUSCITADAS EN EL I ENCUESTRO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Madrid 24, 25 y 26 de septiembre, en marco de las actividades de Formación diseñadas por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial.

1. La Violencia Doméstica y de Género es un problema de violación de Derechos Humanos que *obstaculiza el desarrollo y la paz de los pueblos*. Los derechos constitucionales vulnerados por este fenómeno criminal son el derecho a la vida, libertad y seguridad personal, integridad mental y psicológica de la personas; el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes; el derecho a la igualdad en el seno de la familia y el derecho a la protección de la dignidad personal.

La Violencia de género en el ámbito doméstico, es un problema actual y estructural de la sociedad española y de todos los países. Responde a normas y valores socioculturales transmitidos a través de miles de años de historia, y que socializan a las mujeres –de manera consciente o inconsciente– en unas categorías o estereotipos determinados y en una imagen de género femenino como inferior al masculino.

Estamos en presencia de un problema público que afecta a la dignidad de las personas, base de la paz social, y por ello reclama el interés y actuación de la sociedad en general, de los poderes públicos y del Poder Judicial en particular.

2. Junto a las medidas educativas y culturales en valores de igualdad, siguen siendo necesarias las leyes penales y procesales, y el esfuerzo de sus intérpretes para proteger al género femenino de una violencia estructural insertada en la sociedad actual.

En el ámbito jurídico –donde rige el principio de legalidad y de garantía de los derechos fundamentales– se constata que existe una Respuesta legal suficiente, aunque técnicamente mejorable, ante el fenómeno de la violencia de género en el ámbito familiar, tanto en la vertiente de protección de la víctima como en la represión de los hechos violentos.

Aun siendo susceptibles de mejora todas las normas legales, la perfección técnica no garantiza su cumplimiento ni su eficacia. Las leyes requieren suficiente dotación económica –medios materiales y humanos necesarios para llevarlas a la práctica– y también, de manera decisiva, las leyes han de contar con la voluntad de los profesionales de mejorar el rendimiento y eficacia de las mismas en la solución de los conflictos sociales, a través de las siguientes vías:

a) Mediante la interpretación y aplicación de las normas "según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" (art. 3 del Código Civil) con la necesaria comprensión de las características específicas del fenómeno criminal y con un enfoque de perspectiva de género que ponga el acento en el origen estructural del problema y en las relaciones jerárquicas, no igualitarias, que lo mantienen.

b) Mediante una aplicación de las normas respetuosa con los derechos constitucionales de derecho de presunción de inocencia, derecho a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva, que rescate a la víctima como parte del proceso, que puede hallarse en una situación de riesgo para su persona o la de sus hijos y demanda protección de las instituciones.

c) La guía del art. 9.2 CE ha de estar presente en la actuación institucional. Esta norma constitucional obliga a todos los poderes

públicos, y entre ellos al Poder Judicial, a promover y garantizar la realización de los derechos fundamentales comprometidos con la violencia de género en el ámbito doméstico, como es el derecho a la no discriminación por razón de sexo y el derecho al respeto de la dignidad humana de todas las personas.

3. En el tratamiento judicial del problema se han propuesto, además, las siguientes medidas:

a) La violencia entre cónyuges, indiciariamente acreditada, debe ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos. Esta propuesta se justifica en el hecho de que, en materia de violencia familiar, los menores son siempre víctimas de violencia psicológica. También se justifica la medida en la necesidad de romper el "círculo o cadencia de la violencia", por la cual los menores la asumen como medio de solución de los conflictos.

b) Resulta necesario mejorar la coordinación entre la jurisdicción civil y penal en materia de violencia doméstica; siendo imprescindible que exista una comunicación plena entre ambas jurisdicciones, debiendo potenciarse el papel del Ministerio Fiscal como punto de enlace entre ambas y que los informes psicológicos y sociales produzcan efectos en ambas, evitando los dobles peritajes y repetición de exámenes psicológicos a las mujeres y sus hijos. La asistencia letrada de la víctima debería ser la misma en ambas jurisdicciones.

4. *Orden de protección y juicios rápidos.* Se constatan carencias básicas en los Juzgados de Guardia (ausencia de psicólogo/a) para la fijación de las medidas civiles que autoriza la Orden de Protección, como la guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas. Para celebrar juicios rápidos con pleno conocimiento de las circunstancias del hecho, en los Juzgados de Guardia se necesitan médicos/as especialistas en el diagnóstico de las violencias psíquicas y en la evaluación de la gravedad y

daño moral que la víctima ha sufrido con ocasión de la violencia denunciada.

La experiencia ha demostrado que las *Órdenes de Alejamiento* que permiten el contacto visual entre agresor y víctima –como las que fijan distancias de separación entre 50 a 300 metros– permiten el acoso y hostigamiento por parte del agresor y aumentan los daños en la víctima, en cuanto que le generan mayor ansiedad e intranquilidad y sin embargo no prosperaría una denuncia de quebranto de la medida.

5. El *Derecho de Familia* puede realizar aportaciones sustanciales en materia de violencia familiar o de género, tanto con carácter preventivo como una vez producida la violencia, mejorando la calidad de la respuesta judicial.

Con carácter preventivo, se estima necesaria una pronta decisión judicial sobre las medidas provisionalísimas en los procesos de separación y el incremento de la previsibilidad de la respuesta judicial, con unificación de la práctica judicial de los Juzgados de Familia –la incertidumbre actual sobre las posibles decisiones judiciales fomenta una litigiosidad contenciosa innecesaria– y por ello se reputan idóneas las siguientes medidas:

a) Normas de reparto que concentren en un solo Juzgado todos los procesos de una misma familia, debiendo articularse mecanismos para que ello no desequilibre las cargas de trabajo entre los distintos órganos.

b) Utilización de tablas orientadoras para la fijación de pensiones alimenticias en favor de los hijos, siendo deseable que por el CENDOJ se elaborase una tabla de estas características.

c) Generalización de los Puntos de Encuentro Familiar, en cuanto que desempeñan un papel fundamental en la disminución del conflicto familiar y son un instrumento de gran utilidad a la hora de prevenir-evitar la violencia familiar.

6. La disminución de la violencia doméstica y de género exige de toda la ciudadanía y de los poderes públicos una actuación coordinada; especialmente de los diferentes organismos que intervienen en estos casos (médicos, policías, jueces, fiscales, abogados); para ello resultan decisivos los "*Protocolos de Coordinación Institucional*", que señalan las actuaciones debidas por cada institución cuando interviene en un hecho de violencia contra la mujer.

VIOLENCIA Y GÉNERO. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA
COMO PROBLEMA ACTUAL, ESTRUCTURAL
Y PÚBLICO PARA EL DERECHO

Inmaculada Montalbán Huertas

Magistrada

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,
sede en Granada

VIOLENCIA Y GÉNERO. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA ACTUAL, ESTRUCTURAL Y PÚBLICO PARA EL DERECHO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. VIOLENCIA Y GÉNERO: TERMINOLOGÍA. 1. Concepto de Violencia. 2. Conceptos de violencia de género, doméstica y contra la mujer. III. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA ACTUAL Y ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA. IV. RESPUESTA LEGAL Y JUDICIAL A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 4/99: LA NATURALEZA PÚBLICA COMO FACTOR DECISIVO EN EL TRATAMIENTO LEGAL. V. NUEVOS INSTRUMENTOS LEGALES EN EL AÑO 2003: JUICIOS RÁPIDOS Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS. VI. RESPUESTA DE OTROS PODERES PÚBLICOS: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. VII. REFLEXIONES FINALES. 1. Respuesta legal suficiente aunque mejorable. 2. Las leyes han de ser interpretadas conforme a la realidad social y con la guía del art. 9.2 CE. VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

El informe del Defensor del Pueblo español titulado *La violencia doméstica contra las mujeres* proporciona una afirmación de sumo interés que sirve de punto de partida para este trabajo:

declara que "*Desde el punto de vista histórico esta materia no ha suscitado interés social ni jurídico, debido al papel reservado tradicionalmente para la mujer*". Esta frase sirve de presupuesto para reflexionar sobre las razones por las que el fenómeno de la violencia doméstica se ha convertido en un tema prioritario para las sociedades democráticas, ahora de interés para el Derecho y sus prácticos, saliendo al paso de tradicionales posturas que han señalado la ineficacia del Derecho penal y procesal en esta materia (1).

Indudablemente la lucha de las mujeres en el siglo XIX y los movimientos feministas –inicialmente identificados con la reivindicación del derecho al voto de las mujeres y con el derecho al acceso a la educación– han provocado el reconocimiento formal de derechos individuales y sociales de los que estaban privadas por razón de su sexo. Desde el siglo veinte, la mayoría de las leyes europeas reconocen a las mujeres como personas titulares de derechos; no obstante, en España hasta mediados de dicho siglo han existido normas socialmente aceptadas que otorgaban el poder de dirección de la familia al marido, e identificaban el ámbito familiar como privado y excluido de la eficacia de las leyes. La Ley de 24 de abril de 1958, reguladora de la capacidad de obrar de las mujeres casadas, contiene en su Exposición de Motivos la siguiente aseveración: "*por exigencias de la unidad matrimonial existe una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido*". Hasta la Ley de 2 de mayo de 1975 la mujer casada debía obediencia al marido, necesitaba su licencia para abrir un comercio o vender sus propios bienes y el marido era el único administrador de la economía familiar.

(1) El Defensor del Pueblo corrobora su afirmación con una somera y rápida mirada a la historia del Derecho. Refiere que en la Edad Media, por ejemplo, la cuestión que preocupaba a los juristas no era la legitimidad de la violencia contra las mujeres, sino determinar el grado de violencia admisible; y cómo en el siglo XVII la jurisprudencia española centra la cuestión en el derecho del esposo a corregir a su cónyuge DEFENSOR DEL PUEBLO, *La violencia doméstica contra las mujeres*. Informes, Estudios y Documentos, Madrid, 1998.

En la actualidad, el ordenamiento jurídico español diseñado tras la Constitución de 1978, contiene un catálogo de derechos fundamentales o derechos humanos que deben ser garantizados por los Tribunales; entre otros, el reconocimiento de la igualdad de ambos sexos y la prohibición de discriminación por este hecho biológico (art. 14 de la Constitución Española). Como Derechos Humanos vulnerados por la violencia doméstica encontramos los siguientes: el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal, a la integridad mental y psicológica de la personas; el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes; el derecho a la igualdad en el seno de la familia y el derecho a la protección de la dignidad personal. Además, y este dato es especialmente relevante, la norma suprema del ordenamiento jurídico español incorpora un mandato constitucional a los poderes públicos, para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilite la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la vida política, económica, cultural y social (art. 9 CE).

Dentro de este marco normativo formalmente igualitario y garantista de los derechos humanos –diseñado por la Constitución de 1978– se han dictado sucesivas leyes dirigidas a mejorar la situación jurídica y la protección de las mujeres y menores; a pesar de ello, no se ha podido acabar ni reducir significativamente la violencia que mayoritariamente se ejerce sobre las mujeres en el ámbito o círculo familiar.

Como ya se ha anticipado, pretenderemos fijar los argumentos que justifican la consideración de la Violencia de Género como un problema actual, social y público que reclama el interés de la sociedad en general, de los poderes públicos y de los jueces en particular. Decimos en particular, porque recapacitaremos acerca de la respuesta legal y jurisprudencial, en un ejercicio de responsabilidad ante la demanda social de eficacia y sensibilización de los miembros del Poder Judicial. Meditaremos en qué medida los hombres y mujeres que desempeñamos la labor jurisdiccional

debemos y podemos contribuir a reducir este fenómeno de carácter social que atenta contra los Derechos Humanos y obstaculiza el desarrollo y la paz de los pueblos.

II. VIOLENCIA Y GÉNERO: TERMINOLOGÍA

En la década de los años ochenta los organismos internacionales emprendieron una labor de investigación y sensibilización acerca del fenómeno de la violencia contra las mujeres y sus hijos e hijas menores, por ser las víctimas más frecuentes de todo tipo de agresiones en todas partes del mundo, sin distinción de razas ni condición social. El Servicio para la Promoción de la Mujer de las Naciones Unidas organizó una Reunión de Grupo de Expertos en Viena –los días 8 y 12 de diciembre de 1986– y ésta sirvió para que la Comisión Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas recomendara la adopción de una Resolución sobre la Violencia contra la Mujer. En ejecución de esta Recomendación se prepara el proyecto de *"Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Violencia contra la mujer"* que fue aprobado el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este texto define la Violencia contra la Mujer como *"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada"*.

Violencia contra la mujer, violencia de género, violencia doméstica o intrafamiliar son términos que frecuentemente se utilizan de manera indiscriminada, cuando en realidad cada uno de ellos deposita el acento en alguna de las características de la violencia que se ejerce sobre las personas más débiles de la sociedad. Por ello y en aras de la necesaria precisión que reclama el debate intelectual, sintéticamente definiremos los vocablos, términos y conceptos que se utilizarán en esta exposición.

1. Concepto de Violencia

No existe una definición legal de "violencia" y por ello suele acudir a la acepción gramatical del término, que en español lleva implícito el uso de la fuerza, según el Diccionario de la Real Academia Española: para dicho vocablo ofrece los siguientes significados: "1. La cualidad de violento; 2. Acción o efecto de violentar o violentarse; 3. Acción violenta o contra el modo de proceder; 4. Acción de violar a una mujer"; y como "violento" utiliza, entre otros, los siguientes significados: "1. Que está fuera de su natural estado o sitio; 2. Que obra con ímpetu o fuerza... 7. Que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia" (2). Sin perjuicio de que, en la tradición legislativa penal existe y se utiliza el término "intimidación" como modalidad complementaria de varias figuras delictivas que, con algunos matices, ha sido equiparado con "violencia psíquica".

La violencia física no presenta particulares problemas para su definición, localización y prueba. Se identifica con los acometimientos sobre el cuerpo de la víctima y suele manifestarse en bofetadas, puñetazos, cortaduras, hematomas, fracturas, tirones de pelo, empujones, patadas, quemaduras, mordeduras, puñaladas, mutilación genital, tortura, muerte, estrangulamientos. La violencia psicológica comprende cualquier acción u omisión que persiga minar la dignidad de la persona y su autoestima: se exterioriza en amenazas, intimidaciones, insultos en público, desprecios, espionajes, control permanente, comentarios despectivos. Enrique ECHEBURÚA señala cómo en el maltrato psicológico son frecuentes las desvalorizaciones (críticas y humillaciones permanentes), posturas y gestos (amenazas de violencia, de suicidio o de llevarse los niños), conductas de restricción (control de amistades,

(2) En su vigesimosegunda edición de 2001. En este sentido ver BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio F. en su trabajo "La Violencia psíquica a la luz de la reforma del Código penal en materia de violencia doméstica". *Libro Estudios penales sobre violencia doméstica*. DIJUSA, Madrid, 200 coordinado por Morillas Cuevas, Lorenzo.

limitación del dinero o restricción de las salidas de casa), conductas destructivas (referidas a objetos de valor económico o afectivo o maltrato de animales domésticos) y, por último, culpabilización a ella de las conductas violentas de él (3). Otra clase de violencia son las sexuales, que se manifiestan en forma de contactos o actos sexuales ejercidos sobre la víctima sin el consentimiento de ésta, tráfico y explotación en la industria del sexo.

El Acuerdo de 21-03-01 del Consejo General del Poder Judicial recoge las distinciones que el Consejo de Europa realiza entre los siguientes tipos de violencia (4). La mayor parte de las acciones que se acaban de describir son hechos delictivos previstos y penados en el Código Penal Español vigente –aprobado por Ley

(3) ECHEBURÚA, Enrique y AMOR, Pedro Javier, "Hombres violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención". Cuadernos de Derecho Judicial, volumen sobre *La Criminología aplicada II*, editado por el CGPJ Madrid 1999, pág. 122.

(4) *Violencia Física*: se incluyen aquí todo tipo de agresiones corporales (empujones, golpes, ataques con armas, mordeduras, quemaduras, estrangulamientos, mutilaciones, etc.).

— *Violencia sexual*: comprende cualquier actividad sexual no consentida (visionado o participación forzada en pornografía, relaciones sexuales obligadas, tráfico y explotación en la industria del sexo, etc.).

— *Violencia psicológica*: concepto amplio que admite múltiples modalidades de agresión intelectual o moral (amenazas, aislamiento, desprecio, intimidación e insultos en público, etc.).

— *Violencia económica*: entendida como desigualdad en el acceso a los recursos compartidos (negar el acceso al dinero, impedir el acceso a un puesto de trabajo o a la educación, etc.).

— *Violencia estructural*: término íntimamente relacionado con el de violencia económica, pero que incluye barreras invisibles e intangibles contra la realización de las opciones potenciales y de los derechos básicos de las personas. Se sustenta en la existencia de obstáculos firmemente arraigados y que se reproducen diariamente en el tejido social (por ejemplo, las relaciones de poder que generan y legitiman la desigualdad).

— *Violencia espiritual*: concepto comprensivo de aquellas conductas que consisten en obligar a otra persona a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado, o dirigidas a erosionar o destruir las creencias de otro a través del ridículo o del castigo.

Orgánica 2/1995 de 23 de noviembre— tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 11 y 14 de 1999; no obstante carecemos de una definición legal de violencia doméstica y sus clases.

Las leyes especiales latinoamericanas en Violencia Intrafamiliar ofrecen definiciones muy completas de las posibles violencias susceptibles de prevención y sanción por los poderes públicos. Las más recientes optan por incluir dentro de la violencia doméstica no solo la física, psicológica o sexual, también la patrimonial. Paradigmática resulta la *Ley especial de Violencia Doméstica de Uruguay núm. 17.514*, con vigencia desde el 2 de julio 2002, que en su art. 3.º dispone:

"Son manifestaciones de violencia doméstica, constituyan o no delito:

a) Violencia física. Acción, omisión o patrón de conducta que dañe la integridad corporal de una persona.

b) Violencia psicológica o emocional. Toda acción u omisión dirigida a perturbar, degradar o controlar la conducta, el comportamiento, las creencias o las decisiones de una persona, mediante la humillación, intimidación, aislamiento o cualquier otro medio que afecte la estabilidad psicológica o emocional.

c) Violencia sexual. Toda acción que imponga o induzca comportamientos sexuales a una persona mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, manipulación, amenaza o cualquier otro medio que anule o limite la libertad sexual.

d) Violencia patrimonial. Toda acción u omisión que con ilegitimidad manifiesta implique daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, ocultamiento o retención de bienes, instrumentos de trabajo, documentos o recursos económicos destinada a coaccionar la autodeterminación de otra persona".

2. *Conceptos de violencia de género, doméstica y contra la mujer*

Entenderemos "género" como un "deber ser social", como una categoría basada en las definiciones socioculturales relativas a las

formas en que deben ser diferentes hombres y mujeres; así como en la definición de los diversos espacios sociales que deben ocupar. El término "*violencia de género*" se generaliza a partir de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín, auspiciada por la ONU y celebrada en 1995. Presenta la ventaja de poner el acento en una de las más importantes causas estructurales de la violencia contra las mujeres, como es la histórica socialización y asunción de estereotipos o construcciones sociales sobre las características de un colectivo que desde hace milenios es el femenino y del que se ha proyectado, consciente o inconscientemente, una imagen del género femenino como inferior al género masculino. Así lo demuestra que, hasta el año 1978, no se haya proclamado legalmente la igualdad de derechos en la Constitución; o que hasta fechas recientes las mujeres han tenido prohibido el acceso a determinadas profesiones, como la de Juez, Magistrada o fiscal, autorizada por ley de 1966 aunque hasta el 1977 no toma posesión la primera mujer juez; lo mismo ocurre con el acceso a los Cuerpos Policiales, autorizado en 1977 aunque sólo en 1983 se comienza a autorizar la provisión de un número restringido de plazas para mujeres; y como otro ejemplo final de la cercanía temporal de las discriminaciones por razón de sexo, la encontramos en la posibilidad de acceso a las Fuerzas Armadas, que se autoriza por ley de 1999.

El concepto de Violencia de Género, está siendo asumido por los Tribunales españoles. Una sentencia española de fecha 26 de noviembre de 1999 –núm. 568/99, dictada por el Juzgado de lo Penal número uno de Sevilla– describió de manera muy precisa la Violencia de Género en un caso de Violencia habitual en el seno de la familia. Se reproduce a continuación por su interés:

"Para concluir con lo expuesto, conviene precisar que en el caso estudiado se dan todas las características que están estrechamente arraigadas en la esencia de este tipo de conductas (síndrome de maltrato a la mujer en el ámbito familiar o doméstico). Por una parte se trata de una violencia llevada a cabo por el hombre contra la mujer (de ahí que se hable de violencia de

género: masculino/femenino, aunque algunos autores no se hallen de acuerdo con tal denominación, así Dalla Corte) para perpetuar una serie de roles y estereotipos creados por el primero y asignados al segundo con el fin de continuar con la situación de desigualdad, inferioridad y sumisión que tiene la mujer en nuestra sociedad. Se trata de una agresión contra las mujeres que no siguen las normas o esquemas del género, aquellas que no se mantienen sumisas y dóciles ante el hombre. Los mandatos culturales, y a menudo también los legales, sobre los derechos y privilegios del papel del marido han legitimado históricamente un poder y dominación de éste sobre la mujer (extensible a cualquier miembro de la familia), promoviendo su dependencia económica de él y garantizándole a éste el uso de la violencia y de las amenazas para controlarla. La conducta violenta frente a la mujer se produce como patrones de conducta aprendidos y mantenidos de generación a generación, normalmente en los ambientes habituales de relación" (5).

En la medida que la violencia contra las mujeres y menores dentro del ámbito familiar suelen responder a patrones de dominio-sumisión, se puede afirmar que la "*violencia doméstica* –otro término posible, aunque éste pone el acento en la *casa* o "*domus*", como lugar donde frecuentemente se cometen los hechos violentos– es una manifestación más de la violencia de género, porque responde a relaciones jerárquicas no igualitarias que en dicho ámbito se establecen. En este sentido, el término *de Violencia Doméstica se utilizará como Violencia de género en el ámbito doméstico*, con el objetivo de señalar el origen cultural del problema y poner el acento en la historia y cultura como causas estructurales de la violencia. Historia patriarcal que mantiene patrones culturales de dominio-sumisión en el ámbito familiar, y que hoy día sigue señalando a las mujeres en una situación subordinada y propiedad del marido o compañero que, como superior ejerce la violencia como medio de mantener la posición de superioridad.

(5) *Boletín de Información y Análisis Jurídico*. Instituto Andaluz de la Mujer. "Art. 14. Una perspectiva de género", n.º 8-diciembre de 2001.

En un sentido amplio, el término violencia doméstica comprendería cualquier acción u omisión vejatoria o similar de uno o varios miembros de la familia contra los otros, de esta manera permitiría analizar los supuestos de violencia contra menores y ancianos. No obstante, razones de coherencia y sistemática nos inclinan hacia el término y concepto de *violencia doméstica como violencia de género en el ámbito familiar*, que nos servirá para señalar "*todas aquellas situaciones de amenazas, malos tratos físicos o psíquicos y agresiones sexuales ocasionadas a la mujer, dentro del ámbito familiar, de pareja o de cualquier otro tipo de convivencia, así como a los hijos o hijas menores de aquélla*" ...siempre víctimas de violencia psicológica por las agresiones que presencian contra sus madres. Hasta fechas recientes las leyes penales y procesales españolas no han utilizado el término "violencia doméstica" –también llamada violencia intrafamiliar en los países de Latino-América y en El Caribe– pero no hay obstáculo alguno en utilizar dicho término a la vista de su aceptación y difusión en la sociedad; así como por su acogimiento en recientes textos legales como el que introduce la Orden Judicial de Protección a las Víctimas de Delitos de Violencia Doméstica (Ley 27/2003).

El término de "*violencia contra la mujer*" que utiliza la Declaración de Naciones Unidas de 1993, tiene la virtualidad de visibilizar las mujeres como sujetos pasivos más frecuentes de las agresiones; y de manera implícita invoca la actuación de los poderes públicos contra la vulneración de derechos humanos. Desde la década de los ochenta las Declaraciones Internacionales han señalado la violencia contra la mujer como la violencia de género por excelencia. La afirmación de que la violencia doméstica se ejerce de forma mayoritaria por los hombres sobre las mujeres –esposa, pareja o hija– ha sido corroborada en España y en el resto del mundo, por diferentes investigaciones sobre datos de resoluciones judiciales en esta materia. En España cabe mencionar las investigaciones sobre diligencias judiciales llevadas a cabo por la Universidad de Zaragoza que, sobre un total de 4648 resoluciones judiciales sentenciadas en 1999, constata que el 91,09% de agresiones han sido cometidas por hombres. El estudio del Consejo de

la Mujer de la Comunidad de Madrid –tras examinar el contenido de 2.430 denuncias presentadas en los Juzgados de Madrid– comprobó que en el 90% de los procedimientos examinados el agresor es un varón y sólo en un 10% de los casos una mujer (6). El informe sobre fallecimientos por violencia doméstica en el año 2002-2003 del Consejo General del Poder Judicial, revela que los casos de agresor hombre representa el 89,5% del total (7). Pues bien, aunque el término violencia contra la mujer es hábil para designar el problema actual, en cuanto que pone el acento en las víctimas o sujetos pasivos más frecuentes de estos hechos, entendemos que el término "violencia de género" no se centra en el factor biológico y sí en el cultural que se transmite generacionalmente a través de procesos de aprendizaje, que llevan a la perpetuación de comportamientos jerárquicos tradicionales, a veces de manera parcialmente inconsciente.

(6) THEMIS, *Respuesta penal a la violencia familiar*, realizado por Themis para el Consejo de la Mujer de la Comunidad Consejo de la Mujer de Madrid, 1999.

(7) Según el Informe de Desarrollo Humano publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de los 1.500 millones de seres humanos que viven en extrema pobreza (menos de un dólar al día) el 70% son mujeres. En los países en vías de desarrollo mueren cada año al menos 20.000 mujeres en edad reproductiva víctimas de la violencia, sin contar los 100 millones de las llamadas "mujeres perdidas": aquéllas que estarían vivas si no se practicara el infanticidio, abandono o el aborto inducido por el sexo del feto (10.000 casos al año en la India). En América Latina, más de la mitad de las mujeres han sido víctimas de agresiones en sus hogares y el 33% padece abusos sexuales (Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Naciones Unidas. En el mundo, según datos de la Organización Mundial de la Salud, 130 millones de mujeres han sufrido mutilaciones genitales. Datos extraídos del diario *El País* de 25 de noviembre de 2002, pág. 32. Artículo de opinión "Violencia global contra las mujeres", de Elena VALENCIANO y Francisca SAUQUILLO.

MAGRO SERVET, Vicente, en su trabajo "Los nuevos Juzgados especializados en violencia doméstica", *La Ley* núm. 5317, 28 de mayo de 2001, pág.2. señala las cifras de mujeres que han fallecido en España en los últimos años a causa de violencia doméstica: 1994: 42; 1995: 45; 1996: 64; 1997: 91; 1998: 32; 1999: 42; 2000: 67; En el año 2001 murieron 70 mujeres. En el 2002, 51 según informe del CGPJ.

III. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA ACTUAL Y ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA

Las Conferencias Mundiales de Mujeres –promovidas por la Organización de Naciones Unidas– han subrayado el carácter estructural y las consecuencias sociales, sanitarias y económicas de la violencia. Los presupuestos estructurales de la violencia de género se encuentran en "normas y valores socioculturales" –en palabras de Miguel LORENTE (8)– y deben ser combatidos por toda la ciudadanía a través de la educación en valores igualitarios y de respeto a la dignidad humana, así como por el Estado a través de su fuerza coactiva.

En nuestras sociedades se sigue fomentando el reparto de roles en función del sexo, a través de todo un entramado cultural, reflejado en los medios de comunicación, que transmiten y enseñan a las mujeres la obediencia, la pasividad, la ternura, el acatamiento de la ley y la introyección de la agresividad; mientras que en los hombres se fomenta la agresividad, actividad, transgresión y la fuerza, como han indicado numerosos estudios sociológicos (9). En tanto que no se logre desmontar el andamiaje sociocultural que sostiene la violencia contra las mujeres, no podremos asombrarnos del número de mujeres muertas por sus parejas (10).

(8) LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*. Ares y Mares, Editorial Crítica S. L., Barcelona 2001.

(9) Ver "La importancia del factor género en la violencia contra la mujer", Blanca CANTÓN ROMÁN, *Revista del Colegio de Abogados de Sevilla*, julio-agosto 2003.

(10) En el año 2000 el Consejo General del Poder Judicial reconoció públicamente –en declaración institucional emitida el día 8 de marzo con ocasión del Día Internacional de la Mujer– que el fenómeno de la violencia doméstica contra la mujer se ha convertido en un problema social y señalado obstáculo en el desarrollo real del derecho de igualdad por razón de sexo recogido en nuestra Constitución y si bien se constata el nacimiento de una nueva mentalidad para la realización efectiva de la igualdad que la Constitución proclama, al mismo tiempo advierte que "La actualidad muestra que todavía son muchos y muy importantes los obstáculos, discriminaciones y segregaciones en ámbitos públicos, privados y educacionales que impiden que la igualdad entre los hombres y las mujeres sea

La repercusión sobre el ámbito sanitario y médico y los costes económicos que genera su tratamiento institucional –costes médicos, farmacéuticos, asistenciales, judiciales– es otro factor que justifica el tratamiento del fenómeno de la violencia contra la mujer como un problema social necesitado de la intervención del Estado (11). Otra importante razón para el tratamiento del fenómeno de la Violencia Doméstica como cuestión de Estado, es el proceso de extensión y difusión generacional de la violencia a través de los menores testigos en el hogar familiar. Los menores la interiorizan como modo de resolver los problemas y suelen reproducir el modelo agresivo cuando crecen, creando lo que se ha dado en llamar la "cadencia de la violencia". Una razón más por la que debe ser interés prioritario de los Estados democráticos disminuir los factores que contribuyen a la violencia en la sociedad.

En España y como consecuencia de la normativa internacional, desde los años ochenta las instituciones públicas han desarrollado una larga e insistente actividad dirigida a sensibilizar a la sociedad en el rechazo a los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Inicialmente, el objetivo se centraba en explicar a las mujeres que el marido no tenía derecho a pegarles ni derecho de corrección sobre ellas, que no tenían la obligación de soportar humillaciones, burlas, menosprecios o chanzas, aunque socialmente fueran admitidas en el entorno. Se explicaba que tales comportamientos no se justificaban por la bebida o el mal humor y que olvidaran las con-

real y efectiva", destacando "por la brutalidad que representa" el fenómeno de violencia doméstica que padecen numerosas mujeres "Víctimas, frecuentemente en silencio, de una agresión que envilece a quien la comete y que degrada a la sociedad". Esta declaración del Consejo General del Poder Judicial, al tiempo que demuestra la actualidad del problema de la violencia de género, lo señala como público y estructural en tanto que subsisten obstáculos que impiden la igualdad material entre hombres y mujeres.

(11) Las mujeres sometidas a malos tratos, tienen más probabilidades de sufrir abortos y muertes prematuras de sus hijos y enfermedades crónicas como la depresión, ansiedad, problemas gastrointestinales, ginecológicos, falta de peso, abuso de las drogas y el alcohol. Información del Diario *El Mundo* 22 de enero de 2000.

signas tradicionalmente transmitidas de madres a hijas del tenor de "hija mía, tienes que aguantar". Las campañas de sensibilización las animaban a denunciar y explicaban qué hacer ante los malos tratos: acudir al Centro de Salud, obtener del médico copia del parte de lesiones; pedir ayuda a los Centros Asesores de la Mujer y denunciar los hechos en el juzgado o policía para que se celebrara juicio y se aplicara la ley penal.

Aquella labor de concienciar a las mujeres en los propios derechos empezó a dar sus frutos y aumentó el número de denuncias por malos tratos dentro del hogar. Sin embargo, con ocasión de las denuncias las mujeres abrieron la puerta de un espacio inhóspito, el mundo de la Administración de Justicia, donde los conceptos de violencia doméstica o de género eran desconocidos –como en la mayoría de los ámbitos sociales– y donde las leyes penales y procesales les habían adjudicado un papel secundario de víctima, de quien sólo interesaba conocer si reclamaba económicamente. En este período histórico, generalmente las víctimas carecían de abogados que defendieran sus pretensiones, se encomendaban al Ministerio Fiscal con quien, normalmente, no se entrevistaban y al que sólo veían el día del juicio. En este mismo período, donde más del ochenta por ciento de denuncias por hechos de violencia doméstica se tramitaban como juicios de faltas, era normal que la víctima acudiera a juicio sin abogado, el agresor normalmente se presentaba asistido por su abogado –o del turno de oficio que se le había designado como imputado en las diligencias penales– y el Ministerio Fiscal no intervenía en la vista por así facultarlo la ley en los casos de infracciones penales perseguibles a instancia de parte, como ocurría entonces con todas las faltas de violencia doméstica. De suerte que la víctima que se había atrevido a denunciar, quedaba sometida al interrogatorio del abogado defensor –en unas escenas propias de la literatura kafkiana– y asumía la responsabilidad de sostener la acusación e incluso calificar los hechos ante el Juez, a pesar de no haber sido previamente preparada por expertos jurídicos ni conocer los mecanismos del proceso.

Para paliar y suavizar el impacto del proceso penal y de la Administración de Justicia en las víctimas, las instituciones empe-

zaron a articular redes asistenciales y jurídicas que pretendían dar respuesta y resolver los problemas generados tras la denuncia contra la pareja agresora: ausencia de ingresos económicos propios; refugios de urgencia o casas de acogida para resguardarlas de las posibles represalias del agresor, y asesoramiento jurídico para iniciar los trámites de la separación matrimonial. Además de la necesaria labor asistencial y de apoyo para ayudarlas frente a las presiones familiares o a los sentimientos de autoinculpación.

Los primeros datos estadísticos sobre violencia doméstica se encuentran en las cifras relativas a denuncias por malos tratos presentadas en las Comisarias de la Policía Nacional –publicadas por el Ministerio del Interior en el año 1984– y el 5 de noviembre de 1986 se crea la Ponencia de Investigación de Malos Tratos de Mujeres, que elaboró un informe sobre el tema tres años después.

No obstante, el año 1997 será decisivo en la respuesta de los poderes públicos ante el fenómeno de la violencia de género. En diciembre de ese año una mujer fue asesinada por el ex marido en su domicilio, días después de participar en un programa de la televisión andaluza, donde hizo pública su historia matrimonial de malos tratos reiterados. Se conoce como el asesinato de Ana Orantes y el Jurado dictó veredicto de culpabilidad contra el acusado en sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Secc. 2 de 16 de diciembre de 1998 (12). Este hecho sirvió de espoleta para un

(12) Los hechos ocurrieron el día 17 de diciembre de 1997 y de la siguiente manera según la sentencia: "en hora comprendida entre las 13,45 y 14,35 el acusado –separado de mutuo acuerdo de su esposa en el verano de 1996– le lanzó un recipiente conteniendo gasolina que le cayó sobre la espalda a la víctima impregnando la ropa, procediendo acto seguido a prender fuego con el mechero que llevaba, produciéndose una rápida combustión que provocó la caída de Ana, quedando sin conocimiento en el suelo en posición lateral izquierda. A consecuencia del fuego se causaron quemaduras muy graves... dando lugar a un shock neurógeno y una isquemia cerebral que determinaron la muerte en pocos segundos... Días antes del suceso, Ana Orantes fue invitada a un programa de televisión de Canal Sur para tratar el tema de los malos tratos domésticos, donde relató su vida matrimonial llena de malos tratos físicos y psíquicos, acusando a su marido y haciendo alusiones respecto del trato inadecuado que había recibido de su suegra tiempo atrás". La sentencia

importante movimiento social en contra de la violencia doméstica por dos circunstancias especialmente relevantes: en primer lugar, porque la lectura de los hechos revelaba el castigo del hombre por la rebeldía de su mujer, que expuso públicamente la vida matrimonial de malos tratos; en segundo lugar, porque había existido aprobación judicial del convenio de separación matrimonial, que daba el visto bueno al reparto del uso de las dos viviendas del mismo edificio entre marido y mujer.

Numerosas víctimas comenzaron a alzar la voz en periódicos, radios y televisión. Hicieron públicas sus quejas y la desconfianza que sentían del sistema policial y judicial, al que habían acudido a denunciar animadas por las campañas publicitarias y de sensibilización, sin recibir protección ni medidas preventivas que garantizaran el alejamiento inmediato del agresor y la seguridad personal y las de sus familias. Los medios de comunicación comenzaron a informar diariamente de los casos de muertes y lesiones graves sufridas por las mujeres a manos de sus maridos o compañeros.

Estos hechos de muertes y agresiones de maridos a mujeres no eran nuevos para los juristas, pero en aquel momento histórico apareció como una novedad el seguimiento público y mediático de las actuaciones policiales y judiciales. Editoriales, artículos de opinión y personas con responsabilidad pública valoraban la gravedad o levedad de las penas impuestas en sentencias y cuestionaban las decisiones judiciales en esta materia, como detenciones, prisiones o libertades de los agresores. En esta tesitura, los profesionales del Derecho reflexionamos sobre la aplicación de las leyes en violencia doméstica y, tras rastrear entre los tipos penales que pueden encuadrarse en el marco de la Violencia Doméstica—comprueban dos hechos sumamente relevantes que sintéticamen-

condenó por asesinato al acusado con la agravante específica de alevosía y la atenuante de haber confesado el hecho a la autoridad e impuso la pena de 17 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; indemnización a los hijos herederos en treinta millones de pesetas; al pago de las costas. Y acordó la prohibición de que el condenado vuelva al lugar en que cometió el delito o a aquél en que vivan sus hijos por el periodo de dos años y seis meses.

te se relatarán: de un lado, la inaplicación del delito de violencia doméstica habitual del art. 153 CP durante una década; de otro lado, la generalizada inaplicación de los delitos de amenazas, coacciones, injurias y tratos degradantes cuando se cometen por un miembro de la familia contra otro.

A) En cuanto al delito de violencia habitual física sobre el cónyuge o persona a la que estuviese unida por análoga relación de afectividad del art. 153 CP (13), se constató que, desde la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, estaba en la legislación penal. Entonces el legislador justificó esta novedad en la *"deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se produce de modo habitual"*. La Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, que aprobó el actual Código Penal de 1995, mantuvo este delito en el art. 153.

Por discusiones teóricas y por prácticas organizativas de los Juzgados, lo cierto es que el delito de violencia habitual no empezó a ser aplicado por los Tribunales de manera sistemática y coherente hasta el año 1999, donde aparecen las primeras sentencias que afirman la naturaleza sociológica y criminológica del concepto de habitualidad (14). Hasta entonces, las discusiones se centra-

(13) En la actualidad, art. 173.2 CP, tras la LO 11/2003 de 29 de septiembre.

(14) AP Córdoba, sec. 2.^a, S 21-04-1999, estimó existente el delito del art. 153 CP. aunque no existieron denuncias previas de la víctima ni constancia de fechas concretas –precisamente por la situación psíquica de la víctima– en el siguiente supuesto fáctico "durante la convivencia matrimonial, que ha durado más de 20 años, y, en concreto, en fechas relativamente recientes no superiores a tres años, ha venido sometido a Esperanza a diversas agresiones y malos tratos de obra, ello denota una conducta del acusado reveladora de ese estado de maltrato, amenaza y agresión permanente a que sometía a su esposa". Otras sentencias: AP Castellón, sec. 1.^a, S 23-02-1999, AP Valladolid, sec. 2.^a, S 23-09-1998, AP Guipúzcoa, S 15-01-1998 y STS 17-06-2000.

ban en si la aplicación suponía una infracción del principio *non bis in idem* –por penarse las faltas aisladamente además de penarse la habitualidad– o bien se discutía acerca de cuántas faltas eran necesarias para apreciar la habitualidad y si sólo se computaban las precedentes sentencias condenatorias. De otro lado, en la práctica de los juzgados no operaba con normalidad la técnica procesal de la acumulación de asuntos conexos ex art. 17.5 LECRM (15) –ni los jueces acumulaban ni los fiscales instaban la acumulación de delitos conexos– de suerte que, la generalidad de los procesos tenían por objeto un solo hecho aislado y no se investigaba si existía habitualidad ni malos tratos continuados, con escasas calificaciones del Ministerio Fiscal por delitos de violencia habitual.

B) El segundo dato relevante que se puso de manifiesto tras la reflexión de los profesionales del Derecho sobre el tratamiento legal y jurisprudencial de la violencia doméstica, es que la mayoría de las denuncias de las mujeres contra sus maridos o parejas por amenazas, lesiones, coacciones o vejaciones eran calificadas como faltas en los Juzgados. Según el informe del Consejo de la Mujer de Madrid de 1999, antes mencionado: *"Los jueces de Instrucción tienden a calificar como faltas las agresiones físicas y verbales que se producen entre parientes, incluso cuando los hechos por su gravedad, son constitutivos de delito... el 30% de las denuncias tramitadas como falta se refieren a amenazas de muerte, por las que debería haberse incoado procedimiento abreviado"*. Bien es cierto que, en la actualidad, existe una tendencia al alza del porcentaje de delitos sobre faltas si comparamos los datos de 1999 y 2000 con los del período 1992 a 1994, donde los delitos apenas sí alcanzaban el 0,3% (16).

(15) Dice el art. 17.5 LECRM: "Considéranse delitos conexos: ... 5.º) Los diversos delitos que se imputan a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y o hubiesen sido hasta entonces sentenciados".

(16) Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado, correspondiente a 2002, refleja que los procedimientos por delito –diligencias previas y procedi-

Las deficiencias técnicas en la redacción de las leyes y las dificultades en la aplicación judicial de las mismas, determinó que el Gobierno español aprobara dos Planes de acción contra la violencia doméstica, en ejecución de los cuales se han legislado reformas procesales y penales para proteger a las víctimas y sancionar al culpable, algunas de ellas hoy día son susceptibles de evaluación. Distingamos entre las reformas legales introducidas por Ley Orgánica 4/99 de las que han entrado en funcionamiento en el actual año 2003.

IV. RESPUESTA LEGAL Y JUDICIAL A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 4/99: LA NATURALEZA PÚBLICA COMO FACTOR DECISIVO EN EL TRATAMIENTO LEGAL

Tradicionalmente las cuestiones de familia han sido consideradas por el Derecho y sus prácticos como un reducto cerrado, sujeto a sus propias reglas, resbaladizo en ciertos aspectos al carácter imperativo y punitivo de las leyes. La consideración del fenómeno como estrictamente privado, blindado a posibles intervenciones de agentes externos, se ha manifestado con especial crudeza en el tratamiento histórico por las leyes de la violencia masculina sobre la mujer dentro del ámbito familiar (17). Los estudios recientes coin-

miento abreviado— se situaron en 11.117 casos (frente a las 8.573 causas incoadas en 2001). Aumentaron las causas calificadas como delito hasta 1.438 (mientras que en el año anterior se situaron en 1.158). Igualmente aumentaron el número de sumarios (de 26 a 67) y de juicios de faltas (6.776 frente a los 5.255 del año anterior, con lo que concluye un incremento sostenido de la violencia doméstica de un 24% en 2002 y de un 23% en 2001. Este informe no contiene los datos de la Fiscalía de Sevilla. Información del diario *El Mundo* de 16 de septiembre de 2003.

(17) Hasta 1963 el CP de 1944 castigaba con pena de destierro al marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matara en el acto a los adúlteros o a cualquiera de ellos o les causara lesiones graves, quedando exento de pena si les causara cualquier otro tipo de daños. Esta benevolencia no se contemplaba para el caso de que la autora fuera mujer. Otro ejemplo, hasta 1978 existía el delito de adulterio con penas de de seis meses y un día a seis años de prisión para las mujeres; en el caso de que el autor fuese hombre, sólo se penaba el amancebamiento.

ciden en afirmar que, en todos los países del mundo –incluyendo los organizados con estructuras democráticas– existe un alto número de mujeres maltratadas que no denuncian los hechos o que tardan varios años en denunciarlos (18).

La ineficacia e inoperatividad del ordenamiento jurídico en el ámbito familiar ha recibido numerosas justificaciones, elaboradas precisamente a partir de las características propias de la Violencia doméstica: de una parte, su desenvolvimiento en el ámbito de la casa o doméstico; de otro, la existencia vínculos de afectividad –presentes o pasados– entre víctima y agresor, que normalmente responden a relaciones asimétricas de sumisión y dominio, respectivamente.

a) El dato de que la mayoría de los actos de Violencia contra la mujer se cometen dentro de la vivienda familiar o en el ámbito doméstico, ha sido considerado como un serio obstáculo para la prueba que en Derecho se exige de los hechos afirmados. Normalmente, el acto de agresión sólo es presenciado y conocido por el agresor y la víctima o los hijos menores: la mayoría de las veces el agresor busca la protección de la vivienda para dar rienda suelta a su agresividad sin temor a ser castigado por ello; y si bien otros miembros de la familia, como los hijos y los abuelos, pue-

(18) En España, un informe publicado en abril de 2000 por el Ministerio de Asuntos sociales e Instituto de la Mujer, concluye que más del setenta por ciento de las mujeres maltratadas en su hogar, casi siempre por su pareja, lleva sufriendo este tipo de agresión desde hace al menos cinco años; y más de dos millones y medio de mujeres españolas son víctimas de la violencia doméstica, aunque apenas se presentaron 20.000 denuncias por estos hechos en el año 1999. La estadística oficial sobre el año 2002 cifra en 22.761 las denuncias presentadas en esta materia –en el año 2001 fueron 22.188– y si tenemos en cuenta que, según encuesta elaborada por el Instituto de la Mujer, cerca de 1.700.000 mujeres mayores de edad eran víctimas de malos tratos en el año 2001, aunque no lo reconocen (11,1% de las encuestadas) debemos seguir afirmando que subsiste una cifra negra muy elevada de malos tratos no denunciados. En el año 2003 se ha constatado una tendencia al alza en este tipo de criminalidad y a mediados de septiembre habían muerto 49 mujeres víctimas de sus maridos, novios o ex compañeros, cuando en el año anterior la cifra era de 42 muertes.

den presenciar los hechos, lo cierto es que suelen adoptar una actitud de tolerancia en aras a mantener la unidad familiar vertebrada sobre la relación entre el marido y la mujer. Los vecinos o los amigos de la pareja no quieren inmiscuirse en asuntos "personales o privados" de otro.

Por ello es muy frecuente el testimonio único de la víctima frente al del agresor; y si bien este dilema puede resolverse por los Tribunales de manera mecánica –con un pronunciamiento de insuficiencia de pruebas de cargo o *in dubio pro reo*– lo cierto es que existe una avanzada y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene en cuenta el dato de la frecuente comisión del hecho sin testigos ajenos a las partes y otorga validez como prueba de cargo única –capaz de desvirtuar el principio de presunción de inocencia– al testimonio de la víctima que, practicado en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad o con los requisitos de la "prueba anticipada", supere los controles de objetividad que ha fijado el propio Tribunal Supremo. Como ejemplo de esta jurisprudencia mencionaremos la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2000, en un caso de testimonio de la víctima como única prueba de cargo. Declara que *no existe "incredibilidad subjetiva derivada de la previa relación entre acusado y víctima que denote posibles móviles espurios en la declaración inculpatoria; verosimilitud del testimonio que ha de rodearse de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima; y persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones"*. Añade que estas exigencias no son condicionantes de su objetiva validez, sino *"cauces por los que ha de discurrir un proceso valorativo verdaderamente razonable"* y afirma que debe realizarse *"una cuidada y prudente valoración, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos concurrentes en la causa"*, para así confirmar su verosimilitud y credibilidad.

b) El otro elemento característico de la violencia doméstica es la preexistencia de relaciones de convivencia entre agresor y víctima. Señalado como otro obstáculo más en la investigación y sanción de los actos de violencia dentro de la familia. El complejo mundo de relaciones personales y sentimientos creado por la convivencia entre dos personas –generalmente articulado sobre relaciones asimétricas de dominio y sumisión– se ha revelado como un grave elemento distorsionador en el tratamiento jurídico de la Violencia Doméstica, en forma de comportamientos procesales erráticos de las mujeres.

La ejemplificación más clara la ha proporcionado el funcionamiento del proceso penal en España antes de las reformas del año 1999. Hasta entonces, la mayoría de las acciones de violencia física o psíquica cometidas en la vivienda familiar eran enjuiciadas en el procedimiento del juicio de faltas –como infracciones criminales leves– y para castigarlas la normativa exigía denuncia de la mujer perjudicada. Pues bien, un alto porcentaje de las mujeres que optaban por denunciar los actos de agresión, sucumbían a los tradicionales sentimientos de resignación y sumisión y optaban por retirar la denuncia presentada contra aquél, antes o durante el juicio, con renuncia a cualquier indemnización que pudiera. De esta manera la posición de la víctima provocaba la terminación del proceso penal con sólo declarar que no deseaba la intervención del Poder judicial en su ámbito doméstico; posibilidad no admitida por el ordenamiento español tras las reformas procesales de 1999, salvo en faltas de injurias leves contra particulares y en delitos de violación, agresión sexual y abuso sexual, donde la ley sigue exigiendo previa denuncia de la ofendida por regla general (19).

(19) El 56% de las víctimas de malos tratos no acude al juicio, retira la denuncia o perdona al agresor en el acto, según el libro *Respuesta penal a la violencia familiar*, realizado por Themis para el Consejo de la mujer de la Comunidad de Madrid, 1999.

El CP sigue diciendo en su art. 191.1: " Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal, o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando

Además de estos dos factores derivados de las características específicas del fenómeno de violencia doméstica –ejecución en el ámbito doméstico y vinculación personal con el agresor– existen otros elementos que influyen en la toma de decisiones de las víctimas durante el proceso: no sólo las previsibles amenazas del agresor y coacciones para que "retire la denuncia"; sino también los daños complementarios ligados al propio funcionamiento y organización de la Administración de Justicia. Como tales se pueden mencionar la ausencia de ayuda legal, asistencial o de información precisa y comprensible acerca del proceso penal o de los trámites a seguir para obtener la ruptura del matrimonio. Estos daños complementarios se suelen designar con el término de "*victimación secundaria*".

Los parámetros que se acaban de exponer, históricamente han fortalecido la concepción legal y social de la violencia doméstica como problema privado. Esta posición buscaba su justificación en el criterio de oportunidad y con el argumento de reconocer facultad de elección a las víctimas adultas –en su mayoría mujeres– deslegitima a la justicia penal para perseguir y castigar tales hechos. La práctica judicial demuestra que tal opción legal no ha producido resultados satisfactorios para la convivencia social. Las mujeres víctimas de actos violentos en el ámbito familiar no son plenamente libres –ya sea porque ella y sus hijos dependan del sueldo del marido, ya sea porque tienen anulada su autoestima y personalidad por el tiempo de sometimiento (20)– y en la realidad siguen ocupando una situación de inferioridad, aunque formalmente las leyes las reconocen iguales en derechos que el marido. De ahí que subsista el deber del Estado de intervenir en estos

los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal".

(20) Según algunos autores, el síndrome de la mujer maltratada provoca inhibición y pasividad en la víctima; ya que la mujer va haciéndose cómplice de un sistema que la coloca en una posición subordinada –asumiendo de modo inconsciente los valores de la sociedad– y llega a colocarse en un estado de autoinmolación en virtud de los procesos de asunción de su propia condición inferior. Ver Blanca CANTÓN ROMÁN, *ob. cit.*

ámbitos donde la dignidad humana de las mujeres está vulnerada y no se ha realizado respecto de ellas el principio de igualdad. Si los poderes públicos se abstienen de intervenir para proteger a los colectivos más desfavorecidos, inevitablemente estarán tolerando y ayudando a mantener la violencia masculina contra la mujer. En el ámbito europeo, las primeras declaraciones institucionales son deudoras de la entonces generalizada visión social del fenómeno como problema privado; en esta línea, la Recomendación del Comité de Ministros de 26 de marzo de 1985 "Sobre la violencia en el seno de la familia", aún prescribía la no-intervención en asuntos de violencia en el seno de la familia "salvo que expresamente lo pidiera la víctima o lo exigiera el interés público".

En la segunda mitad de los años noventa, la Resolución de la Comisión Europea sobre Medidas de Prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer del 12 de diciembre de 1997, exhorta a los Estados para que la responsabilidad principal de entablar una acción penal recaiga en el ministerio público y no en la mujer que sea víctima de la violencia. Como estrategia para la prevención del delito, señala la necesidad de establecer una política que resalte la perspectiva de la igualdad de los sexos en todos los programas relacionados con la violencia contra la mujer. En España ha sido práctica judicial generalizada –deudora de una concepción privada del fenómeno– archivar el proceso tras la renuncia de la víctima denunciante, con el visto bueno del Ministerio Fiscal, aún siendo los hechos perseguibles de oficio. Para superar esta situación y garantizar la respuesta legal resultan de interés –tanto para fiscales como para jueces– las *Conclusiones aprobadas en la Primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar*, en relación con las frecuentes retractaciones de las víctimas y a las diligencias de prueba. Por su interés se reproducen las siguientes:

"Ha de prestarse especial atención a agotar la búsqueda de pruebas diferentes al testimonio de la víctima, cuya colaboración es incierta y variable a lo largo del proceso. En este sentido son pruebas valiosas: a) El reconocimiento parcial de hechos

que por lo general suele efectuar el agresor. b) Testigos de referencia: familiares, vecinos, amigos, personal de asistencia social. c) Pericial: se estima de singular importancia la existencia de fotos que evidencien las lesiones. d) Documental: minutas policiales, denuncias archivadas, incomparecencias de la víctima a citaciones" (21).

(21) Las Conclusiones están recogidas en el Informe sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999. Contiene otras pautas de actuación acordes con la naturaleza pública de las infracciones, tales como "Debe comprobarse en el juicio si la citación a la víctima ha sido efectuada personalmente o ha sido recibida en la persona de su agresor con quien convive. En este último caso interesar la nulidad de tal citación.

En los juicios de faltas en que la víctima de estos hechos no comparece no procede la celebración del juicio como resultado de sentencia absolutoria. Parece preferible instar la suspensión y una nueva citación de la víctima en la Secretaría del Juzgado para notificarle la fecha del siguiente juicio oral y tratar de detectar las razones de su incomparecencia. Ante la persistencia en la incomparecencia cabe solicitar el sobreseimiento provisional en lugar de entrar en el juicio con la inevitable consecuencia de una sentencia de fondo absolutoria. La reclusión de la víctima en casas de acogida restringe los derechos de la víctima, no del agresor, y por ello sólo se adoptará en casos de máxima gravedad y agotada la búsqueda de otras posibles soluciones o medidas.

Es importante minimizar los contactos a lo largo de las diligencias procesales entre agresor y víctima. Se considera conveniente un servicio de acompañamiento a la víctima por parte de los servicios asistenciales en la práctica de diligencias judiciales.

Cuando las víctimas fueren menores de edad, se acudirá a las disposiciones de la LO 14/99, de 9 de junio si se estimare procedente evitar careos o colocar obstáculos visuales con el agresor durante la práctica de la declaración testifical. Si las víctimas fueren mayores de edad cabe acudir, para tales fines, a la Ley de Protección de Testigos.

En fase de ejecución de sentencia y al amparo del art. 109 LECrim el fiscal deberá cuidar que la víctima sea notificada de cualquier medida de prohibición del art. 544 LECrim con entrega de copia de dicha resolución. Asimismo deberá ser informada de las salidas del agresor de centro penitenciario, por licenciamiento, permiso o cualquier circunstancia.

En casos de otorgamiento de la suspensión de la pena se considera un instrumento particularmente útil en este tipo de infracciones la suspensión condicionada a alguna de las obligaciones o deberes establecidos en el art. 83 CP".

Como ya se ha expuesto, en la visión de los hechos de violencia doméstica como hechos públicos, no privados, tuvo especial incidencia y fue determinante la Ley Orgánica 4/99 –aprobada por el Parlamento español, en ejecución del Primer Plan de Acción contra la Violencia Doméstica del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998– que elimina el requisito de la denuncia previa para perseguir las faltas de malos tratos sin lesión del art. 617.2 CP y las faltas de amenazas –con armas o sin armas– coacciones y vejaciones injustas del art. 620.1 y 2 CP, cuando el sujeto pasivo sea alguna de las personas del círculo del delito de violencia habitual.

Otra importante medida procesal que introdujo la LO 14/99 –aparte de la necesaria interpretación autentica del término "habitualidad" del 153 CP– es la orden de alejamiento del agresor como medida cautelar, que ya estaba contemplada en la ley como pena accesoria. El art. 544-bis LECRM describe los presupuestos y clases de dichas medidas: prohibición de acudir o de residir en determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas; prohibición de aproximarse o de comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Se pueden adoptar en las primeras diligencias preventivas del art. 13 LECRM (22) –caracterizadas por la urgencia y necesidad de su adopción en aras de garantizar la tutela judicial– y también en las fases del proceso penal previas a la sentencia como en una situación avanzada de la instrucción, período intermedio o el estadio de apertura de juicio oral. También se puede adoptar dentro de la Orden de Protección a las Víctimas introducida por la Ley 27/2003, aunque en este caso la ley exige previa audiencia del imputado en 72 horas.

(22) El art. 13 LECRM. ha quedado así: "Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis de la presente Ley".

En la vertiente práctica que nos ocupa se ha constatado cómo la reticencia inicial a la adopción de estas medidas por parte de los jueces, ha sido sustituida por una significativa tendencia al alza (23). También la experiencia ha puesto en evidencia que la eficacia de estas medidas puede diluirse, si no se refuerzan los sistemas de control que garanticen el cumplimiento de las órdenes de alejamiento. Resulta especialmente necesario adoptar medidas complementarias que garanticen la efectividad y cumplimiento de las órdenes de alejamiento, como las siguientes:

a) Notificación de la resolución judicial al obligado y de manera personal a la víctima; así como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a las que se les debería solicitar vigilancia sobre el cumplimiento de la medida,

b) Si la jurisdicción civil está tramitando un procedimiento de separación o divorcio entre las mismas partes, el juez de instrucción debe remitir un testimonio de la resolución judicial (Auto) al juez civil, a fin de posibilitar la necesaria conexión entre

(23) El Presidente del Consejo General de la Abogacía Española declaró que en España sólo un 22% de las medidas de protección solicitadas por las maltratadas, son aprobadas por los jueces. Información del diario *El Mundo* 28-05-2002. Los primeros datos oficiales sobre la adopción de estas medidas por los Tribunales en toda España, se encuentran en *La Memoria de la Fiscalía General del Estado español del año 2001*, donde se informa que en el año 1999, se adoptaron 173 prohibiciones del art. 544 bis LECrim –sin datos sobre si era prohibición de comunicación, alejamiento o prohibición de residencia– en el año 2000 se adoptaron 43 prohibiciones de residencia, 113 de acudir a determinados lugares y 436 de aproximarse o comunicarse con la víctima. En el año 2001 se adoptaron 34 prohibiciones de residencia; 48 de acudir a determinados lugares y 752 de aproximarse o comunicarse con la víctima. Según la Memoria correspondiente al año 2002 se adoptaron 648 órdenes de alejamiento de las 1.390 solicitudes; aunque la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección –dentro del Observatorio de Violencia Doméstica– cifra las órdenes de alejamiento adoptadas en 1.010 desde el 2 de agosto (fecha de entrada en vigor de la Orden de Protección) y el 7 de septiembre (fecha del informe) de un total de 1.390 solicitudes. Informaciones de los diarios *El País* y *El Mundo* de 16 de septiembre de 2003.

ambas jurisdicciones, fundamentalmente en los casos en que haya hijos menores para evitar resoluciones contradictorias (24).

V. NUEVOS INSTRUMENTOS LEGALES EN EL AÑO 2003: JUICIOS RÁPIDOS Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

En el año 2001, el Gobierno Español presentó el Segundo Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) y dentro de este marco, el Parlamento español ha aprobado la Ley de Juicios Rápidos número 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECRIM; así como la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, que concentra en el Juez de Instrucción de Guardia la posibilidad de adoptar en plazo máximo de 72 horas –tras oír a la víctima y al agresor por separado– todas las medidas procesales penales necesarias para la protección de la víctima (como órdenes de alejamiento, detención, prisión) medidas provisionales civiles (en aras de adjudicar la vivienda, asignar la custodia de los hijos y pensión alimenticia con cargo al agresor); así como medidas asistenciales económicas para víctimas sin recursos económicos, para

(24) Aparte estas medidas judiciales complementarias, la actuación de la Policía y la coordinación con el Juzgado resulta decisiva para combatir de manera eficaz los casos de malos tratos. Recientemente el Ministerio del Interior ha puesto en marcha en el Cuerpo Nacional de Policía unas unidades especiales de Policía denominadas Unidad de Prevención Asistencia y Protección a las víctimas de la violencia doméstica (UPAP), integradas por agentes a los que se les confía la vigilancia permanente de un número de mujeres víctimas de malos tratos en situación de riesgo. Este control se ejerce través de un teléfono móvil que la dirección General de la Policía entrega a cada mujer para que pueda ponerse en contacto directo con su agente asignado cuando lo requiera. El teléfono tiene asignado un dígito para que aquélla pueda contactar inmediatamente con el policía asignado para su protección, durante las 24 horas del día. El policía tiene a su cargo un número máximo de mujeres y si el agresor incumple la orden de alejamiento puede actuar él u ordenar a la patrulla policial más cercana la actuación y detención del agresor. Otros sistemas posibles son las pulseras o collarines electrónicos con sistemas de localización del agresor.

lo cual ordenará que las instituciones correspondientes abonen a la víctima la ayuda pública fijada al efecto (25).

Como la Orden de Protección será tratada en una ponencia específica en este curso, concluiremos la evolución legal en el tratamiento de la violencia doméstica en España, con una breve referencia sobre la incidencia práctica de los juicios rápidos en violencia doméstica (26).

La puesta en funcionamiento de los juicios rápidos en esta materia ya cuenta con unas primeras valoraciones (27) que coin-

(25) En el primer mes en vigor de la Orden Judicial de Protección, los jueces han admitido el 77% de las peticiones. De 1.390 solicitudes, 1074 han sido admitidas y 316 rechazadas. Información de *El País* de 16 de septiembre de 2003.

(26) Encontrándose en pruebas de imprenta este trabajo, se aprobó la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de Medidas Concretas en materia de Seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que introduce las siguientes reformas penales, como más significativas:

1. Las conductas hoy consideradas como falta de lesiones o malos tratos de obra del art. 617.2 del Código Penal; y la falta de amenazas con uso de arma o instrumento peligroso, cuando se cometen contra alguna de las personas del círculo de sujetos pasivos del delito de violencia habitual pasan a considerarse delito.
2. El delito de violencia habitual –hoy ubicado dentro del capítulo de las lesiones– se traslada al capítulo de los delitos contra la integridad moral como art. 173.2 y se amplía el círculo de personas protegidas por dicho delito (hermanos y otras personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados) además de imponer pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, además de posibilitar que el órgano sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento...
3. Se tipifica, de manera específica y dentro del capítulo de las lesiones, el delito de mutilación genital o ablación, señalándose pena de 6 a 12 años y posibilidad de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o tutela, si los autores son los padres o familiares directos...
4. La circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco –que puede agravar o atenuar la pena, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito– amplía su operatividad al supuesto de ex-cónyuges o ex-parejas.

(27) El Decano de los Juzgados de Madrid, ha afirmado que "Desgraciadamente en la mayoría de las ocasiones sólo da tiempo a dictar medidas cautelares". Información de *Idealdigital* de 3 de septiembre de 2003.

ciden en señalar la dificultad de reunir todas las diligencias necesarias –informes asistenciales, judiciales o policiales– para un completo conocimiento de las características del hecho; ya que se establecen enjuiciamientos en plazos máximos de quince días o de 24 horas según sea delito o falta. En estos casos debería evitarse que la necesaria y deseable celeridad en la tramitación tenga como consecuencia el retorno a la inaplicación del delito de violencia habitual en el ámbito familiar. Esta afirmación –en espera de datos estadísticos más fiables, ya que la ley ha entrado en vigor recientemente– se deduce de tres factores anejos a los juicios rápidos:

a) El escaso tiempo existente para que la policía o el juez instructor puedan investigar y comprobar los elementos y circunstancias del hecho denunciado –en orden a valorar su entidad– así como para reclamar los antecedentes de hechos violentos contra la víctima u otro miembro del círculo familiar necesarios para apreciar el elemento de la habitualidad. Diligencias de investigación tales como informe del médico forense acerca de la salud física o mental de la víctima y del agresor, riesgo de reiteración o "peligrosidad", antecedentes penales de éste, declaraciones de las partes y testigos o tasación pericial de daños o bienes deben realizarse en un breve lapso de tiempo.

b) La facultad de "precalificación" que se otorga a la policía –competente inicialmente para determinar si un hecho violento es falta o delito y citar a las partes para juicio a celebrar en las 24 horas siguientes si valora el hecho como falta– puede suponer un aumento de los juicios de faltas por ausencia de conocimientos jurídicos precisos por la policía en cuanto a las diferencias entre delitos y faltas; o por criterios de valoración que no pueden ser tan precisos como los exigibles a los componentes del Poder Judicial. Para conjurar este riesgo se exige un riguroso control por el Juez de Guardia ante el que se cita a las partes, quien debe rechazar la calificación de falta de unas amenazas, coacciones o vejaciones, si existe habitualidad o gravedad.

c) El sistema de la conformidad no deja lugar a la participación de la víctima –art. 787 y 801 LECRIM– ya que se negocia a espaldas de ella que, normalmente, no ha tenido tiempo de personarse en la instrucción judicial con abogado y procurador. Las víctimas suelen contemplar dicha negociación como medio para descargar de trabajo a los Tribunales; además, el beneficio de la reducción de un tercio de la pena aumenta la sensación de benignidad de la respuesta legal frente a amenazas, coacciones o violencia habituales graves.

Es necesario seguir la evolución y la aplicación de la legislación penal en los juicios rápidos en los casos de violencia doméstica y valorar la respuesta que ofrecen a víctima y victimario.

VI. RESPUESTA DE OTROS PODERES PÚBLICOS: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

También el Consejo General del Poder Judicial ha intentado perfeccionar el tratamiento institucional de la violencia de género, como lo demuestra el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 1 de diciembre de 1999 que, con carácter experimental estableció tres Juzgados especializados en violencia doméstica: en Alicante, Elche, y Orihuela. Estos Juzgados, dentro de su partido y por normas de reparto han conocido de manera exclusiva de la instrucción de las causas por los delitos de violencia doméstica habitual; también del conocimiento y fallo de las faltas de violencia doméstica tipificadas en los arts. 617 y 620 del CP; así como de la adopción de las medidas previstas para estos delitos y faltas en el art. 57 del CP.

En el período de funcionamiento experimental de estos Juzgados –aproximadamente hasta el año 2001– se ha conseguido un mejor tratamiento judicial de los malos tratos porque las Administraciones asistenciales y las fuerzas policiales han concentrado su relación con un solo órgano judicial, con el que establecen criterios de actuación; de otro lado han posibilitado que el juez conozca las circunstancias y vicisitudes de los miembros de las familias afectadas por hechos violentos y que adopte decisiones

no contradictorias. El diseño organizativo y de trabajo de estos Juzgados –que no fueron excluidos del conocimiento de asuntos ordinarios no relacionados con la violencia doméstica– parece explicar el escaso período de funcionamiento que han tenido (28).

En esta misma materia, el Consejo General del Poder Judicial dictó el Acuerdo de 21 de marzo de 2001, denominado *Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica* –difundida entre todos los órganos judiciales– donde se "*recogen los criterios de actuación jurisdiccional previstos en la legislación vigente, sistematizados, a fin de potenciar la eficacia de nuestros órganos judiciales en esta materia, partiendo del respeto a la plena independencia de éstos para ejercer su función dentro del marco previsto en la Constitución y en las leyes*". Este Acuerdo contenía una propuesta de norma de reparto entre Juzgados de la misma población, favorecedora de la investigación del delito de violencia habitual; por ella se atribuye a un solo órgano judicial el conocimiento de los hechos delictivos cometidos por el mismo sujeto contra la misma familia. Esta sugerencia ha sido asumida como norma en la Instrucción n.º 3/2003 de 9 de abril aprobada por el Pleno del CGPJ (BOE N.º 90 de 15 de abril 2003) sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, dirigida a los Juzgados a fin de adoptar medidas que favorezcan la aplicación de los Juicios Rápidos en materia de Violencia Doméstica; donde se establece que, para el caso de no poder tramitarse por la vía del juicio rápido, deberá conocer de los hechos el primer Juez que entendió de la primera denuncia interpuesta contra el mismo agresor, a fin de evitar la dispersión y posibilitar la aplicación del delito de violencia doméstica habitual (29).

(28) MANRIQUE TEJADA Y DEL CASTILLO, "El Juzgado de Violencia familiar: experiencias prácticas". *El maltrato familiar en el Derecho comparado*. Tomo I, 2002, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

(29) También contiene pautas de actuación para los jueces para las diligencias en el Juzgado de Guardia en los actos de recepción de denuncias; examen de las personas implicadas; declaración de la víctima, declaración del denunciado, recogida de pruebas, adopción de medidas cautelares y preferencia

En la actualidad, el Consejo General del Poder Judicial junto con los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, ha firmado el Convenio Constitutivo del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (30) que persigue dotar de mayor efectividad las actuaciones de cada institución en esta materia. Uno de los objetivos prioritarios del Convenio es recopilar y analizar cuantas resoluciones judiciales se dicten por los órganos judiciales en estos asuntos, y realizar propuestas de actuación y legislativas. Dentro de las actividades de este Observatorio encontramos, aparte de la promoción de la Instrucción 3/2003 ya mencionada, las siguientes actividades:

a) Encargó al Servicio de Inspección del CGPJ una investigación sobre la violencia doméstica en el ámbito de menores en el año 2003 y sobre los procesos iniciados con ocasión de la muerte de mujeres por sus maridos y parejas en los años 2001-2002 y primer trimestre de 2003; entre otras conclusiones afirma que los órganos judiciales no tienen constancia de la situación de malos tratos previa en el 68 % de los fallecimientos por violencia doméstica.

b) Ha constituido un Grupo de Trabajo estable formado por seis Magistrados/as expertos en esta materia que prestan asesoramiento al CGPJ; también ha elaborado programas específicos de formación a los Inspectores de los órganos judiciales así como para los Jueces y Magistrados.

c) Ha diseñado el formulario de petición de la Orden de Protección –que debe de estar a disposición de las víctimas en los servicios policiales y judiciales– e impulsa la Comisión de Seguimiento de implantación de dicha Orden.

en la tramitación de estos asuntos. Propone pautas de actuación en el trato a la víctima en dependencias judiciales; relaciones entre denunciante y denunciado; medidas alternativas en estos procesos y coordinación entre Juzgados civiles y penales.

(30) Presidido por la Excm. Vocal D.^a Monserrat Comas d'Argemir Cendra.

VII. REFLEXIONES FINALES

Conscientes de la pluralidad de causas y diversidad de formas de manifestación de la violencia, quienes trabajamos con el Derecho no podemos tratar de inhibirnos de nuestra responsabilidad describiendo el fenómeno *sólo y exclusivamente* como un "problema cultural" necesitado de medidas de prevención" a través de los mecanismos socializadores, como la escuela, familia y medios de comunicación. Como juristas debemos interrogarnos por las razones que frustraron eficaces resultados en la protección de las víctimas, tras las reformas del Código Penal y de la normativa procesal del año 1999.

Si bien la violencia doméstica no podrá atajarse sólo y exclusivamente con respuestas penales, conocemos que persiguen reparar el daño causado a la sociedad o a las personas –son instrumentos aprobados por el estado para ejercitar su *ius puniendi*– y cumplen una función de "prevención general" en tanto que la amenaza con pena o limitación de derechos supone contención y reparo en las decisiones personales de transgredir la paz social.

Junto a las medidas educativas y culturales, siguen siendo necesarias las leyes penales y procesales y el esfuerzo de sus intérpretes, para proteger al género femenino de una violencia estructural insertada en la sociedad actual (31). En este ámbito jurídico

(31) En este sentido sigue vigente la segunda conclusión del Encuentro que tuvo lugar en Madrid en junio de 2000 –en el marco de las actividades de Formación Continuada organizadas por el Consejo General del Poder Judicial– donde se afirmaba: "La política de prevención de cara al maltratador debe venir dictada: a) por la superación de los desvalores androcéntricos imperantes en la sociedad generadores de la impunidad que hoy siente el maltratador, b) por la aplicación de la Ley Penal, que debe ser tan respetuosa con los derechos y garantías del proceso penal como firme en su sanción y c) por actuaciones a favor de la víctima dirigidas a la recuperación de su autoestima y dignidad, facilitando su repersonalización, y a tal fin deben emplearse cuantos medios sean precisos". Tanto el Derecho Penal como la normativa procesal son instrumentos importantes para la lucha contra el fenómeno criminal de la violencia doméstica; sin perjuicio de la necesaria concurrencia de otras medidas educaciones y sociales.

—donde rige el principio de legalidad y de garantía de los derechos fundamentales— podemos extraer unas conclusiones tras las reflexiones vertidas, sintetizadas en dos breves frases, seguidas de una sucinta justificación:

1. Respuesta legal suficiente aunque mejorable

El ordenamiento jurídico español actual ofrece una respuesta suficiente ante el fenómeno de la violencia de género en el ámbito familiar, tanto en la vertiente de protección de la víctima como en la represión de los hechos violentos; no obstante, la respuesta legal es susceptible de ser mejorada en las estrategias y prácticas dirigidas a la prevención de estos hechos violentos. Como recomienda la Resolución europea de 12 de noviembre de 1997, el Estado debe revisar, evaluar y enmendar periódicamente sus leyes y procedimientos, especialmente la legislación penal, para cerciorarse de la utilidad y eficacia de las mismas. En este sentido, se constata que la legislación española aún es susceptible de mejoras técnicas puntuales, como sería la transformación de las actuales faltas de violencia doméstica en delitos menos graves, siguiendo la Recomendación n.º 1582 de Asamblea de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 2002, sobre Violencia Doméstica contra la Mujer, que postula la definición del concepto de violencia doméstica en las legislaciones nacionales de manera que sea tratado como acto criminal grave ("*serious*") en todas sus formas.

La existencia de las *faltas* en el caso de violencia dentro del núcleo familiar, constituye un *importante obstáculo en la erradicación del fenómeno de la violencia doméstica*, porque la respuesta penal asignada —multas pecuniarias leves o arrestos de fin de semana— carece de efectos disuasorios para el agresor y genera un comprensible sentimiento de falta de eficacia de la justicia en las víctimas; aparte de que extienden la noción y la idea de la violencia leve o liviana dentro del ámbito familiar.

En caso de que el legislador no crea oportuna una modificación legal para que todas las conductas de violencia de género

en el ámbito familiar merezcan la calificación de delito –con la graduación correspondiente y penas proporcionadas– resulta necesario diseñar una respuesta legal preventiva desde la jurisdicción penal dirigida a evitar la reiteración delictiva, como podrían ser los trabajos en beneficio de la comunidad por parte del agresor o el sometimiento a programas educativos y de resocialización en valores de respeto a la dignidad e igualdad de las personas, que hoy día son voluntarios en ejecución de sentencias condenatorias.

2. Las leyes han de ser interpretadas conforme a la realidad social y con la guía del art. 9.2 CE

Aun siendo susceptibles de perfección todas las normas legales, lo cierto es que la perfección de las normas no garantiza su cumplimiento ni su eficacia. Resulta necesaria suficiente dotación económica –para costear los medios materiales y humanos necesarios para llevarla a la práctica– y también, de manera relevante, se exige que los profesionales que actuamos de forma inmediata o posterior a la comisión de hechos violentos, todos nosotros –policías, jueces, abogados, fiscales– asumamos la tarea de mejorar el rendimiento de las leyes vigentes mediante la interpretación conforme a los principios constitucionales. Este desideratum conlleva los siguientes presupuestos:

1.º Intérpretes y aplicadores del Derecho tenemos la obligación legal de conocer la normativa vigente en materia de violencia de género –como dice el art. 1.7 del Código Civil– y también la responsabilidad de interpretar y aplicar dichas normas "según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" (art. 3 del Código Civil) de manera que no se causen a las partes, víctimas y victimarios, perjuicios o daños que no tengan el deber jurídico de soportar. La causación de estos daños podría generar responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por error judicial o por funcionamiento anormal (art. 121 CE).

2.º Para la interpretación y aplicación de las leyes, además del conocimiento de la realidad social, es necesaria la comprensión de las características específicas del fenómeno criminal de la violencia de género; así como su enfoque desde la perspectiva de género, poniendo el acento en su origen estructural y en las relaciones jerárquicas y no igualitarias que lo mantienen –como señalaba el legislador que introdujo el delito de violencia habitual– de manera que víctima y autor deben ser tratados conforme a la situación económica, educacional o social que cada uno de ellos presenta.

3.º Los miembros del Poder judicial han de conocer que la violencia doméstica es un señalado obstáculo para la realización del principio de igualdad entre hombres y mujeres y un atentado a la dignidad de la persona –como afirma la declaración institucional del Consejo General del Poder Judicial– también han de interpretar y aplicar las normas con el objetivo de promover y garantizar la realización de tales derechos fundamentales, como es el derecho a la no discriminación por razón de sexo y el derecho al respecto de la dignidad humana de las personas, con independencia del sexo del art. 10 CE (32). Debe recordarse en este momento el art. 53.2 CE, que establece la vinculación de la practica judicial a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución.

Si bien las consideraciones que se acaban de exponer se refieren al ámbito de actuación judicial, no puede soslayarse que la disminución de la violencia de género exige de toda la ciudadanía y de los poderes públicos una actuación coordinada; especialmente de los diferentes organismos que intervienen en estos casos

(32) Esta afirmación se contiene en la Declaración Institucional del Consejo General del Poder Judicial de 8 de marzo 2000 y nos enlaza con la perspectiva del Poder Judicial como poder dinámico al que "corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...", por mandato del art. 9.2 CE.

En este sentido mi trabajo sobre, "La interpretación de las leyes como factor de eficacia", dentro de la obra *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*. Estudios 18, Editado por el Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 2003.

(médicos, policías, jueces, fiscales, abogados) para ello resultan decisivos los "Protocolos de Coordinación Institucional", que señalan las actuaciones debidas por cada institución cuando interviene en un hecho de violencia contra la mujer. Si bien existen en la actualidad Protocolos de coordinación en diferentes territorios de España, se debería superar la percepción del mero carácter orientativo de los mismos, avanzando en un compromiso con la real aplicación de los mismos.

Los poderes públicos, entre ellos el Poder Judicial, han de ser conscientes de la gravedad del problema y de su necesaria comprensión desde la perspectiva de género, porque a ellos corresponde conseguir la paz social y eliminar los obstáculos que impiden el desarrollo de los derechos de las personas.

Estas son mis reflexiones sobre la violencia de género. Una contribución más en el necesario esfuerzo de todas las instituciones públicas y asociaciones de mujeres, que luchan sin desánimo porque las futuras generaciones de mujeres no sean silenciadas por el horror de la violencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Boletín de Información y Análisis Jurídico. Instituto Andaluz de la Mujer. "Art. 14. Una perspectiva de género", n.º 5-septiembre de 2000.

CALVO GARCÍA, Manuel. "Análisis Socio-Jurídico de la Violencia Doméstica", ponencia del Congreso de Violencia Doméstica organizado por el Observatorio del Consejo General del Poder Judicial en junio 2003.

COMAS d'ARGEMIR CENDERA, Monserrat, Vocal del CGPJ y Presidenta del Observatorio de Violencia Doméstica "Objetivos y actividades del Observatorio de Violencia Doméstica". Ponencia presentada en el Primer Congreso "Violencia Doméstica" celebrado en Madrid y el 12 y 13 de junio 2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO, "La violencia doméstica contra las mujeres". *Informes, Estudios y Documentos*, Madrid, 1998.

- ECHEBURÚA, Enrique y AMOR, Pedro Javier, "Hombres violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención". Cuadernos de Derecho Judicial, volumen sobre *La Criminología aplicada II*, editado por el CGPJ Madrid 1999, pág. 122.
- FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Concepción y otras, "La mujer ante la administración de Justicia", *El caso del parricidio*, Serie Estudios 15, editado por el Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, 1988.
- GÓMEZ NAVAJAS, Justa, "¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos?". Dentro de la obra *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*. Estudios 18, Editado por el Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 2003.
- INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, *Violencia contra las Mujeres. Ámbito judicial*. Sevilla 1999.
- LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*. Ares y Mares, Editorial Crítica S. L., Barcelona 2001.
- MANRIQUE TEJADA Y DEL CASTILLO, *El Juzgado de Violencia familiar: experiencias prácticas. El maltrato familiar en el Derecho comparado*. Tomo I, 2002, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- MINISTERIO DE INTERIOR-MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, *La Violencia contra la Mujer*, Instituto de la Mujer, año 1991.
- MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada, "La interpretación de las leyes como factor de eficacia", dentro de la obra *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*. Estudios 18, Editado por el Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 2003.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. DIJUSA, Madrid, 2002.
- RUBIO CASTRO, Ana, "Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores", dentro de la obra *Análisis jurídico de la violencia contra las*

mujeres. *Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*. Estudios 18, Editado por el Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 2003.

SUBIJANA ZUNZUNEGI, Ignacio José. "Los derechos de las Víctimas: su plasmación en el proceso penal", *Revista del Poder Judicial* n.º 54.

SUBIRASCH, Marina, *Con diferencia. Las mujeres frente al reto de la autonomía*. Editorial Icaria Antrazyt. Primera Edición. abril 1998.

TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.

THEMIS, *Respuesta penal a la violencia familiar*, realizado por Themis para el Consejo de la Mujer de la Comunidad Consejo de la Mujer de Madrid, 1999.

THEMIS, Asociación de Mujeres Juristas. *La violencia familiar en el ámbito judicial*, Editado por a Junta de comunidades de Castilla-La Mancha, año 2003.

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, Manual de Formación, Ambito Policial, Instituto Andaluz de la Mujer, 1.ª Edición, Sevilla, septiembre 1999.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, 3.ª Edición Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993.

LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS
DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Joaquín Delgado Martín

Letrado del Gabinete Técnico del CGPJ

Magistrado. Doctor en Derecho

LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. 1. Concepto de víctima. 2. Víctimas de la violencia doméstica: fundamento de la orden de protección. 3. Victimización primaria y secundaria. III. LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA. 1. La protección por el sistema penal. 2. Medidas para tutelar de forma provisional los intereses de la víctima durante la tramitación del proceso penal. A) Tutela provisional. B) Derecho de la víctima a la tutela provisional de sus intereses. IV. LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 1. Antecedentes: la *protection order*. A) Concepto y contenido. B) Incumplimiento de la orden de protección. C) Clases y denominaciones. D) Registro de Ordenes de Protección. 2. Concepto de orden de protección. 3. Principales aportaciones de la Ley 27/2003. V. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 1. Víctimas de violencia doméstica: ámbito de aplicación. 2. *Fumus boni iuris*. 3. *Periculum in libertatis*. Situación objetiva de riesgo. 4. Resolución motivada. VI. PROCEDIMIENTO. 1. Notas características. A) Fácil accesibilidad a la Orden de Protección. B) Simplicidad. C) Celeridad. D) Oralidad. 2. Inicio. A) De oficio.

B) A instancia de parte legitimada. C) Solicitud. 3. Trámite de admisión. 4. Comparecencia. A) Régimen. B) Incomparecencia de la persona denunciada. C) Intervención de Abogado en la audiencia. a) Asistencia letrada a la persona denunciada. b) Asistencia letrada a la víctima. 5. Notificación y ejecución del auto. A) Notificación. B) Oficinas de Atención a la Víctima. C) Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. 6. Recursos. VII. MEDIDAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS. 1. Medidas de naturaleza penal. A) Medidas penales de protección de la víctima. B) Orden de protección y medida de alejamiento. 2. Medidas de naturaleza civil. A) Contenido. B) Coordinación entre jurisdicciones. C) Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil. a) Existencia de proceso civil anterior. b) Inexistencia de proceso civil anterior. D) Ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles por parte del Juzgado de Primera Instancia o de Familia. E) Los "Juicios Rápidos Civiles". F) Puntos de Encuentro. VIII. OTRAS DISPOSICIONES DESTINADAS A MEJORAR LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL. 1. Derecho de información permanente. 2. Comunicación de la Orden de Protección. 3. Participación de la víctima en la audiencia. 4. Disposiciones contenidas en el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil. A) Ofrecimiento de acciones. B) Notificación del auto de orden de protección. IX. ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA. X. REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. XI. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 1. Composición. 2. Actividades. XII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

"La violencia contra la mujer es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas. Mientras continúe, no podremos afirmar que hemos realmente avanzado hacia la igualdad, el desarrollo y la paz."

Kofi ANNAN
Secretario General de las Naciones Unidas

I. INTRODUCCIÓN

La violencia dentro de la familia es un fenómeno grave en nuestra sociedad, que tiene lugar en todas las clases sociales, en todos los estamentos económicos, que afecta a los distintos niveles culturales, y que tiene lugar en todos los Estados (1).

En el ámbito doméstico el poder público ha hecho dejación de su monopolio de la violencia y ha venido permitiendo de hecho su ejercicio contra los miembros más vulnerables de la familia, especialmente la mujer, confiando en que los mecanismos internos de la familia eran suficientes para la solución del conflicto (2); en otras palabras, *la sociedad ha confiado en la institución familiar como instancia de control social informal contra la violencia de un miembro contra otro*. Recordemos que el orden social se mantiene a través del control social, es decir, el sistema de reglas de conducta (normas sociales) y mecanismos (instancias de control) destinado a asegurar las pautas de conducta del grupo. Junto a los

(1) Véase el estudio de Sistemas Penales Comparados sobre "La violencia en el ámbito doméstico y familiar", *Revista Penal*, número 10, enero-junio 2001, págs. 185 y ss., con estudios relativos a Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, Holanda, Italia, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal y República Dominicana.

(2) La Procuradora de la República Portuguesa María Paula GARCÍA recoge el viejo refrán "entre marido y mujer no metas la cuchara"; en *Tratamiento legal en Portugal de la violencia doméstica*, ponencia en Seminario sobre el maltrato familiar en Derecho comparado, celebrado en Madrid los días 8 a 10 de octubre de 2001, y organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

mecanismos formales de control social (institucionalizados por el ordenamiento), existen unas instancias de control social informal (tan importantes como los primeros): escuela, religión, medios de comunicación de masas, profesión, trabajo y familia (3). La principal instancia de control social informal es la familia, porque a través de ella el individuo interioriza desde su infancia las pautas de conducta de la sociedad.

Sin embargo, el fracaso de la familia ha sido estrepitoso por la conjunción de varios elementos. En primer lugar, son todavía frecuentes los ámbitos sociales en los que no existe una norma de conducta social clara que condene la utilización de violencia dentro del hogar; la labor educacional deviene relevante para combatir el fenómeno. En segundo término, tampoco el maltrato intrafamiliar encuentra sanciones dentro de esta instancia; como pueden ser la segregación del grupo, desprecio, repulsa, y similares. Y, por último, la propia estructura de la familia (intimidad o exclusión de intervención de terceros) ha determinado una gran dificultad en la intervención de las instancias formales de control social (especialmente el sistema penal), con la consiguiente impunidad de muchas de las conductas violentas.

Como quiera que la cruel realidad ha demostrado la gran equivocación, *la sociedad ha reaccionado en los últimos años en un intento de erradicar dicha violencia y lo ha hecho a través de instancias formales de control social, especialmente las integradas dentro del sistema penal: Jueces, Fiscales, Policía y Administración penitenciaria.*

II. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

1. *Concepto de víctima*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la víctima como "persona que padece daño por culpa

(3) Vid. Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001, págs. 133 y 134.

ajena o por causa fortuita" (4). Para centrar la cuestión desde la perspectiva del sistema penal, debemos acudir al art. 1 a) de la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que la define como "la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro".

2. Víctimas de la violencia doméstica: fundamento de la orden de protección

La víctima de violencia doméstica se encuentra en una situación de especial desprotección frente a los actos violentos realizados por otro miembro de grupo familiar. En primer lugar, suele tener lugar sobre sus miembros más vulnerables, esto es, aquéllos que se encuentran más desprotegidos frente a la conducta violenta de los más fuertes físicamente: la esposa, o la mujer con la que el agresor está ligado de forma estable por una relación de afectividad análoga al matrimonio; los hijos menores frente a los progenitores; y los ancianos frente a los hijos o descendientes (5). Por otra parte, el riesgo de reiteración de la conducta violenta, física o psíquica, es significativamente mayor cuando agresor y víctima conviven en el mismo domicilio. Por último, hay que tener presente la existencia de una dependencia económica, social y/o psicológica de la víctima que suele generar un incremento de la capacidad de resistencia a la violencia.

(4) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 21.^a edición.

(5) Manuel CALVO GARCÍA señala que la violencia doméstica se produce especialmente contra la mujer: en la violencia sobre la pareja (78,3%), en la violencia contra menores (65% contra niñas y mujeres jóvenes) y en la violencia contra ascendientes (63% contra ancianas); en "Análisis socio-jurídico de la violencia doméstica", *La Ley Diario de Noticias*, Número especial sobre violencia doméstica, julio 2003, pág. 6.

De esta manera se justifica una especial atención por parte de los órganos públicos competentes que, teniendo en cuenta de la gran complejidad del problema, debe realizarse mediante la actuación coordinada de los diferentes órganos e instituciones públicas implicadas: las autoridades y agentes del sistema penal, los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil, así como las instituciones de asistencia y protección social (6).

Atendiendo a las anteriores consideraciones, la Orden de Protección regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio, nace para *atender a la especial necesidad de tutela de unas víctimas que se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad*, las que sufren la violencia dentro del hogar familiar, *posibilitando la coordinación de las actuaciones de los diferentes sujetos públicos* implicados en la lucha contra la violencia doméstica.

3. *Victimización primaria y secundaria*

Con referencia al mal sufrido por la víctima, la doctrina viene distinguiendo dos tipos de victimización: la primaria, que agrupa las consecuencias perjudiciales primarias originadas por el delito y sufridas directamente por la víctima, sean de índole física, económica, psicológica o social; y la secundaria, que engloba los daños sufridos por la víctima en sus relaciones con el sistema penal (7), marco éste en el que frecuentemente se produce un incremento del mal causado por el delito con otros daños de dimensión psicológica o patrimonial que se derivan de la falta de

(6) Véase la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia.

(7) Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI define la victimización secundaria como "los daños de origen físico, psíquico, social o económico, originados a la víctima de un delito por el sistema estatal de justicia"; en "Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal", *Poder Judicial*, 3.ª época, n.º 54, pág. 168.

la adecuada asistencia e información por parte del sistema de la Justicia Penal (8).

A la hora de definir el papel de la víctima en el proceso penal, concretando su estatuto o conjunto de derechos, es necesario ir más allá de la tutela clásica derivada de la reparación del mal sufrido a través de una indemnización efectiva (victimización primaria), estableciendo aquellos derechos que tengan como finalidad prevenir o mitigar los daños inherentes a la victimización secundaria (9). La Ley 27/2003 también contiene una serie de disposiciones aplicables a toda víctima de violencia doméstica, que están destinadas a evitar o limitar la denominada victimización secundaria y que se analizan en un apartado posterior.

III. LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

1. *La protección por el sistema penal*

A finales del siglo XX y principios del XXI asistimos a un proceso de redescubrimiento de la víctima como uno de los protagonistas del sistema penal, que se ha visto recogido por el propio legislador tanto a nivel nacional como internacional. El proceso penal no surge solamente para resolver un conflicto formal entre el delincuente y el Estado, sino que asume un papel de tutela de

(8) El Síndic de Gruges de Catalunya recoge en su informe de 16-3-1994 al Parlamento Catalán una queja de los ciudadanos: el sentimiento de desconcierto y desamparo que se encuentra después de haber presentado la correspondiente denuncia. Matilde SEUBA MARTÍNEZ, "Servei D'Atenció a la Victima del delicte", *Revista Justiforum*, N.º 2, época II, noviembre de 1994, pág. 47.

(9) Como afirma la propia Exposición de Motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, "en muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a las que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etcétera, producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito".

los derechos e intereses legítimos de la víctima de una infracción penal.

El respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, señaladamente la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la integridad física o moral (art. 15 CE), impone al Estado la obligación de garantizar la *protección de la víctima*, es decir, debe imponer las condiciones necesarias para garantizar su seguridad cuando exista un riesgo grave de represalia o de reiteración de los actos violentos (art. 8 de la Decisión Marco del Consejo UE de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal). En este sentido, el apartado 24 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama el derecho de la víctima a ser protegida de forma inmediata y efectiva por los Juzgados y Tribunales, especialmente frente al que ejerce violencia física o psíquica en el ámbito familiar.

Conviene tener presente que la esencia del Derecho penal radica en imponer una pena cuando ya se ha producido el peligro o la lesión del bien jurídico protegido por el tipo. De esta forma, constituye un instrumento inadecuado para la labor de prevención del delito (10), concepto éste que despliega sus efectos antes de que se produzcan los elementos de la situación penalmente típica (11). Sin embargo, el sistema penal sí que debe otorgar una respuesta ágil e inmediata en aquellas situaciones en las que, habiéndose producido un acto violento contra un miembro del grupo familiar, concurren elementos que determinan un riesgo de repetición de la situación de violencia (pronóstico de peligro), es decir: *deberá*

(10) Véase Joaquín DELGADO MARTÍN, "Soluciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Violencia Doméstica", *Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*, II 2002, editado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y el Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, págs. 43 y siguientes.

(11) Teresa FREIXES SANJUAN, "Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo y sobre algunos ejemplos del Derecho extranjero", estudio previo a la elaboración de *Proyecto de Ley para prevenir la violencia de género den al ámbito familiar* impulsado por el Institut Català de la Dona, pág. 2.

imponer las condiciones necesarias para garantizar la seguridad de la víctima frente a nuevas agresiones de carácter físico o psíquico (concepción restringida de protección).

Para conseguir esta finalidad, dentro del proceso penal abierto por el hecho violento ya cometido pueden arbitrarse medidas para conseguir reducir de forma significativa, o incluso eliminar, el riesgo o peligro de reiteración de nuevas situaciones de violencia. *La protección efectiva de la integridad física y moral de la víctima es la gran asignatura pendiente del sistema penal.* Basta con repasar la prensa diaria para observar que son numerosos los casos en los que una persona sufre una agresión grave por parte de otro miembro de la familia y aquella había denunciado una o varias veces actos violentos realizados anteriormente por éste.

Y téngase en cuenta que, en una parte importante de los supuestos, la víctima no puede esperar a que exista una sentencia firme que condene al agresor a una pena de prisión y/o de alejamiento, sino que frecuentemente necesita una protección inmediata por parte del Estado a través de las medidas provisionales que pueden adoptarse dentro del proceso penal.

2. Medidas para tutelar de forma provisional los intereses de la víctima durante la tramitación del proceso penal

A) Tutela provisional

Cuando se ha producido un delito o falta contra una víctima, o cuando ha tenido lugar un hecho violento de un miembro de la familia contra otro, el Juez que conoce del proceso penal se convierte en un elemento relevante para evitar la reiteración de la violencia, esto es, para garantizar en lo posible la seguridad de la víctima frente a nuevas agresiones de carácter físico o psíquico. A los anteriores efectos, cobran especial importancia aquellas medidas destinadas a tutelar de forma provisional los intereses de la víctima durante la tramitación del proceso penal.

Para conseguir dicho objetivo, nuestro ordenamiento procesal contempla una serie de medidas que gozan de la característica de la *provisionalidad*, sin perjuicio de los pronunciamientos de la sentencia que se dicte. Se trata de una serie de medidas *heterogéneas* que abarcan desde la mera ocultación de la dirección y de otros datos de localización de la víctima que debe declarar como testigo (contempladas en la Ley Orgánica 14/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales) hasta la propia prisión provisional.

En todas estas medidas concurre un *periculum in libertatis* (12), entendido como aquellos riesgos o peligros que para la víctima pueden derivarse de la no adopción de una medida de protección (13). En estos supuestos, el Juez podrá adoptar alguna o algunas de las medidas de protección de la víctima que resulten adecuadas atendiendo a las circunstancias: las prohibiciones del art. 544 bis LECR, las contempladas en el art. 13 LECR, o incluso la propia prisión provisional. Téngase en cuenta que estas medidas pueden adoptarse en el seno de una orden de protección del nuevo art. 544 ter LECR.

B) *Derecho de la víctima a la tutela provisional de sus intereses*

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE impone un modelo de proceso penal que debe amparar los derechos e intereses legítimos de la víctima de la infracción penal.

(12) Montserrat DE HOYOS SANCHO, "La medida cautelar de alejamiento de agresor en el proceso penal por violencia familiar", *Actualidad Penal*, n.º 32, 2 al 8 de septiembre de 2002, pág. 816.

(13) Coral ARANGÜENO FANEGO habla del "hipotético peligro existente de reiteración de acciones violentas sobre la víctima de no restringirse de algún modo la libertad de movimientos del imputado"; en *La reforma de la LECR por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las medidas cautelares del art. 544 bis*, *Actualidad Penal*, n.º 11, 13 al 19 de marzo de 2000, pág. 252.

Y la efectividad de la tutela exige asimismo que durante la tramitación del proceso penal puedan adoptarse medidas destinadas a amparar de forma provisional los intereses de la víctima, especialmente en materia de protección (14). En este marco surge la orden de protección, como instrumento procesal para incrementar la eficacia de la protección de los derechos de la víctima durante la tramitación de un proceso penal.

IV. LA ORDEN DE PROTECCIÓN

1. *Antecedentes: la protection order*

A) *Concepto y contenido*

La Orden de Protección encuentra su antecedente en la *protection order* que se ha extendido en diferentes países anglosajones, como EEUU (15) o Australia. Se trata de un mandamiento emitido por un juez para proteger a una persona frente a otra, que tiene validez en todo el territorio estatal. La orden contiene ciertas condiciones que el destinatario tiene la obligación de cumplir, como por ejemplo la prohibición de poseer armas de fuego, o la prohibición de mantener todo contacto directo o indirecto con la víctima. Debe tenerse en cuenta que las órdenes varían en su ámbito y duración.

Es la medida más común de protección de la víctima, tanto en los casos de acoso como en los supuestos de violencia doméstica (16). Sus elementos relevantes son los siguientes:

(14) El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley reguladora de la prisión provisional afirma que "la tutela judicial aseguradora y preventiva forman parte del derecho constitucional a obtener una tutela judicial que sea efectiva. La efectividad de la tutela no se limita a garantizar la eficacia de la sentencia ante la eventual condena por el hecho cometido, sino que la nueva orientación del proceso penal tiene a la potencial víctima como objeto de tutela".

(15) A título de ejemplo, véanse las páginas web de Michigan y del Condado de Kent.

(16) En el ámbito de la violencia doméstica, resulta interesante el documento llamado *Domestic Violence and Stalking: The Second Annual Report to Con-*

1. Transmite al agresor el aviso formal de que su conducta es inaceptable.
2. Transmite al agresor la idea de que, si persiste en su actitud, sufrirá graves consecuencias.

La orden de protección suele tener el siguiente contenido:

1. Los datos de las personas afectadas (su nombre, el nombre del imputado/destinatario, así como de cualquier niño).
2. La fecha en que la orden fue emitida.
3. La fecha de expiración, si la tiene la orden.
4. La firma del Juez.
5. Las condiciones que debe cumplir el destinatario de la orden.
6. Los datos identificativos (incluido el número de teléfono y similares) de la Autoridad Judicial que emitió la orden.

Resulta interesante examinar la página Web del Estado de Nueva York, en la que se contiene un sistema interactivo para que el ciudadano pueda solicitar una orden de protección: <http://www.fcnny.org/spanishdemo/main.htm>.

B) Incumplimiento de la orden de protección

En caso de incumplimiento de las condiciones de la orden de protección, el imputado se enfrenta a importantes consecuencias:

gress under the Violence Against Women Act. A publication of the Violence Against Women Grants Office, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice, July 1997. Véase el archivo "Domestic Violence and Stalking".

una multa, el ingreso en prisión y/o la reclusión en una institución psiquiátrica. Asimismo, la Policía puede detener al destinatario que desobedece la orden en caso de peligro para la víctima.

C) Clases y denominaciones

Básicamente, la orden de protección puede ser de dos clases:

- La denominada "*peace bond*" (también conocida como "*810 recognizance*"), que es emitida por un Juez civil (jurisdicción de familia).
- La llamada "*restraining order*", que es emitida por un Juez penal.

Sin embargo, la orden de protección recibe en el práctica múltiples denominaciones: *stay away order*, *order of no contact*, *injunction for protection*, *harassment order*, *restraining order*, *stalking protection order*, *orders not to abuse*, *harass*, *contact*, etcetera.

D) Registro de Ordenes de Protección

Es una base de datos informatizada donde se anotan las órdenes de protección emitidas por los tribunales.

Constituye un elemento clave para garantizar su eficacia: cuando una persona denuncia el incumplimiento de una orden de protección ante la Policía, ésta puede consultar en cualquier momento (del día o de la noche) dicho Registro telefoneando a un número central para conocer la información actualizada sobre la mencionada orden. Una vez confirmada su vigencia, la Policía puede actuar para imponer su cumplimiento.

La orden entra en vigor aunque no se encuentre registrada. La víctima puede instar su anotación, aunque las Autoridades de los EEUU advierten que ello tiene tanto ventajas como inconvenientes:

- Ventaja: se incrementa su eficacia práctica, porque se facilita la confirmación de su existencia y vigencia.
- Inconveniente principal: puede facilitar la localización de la víctima por parte del imputado, especialmente en aquellos supuestos en los que el archivo es público.

2. *Concepto de orden de protección*

La Orden de Protección es una resolución judicial que constata la existencia de una situación objetiva de riesgo para una víctima de violencia doméstica (alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal) y, en consecuencia, ordena su protección durante la tramitación de un proceso penal por delito o falta mediante, por un lado, la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales; y, por otra parte, a través de su comunicación a las entidades competentes para adopción de medidas de asistencia y protección social.

Conviene destacar dos elementos a los que se refiere el Protocolo General para la Implantación de la Orden de Protección (17): en primer lugar, cada Orden de Protección está ligada a un concreto proceso penal por delito o falta; y, por otra parte, solamente puede existir una única Orden de Protección que afecte a cada víctima, es decir, no pueden concurrir varias órdenes de protección que desplieguen sus efectos sobre una misma persona. Cuando se alteren las circunstancias, el contenido de la Orden de Protección podrá ser modificado por parte del órgano judicial que tiene competencia para conocer del asunto (sobre todo en aquellos casos en los que se incrementa la situación de peligro para la víctima), pero

(17) Este Protocolo ha sido aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección. Constituida el día 22 de julio de 2003. La Comisión está integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España.

no podrá dictarse una ulterior Orden de Protección que contradiga los términos de la ya dictada.

3. Principales aportaciones de la Ley 27/2003

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, fue tramitada a partir de una iniciativa de todos los grupos parlamentarios y aprobada por unanimidad de ambas Cámaras Legislativas. En primer lugar, reforma el contenido del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y, por otra parte, introduce un nuevo precepto: el art. 544 ter de la misma Ley. Sus principales aportaciones se pueden sintetizar en los siguientes enunciados:

1. El Juzgado o Tribunal que conozca de un proceso penal por violencia doméstica *examinará si concurre una situación objetiva de riesgo para la víctima* y, si es así, debe ordenar aquellas *medidas cautelares penales* que resulten conducentes "atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima" (art. 544 ter.6).

2. La Ley habilita al Juez o Tribunal penal a dictar a instancia de parte *medidas de naturaleza civil* relativas a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, a la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, al régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

3. La constatación de la existencia de la situación objetiva de riesgo realizada en el auto judicial otorga a la víctima un *estatuto integral de protección* que podrá hacerse valer ante cualquier Autoridad y Administración pública, y que *podrá determinar la aplicación de aquellas medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico*. En definitiva, la Ley no habilita al Juez para ordenar medidas sociales, sino que éste debe

poner la Orden de Protección en conocimiento de las Autoridades competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole.

4. La nueva normativa establece un *mecanismo de comunicación entre el órgano judicial y los organismos de asistencia y protección social*, con la finalidad de que éstos conozcan que aquél ha dictado una Orden de Protección y las medidas adoptadas en su seno. A estos efectos, el apartado 8 del art. 544 ter dispone que "se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones", de tal manera que el Juez comunique la orden a un punto único en cada territorio. Una vez en conocimiento de la Autoridad competente en materia de asistencia o protección social, será ésta la que establezca qué prestaciones sociales o de otra índole serán de aplicación (normativa estatal, comunitaria o local).

5. La Ley ha establecido un *procedimiento rápido y sencillo* para la adopción de la decisión por parte del órgano judicial penal, a través de la *concentración de todas las actuaciones procesales en una audiencia* celebrada ante el Juez de Instrucción con la citación de todos los implicados.

6. La nueva regulación contiene una serie de *disposiciones destinadas a mejorar el estatuto de la víctima de violencia doméstica dentro del proceso penal*, y que han sido examinadas en el apartado 1.3 anterior.

V. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

1. Víctimas de violencia doméstica: ámbito de aplicación

La orden de protección está destinada a la tutela de los derechos de las víctimas del ámbito de personas protegidas por el art. 173.2 del Código Penal.

La redacción del antiguo art. 153 del Código Penal respondía al claro propósito de abarcar de forma exhaustiva (18) todas las relaciones que, dentro del grupo familiar (matrimonial o extramatrimonial), están necesitadas de una especial protección por la posición más débil de la víctima. Pese a la mencionada voluntad, concurrían lagunas en determinados supuestos que han venido a ser subsanadas por la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

Efectivamente, la Ley Orgánica 11/03 cuenta entre sus objetivos la ampliación del círculo de los sujetos protegidos con la finalidad de perfeccionar la lucha contra este tipo de violencia, extendiéndolo incluso más allá del ámbito familiar. Siguiendo el contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003 sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, las principales novedades pueden estructurarse de la siguiente forma:

- Quedan incluidos los *novios*, como consecuencia de la inserción de la fórmula empleada por el legislador al señalar "personas unidas por una análoga relación de afectividad *aún sin convivencia*", a lo que se añade la supresión de la mención "de forma estable" que contenía el derogado art. 153.
- Los *hermanos se recogen ahora expresamente* en el art. 173.2.
- El precepto no se refiere como antes a los "hijos" sino, más ampliamente, a los "*descendientes*" sin limitación de grado, incluyendo de ese modo a los nietos principalmente.
- La mención a "descendientes, ascendientes o hermanos" incluye expresamente a los que lo sean por "naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente", sin exigirse

(18) Vid. Antonio DEL MORAL GARCIA, "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", *Manuales de Formación Continuada del CGPJ*, tomo 3 relativo a *Delitos contra las personas*, pág. 318.

(como se hacía antes) ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a "que con él convivan" se refiere en exclusiva a "los menores e incapaces" como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión "o sobre"; en consecuencia, quedan incluidos *aún cuando no mediara convivencia* con el agresor los *ascendientes o hermanos por afinidad* e, igualmente, los *descendientes incluso mayores de edad* aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor.

- La inclusión de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre *integrada en el núcleo de convivencia familiar* del agresor y las personas que por *su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*, con cuyas definiciones se pretende dar protección a situaciones fácticas próximas a la familiar (personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida expresamente antes: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.), o sujetas al régimen de centros sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo (menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.).

2. Fumus boni iuris

Toda medida provisional destinada a la tutela de la víctima, sea ésta cautelar o de protección, exige una apariencia de buen derecho, esto es, que existan indicios de que se ha cometido un hecho que reviste los caracteres de un delito; y de que es autor la persona contra quien se dirige la medida. De esta manera, el primer presupuesto consiste, como dice el propio apartado 1 del art. 544 ter LECR, en la existencia de "indicios fundados de la comisión de un delito o falta 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".

Conviene tener en cuenta que resulta exigible la concurrencia de indicios, y no meras sospechas, de la existencia del delito objeto de la investigación y de la participación del imputado. Como afirma el auto del TS de 18 de junio de 1992 (19), "resulta indispensable que existan indicios, lo que ni puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas (SSTC 174/85 y 175/85), es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc.". Y añade que esos indicios son "indicaciones o señas, o sea, datos externos que apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, le responsabilidad criminal de la persona".

3. *Periculum in libertatis. Situación objetiva de riesgo*

Como segundo presupuesto debe concurrir el denominado *periculum in libertatis*, que se concreta en los riesgos o peligros que para la víctima pueden derivarse de la no adopción de la medida cautelar de protección frente al imputado. A tal efecto, el propio art. 544 ter.1 LECR exige la concurrencia de "una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo".

En definitiva, nos encontramos ante un *juicio de peligrosidad o pronóstico del peligro*: que concurra el riesgo o peligro concreto de que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima.

No se trata de una medida destinada a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de una eventual sentencia condenatoria; si así fuera, se actuaría en torno al *periculum in mora*, es decir, peligro en el retardo a la hora de dictar sentencia, con la finalidad esencial de asegurar la presencia futura del imputado durante la

(19) ATS de 18 de junio de 1992; Aranzadi 6102.

celebración del juicio oral. Sin embargo, la orden se adopta como medida de protección de los bienes jurídicos de la víctima (20): en estos casos, se girará en torno al concepto de juicio de peligrosidad o *pronóstico de peligro*. Ha de tratarse de un *peligro concreto*, basado en singulares circunstancias del hecho, así como personales del propio imputado. Y dichas circunstancias deben incorporarse en la motivación del auto que ordene la prisión provisional.

Debe destacarse que las situaciones especialmente peligrosas suelen tener lugar en los momentos posteriores a la separación, sobre todo cuando se inicia por decisión de la víctima: el agresor, tras unos primeros momentos iniciales en que acepta la situación, se encuentra en soledad y con una incapacidad momentánea para asumir otra relación de pareja, aspectos que pueden incrementar de forma extraordinaria su agresividad (21). Por otra parte, no conviene olvidar que las dificultades de prueba de los supuestos de violencia doméstica también provienen de que los agresores suelen ser hombres con una doble fachada, es decir, con discrepancias entre el comportamiento en el ámbito público y el comportamiento en el espacio privado: mientras que en el primero su imagen no es violenta, sino sumisa, alegre y tranquila, mostrándose simpáticos y tímidos; en cambio, en el segundo se muestran agresivos y dominadores (22).

(20) Como afirma Jaime DE LAMO RUBIO, "se abandona la clásica exigencia del *periculum in mora* y se sustituye por un presupuesto que hunde sus raíces en la necesaria protección a las víctimas del delito"; en *La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio, Actualidad Penal*, n.º 42, 10 al 16 de noviembre de 2003, pág. 1056.

(21) Véase Carlos GANZENMÜLLER ROIG, José Francisco ESCUDERO MORATALLA y Joaquín FRIGOLA VALLINA, "La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica", *Actualidad Penal*, n.º 16, 19 al 25 de abril de 1999, págs. 343 y 344.

(22) Vid. Juan José CARRASCO GÓMEZ, "Psicopatología del maltratador doméstico", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, editado por el Ministerio de Justicia y el Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, pág. 116.

Para conseguir los datos útiles necesarios para la realización de ese "pronóstico de peligro de reiteración de actos violentos", resulta muy relevante que la declaración o declaraciones de la víctima en los primeros momentos inmediatamente posteriores a la agresión denunciada, cuando todavía no ha renunciado a prestar colaboración, se realice con la mayor amplitud y tranquilidad posibles.

4. *Resolución motivada*

Como dispone el art. 504 ter.4,4.º LECR, el juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore".

En definitiva, dicha resolución debe contener las razones que justifiquen la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos de la orden de protección que se estudian en otro lugar: *fumus boni iuris* y *periculum in libertatis*; así como los requisitos que el ordenamiento exija para la adopción de las concretas medidas cautelares, provisionales o de protección que se contengan en el auto.

Recordemos que el fin de la motivación no es otro que la posibilidad de que el destinatario de la medida conozca en su día cuáles fueron las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y, además, en virtud de qué intereses se llevó a cabo dicha intervención, lo que tiene efectos de cara al recurso y a otros principios que informan la adopción de la medida como la proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación (23).

Por otra parte, tampoco conviene olvidar que el Tribunal Constitucional exige un específico y reforzado deber de motivar las

(23) Manuel ESTRELLA RUIZ, "Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.", Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 355 y 356.

resoluciones judiciales en varios supuestos: cuando se vean afectados derechos fundamentales; cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, especialmente a la luz de pruebas indiciarias; cuando se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; y cuando el Juez se aparta de sus precedentes (24). En cuanto afecte a derechos fundamentales del imputado, es exigible una motivación reforzada de la resolución judicial por la que se dispone la orden de protección.

VI. PROCEDIMIENTO

1. *Notas características*

La Ley 27/2003 ha establecido un procedimiento para la adopción de la Orden de Protección de la víctima en el que se pueden individualizar tres fases con las siguientes características:

- *Inicio*: simplicidad y fácil accesibilidad en el inicio.
- *Tramitación*: celeridad y oralidad.
- *Notificación y ejecución*: coordinación y agilidad en la comunicación.

A) *Fácil accesibilidad a la Orden de Protección*

En primer lugar, los servicios sociales y las instituciones asistenciales dependientes de las administraciones públicas facilitarán a las víctimas la solicitud de Orden de Protección e información sobre la misma.

Por otra parte, y como afirma la propia Ley, la Orden de Protección podrá solicitarse directamente ante la Autoridad Judicial

(24) STC 116/1998, de 2 de junio, con cita de abundantes sentencias.

o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Atención a la Víctima, los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, o en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados. Sin embargo, el Protocolo General para la Implantación de la Orden entiende que resulta razonable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial.

B) Simplicidad

La Orden de Protección podrá solicitarse a través de un formulario normalizado y de cumplimentación sencilla. El citado formulario fue aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. Dicho formulario puede encontrarse en las páginas WEB del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) y de las diferentes instituciones que forman parte de la Comisión.

Por otra parte, el Protocolo General afirma que "resultaría una buena práctica que la víctima sea asistida por un profesional al cumplimentar la solicitud de la orden, e incluso que sea acompañada a presentarla ante la Policía".

C) Celeridad

La Ley contempla una serie de actuaciones destinadas a agilizar la tramitación del procedimiento. En primer lugar, una vez presentada la solicitud ante el organismo público correspondiente, éste deberá remitirla "de forma inmediata" al Juez competente.

Por otra parte, una vez recibida la solicitud por el Juez de guardia, éste convocará a una audiencia urgente al Ministerio Fiscal, a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor.

En tercer lugar, todas las actuaciones procesales se concentran en un solo acto procesal, esto es, la audiencia regulada en el apartado 4.

Por último, la audiencia deberá celebrarse, con carácter general, durante el servicio de guardia; y en cualquier caso, deberá tener lugar en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

D) Oralidad

La audiencia tendrá lugar de forma oral ante el Juez competente para dictar la orden. Conviene tener presente que la oralidad no puede entenderse desconectado (25) de otros tres principios que de él se derivan (26), a saber, inmediación, concentración y publicidad: una mayor relevancia de la oralidad implica necesariamente una más enérgica aplicación de los otros tres. A través de una más vigorosa exigencia de la oralidad, y especialmente de la concentración, se consigue otorgar una mayor brevedad a la tramitación del proceso, logrando de esta forma una mayor eficacia en la protección de la víctima.

2. Inicio

La orden de protección puede acordarse de oficio o a instancia de parte legitimada.

(25) Véase Santiago SENTIS MELENDO, "La reforma orgánica y procesal de la justicia española", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, número 1, 1972, pág. 233.

(26) Victoria BERZOSA FRANCOS habla de estos tres como "principios consecuencia de la oralidad", añadiendo que "la forma oral del proceso genera una serie de criterios íntimamente relacionados entre sí, hasta el punto de que es difícil deslindar cuáles son causa y cuáles son consecuencia"; en *Voz, Principios del Proceso* en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XX, editorial Francisco Seix S.L., 1993, pág. 493.

A) *De oficio*

La adopción de oficio por parte del juez está destinada a suplir comportamientos abstencionistas de la víctima (27), que pueden ser originados por múltiples razones (28) de naturaleza sociocultural (educación, rol social de la mujer...), económica (capacidad económica de cada miembro de la familia, frecuente minusvaloración del trabajo de la mujer...), y/o psicológica o emocional (pérdida de autoestima, proceso de culpabilización de la propia víctima...), sin olvidar el trato deficiente dado frecuentemente a la víctima por parte de los órganos del propio sistema penal (victimización secundaria).

Por otra parte, determina que el Juzgado o Tribunal que conozca de un proceso penal por violencia doméstica esté obligado a *examinar si concurre una situación objetiva de riesgo para la víctima* y, si es así, debe ordenar aquellas medidas cautelares penales y civiles que resulten conducentes (29).

B) *A instancia de parte legitimada*

Partiendo del contenido del art. 544 ter LECR, procede distinguir dos tipos de legitimación activa (30):

(27) Circular 1/1998, de 21 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito familiar. Publicada como Anexo I del Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Tratamiento Jurisdiccional de los Malos Tratos Familiares, editado por la FGE y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 75.

(28) Véase Joaquín DELGADO MARTÍN, *La violencia doméstica. Tratamiento Jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, editorial Colex, Madrid, 2001, págs. 115 y ss.

(29) Joaquín DELGADO MARTÍN, "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", *Derecho y Jueces*, año 2, número 10, octubre 2003, pág. 3.

(30) Jaime DE LAMO RUBIO, "La nueva orden de protección de las víctimas...", *ob. cit.*, pág. 1063.

- *La legitimación para activar la propia orden de protección:*

- Por la propia víctima.
- Por aquellas personas que tengan con la víctima alguna de las relaciones de parentesco o afectividad a que se refiere el vigente art. 173.2 del Código Penal.

- O por el Ministerio Fiscal.

- *La legitimación para solicitar una concreta medida dentro del marco de una orden de protección:*

- Será aplicable la normativa propia de cada medida: prisión provisional (arts. 505 y 539 LECR tras la Ley Orgánica 13/2003); medidas cautelares de alejamiento (art. 544 bis LECR)...

- Es destacable que el propio apartado 7 del art. 544 ter LECR recoge expresamente la legitimación para instar medidas de naturaleza civil: "...la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces..."

Por otra parte, como dispone el párrafo 2.º del apartado 2 del art. 544 ter LECR, sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el art. 262 de la misma Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados que fundamentan la Orden de Protección deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

C) Solicitud

El apartado 3 del art. 544 ter LECR dispone que "la orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial

o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas". Por otra parte, el Protocolo para la Implantación de la Orden de protección se refiere expresamente a su presentación en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados.

Como se ha afirmado anteriormente, el Protocolo General para la Implantación de la Orden entiende que resulta razonable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial, y ello por las siguientes razones:

- La Policía Judicial realizará el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos, determinando una anticipación de la práctica de las necesarias investigaciones en las que se basará en su caso la decisión del Juez, quien contará con mayores elementos para fundamentar el auto.

- Y se concilia este instrumento con la tramitación de los "juicios rápidos" contemplados por la Ley 38/2002, que necesariamente deben iniciarse mediante atestado (argumento *ex art.* 795 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

3. Trámite de admisión

El art. 544 ter LECR guarda silencio sobre la posibilidad de inadmitir a trámite una solicitud de orden de protección en la que no concurren los requisitos exigidos por la Ley (analizados en el anterior epígrafe 4). Sin embargo, una interpretación sistemática debe conducir a aceptar la posibilidad de inadmisión a trámite: en primer lugar, porque la propia existencia de la orden de protección se anuda a la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente; y, por otra parte, por la interpretación *a contrario* del apartado 4 del art. 544 ter cuando afirma que "en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia...".

De esta manera, y como afirma la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003, sobre algunas actuaciones procesales relacionadas con la orden de protección, "en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquella (se refiere a la solicitud) que no concurre alguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen *medidas cautelares* suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia".

En estos casos, resulta exigible que la inadmisión se realice a través de *auto motivado* en el que se recojan las razones que fundamenten la no concurrencia de los presupuestos legales de la orden de protección.

4. Comparecencia

Una vez que el Juez competente decide admitir a trámite la solicitud, o cuando el inicio tiene lugar de oficio, éste necesariamente (31) "convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal" (art. 544 ter.4,1.º).

A) Régimen

Por razones de economía procesal, el art. 544 ter.4,2.º LECR establece que "esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamen-

(31) Según Jaime DE LAMO RUBIO, "para el supuesto que se admita la solicitud, destaca lo relativo a la expresa necesidad de celebrar comparecencia, lo cual es otra diferencia de esta orden de protección, en relación con la medida cautelar del art. 544 bis LECR"; en "La nueva orden de protección...", *ob. cit.*, pág. 1065.

te con la prevista en el art. 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el art. 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de esta ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas (32)". De esta manera, pueden concurrir dos grupos de supuestos:

1. *Cuando la audiencia coincida con otro acto procesal expresamente regulado*, resulta de aplicación la tramitación del acto procesal que resulte aplicable.

2. *Cuando la audiencia tenga lugar de forma autónoma*, la Ley solamente regula que debe celebrarse en el plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud; y la adopción de medidas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, añadiendo que el Juez a estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Pese al silencio legal, debe admitirse que en el seno de la audiencia puedan practicarse diligencias destinadas a la acreditación indiciaria de los presupuestos de la orden de protección o de las concretas medidas que resulten necesarias para la tutelar a la víctima. Como afirma la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, "no se trata en la comparecencia de agotar la instrucción penal"; y añade una cautela para evitar reiteraciones innecesarias de actuaciones procesales, así como situaciones de victimización

(32) La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003 afirma que "la comparecencia de la orden de protección procure hacerse coincidir con el acto del juicio tiene sentido en dos supuestos. Primero, si el juicio se suspende y en ese acto se celebra la comparecencia para adoptar *medidas cautelares*. Segundo, si el juicio se celebra, cabe instar del juez, además de la petición de condena, las *medidas cautelares* precisas que se justifican en tanto la sentencia devenga firme, momento en el cual las de naturaleza penal se sustituyen por las prohibiciones acordadas en sentencia al amparo del art. 57 CP, y las medidas civiles subsisten pues se rigen en su sustitución por lo dispuesto en el art. 544 ter 7".

secundaria, al afirmar que "la declaración del agresor, de la víctima y demás familiares llevada a cabo en la comparecencia puede implicar, si se practica con la suficiente profundidad, que no sea preciso volver a tomar declaración en fase de instrucción a dichas personas".

B) *Incomparecencia de la persona denunciada*

Como quiera que en la práctica de nuestros órganos judiciales se ha constatado la frecuente falta de comparecencia del denunciado a la audiencia, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- Si *la persona denunciada se encuentra correctamente citada* para la audiencia y no comparece de forma injustificada, la audiencia puede celebrarse con plenitud sin que se resulte afectado su derecho de defensa. En estos casos, el auto que se dicte debe ser notificado al denunciado, quien podrá interponer los recursos oportunos.

- En cambio, *si el denunciado no está debidamente citado o concurre causa que justifique su incomparecencia.*

- El Juez puede en todo caso dictar aquellas *medidas de carácter penal* que sean conducentes para la protección de la víctima. A estos efectos, la medida que probablemente resulte más adecuada para dicha finalidad sea la de alejamiento del art. 544 bis, para lo cual debe tenerse en cuenta que el último inciso del párrafo 4.º del apartado 4 del art. 544 ter dispone que "sin perjuicio de ello, el juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis".

- El Juez puede dictar todas aquellas *medidas civiles que sean necesarias para la protección del menor de edad*, y ello por aplicación del art. 158 del Código Civil. Así debe interpretarse la alu-

sión del apartado 7 del art. 544 ter a la adopción de medidas civiles "sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil".

◦ ¿El Juez puede dictar *otras medidas civiles* previstas en la Orden de Protección?. Desde algunos ámbitos se defiende la respuesta afirmativa, bien por aplicación del art. 13 LECR ("proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (se refiere al delito), a sus familiares o a otras personas"); o bien por aplicación analógica de las medidas *inaudita parte* previstas por el art. 771.2,2.^a LEC (33), sin que se produzca la violación del derecho de defensa cuando se respeten los siguientes elementos (34): en primer lugar, que se adopten las medidas civiles solamente "si la urgencia del caso lo aconsejare"; y, por otra parte, que se aplique la llamada "contradicción diferida", es decir, la posibilidad de oír a las personas afectadas en una comparecencia posterior (35) celebrada en un corto plazo.

C) *Intervención de Abogado en la audiencia*

a) *Asistencia letrada a la persona denunciada*

El apartado 4 del art. 544 ter dispone que el Juez convocará a la audiencia, entre otros, "al agresor, asistido, en su caso, de abogado". La expresión "en su caso" debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia de Letrado al inculpatado es necesaria en todos los supuestos, salvo en aquellos procesos por faltas en los

(33) Joaquín BAYO DELGADO denomina a las medidas *inaudita parte* como "medidas previas a las previas"; en *Comentarios a la nueva LEC*, autores varios, Manuales de Formación Continuada, n.º 6, editado por el CGPJ, pág. 677.

(34) Véase Joaquín DELGADO MARTÍN, "Soluciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil...", *ob. cit.*, págs. 63 y ss.

(35) Silvia BARONA VILAR, "Las medidas cautelares: introducción", Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *Las medidas cautelares*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 23 y ss.

que la audiencia de la orden de protección coincida con la celebración del juicio de faltas.

b) Asistencia letrada a la víctima

Como quiera que la asistencia de Abogado se configura como un instrumento fundamental para garantizar la efectividad del derecho de defensa (art. 24 CE) y del proceso justo (art. 6 CEDH), deben establecerse las condiciones para garantizar dicha asistencia letrada tanto al imputado como a la víctima.

La anterior conclusión deviene especialmente relevante en aquellos supuestos en los que una de las partes solicite la adopción de medidas civiles en el seno de la Orden de Protección. A tal efecto, los instrumentos aplicables pueden ser los siguientes: los Convenios entre el Colegio de Abogados y el Organismo correspondiente con competencias en materia de Justicia (Ministerio de Justicia o Comunidades Autónomas con dichas competencias); y/o la aplicación del art. 6.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (36), para garantizar la igualdad de partes en el proceso, con la correspondiente declaración de preceptividad de la asistencia letrada a la víctima (especialmente cuando alguna de las partes solicita medidas civiles).

Por otra parte, el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil (37) establece tres criterios para contribuir a la efectividad del derecho de defensa:

- La especialización en materia de Familia del Abogado que asiste a la víctima de violencia doméstica, de conformidad con lo afirmado por los apartados 40 y 41 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos.

(36) Vid. Joaquín DELGADO MARTÍN, "La asistencia letrada en procedimientos en los que no es preceptiva. Declaración de preceptividad", *La Ley*, número 4565, 18 de junio de 1998, págs. 1 y ss.

(37) Aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación en su reunión de fecha 18 de diciembre de 2003.

- La asistencia de Letrado a la víctima durante el desarrollo de la audiencia relativa a la orden de protección, especialmente cuando se van a solicitar medidas de naturaleza civil;
- Y que el Abogado que interviene en la audiencia para dictar la orden de protección sea el mismo que interviene en las subsiguientes actuaciones ante el órgano judicial civil, tanto durante la fase declarativa como durante la ejecución y los sucesivos incidentes.

5. Notificación y ejecución del auto

El apartado 8 del art. 544 ter LECR dispone que "la orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones".

A) Notificación

De esta manera, la Orden de Protección deberá ser puesta en conocimiento de las siguientes personas e instituciones:

1. Debe ser notificada a las partes y al Ministerio Fiscal de forma ordinaria.
2. Debe ser comunicada a la víctima, aunque no ostente la condición de parte, mediante entrega del testimonio íntegro del auto. Esta comunicación debe ser realizada por el Juzgado que lo dicta o por el Servicio Común destinado al efecto, sin perjuicio del relevante papel del la Oficina de Atención a la Víctima.

3. Resulta oportuna su comunicación a la Oficina de Atención a la Víctima (38).

4. Debe ordenarse su inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

5. Se comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que velen por su cumplimiento. A tal efecto, resulta importante el establecimiento de un sistema ágil y rápido de comunicación de la Orden de Protección entre el Juzgado de Instrucción que la dictó y la Policía Judicial para salvaguardar su cumplimiento (39).

6. Se comunicará a un Punto único en cada territorio, que la derivará al organismo u organismos competentes para prestar los correspondientes servicios sociales.

Y no conviene olvidar la importancia de la coordinación de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional, Guardia Civil, Policías de Comunidades Autónomas, Policías Locales). A tal efecto, y sin perjuicio de los trabajos de la Comisión de Seguimiento, pueden ser especialmente útiles los Protocolos de Colaboración en el ámbito de Comunidad Autónoma, provincial y/o de partido judicial (art. 47.4 Reglamento CGPJ 5/95 y art. 8 de la Instrucción CGPJ 2/2003).

B) Oficinas de Atención a la Víctima

Según el Protocolo General antes mencionado, las Oficinas de Atención a la Víctima están llamadas a desempeñar un papel fundamental en su función de informar permanentemente a la víctima

(38) Así se recoge en el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil antes aludido.

(39) La Comisión de Seguimiento ha aprobado unas "Líneas Directrices" al efecto, sobre la base de la inclusión de la orden de protección en la Base de Datos de Señalamientos Nacionales (BDSN).

sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. Y añade que, a los anteriores efectos, el Juzgado que acuerde la Orden de Protección comunicará a la Oficina de Atención a la Víctima correspondiente tanto la propia existencia de la orden, como las diferentes situaciones procesales que afecten al imputado, también en la fase de la ejecución de la pena.

La Recomendación (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre protección de las mujeres contra la violencia, recomienda como una de las medidas la de "promover la puesta en funcionamiento de servicios pro-activos de protección de las víctimas que tomen la iniciativa de contactar con las víctimas desde que el asunto es transmitido a los servicios de policía". Esta *perspectiva pro-activa* debe ser asumida por las Oficinas de Atención a la Víctima, quienes deben tomar la iniciativa de contactar con la víctima anticipándose a sus posibles necesidades.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil establece que "teniendo en cuenta lo dispuesto por el apartado 22 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, y considerando el relevante papel de las Oficinas de Atención a la Víctima reconocido por el Protocolo General de julio de 2003, es importante regular las relaciones entre las mencionadas Oficinas y aquellos órganos judiciales, penales y civiles, que realicen actuaciones relacionadas con la orden de protección". Y para facilitar sus funciones, el mismo Protocolo establece que "el órgano judicial que dicte la orden de protección deberá remitir a la Oficina de Atención a la Víctima, en los partidos en los que ésta exista, una copia de la resolución en el plazo más breve posible".

C) *Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica*

Para contribuir a la eficacia de la Orden de Protección, el art. 544 ter.10 ordena su inscripción en el mencionado Registro. Y la Dis-

posición Adicional 1.^a de la Ley establece que el Gobierno, a propuesta el Ministerio de Justicia, oído el CGPJ y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a su organización, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad (40).

Hasta que sean dictadas las normas reglamentarias correspondientes (41) y esté en funcionamiento la aplicación informática correspondiente, los Jueces deben remitir las órdenes dictadas al Encargado del citado Registro en la dirección postal del Ministerio de Justicia.

6. Recursos

El art. 544 ter guarda silencio sobre los recursos que pueden interponerse contra el auto que decide la Orden de Protección, por lo que resultan de aplicación las normas generales contempladas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir:

- Contra dicho auto puede interponerse un recurso no devolutivo, el recurso de reforma; o el de súplica si el auto es dictado por un tribunal al amparo del apartado 11 del art. 544 ter.
- ¿Qué recurso no devolutivo resulta de aplicación? Pese a que puedan existir ciertas incertidumbres interpretativas, cabe concluir que el recurso devolutivo aplicable es el de *apelación* (42), y ello por las siguientes razones:

(40) Sobre este Registro, véase Enrique LOPEZ LOPEZ, "Consideraciones sobre el Registro Nacional para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica", *La Ley Diario de Noticias*, Número Especial julio 2003 sobre "Violencia Doméstica", pág. 8.

(41) Los trabajos preparatorios del correspondiente Real Decreto se encuentran muy avanzados.

(42) Fernando BEREJANO, "Aciertos y desaciertos de la orden de protección", *La Ley Diario de Noticias*, Número Especial julio 2003 sobre "Violencia Doméstica", pág. 4.

◦ En el procedimiento ordinario por delito, podría entenderse el recurso procedente es el de queja, por aplicación del art. 218 LECR. Sin embargo, un detenido análisis de la cuestión debe conducirnos a interpretar que el aplicable es el de apelación, por las siguientes razones:

- Su ubicación sistemática dentro de la regulación de las medidas cautelares personales (43), donde está generalizado el recurso de apelación contra los autos que decidan la libertad personal del imputado; en este sentido, este tipo de recurso también se mantiene contra el auto que decreta, prorrogue o deniegue la prisión provisional o acuerde la libertad provisional del imputado (art. 507 LECR según la nueva regulación dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECR en materia de prisión provisional).

- La propia generalización del recurso de apelación para el procedimiento abreviado que se contiene en la Ley 38/2002 ("juicios rápidos").

- A mayor abundamiento, las mayores garantías que aporta la apelación frente a un anacrónico recurso de queja.

◦ En el procedimiento abreviado, el recurso aplicable es el de apelación por aplicación del art. 766.1 LECR (44).

◦ En el juicio de faltas (45), y pese a que la Ley no sea clara, cabe interpretar también que el aplicable es el recurso de apelación, por las siguientes razones:

(43) Vid. Coral ARANGÜENA FANEGO, "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis", *Actualidad Penal*, n.º 11, 13 al 19 de marzo de 2000.", pág. 262.

(44) Véase Joaquín DELGADO MARTÍN, *Los Juicios Rápidos. Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Editorial Colex, Madrid, 2002, págs. 387 y ss.

(45) Vid. Joaquín DELGADO MARTÍN, *El juicio de faltas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 310 y ss.

- Debemos tener en cuenta que, en el único recurso devolutivo al que hace expresa referencia la regulación del juicio de faltas, es decir, en la apelación contra la sentencia que recaiga, se realiza una remisión de las normas del procedimiento abreviado (el art. 976.2 se remite a los arts. 790 a 792); así las cosas, lo más congruente con la voluntad del legislador será la aplicación de las normas del procedimiento abreviado también al recurso devolutivo contra la decisión de archivo.

- Por otra parte, ésta es solución que se ha adoptado en la práctica de nuestros tribunales (46).

- Por último, la reciente modificación operada por la Ley de "juicios rápidos" aporta argumentos suplementarios para defender el recurso de apelación, porque éste es el elegido como recurso general devolutivo contra las resoluciones interlocutorias en el procedimiento abreviado (art. 766), desplazando al recurso de queja.

Pese a los argumentos dogmáticos anteriormente recogidos, es conveniente realizar una reflexión complementaria sobre la *posibilidad de recurrir las medidas civiles contenidas en una orden de protección*: resulta legítimo plantearse la posibilidad de denegar la posibilidad de recurso devolutivo (mediante incluso una aplicación analógica de la normativa procesal civil contenida en el art. 771.4 LEC), sin perjuicio del posterior sometimiento de la cuestión al Juez civil dentro del breve plazo de 30 días contemplado por el apartado 7 del art. 544 ter LECR. Debe tenerse en cuenta que, si las mismas medidas hubieran dictadas de forma provisional por un Juez de Familia en el seno de un proceso civil, contra las mismas no cabría recurso alguno (arts. 771.4 y 772.2 LEC).

(46) Así lo resalta Vicente José MARTINEZ PARDO en "Los recursos en el juicio de faltas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, número 2, mayo-agosto 1999, pág. 4.

VII. MEDIDAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS

1. *Medidas de naturaleza penal*

A) *Medidas penales de protección de la víctima*

En primer lugar, debe destacarse que la nueva Ley *no introduce nuevas medidas cautelares penales*. Como dispone el art. 544 ter.6 LECR, "las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera previstas por la legislación procesal criminal"; entre las que destacan las prohibiciones del art. 544 bis LECR (alejamiento), las innominadas del art. 13 LECR (especialmente en lo relativo a la retirada de armas), o incluso la prisión provisional.

Por otra parte, *no modifica el régimen de las medidas cautelares penales*, sino que "sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley".

Por último, *regula el cauce procedimental* para que el Juez pueda adoptarlas "atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima".

B) *Orden de protección y medida de alejamiento*

El distanciamiento entre el agresor y la víctima se ha venido configurando como el elemento básico para conseguir la adecuada protección de la integridad física y moral de ésta: la falta de contacto físico y el fin de la convivencia determinan una reducción drástica del riesgo de reiteración de los actos violentos (47). De esta manera, se ha constatado que resulta imprescindible susti-

(47) Como afirma el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, "la adopción de estas prohibiciones y el efectivo control de su cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad aparece en este momento como una necesidad perentoria para lograr una protección real de las víctimas y alejar a éstas de la sensación de desamparo institucional que padecen".

tuir el sistema de protección consistente "esconder" a la víctima en centros de acogida de mujeres maltratadas, sacando a ésta y a sus hijos del entorno donde desarrollan su vida diaria, y campando a sus anchas la persona que indiciariamente es autor de una o varias infracciones penales. Muy al contrario, es el agresor quien debe asumir las responsabilidades derivadas de sus actos (48).

El alejamiento agresor/víctima puede ser adoptado como medida cautelar (art. 544 bis LECR); como pena accesoria contemplada en el art. 57 CP o medida de seguridad (art. 105.1 g) CP); como condición para la suspensión de la pena impuesta en sentencia condenatoria (art. 83.1, 1.º y 1.º bis CP); y como una de las reglas de conducta para el mantenimiento de la situación de libertad provisional (art. 93 CP).

Es absolutamente necesaria la adopción urgente e inmediata de la medida de alejamiento en cuanto la víctima denuncia la situación de maltrato, debiendo adoptarse como medida cautelar por el propio Juzgado de guardia en el seno de este servicio. De esta manera, el agresor observará que el Estado da una respuesta rápida a su conducta violenta, terminando con el sentimiento de impunidad de sus actos, determinando en éste la reflexión y el temor de una reacción estatal más contundente ante la reiteración de los actos de violencia. Posteriormente, y tras la completa tramitación del procedimiento penal, dicho alejamiento podrá ser impuesto como pena, o incluso como medida de seguridad (49).

(48) El abandono del domicilio familiar por la persona maltratada determina una "revictimización", es decir, agrava de forma considerable la mala situación de la víctima. Los centros de acogida deben ser utilizados para situaciones de violencia extrema, y solamente por el mínimo tiempo necesario para que el Juez penal pueda pronunciarse sobre una eventual medida de alejamiento al amparo del art. 544 bis LECR. Afirma Eduardo DE URBANO CASTILLO que no le parece la solución más idónea la creciente puesta en marcha de centros de acogida, recordando que han pasado de 159 en 1997 a 243 en 1999; termina afirmando que hay que frenar esta tendencia, reequilibrando la situación con la medida judicial de alejamiento del agresor; en "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley*, número 5248, 15 de febrero de 2001, pág. 6, nota 3.

(49) *La Guía Práctica de actuación contra la violencia doméstica*, aprobada por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo

Para un adecuado análisis de la cuestión, podemos señalar los siguientes elementos caracterizadores:

- *Autonomía*: las prohibiciones del art. 544 bis son autónomas (50), es decir, cada una cuenta con entidad propia y puede ser decretada con independencia de las demás.

- *Posible concurrencia*: el auto puede ordenar una, varias o todas en la misma resolución; o de forma sucesiva y/o cumulativa.

- *Elasticidad*: cada una de estas medidas puede ir acomodándose a la variación de las circunstancias, es decir, puede incrementar o restringir su ámbito (graduación), y puede ser revocada o sustituida por otra (revocabilidad).

- La *medida cautelar de alejamiento puede ser adoptada dentro del auto que decide la Orden de Protección*, es decir, como una de las medidas cautelares de naturaleza penal; o bien *separadamente*, en un auto que ordene la medida de alejamiento. A esta última posibilidad se refiere expresamente el último inciso del párrafo 3.º del apartado 4 del art. 544 ter cuando afirma: "sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis". Nos encontramos ante un instrumento que puede resultar muy útil para proteger a la víctima durante los primeros momentos del proceso penal, hasta que pueda tener lugar la audiencia para la adopción de la Orden de Protección; y también

de 2001, recoge que "el Juez de Guardia debe resolver mediante auto lo procedente respecto de la adopción o no de las medidas cautelares que fuesen precisas en el caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del agresor, la gravedad del hecho denunciado y la necesidad de protección de la víctima y demás integrantes del núcleo familiar".

(50) Antonio DEL MORAL GARCÍA, "El delito de violencia habitual...", *ob. cit.*, pág. 335.

para aquellos supuestos en los que la audiencia se retrasa o no puede celebrarse por falta de localización del denunciado.

2. *Medidas de naturaleza civil*

A) *Contenido*

El Juez penal podrá adoptar, en el seno de la Orden de Protección, medidas de naturaleza civil que podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos; determinar el régimen de prestación de alimentos; y cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Se trata de una posibilidad que venía siendo reclamada por distintos colectivos, de tal manera que fue recogida en el propio II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004): "regular la posibilidad de que los Juzgados de Guardia puedan adoptar medidas provisionálsimas en caso de separación o divorcio, con el fin de hacer efectiva la separación de hechos respecto del agresor y garantizar así la salvaguarda de las víctimas" (51).

Dichas medidas solamente pueden adoptarse *a instancia de parte*: deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces.

Debe tenerse en cuenta la existencia de una clara limitación a la adopción de este tipo de medidas, destinado a salvaguardar la competencia del Juez civil que esté conociendo del asunto. A tal efecto, el apartado 7 del art. 544 ter dispone que podrán dictarse medidas de naturaleza civil "*siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil*".

(51) Es el primer apartado de la Medida 4 dentro del Grupo 2 ("Medidas legislativas y procedimentales"); véase el *II Plan Integral contra la Violencia Doméstica* editado por el Instituto de la Mujer, pág. 18.

La posible aplicación del art. 158 del Código Civil, en beneficio del menor de edad, es una fuente de posibles resoluciones contradictorias que ha sido afrontada por el Protocolo de Coordinación.

B) Coordinación entre jurisdicciones

La nueva Ley contiene una serie de disposiciones destinadas a posibilitar la coordinación entre las jurisdicciones penal y civil, evitando resoluciones contradictorias.

Por una parte, el Juez que dicta una Orden de Protección solamente puede adoptar medidas civiles "siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil". Es decir, el Juez penal no puede modificar medidas adoptadas con anterioridad por un órgano judicial civil, sino que la parte interesada en la modificación deberá instarla ante el Juez de Primera Instancia que las haya dictado. Asimismo es destacable que la citada limitación no afecta a la posibilidad que corresponde al Juez penal de adoptar las medidas innominadas de protección del menor contempladas en el art. 158 CC (cuyo contenido ha sido modificado recientemente por la Ley Orgánica 9/2002 relativa a la sustracción de menores).

Por otra parte, estas medidas son de naturaleza *provisional*, es decir, tienen una vigencia limitada en el tiempo (30 días), debiendo ser posteriormente ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez civil:

- Si dentro de este plazo de 30 días no fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas civiles adoptadas en la Orden de Protección quedarán sin efecto.

- Si fuese incoado dentro del citado plazo, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. Y en este último término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el

Juez de Primera Instancia que resulte competente; debe destacarse que, al tratarse de un plazo perentorio, su incumplimiento produciría la grave consecuencia de la extinción de las medidas acordadas por el Juez de Instrucción.

C) *Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil*

El párrafo 2.º de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 27/03 dispone que corresponderá a la Comisión de seguimiento "la elaboración de Protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección regulada en esta Ley, así como la elaboración de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y por las Administraciones Públicas competentes. Pues bien, dicha Comisión ha aprobado recientemente el Protocolo de Coordinación referido (52), que distingue dos supuestos:

a) *Existencia de proceso civil anterior*

Si el Juez penal adopta medidas al amparo del art. 158 CC que modifiquen o sean complementarias de las adoptadas anteriormente por un Juzgado civil, el Protocolo de Coordinación antes aludido contempla los siguiente:

- El órgano que dictó la orden de protección debe remitir de oficio al órgano jurisdiccional civil que conozca del asunto testimonio de la Solicitud de Orden de Protección, del Auto de Orden

(52) Resulta muy interesante la experiencia de los Juzgados de Málaga, quienes en Junta de Jueces aprobaron un Protocolo de Coordinación que fija una serie de criterios de actuación en asuntos de violencia de género Véase José Luis UTRERA, "Coordinación entre Juzgados de Familia e Instrucción", publicado en la *Revista de la asociación "Jueces para la Democracia"*.

de Protección, de la diligencia de notificación del auto a la víctima con indicación del día en que tuvo lugar, y de cuantos extremos considere necesarios, con un signo distintivo claramente visible con la expresión "Urgente: Violencia Doméstica".

- El mencionado testimonio deberá ser recibido en el órgano civil dentro del día hábil siguiente a aquél en el que se dictó el auto de protección. Cuando ello resulte imposible, ya sea por encontrarse el Juzgado en otro partido judicial, o por otras circunstancias concurrentes, el órgano penal lo remitirá en todo caso por fax o por vía telemática, sin perjuicio de enviar asimismo el testimonio por vía ordinaria.

- Una vez recibido el testimonio por el órgano judicial civil que conozca del asunto, éste lo pondrá en el día siguiente hábil en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal, quienes podrán instar las actuaciones procesales que consideren oportunas, sin perjuicio de la propia actuación de oficio por parte órgano civil de conformidad con el art. 158 del Código Civil.

b) Inexistencia de proceso civil anterior

En estos casos, el Protocolo contempla que la demanda solicitando la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles podrá presentarse en el Decanato u otro Servicio Común creado para la agilización de la tramitación de los juicios civiles. En aquellos partidos judiciales en los que existan Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, las normas de reparto podrán atribuir la competencia para la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles al Juzgado que dictó la orden de protección al encontrarse en servicio de guardia.

El Decanato, así como el Servicio Común que pueda crearse para la agilización de la tramitación de los juicios civiles, practicarán de forma urgente y preferente las actuaciones en relación con este tipo de asuntos. En el procedimiento figurará un signo

distintivo claramente visible con la expresión "Urgente: Violencia Doméstica". Por otra parte, los Jueces civiles deberán dar preferencia a la tramitación de estos asuntos, con estricto sometimiento a los plazos previstos por la legislación.

D) Ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles por parte del Juzgado de Primera Instancia o de Familia

Como afirma el art. 544 ter.7,2.º LECR, 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 acordadas permanecerán en vigor durante los 30 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.

Una vez recibida la demanda referida a la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles dictadas en el seno de una orden de protección, el Juzgado civil incoará el procedimiento cautelar previo o simultáneo al pleito principal civil que corresponda.

Como recuerda el Protocolo de Coordinación, si por razones excepcionales el Juzgado civil no puede dictar la correspondiente resolución dentro del plazo de 30 días desde la presentación de la demanda, podrá hacer uso de la posibilidad de dictar medidas *inaudita parte* si concurren los requisitos exigidos por el art. 771.2,2.º LEC, procediendo a señalar la correspondiente comparecencia a la que se refiere el art. 771.2.1.º LEC.

E) Los "Juicios Rápidos Civiles"

A efectos de la tramitación del correspondiente proceso ante el Juzgado del orden jurisdiccional, no debe olvidarse la regulación

de las "Medidas de agilización de determinados procesos civiles" que se contiene en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta reforma se inscribe en la tendencia que concurre en el ámbito de la UE consistente en la simplificación de ciertos procedimientos civiles con la finalidad de acelerar su tramitación (53).

Estas medidas se aplicarán, entre otros procedimientos, a las medidas cautelares previas o simultáneas a la demanda, a las que se refiere la regla 6.ª del art. 770 LEC; y a las medidas provisionales de nulidad, separación o divorcio, previas o simultáneas a la demanda, previstas en los arts. 771 y 773.1 LEC.

Estos "juicios rápidos civiles" se estructuran en torno a los siguientes elementos básicos:

- La creación de las llamadas *Oficinas de Señalamiento Inmediato*, que tienen la naturaleza de servicio común procesal (54) con funciones de registro, reparto y señalamiento de vistas. Sus funciones concretas son las siguientes:

- Registrarán aquellas demandas o solicitudes dentro de su ámbito de atribuciones

- Acordarán su reparto al juzgado que corresponda y señalarán directamente la comparecencia prevista en los arts. 771.2 y 773.3

- Ordenarán, librándolos al efecto, la práctica de las correspondientes citaciones y oficios, para que se realicen a través del servicio común de notificaciones o, en su caso, por el procurador que así lo solicite, y se entreguen cumplimentadas directamente al juzgado correspondiente.

(53) Rosa PÉREZ MARTELL, ¿Hacia los juicios rápidos en la jurisdicción civil?, *Revista La Ley*, número 5845, 9 de septiembre de 2003, págs. 15 y 16.

(54) Véase el art. 438 LOPJ.

◦ Remitirán inmediatamente la demanda o solicitud presentada al juzgado que corresponda.

• El establecimiento de *breves plazos* para los señalamientos. En el ámbito que nos ocupa, los referidos comparecencias previstas en los arts. 771.2 y 773.3 LEC deben efectuarse entre el 5.º y el 10.º día posteriores a la presentación de la solicitud o demanda en la Oficina de Señalamiento Inmediato.

• La posible atribución del conocimiento de estas demandas al Juzgado de Primera Instancia en *turno de asistencia continuada*, que podrá realizarse mediante normas de reparto.

F) *Puntos de Encuentro*

Los puntos de encuentro son locales atendidos por una institución oficial, o por una asociación privada con apoyo público, en los que se puedan llevar a cabo alguna actividad relacionada con el ejercicio del régimen de visitas en ejecución de lo dispuesto por una resolución judicial dictada en un proceso matrimonial. Suelen utilizarse para los siguientes actos:

• La entrega y recogida del menor; es frecuente establecer un tiempo anterior y otro posterior (un cuarto o media hora) para evitar que los progenitores coincidan en el lugar.

• La realización de toda la visita, cuando la misma tiene una duración menor a la ordinaria.

En supuestos en los que ha existido un clima de violencia familiar antes del cese de la convivencia y/o durante la separación, la utilización de estos puntos puede resultar útil para evitar la reiteración de situaciones de violencia, cuyo peligro aumenta considerablemente cuando se realizan actividades en ejecución del régimen

de visitas (55). Y los poderes públicos vienen siendo conscientes de su utilidad:

- En la Guía Práctica de Actuación contra la violencia doméstica, aprobada por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2001, se aconseja que "en los casos en que fuere inevitable la relación entre denunciante y denunciado fuera del Juzgado (por ejemplo, en aplicación de régimen de visitas a los hijos), se fijarán judicialmente puntos de encuentro seguros y se dispondrá lo necesario para que la víctima disponga de acompañamiento y asistencia si lo precisare".

- Asimismo, el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) señala, como una de las acciones a realizar dentro de las medidas asistenciales y de intervención social, "Puntos de encuentro donde se lleven a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de separación y divorcio con antecedentes de violencia doméstica, atendidos por personal cualificado que emita informes a los Tribunales competentes".

En conclusión, los Puntos de Encuentro se configuran como instrumentos útiles para la protección de la víctima frente a la violencia dentro del hogar familiar: frecuentemente resultará útil que el Auto de Orden de Protección se refiera, dentro de las medidas civiles, a la utilización del Punto de Encuentro para alguna de las actividades propias del ejercicio del régimen de visitas. La propia razonabilidad de los Jueces de Instrucción impondrá un uso prudente de este recurso, acudiendo a él solamente cuando resulte estrictamente necesario y sin colapsar su funcionamiento.

(55) Fernando DE ROSA TORNER y Joaquín MARTÍNEZ LLUESMA entienden que "el Punto de Encuentro puede convertirse en uno de los instrumentos más eficaces para tratar la violencia doméstica, ya que se ha podido demostrar que una de las causas de la violencia de género se focaliza en los conflictos familiares. Si estos conflictos son canalizados de forma estable a una zona neutral donde se puedan ofrecer alternativas con el debido apoyo técnico e institucional, sin duda estaremos dando un gran paso en la eliminación de los riesgos"; en "Punto de Encuentro: una nueva experiencia", *Diario La Ley*, número 5652, 11 de noviembre de 2002, págs. 1 y ss.

Teniendo en cuenta la gran utilidad de los Puntos de Encuentro para la aplicación de la Orden de Protección, el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil se refiere a ellos en los siguientes términos:

- Los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia podrán utilizar los servicios del Punto de Encuentro correspondiente cuando resulte *estrictamente necesario* para la adecuada realización de alguna actividad relacionada con el ejercicio del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos en ejecución de las medidas civiles dictadas dentro de una orden de protección.

- En los partidos judiciales en los que haya varios Puntos de Encuentro, el Juzgado de Instrucción intentará utilizar los servicios de aquél que se encuentre más próximo al domicilio del menor.

- Las instituciones representadas en esta Comisión se comprometen a iniciar las gestiones necesarias en relación con las Administraciones públicas competentes para la creación de nuevos Puntos de Encuentro en aquellos partidos judiciales donde se consideren necesarios, o para la mejora del funcionamiento de los existentes.

- Allí donde resulte necesario, podrá establecerse un Protocolo que regule las relaciones entre los Juzgados y los Puntos de Encuentro radicados en el mismo, que deberá ser propuesto por la Junta de Jueces correspondiente y aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, lo que se pondrá en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial.

VIII. OTRAS DISPOSICIONES DESTINADAS A MEJORAR

LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL

La nueva normativa también contiene una serie de disposiciones aplicables a toda víctima de violencia doméstica, aún cuando

carezca de la condición de parte, y que están destinadas a evitar o limitar la denominada victimización secundaria, es decir, los daños de dimensión psicológica o patrimonial que sufre la víctima como consecuencia de la falta de la adecuada asistencia e información por parte del sistema de la Justicia Penal.

1. Derecho de información permanente

El apartado 9 del art. 544 ter LECR contiene relevantes disposiciones referidas a la información a la víctima, aunque no ostente la cualidad de parte:

- La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado.
- La citada orden implicará asimismo el deber de informar permanentemente a la víctima sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas.
- En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

2. Comunicación de la Orden de Protección

De conformidad con lo dispuesto por el art. 544 ter.8, la Orden de Protección será comunicada por el Juez a la víctima, aunque no ostente la cualidad de parte, mediante entrega de testimonio íntegro del auto.

3. Participación de la víctima en la audiencia

En todo caso, a la audiencia será convocada la víctima o su representante legal (se entiende que cuando sea menor o incapaz),

donde será oída sobre la situación objetiva de riesgo concurrente, sobre las circunstancias del hecho denunciado y de la persona del imputado, y sobre las concretas medidas que pueden decretarse judicialmente para proteger a la víctima o a su familia.

Por otro lado, y de conformidad con el párrafo 3.º del art. 544 ter.4, "durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado".

4. Disposiciones contenidas en el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil

El Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil, aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la orden, afirma con carácter general que "resulta conveniente perfeccionar los mecanismos destinados a proporcionar a la víctima una información clara sobre los requisitos, tramitación y efectos de la orden de protección, así como sobre su intervención en el proceso penal y el curso del mismo", destacando posteriormente el importante papel de las Oficinas de Atención a la Víctima en este ámbito.

A) Ofrecimiento de acciones

Asimismo dispone el Protocolo que, cuando la víctima solicitante de una Orden de Protección comparece ante el Juzgado de Instrucción en servicio de guardia, la primera actuación consistirá en asegurarse que se le ha proporcionado información, en términos sencillos y comprensibles, sobre la orden de protección y los contenidos del art. 776 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y, en caso contrario, se procederá a suministrarle la mencionada información. A continuación se le preguntará si tiene voluntad de solicitar medidas de naturaleza civil contenidas en el apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En los par-

tidos judiciales donde exista Oficina de Atención a la Víctima, también se proporcionará información sobre sus funciones y la manera de contactar con ella, para lo cual le podrá ser entregado el correspondiente folleto o documento explicativo similar.

B) Notificación del auto de orden de protección

El Protocolo de coordinación también se ocupa del acto de notificación a la víctima de un auto de Orden de Protección, afirmando que en dicho acto la víctima será informada con claridad, utilizando términos sencillos y comprensibles, sobre los siguientes extremos:

a) El contenido del auto, explicando asimismo las características de las concretas medidas que ordene.

b) Cuando contenga medidas de carácter civil contenidas, se podrá en su conocimiento que tienen una vigencia temporal de 30 días, procediendo seguidamente a explicar el resto del contenido del párrafo 2.º del apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IX. ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano judicial que dicte una orden de protección dará cuenta de la misma a la Administración Penitenciaria.

X. REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Para contribuir a la eficacia de la Orden de Protección, el art. 544 ter.10 ordena su inscripción en el mencionado Registro. Y la

Disposición Adicional 1.^a de la Ley establece que el Gobierno, a propuesta el Ministerio de Justicia, oído el CGPJ y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a su organización, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad (56).

Hasta que esté en funcionamiento la aplicación informática correspondiente, los Jueces enviarán las órdenes dictadas al Encargado del citado Registro en la dirección postal del Ministerio de Justicia.

XI. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La Disposición Adicional 2.^a de la Ley reguladora de esta Orden contempla la creación de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección, con la finalidad de posibilitar la adecuada aplicación de la nueva normativa sobre la base de la coordinación interinstitucional, poniendo en práctica aquellos elementos que, interrelacionados entre sí, harán posible el correcto funcionamiento de los mecanismos de protección integral diseñados en la nueva regulación, sin perjuicio de los desarrollos que a cada institución o Administración competen en cada área.

1. Composición

Constituida el día 22 de julio de 2003, la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección está integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministe-

(56) Sobre este Registro, véase Enrique LÓPEZ LÓPEZ, "Consideraciones...", *ob. cit.*, pág. 8.

rio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España.

2. *Actividades*

Como dispone la propia Disposición Adicional Segunda de la Ley reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, corresponderá a esta Comisión la elaboración de Protocolos de alcance general para la implantación de la Orden de Protección, así como la adopción de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y las Administraciones públicas competentes.

Los principales frutos de la mencionada Comisión han sido los siguientes:

- El Protocolo General para la aplicación de la Ley, que será desarrollado por otros instrumentos normativos y convencionales.
- Un formulario para la Solicitud de Orden de Protección.
- El Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.
- Las Líneas Directrices del Sistema de Comunicaciones entre las Autoridades Judiciales y la Policía Judicial.

Todos los citados materiales se encuentran disponibles en las diferentes páginas web de las instituciones de la Comisión, entre ellas las del CGPJ (<http://www.poderjudicial.es>).

La Comisión de Seguimiento continúa sus trabajos para conseguir una adecuada implantación de la Orden de Protección, coor-

dinando la actuación de los diferentes poderes públicos implicados en otorgar una protección integral a las víctimas de violencia doméstica.

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La orden de protección, aprobada con la unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, supone un importante avance en la tutela provisional de los derechos e intereses legítimos de las víctimas de violencia doméstica durante la tramitación del proceso penal. Pero también supone un cambio cultural que afecta a los propios fundamentos del sistema procesal penal y que exige un importante esfuerzo interpretativo y de coordinación para garantizar su efectiva aplicación.

ASPECTOS PROCESALES DE LA VIOLENCIA
DOMÉSTICA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN
A LAS VÍCTIMAS

María Durán Febrer

Abogada, socia de THEMIS
y Secretaria de EWLA (European
Woman Lawyers Association)

ASPECTOS PROCESALES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MEDIDAS DE PROTECCIÓN. III. LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. IV. NUEVAS TECNOLOGÍAS DE CONTROL VÍA SATÉLITE. V. LEY 19/1994 DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS. VI. LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA. VII. LA CREDIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.

I. INTRODUCCIÓN

El hecho de que hoy en día la violencia doméstica sea reconocida como un serio problema social permite que los distintos sectores de la sociedad, implicados en combatirla, realicen procesos de sensibilización. La violencia doméstica viola derechos fundamentales y en consecuencia el mundo jurídico también ha hecho una aproximación a esta problemática, las reformas legales, su interpretación y aplicación exige un mayor conocimiento de las circunstancias y consecuencias de la misma, para ponderar la dimensión y gravedad a efectos penológicos y de reparación.

En las ciencias sociales no existe un concepto pacífico sobre el fenómeno de la violencia de género, las causas que lo provocan y los efectos que produce, todo ello tiene como consecuencia una dificultad para abordar el problema de una manera eficaz.

La tramitación de la mayor parte de las denuncias como juicios de faltas, como ha ocurrido hasta muy recientemente, transmite la idea de que la contravención es muy leve.

Según los datos del Ministerio del Interior en el año 2002, de las 51.529 denuncias por violencia conyugal o de convivencia de pareja, 39.498 se tramitaron como faltas, el 76,65% de todas las denuncias. Sólo el desconocimiento de la dimensión de la violencia de género puede justificar esta calificación jurídica.

Organismos internacionales como la ONU y la OMS han realizado estudios de la violencia contra las mujeres, cuyos resultados visibilizan la gravedad de la violencia de género.

La Organización Mundial de la Salud en el informe de octubre de 2002, *Informe Mundial sobre la violencia*, dedica varios capítulos a la violencia de género, los denomina "Violencia entre la pareja", "Violencia de menores y jóvenes", "Violencia hacia las personas mayores" y "Agresiones sexuales".

Los aspectos más importantes que pone de relieve este Informe es la trascendencia que tiene en la salud de las mujeres e hijos/as la convivencia con una persona violenta.

Indica el Informe que las consecuencias de la violencia doméstica afectan gravemente a la salud y al bienestar de la comunidad. Vivir con un violento perjudica a las mujeres hasta el punto de hacer desaparecer su autoestima y habilidades para desenvolverse en el mundo. Las mujeres que conviven con un violento tienen un alto riesgo de padecer depresión, dolores crónicos y suicidarse.

En general las consecuencias del maltrato conyugal y convivencial sobre la salud persisten largo tiempo después de que haya cesado la violencia, tiene un permanente impacto en el estado físico y mental y suelen aparecer síntomas de enfermedades diversas de forma acumulativa, con muchas probabilidades de una reducción cuantitativa del tiempo de vida de la mujer.

El impacto en los niños/as que son testigos de la violencia familiar es un elevadísimo riesgo de padecer problemas emocionales y conductuales, entre los que se encuentran la anorexia, depresión, bajo rendimiento escolar y baja autoestima.

El informe señala que la violencia afecta directa e indirectamente en una mayor mortalidad de los menores. Los niños/as y mujeres que han sido físicamente y sexualmente agredidos por sus personas próximas tienen cinco años menos de expectativa de vida que las personas que no han sufrido estas agresiones.

Las reflexiones que siguen tienen como objetivo el esbozo, desde una perspectiva de género, de argumentos que faciliten la protección efectiva a las víctimas, en la aplicación de las medidas legales vigentes.

Cuando se hace referencia a la perspectiva de género, se hace referencia al contexto socio-histórico-cultural donde tiene lugar la violencia de género y las circunstancias del autor y víctima. Asimismo se hace referencia a que, pese a la igualdad formal del art. 14 de la Constitución, la carencia de igualdad real impide que se otorgue a la palabra de la mujer la misma autoridad que a la del hombre.

En la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002, que desestima el recurso de casación interpuesto por un condenado por los delitos de lesiones, agresión sexual, amenazas y daños, el TS indica cómo éste es un caso típico de violencia familiar; más allá de las calificaciones jurídicas, la violencia familiar se diversifica en ataques a distintos bienes jurídicos. En esta Sentencia el TS considera que la violencia familiar se caracteriza por una situación de dominación o intento de dominación sobre la mujer.

La citada Sentencia establece la primera premisa para una aproximación al conocimiento de la violencia de género: La violencia de género tiene un fin, controlar a la mujer, mantenerla en una posición de subordinación.

La violencia de género se presenta en forma de maltrato continuado, agresión sexual, acoso sexual, y más recientemente el proceso de mundialización ha masificado el tráfico de seres humanos con fines de explotación.

De todas las *violencias ilegítimas* la única que afecta a la mitad de la humanidad es la *violencia de género*. Todas las mujeres son destinatarias en mayor o menor grado de este tipo de violencia (limita la libertad deambulatoria a todas las mujeres a través de procesos de aprendizaje en la infancia, en los que la auto-limitación de la libertad es interiorizada como algo natural, en tanto esto no ocurre con los varones); cualquier mujer es objeto de violencia verbal masculina que va desde el aparentemente inocente piropo hasta la obscenidad, los refranes y chistes que devalúan a las mujeres son aceptados, todo ello es considerado normal y dentro de parámetros tolerables e incluso en ocasiones aplaudido.

Esta situación que podría denominarse de violencia "ambiental" se convierte en directa al surgir la necesidad de las mujeres de afirmar su autonomía, de "re-negociar su lugar en el mundo", en estos casos, y para el sistema judicial, sólo es cuestión de *graduación y valoración de la antijuricidad de la acción*. El juzgador, que conforme al art. 741 de la LECrim, ha de apreciar en conciencia las pruebas practicadas, no es ajeno a la tolerancia de la violencia ambiental ni a la falta de autoridad que tienen las mujeres, lo que hace que en demasiadas ocasiones sea cuestionado el testimonio de la víctima.

D. José Augusto de VEGA RUIZ, ex presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cita *"a nosotros nos gustaría que los Jueces en España asumieran las declaraciones de la Juez asociada de Puerto Rico cuando dijo "que los jueces somos la última autoridad en el sistema judicial y si no logramos manejar los casos de violencia con el enfoque e interés apropiados correremos el riesgo de hacer que estos crímenes sean considerados como algo trivial e insignificante. Por tales motivos, los jueces no podemos ignorar la seriedad de estos crímenes y en particular los cometidos contra las mujeres. Restarles importancia limitaría la efectividad de la intervención judicial en este tipo de casos y agravaría el ya ingente problema social" "* (1).

(1) *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, pág. 20. Ed. Aranzadi.

Encauzar los legítimos derechos de la víctima de violencia de género ha supuesto una inversión del Derecho por cuanto el Ordenamiento Jurídico, y de un modo más concreto el Derecho Penal, tenía, históricamente, como finalidad el control de las mujeres.

Tal inversión se produce gracias a que los valores democráticos han conducido a la universalización para todos los seres humanos de los derechos fundamentales, lo que ha tenido como consecuencia inevitable el reconocimiento de la dignidad de la mujer, si bien tras un largo costoso e inacabado proceso.

Ante esta realidad el Derecho se ha visto forzado a tipificar como delitos los atentados contra la libertad sexual, el acoso sexual, la violencia en el seno de la familia, etc., lo que ha encontrado fuertes resistencias para su aplicación (desde la reforma del Código Penal LO 3/89 que tipificó el delito de malos tratos habituales hasta finales de 1994 solamente hubo 33 Sentencias condenatorias de las cuales 14 fueron de conformidad). Tales resistencias persisten cuando entre la víctima y el agresor existen relaciones de proximidad (convivencia, relaciones profesionales, etc.).

El acto de proceder a denunciar tales hechos supone en sí mismo un esfuerzo, que escapa a lo que razonablemente puede esperarse de quien se encuentra en una situación límite y de las más severas emocionalmente. Además socialmente la denuncia es un acto de trasgresión de las pautas culturales patriarcales que "obligan" a la mujer al silencio y a ser acrítica con el padecimiento que le causa la violencia.

La denuncia en sí misma constituye una firme creencia en la Justicia.

II. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La primera demanda de la víctima es la PROTECCIÓN, lo que requiere una respuesta inmediata frente al riesgo de nuevas agresiones.

Desde que tuvieron lugar las Primeras Jornadas sobre Crisis Familiares en el CGPJ y a partir de una ponencia del magistrado

D. Ramón SÁEZ VALCÁRCEL, un sector de la Judicatura dictaba medidas de alejamiento, basándose en que si en los casos de alarma social se podía dictar la prisión provisional que limita la libertad, con mayor razón, en estos casos podía dictar medidas que solamente restringen la capacidad deambulatoria.

- En España se legislan por primera vez Medidas de Protección en la *Ley 14/1999 de 9 de junio, de Modificación del Código Penal de 1995 y Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos*. Esta Ley incorpora el art. 544 Bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dice textualmente:

"En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario a 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 y provincia 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 ésta 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."

- Aún cuando este artículo significa un avance, por cuanto dio una mayor seguridad jurídica frente a la ausencia de legislación, la

norma es incompleta y no responde a las necesidades efectivas de las víctimas, entre otros por los siguientes motivos:

— Porque la ley no estableció una obligación al juez sino una facultad de adoptar medidas de protección "*el juez podrá*" limitando las medidas "*en los casos estrictamente necesarios*" (término jurídico indeterminado). En esta Ley las medidas de protección están limitadas sólo "*en aquellos supuestos en los que se investigue un delito*".

— Porque el poder legislativo no tuvo en cuenta la práctica jurídica en la persecución de los malos tratos. De haber tenido en cuenta la realidad judicial en la persecución de la violencia doméstica habría constatado, que la mayor parte de las denuncias por violencia doméstica se tramitan como faltas, lo que ha impedido la aplicación de medidas de protección.

Los estudios de la Asociación de Mujeres Juristas Themis sobre violencia de género, *Respuesta Penal a la Violencia Familiar*, publicado en 1999 y *La violencia familiar en el ámbito judicial* publicado en 2003, demuestran que en el 50% de los juicios de faltas por malos tratos en el hogar (en el primer estudio) y en el 58% (en el de 2003), las víctimas habían hecho constar en la denuncia que habían sido agredidas con anterioridad, y que en el 35% y 23%, respectivamente, de estos juicios de faltas se habían acreditado denuncias anteriores por hechos iguales o de la misma naturaleza (2).

— Y finalmente, porque hay confusión con el bien jurídico protegido. El bien jurídico de las medidas de protección es la vida y la integridad de la víctima.

El penúltimo párrafo del art. 544 Bis de la LECrim, obliga al juez a tener en cuenta la situación económica, laboral, salud y

(2) El primer estudio se refiere a los asuntos judiciales de la Comunidad de Madrid de los años 1992 a 1996, el segundo a los asuntos judiciales de la Comunidad de Castilla La Mancha de los años 1999 y 2000.

familiar del inculpado, lo que supone otra restricción al establecimiento de las medidas de protección, contraria al sentido deontológico de la propia norma puesto que el bien jurídico que se protege es la vida y la integridad de la persona.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al derecho a la vida e integridad de la persona en la Sentencia 53/85 en la que en su FJ 3.º establece:

"El derecho a la vida es la proyección de un valor superior del Ordenamiento Jurídico Constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (...)"

Para nuestro Alto Tribunal la protección del derecho a la vida es el eje a partir del cual se articulan los demás derechos fundamentales. De ser tenido en cuenta el párrafo penúltimo del art. 544 Bis restringiría todavía más la aplicación de las medidas de alejamiento.

Continúa la Sentencia 53/85 en el FJ 4.º:

"Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (...)"

Este pronunciamiento es un mandato directo al Estado de poner medios concretos y precisos para evitar que se sigan vulnerando los Derechos Fundamentales en la intimidad del hogar. Los deberes positivos por parte del Estado permiten la injerencia en la vida privada, así lo autoriza el art. 18.2 de la Constitución Española, y el art. 8 del Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales (ratificado por España el 26 de septiembre de 1978 y publicado en el BOE el 10 de octubre del mismo año), que autoriza a la autoridad pública para que pueda intervenir en la vida privada y familiar con el fin de prevenir la comisión de

un delito, la protección de la salud y proteger los derechos y libertades de las demás personas que conviven con el violento.

- Es necesario conocer la aplicación de esta Ley, así *las Audiencias Provinciales han establecido los criterios interpretativos del art. 544 Bis* de la LECrim; si bien las resoluciones no son abundantes, sí son relevantes a efectos de su aplicación por parte de los juzgados de Instrucción.

Entre otros criterios, cabe señalar:

1.º *Apariencia de buen Derecho (Fumus boni iuris)*. El Auto de la AP Alicante Sec. 3.ª, de 29-06-00, N.º 156/00, referido a un supuesto de malos tratos habituales, en su FJ 1.º indica:

(...) consiste en que se acredite, al menos indiciariamente, la perpetración del delito que se imputa, en este caso un delito de malos tratos continuados.

No debe olvidarse que no nos encontramos en la fase plenaria y que en la instrucción basta con que quede acreditado el hecho "indiciariamente", no exigiéndose la prueba plena del mismo que habría de llevar a una sentencia condenatoria, en su caso. Las medidas cautelares se adoptan por el Instructor tras la práctica de las diligencias indispensables para entender indiciariamente acreditados los hechos denunciados y la necesidad de su imposición y en la mayoría de las ocasiones la prontitud en su adopción radicarán su efectividad. Dicha celeridad en ningún caso puede suponer vulneración de los derechos de las partes. Pero el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) no implica la práctica de una exhaustiva instrucción a la finalización de la cual se adopte una medida cautelar que probablemente no tenga ya sentido.

2.º *Riesgo para la víctima (Periculum in mora)*. El mismo Auto de la AP de Alicante señala:

(...) el riesgo para la víctima de ser de nuevo objeto de hechos como los que han sido denunciados.

Por su propia naturaleza el delito de malos tratos "continuados" supone una reiteración de la conducta que expresa un clima de violencia (física o psíquica) habitual que desemboca en un grave menoscabo de la integridad física y moral y de la seguridad y el buen orden familiar de quien lo padece, por el menosprecio y la humillación que implican precisamente en el ámbito familiar, ámbito que debería constituir el núcleo de solidaridad, afectividad y respeto donde el individuo se desarrolla personalmente con mayor seguridad y tranquilidad.

Habiéndose evidenciado una situación de total crisis familiar, la ruptura de la convivencia deviene lógica y necesaria y se impone que sea el presunto infractor quien abandone el domicilio familiar, en el que han de quedar la víctima y el hijo menor como sujetos más necesitados de protección.

3.º La *inmediación* en la adopción de las medidas cautelares, incluso sin haber sido oída la persona denunciada, se infiere del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que considera como primeras diligencias, entre otras, la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse las medidas cautelares previstas en el art. 544 Bis de la misma Ley.

Es significativo el Auto de la AP de Lleida de 16 de febrero de 2000 que indica en su FJ 1.º in fine:

(...) Por último, en lo que se refiere a la aludida vulneración de la tutela judicial efectiva que para la parte representa el acuerdo de la medida cautelar sin haber sido oída, debe advertirse que el art. 13 LECR permite acordar la adopción de alguna de las medidas contenidas en el art. 544 bis LECR desde las primeras diligencias, considerando que entre ellas se incluyen la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito sin exigir que con carácter previo se haya procedido a la detención del presunto responsable del delito. *Tales medidas no pretenden la protección del acusado, pues tienen un carácter estrictamente victimológico, hallándose así orientadas única y exclusivamente a la protección de la víctima, ya que pretenden que*

con su adopción se evite la producción de daños irreparables para ésta o, en su caso, para los perjudicados. Siendo que la medida se acordó respetando las previsiones establecidas en la Ley rituarial, no se observa vulneración de Derecho procesal alguno. Máxime tras dictarse el auto ahora recurrido, que subsanaría cualquier defecto, al haber sido el acusado informado de los hechos imputados y de los derechos que le asisten y al habersele recibido declaración como tal imputado, y que manteniendo la medida cuando hubiera podido alzarla. Por las razones expuestas, procede asimismo la desestimación del presente motivo.

4.º Posibilidad de *subsanan a posteriori* las medidas de alejamiento dictadas sin todas las garantías procesales. En este sentido son varias las Audiencias Provinciales que así han resuelto, entre otros *Auto 80/1999 de 30 de noviembre, R 2057/1999 de la AP de Albacete* y *Auto 254//2000 de 14 de junio, R. 306/2000 de la AP de Girona*.

5.º La duración máxima de las medidas de alejamiento cuando los hechos denunciados aparentan revestir la calificación que *falta del art. 617 o 620 del Código Penal* no podrá exceder de seis meses. *Auto 80/1999 de 30 de noviembre, R 2057/1999 de la AP de Albacete*.

6.º Procede la *Prisión Provisional* en supuestos de incumplimiento de las Medidas de alejamiento:

El Auto 309/1999 de Sección 3.ª de la AP Girona de 22 noviembre 1999, R 682/1999, establece en el FJ 1.º

(...) Tomando en consideración todos los antecedentes teóricos relatados, ni existe el peligro de fuga, ya que la presunta comisión de infracciones delictivas no ha creado en el acusado la intención de huir, ni cada una de ellas, tomada por sí sola es de suficiente entidad como para crear una situación merecedora de prisión provisional. Ahora bien, la reiteración delictiva con la que se ha producido el acusado en contra de su esposa y

de todas aquellas personas que hayan podido encontrarse en su compañía tratando de defenderla es absolutamente feroz y no encuentra medio de ser parada ni con la disposición de medidas judiciales de alejamiento entre ambos cónyuges que en su día acordó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Girona. La perversa voluntad del imputado derivada de la calificación del Ministerio Fiscal a la vista de las diversas denuncias merece un reproche especial que contempla incluso el mismo Código Penal elevando a la categoría de delito la reiteración en la comisión de hechos que tomados aisladamente serían considerados como falta, amén de que para la comisión de ciertos hechos, amenazas y maltratos, se ha provisto de medios especialmente peligrosos como un cuchillo de grandes dimensiones susceptible de causar un grave daño irreparable contra la vida.

Contemplada la cuestión por lo tanto desde un todo unitario no puede decretarse la libertad solicitada, ya que, junto a la escasa entidad de alguna de las infracciones, existen otras que son consideradas como delito, de suerte que a la vista de la reiteración delictiva y del peligro que la misma representa para la integridad física de la esposa del acusado, de sus hijos, y de diversos acompañantes de aquélla, la prisión provisional aparece como un medio adecuado de evitar todos estos incidentes delictivos.

- La *aplicación de las medidas de alejamiento por los Juzgados de Instrucción* ha sido irregular, su práctica sigue dependiendo de la *sensibilidad* del Juzgador Instructor; no habiéndose generalizado el criterio de aplicar esta norma protectora en todos los casos en los que la situación de hecho lo requiere.

El estudio de Themis *La violencia familiar en el ámbito judicial* ofrece unos datos reveladores respecto a la incidencia en la aplicación de órdenes de alejamiento en procedimientos por delito antes y después de la Ley 14/99 (3).

(3) Pág. 88.

<i>Medidas Alejamiento</i>	<i>Antes de la Ley 14/99</i>	<i>Después de la Ley 14/99</i>
No se solicitan ni adoptan	57%	35%
Se acuerdan de oficio o a petición de la víctima	15%	28%
Se acuerdan a petición del Ministerio Fiscal	22%	13%
Se acuerdan a petición de la defensa de la víctima	6%	24%

Las medidas de alejamiento solicitadas por la acusación particular, defensa procesal de la víctima, adquieren una mayor relevancia a partir de la publicación de la Ley siendo significativo el descenso de solicitudes del Ministerio Fiscal.

En los supuestos en los que hay acusación particular y se solicitan las medidas de protección, los Juzgados no siempre resuelven estas peticiones.

Un análisis de los asuntos que llevaron las abogadas de Themis en el año 2001 en toda España, constata que de todas las solicitudes de alejamiento formuladas por las letradas, en el 50% de casos ni siquiera fueron proveídas, el 22% fueron acordadas y el resto desestimadas (en su mayor parte por tramitarse como juicio de faltas, pese estar solicitada la acumulación de las distintas denuncias existentes).

La memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2002 indica "un sensible incremento" en la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal contra maltratadores respecto al año 2001, así en el año 2001 se adoptaron 834 medidas de prohibición de residencia, de acudir a determinados lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima o víctimas, mientras en el año 2002 éstas ascendieron a 1.350. Estos datos hay que ponerlos en relación al número de denuncias por violencia ejercida por el cónyuge o análogo que en el año 2002 ascendieron a 51.529 lo que supone el 2,6% de alejamientos respecto a las denuncias.

De las 51.529 denuncias, 12.031 (4) se tramitaron en procedimiento por delito, si a esta cifra se aplican los alejamientos resulta que sólo en el 11,22% de los procesos por delito.

- Si hubiera que dar una sintética explicación sobre el contenido de los Autos de Alejamiento, habría que decir que abarca una gama de claros y oscuros, así como una cierta confusión sobre el bien jurídico protegido. Si bien hay Autos ejemplares en cuanto a la seguridad de la víctima, hay otros en los que para evitar el solapamiento entre la jurisdicción civil y penal dejan, como después se verá, desprotegidas a las víctimas menores de edad.

— En sentido positivo son dignos de señalar, entre otros, el Auto de 18 de abril de 2001 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Torrijos (Toledo) en el que establece:

"Habiendo solicitado por la perjudicada la adopción de las medidas previstas en el art. 544 Bis de la LECrim, y el secuestro y depósito de dos armas de caza del imputado y suspensión de su licencia de armas para la seguridad de la víctima y para garantizar su protección y seguridad procede acceder a las medidas solicitadas requiriendo al imputado para que se abstenga de residir en la comunidad autónoma de Castilla la Mancha mientras concluya la instrucción de la causa y en todo caso en los próximos 6 meses de aproximarse y comunicarse con su mujer. Se acuerda el secuestro y depósito de las dos armas de caza propiedad del imputado, así como la suspensión de la licencia de caza durante el plazo de seis meses".

Y el Auto de 30 de agosto de 2001 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Manacor que establece en su Fundamento Jurídico:

"ÚNICO.—En atención a lo dispuesto en el art. 158 del Código Civil: "El Juez de oficio o a instancias del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: ... 3. En

(4) Fuente Ministerio del Interior.

general las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria".

En consideración a lo establecido en el mencionado artículo, junto con la constancia de perjuicio que toda esta situación está causando a la menor al impedirle desarrollar una vida ordenada que le facilite el desarrollo de su personalidad de forma sana, y atendiendo por último a la alarma social que el presente caso ha causado en la opinión pública local y al tener conocimiento en este Juzgado de que este episodio (5) no ha sido un caso aislado en la ejecución del régimen de visitas adoptado en su momento, es por lo que procede declarar la suspensión del régimen de visitas otorgado en el procedimiento de Menor Cuantía n.º /00 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1, así como el alejamiento del imputado XX tanto de la menor como de los abuelos maternos de la misma a una distancia de 200 metros, hasta que la situación sea resuelta por el procedimiento que corresponde, que no es otro que el Menor Cuantía /00 llevado por el Juzgado n.º 1 de Manacor. Poniendo en conocimiento de la Policía Local de Manacor, Policía Nacional y Guardia Civil la resolución adoptada a efecto de prevención si esto fuera necesario".

— En sentido negativo hay que poner de relieve aquellos Autos que suspenden su vigencia durante el régimen visitas.

Tal vez una cierta confusión sobre el bien jurídico protegido en las medidas de protección y temor a despojar, con su resolución, competencias de los Juzgados de Familia, ha llevado a algunos juzgados en los que se ha constatado agresiones físicas a los hijos a acordar que las medidas de alejamiento se suspendieran durante el régimen de visitas del violento con los hijos. Entre otros, el Auto de fecha 11 de mayo de 2001 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de

(5) El padre sustrajo a la hija y estuvieron en domicilio desconocido durante más de 30 días.

Madrid dispone "*respecto a los hijos esta medida quedará en suspenso a fin de permitir el cumplimiento del régimen de visitas*", o el Auto de 14 de noviembre de 2000 del Juzgado de Instrucción de Talavera de la Reina que indica "(...) *Se acuerda la medida de prohibición de acudir al domicilio de la denunciante y de acercarse a ella y a sus hijos en un radio de 200 metros, que no afecta a la situación familiar pues podrá el imputado seguir teniendo contacto con su hijo por los medios usuales (cartas, teléfono..) quedando en cualquier caso la fijación de un concreto régimen de visitas y demás medidas en el marco de un proceso de separación*".

También alguna Audiencia Provincial ha mantenido este criterio así el Auto n.º 36/2001 de la Sección 1.ª de la AP de Lleida de 26-01-01 revoca un alejamiento ya que hay sentencia de separación donde se da régimen de visitas al hijo común, establece el referido Auto en el FJ Único:

"El recurrente en queja impugna la resolución judicial que le impuso el alejamiento de su esposa basado en la denuncia interpuesta por la misma por amenazas y agresión. Desde la fecha de la correspondiente resolución judicial han pasado tres meses y en la causa civil ha estado decidida la separación conyugal otorgando al marido un régimen de visitas del hijo común, con obligación de éste de recoger y entregar el hijo en el domicilio de la esposa, lo que no permite la medida de alejamiento impuesta. Además por parte del Ministerio Fiscal se ha solicitado el sobreseimiento de las D.Pr. y la apertura de Juicio de faltas, decisión que ha adoptado el Juzgado. A partir de estos elementos que disponemos, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, *la ausencia de nuevos incidentes de gravedad*, el pronunciamiento judicial en materia de régimen de visitas, la conveniencia de que el menor pueda disfrutar de la relación con su padre, (...) ha de llevar a la Sala a estimar el recurso de queja interpuesto en el sentido de levantar la medida de alejamiento impuesta."

Este criterio es contrario al espíritu del art. 39 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a asegurar y garantizar la protección integral de los hijos; el texto constitucional

en su art. 14 proclama la igualdad de las personas, por lo que debería ser obligada la protección de la integridad física y moral de cada uno de los individuos miembros de la familia.

Aún cuando el art. 544-Bis de la LECrim establece la prohibición de residir o acudir en determinados barrios, municipios provinciales o comunidades autónomas; muchos de los Autos que acuerdan las medidas de alejamiento, lo hacen prohibiendo acercarse a la víctima a determinados metros; llegando en algunos casos, a prohibir acercarse a 50 metros (Auto de 8.03.2001 del Juzgado de Instrucción de San Clemente –Cuenca) o 75 metros (Auto de 5.02.2001 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Daimiel). En estos casos, no tan sólo se da una nula protección a la víctima sino que permite un *acoso moral* en la medida que el agresor puede estar vigilando y siguiendo permanentemente a la víctima en la distancia obligada, sin vulnerar la orden de alejamiento.

— La Ley 14/99 establece el alejamiento como medida de seguridad en la sentencia de los Juicios de Faltas por un plazo máximo de seis meses, pero nada dice de la posibilidad de adoptarse como medida cautelar a partir de la denuncia. La protección (alejamiento) durante la instrucción del Juicio de faltas ha sido adoptada en diversas ocasiones por Juzgados de Instrucción en base al art. 13 de la LECrim en este sentido, entre otros el Auto de 3 de marzo de 2000 del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Albacete y el Auto de 12 de abril de 2000 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Illescas (Toledo) que establece en sus Razonamientos Jurídicos:

"Las presentes diligencias de Juicio de Faltas se incoaron en virtud de atestado (...) se solicita que se dicte orden por la cual se ordene la requisa del arma reglamentaria al inculpado y se le prohíba acercarse al lugar de residencia y que se le ordene abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima.

En cuanto a la solicitada privación del uso del arma medida a la cual se opone el Ministerio Fiscal, no se considera pertinente la misma, por el hecho de existir denuncias recíprocas y contradictorias sobre los hechos y por considerar suficiente una medida de alejamiento del domicilio de la víctima en una dis-

tancia de 200 metros así como de aproximarse a la mencionada en cualquier lugar a una distancia de 100 metros. Que se abstenga de comunicar telefónicamente. Que se abstenga de entrar en cualquier lugar cerrado donde se encuentre la denunciante".

- Con todo y siendo muy importantes para la seguridad de la víctima, las medidas de alejamiento tienen un serio problema de cumplimiento. El Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la Problemática Jurídica de la Violencia Domestica, aprobado el 20 de marzo de 2001, enfatizaba cómo las medidas de alejamiento se incumplen en el 90% de los caso.

Los incumplimientos son enjuiciados como delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto en el 468 del Código Penal, o un delito o una falta de desobediencia de los arts. 556 y 634 CP respectivamente. Las distintas Audiencias han establecido el criterio de homogeneidad entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar y desobediencia (entre muchas otras, Sentencia de la AP de Barcelona de 11 de febrero de 2000, Rec. 46/2000 y Sentencia de la AP de Zaragoza de 11 de marzo de 2000, Rec. 10/2000). La Audiencia Provincial de Baleares Sección 1.^a en la Sentencia 89/2000 de 6 de abril consideró que se trataba de un delito de desobediencia ya que el acusado manifestó desde el primer momento su intención de incumplir el Auto de Alejamiento.

La pena por el incumplimiento no es disuasoria.

III. LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

El año 2003 ha sido prolijo en la promulgación de Normas que directa e indirectamente afecta a la problemática de la violencia contra las mujeres y los menores. Todas estas leyes, por la forma como se ha legislado, y pese a pretender lo contrario (6), son leyes

(6) La Ley 38/2002 de 24 de octubre pese a presentarse como una ley dirigida especialmente a combatir la violencia doméstica, no prevé para el juicio rápido de faltas el Informe del Médico Forense.

abiertas que delegan en el Juzgador una interpretación acorde a la realidad de la violencia doméstica.

En la exposición de motivos de la Ley 27/2003 se hace referencia a dos informes de las Cortes como antecedente, se refiere al *Informe de la Ponencia sobre erradicación de la violencia doméstica, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer (7)* y al *Informe de la Subcomisión con el fin de formular medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la violencia de género, creada en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo (8)*.

En las conclusiones sobre Medidas Cautelares del primer Informe se recomienda:

— La unificación de los criterios de adopción de medidas cautelares.

— Mejorar la eficacia de la medida cautelar de alejamiento para una mejor protección de la víctima.

— Cuando se produzca una denuncia por malos tratos, el agresor deberá ser citado, en el juzgado, para que, aparte de tomarle declaración, el médico forense estudie y valore la peligrosidad del agresor.

— Agilizar la inmediata separación del presunto agresor del domicilio familiar. Incluso privación de libertad del agresor en los casos de mayor riesgo.

— Estudiar una reforma de la prisión provisional para que tenga una mayor aplicación en los casos de violencia doméstica.

(7) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Sección Cortes Generales VII Legislatura, Serie A: Actividades Parlamentarias de 4 de diciembre de 2002, núm. 374.

(8) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de Diputados VII Legislatura, Serie D: General de 25 de marzo de 2003, núm. 511.

— Prever expresamente la suspensión y privación de los derechos inherentes a la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento en estos casos, de acuerdo con la recomendación contenida en el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004).

— No derivación, por parte de los jueces, a los Puntos de Encuentro en los casos de violencia doméstica y donde la influencia del agresor se considere negativa para los menores.

— Incluir la intervención o privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de acuerdo con lo recogido en el II Plan integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004).

— La modificación de los arts. 92 y 160 del Código Civil, de modo que contemple la obligación de los jueces de suspender los contactos con el progenitor violento si existe alguna sentencia penal o prueba suficiente en el propio procedimiento civil.

— Realizar seguimientos o controles de la evolución de la conducta de los agresores, en relación con el cumplimiento de las medidas cautelares.

Las conclusiones de la subcomisión respecto a la Orden de Protección de las Víctimas de Delitos de Violencia Doméstica, consideran que la Orden de Protección debe tener el siguiente contenido:

1. Principios Informadores. La Orden de Protección debe adaptarse a seis principios o criterios informadores:

a) *Principio de protección de la víctima y de la familia.*—La razón de ser de la Orden de Protección reside en el objetivo fundamental de proteger la integridad de la víctima y de la familia frente al agresor. Dicho con otras palabras el objetivo prioritario de la Orden de Protección es que la *víctima y familia recuperen la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias posteriores del agresor*. Por este motivo en los supuestos de vio-

lencia doméstica el acceso a una Orden de Protección se constituye en un derecho de la víctima.

b) *Principio de aplicación general.*—El Juez debe poder utilizar la Orden de Protección siempre que la considere necesaria para asegurar la protección de la víctima, *con independencia de que el supuesto de violencia doméstica sea constitutivo de delito o de falta.*

c) *Principio de urgencia.*—La Orden de Protección debe —sin menoscabo de las debidas garantías procesales, ni del principio de proporcionalidad— *obtenerse y ejecutarse con la mayor celeridad posible.* Debe pues articularse un procedimiento *lo suficientemente rápido* como para conseguir la verificación judicial de las circunstancias de hecho y las consiguientes medidas de protección de la víctima.

d) *Principio de accesibilidad.*—La eficaz regulación de la Orden de Protección exige la articulación de un procedimiento *lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todas las víctimas de delitos de violencia doméstica.* Así pues la solicitud de la Orden debe adaptarse a criterios de sencillez, de tal modo que la víctima, sus representantes, etc., puedan acceder fácilmente al Juez para solicitarla, sin costes añadidos.

e) *Principio de integralidad.*—La concesión de la Orden de Protección por el Juez debe provocar, de una sola vez y de manera automática, la obtención de un estatuto integral de protección para la víctima, el cual *active una acción de tutela que concentre medidas de naturaleza penal, civil y de protección social.*

f) *Principio de utilidad procesal.*—La Orden de Protección debe facilitar además la acción de la Policía Judicial y el subsiguiente proceso de instrucción criminal, especialmente en lo referente a recogida, tratamiento y conservación de las pruebas.

La Orden de Protección regulada en la Ley 27/2003 introduce el art. 544 Ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece un procedimiento para la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal, civil y social.

- Las *medidas cautelares de naturaleza penal* son las recogidas en el art. 544 Bis de la LECrim, incorporando la posibilidad de que se acuerden *medidas cautelares penales en las faltas*.

La ley que se analiza brevemente está en relación directa con las Leyes reguladoras de los juicios rápidos por delito y por falta (L.O 8/2002 de 24 de octubre y L 38/2002 de 24 de octubre, ambas de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En esta Interconexión hay que relacionar el párrafo segundo del apartado 4. del art. 2.º de la Ley cuando se refiere a que se acordará la Orden de Protección con el Juicio de Faltas.

¿Qué pasa en los supuestos de que no tengan lugar los juicios de faltas dentro de un procedimiento rápido? O ¿Qué pasa en los casos en los que, conforme la Instrucción 3/2003 del CGPJ el juicio de faltas tenga que acumularse a otro procedimiento penal iniciado con anterioridad? En estos casos es cuando entra en vigor la cláusula residual recogida en el referido párrafo in fine: "*En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud*".

Así pues, si no hay orden de alejamiento en el asunto al que se van acumular el juicio de faltas, el juez de guardia debería convocar la audiencia prevista para las medidas cautelares.

A los efectos de evaluar el riesgo de nuevas agresiones, la profesora de Derecho D.^a Ana RUBIO CASTRO indica (9):

"Los datos necrológicos del maltrato contra las mujeres en el ámbito doméstico debería ser elemento probatorio suficiente para valorar la intensidad del riesgo que el mismo supone para las mujeres que se encuentran a él sometidas. Del mismo modo

(9) *Análisis Jurídico de la Violencia contra las Mujeres*, Serie Estudios n.º 18, Instituto Andaluz de la Mujer, pág. 47.

que se pueden presentar en el proceso datos estadísticos para probar la existencia de situaciones de discriminación indirecta, a pesar de la neutralidad aparente del contenido normativo, deberían ser las estadísticas e informes del Defensor del Pueblo o de la Fiscalía General del Estado, así como los estudios autorizados y las cifras que presentan, prueba suficiente para valorar, ante el supuesto concreto, la situación de riesgo y de la intensidad del daño que el maltrato produce, al desvelar la naturaleza múltiple de las secuelas unidas al mismo. De este modo junto al informe médico y una denuncia correctamente realizada, las estadísticas proporcionarían otro elemento más desde el que precisar el riesgo para evitar una calificación incorrecta de los hechos por parte de los operadores jurídicos. La fuerza de las cifras haría imposible desconocer la dimensión real de la violencia contra las mujeres y sus efectos".

- Las *medidas cautelares de naturaleza civil* vienen atribuidas al juzgador instructor de guardia en función del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.

El Tribunal Constitucional ha declarado que las medidas cautelares forman parte del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española, en este sentido la Sentencia de 20 de mayo de 1996 en su FJ 3.º indica:

" (...) Hemos declarado en relación con este género de cuestiones que "el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE" (STC 22/84), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24,1 CE (STC 66/84 y AA 458/88, 930/88 y 1095/88 del TC), pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la ley señala. Mas "la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas

adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso" (STC 14/92), evitando un daño irremediable de los mismos."

La adopción de las medidas cautelares de naturaleza civil, atribución del uso de la vivienda familiar, guarda y custodia de los hijos y alimentos es la única forma de que el cese de la situación de violencia pueda ser efectivo. Con anterioridad a esta ley, ya el juez instructor podía adoptar estas medidas cuando había hijos menores en base al art. 158 CC a partir de la modificación operada con la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

Las medidas cautelares de naturaleza civil, por la inmediatez con que deben adoptarse, deben ser un medio efectivo para la mujer que desea el cese de la violencia. Sin embargo del análisis de los primeros resultados en la aplicación de la Orden de Protección (10), no hay razones para un excesivo optimismo, dada la interpretación restrictiva que se hace sobre la adopción de las mismas. En los casos en que se deniega la solicitud, se han amparado los jueces en la inexistencia de "causas objetivas" obviando que en todos los casos la solicitud tiene que ser expresa y ha habido previamente denuncia por agresión o malos tratos.

Otro argumento para la no aplicación es la prudencia con la que hay que afrontar esta reforma pues muchos jueces (de Madrid) entienden "*que existe un claro riesgo de criminalizar asuntos cuya vía es la civil y de congestionar de asuntos los juzgados de guardia*" (11).

La falta de resolución puede dejar, en muchas ocasiones en una situación de desamparo a las solicitantes, sin tomar ninguna decisión relativa a la guarda y custodia de los hijos, uso de la vivienda familiar y alimentos y contribución a las cargas de la familia,

(10) Según el CGPJ desde la entrada en vigor de la Ley 27/2003 hasta el 15 de septiembre de un total de 1573 solicitudes se acordaron 733 medidas de naturaleza penal, 68 medidas de naturaleza civil y en 401 casos se han adoptado medidas civiles y penales.

(11) *El País*, sección sociedad 8.09.03.

con remisión al proceso en la jurisdicción civil, con la consecuente demora que ello conlleva, más en el caso de aquellas personas que por carencia de ingresos deban de solicitar justicia gratuita.

Sólo atendiendo al tiempo que ha de transcurrir desde que se solicita abogado y procurador de oficio hasta que se acuerdan Medidas Provisionales de Separación, es comprensible la precariedad en que pueden hallarse las mujeres y los hijos que padeciendo violencia, quieren el cese de la misma.

En caso de no aplicar las medidas cautelares civiles, cabe el riesgo de que las mujeres pierdan la fe en la Justicia. Cuando la mujer denuncia se expone a una *doble victimización*: la del agresor y la del sistema judicial que si no le da respuesta a su petición o se la da en un dilatado periodo de tiempo, la obliga a re-negociar su situación con el maltratador, con la consecuente renuncia a las acciones judiciales.

Es importante señalar que la Ley que establece que las medidas cautelares de naturaleza civil deberán ser solicitadas por las víctimas, no establece la forma como se informará a la víctima de la posibilidad de solicitarla, nuevamente se deja a la buena voluntad del Juzgador...

- En la Orden de Protección se atribuye al Juzgado de Guardia el impulso de *medidas sociales de asistencia y protección social establecidas en el Ordenamiento Jurídico*.

Lo primero que cabe señalar es que la ley no se refiere exclusivamente a la mujer, sino a la familia por lo que habría que centrar las medidas de asistencia y protección social en Normas de recursos sociales y Ordenanzas municipales, al ser los ayuntamientos quienes tienen genéricamente atribuidas las competencias sociales.

Respecto de la mujer hay que señalar que no todos los Institutos de la Mujer tienen competencias "por ley" sobre violencia, ni siquiera todas las Comunidades Autónomas tienen Institutos Autonómicos de la Mujer.

Desde una visión constructiva y en el ámbito del voluntarismo, seguidamente se indican algunas normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico y que establecen obligaciones y medidas sociales.

— En primer lugar cabe reseñar el 945/2003 de 18 de julio por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de reinserción (RAI) entre otras para las víctimas de violencia doméstica.

Este Real Decreto contempla por una parte el abono de 10 mensualidades del 75% del SMI en los casos de tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia doméstica y estar inscrito como demandante de empleo (art. 2.2 c), asimismo concede una ayuda de tres mensualidades si por causa de la violencia doméstica han tenido de cambiar de residencia (art. 6).

Para que la víctima tenga derecho a esta ayuda económica deberá haber obtenido del Juez una Orden de Protección (art. 12.1).

A primera vista puede parecer que además de la orden de protección puede haber otra forma de acreditar ser víctima de violencia doméstica, no obstante y visto el informe de la Subcomisión, antes referido, que indica *"la Orden de Protección ha de servir de título judicial acreditativo de la condición de víctima del delito de violencia doméstica para la obtención de todos los beneficios de protección y asistencia social..."*, no cabe duda que sólo se otorgará la RAI a las personas a las que el juzgado dicte Orden de Protección.

— Las competencias de las Comunidades Autónomas son otro problema para el juzgador. En este momento sólo hay tres comunidades autónomas que tengan leyes específicas contra la violencia doméstica, Castilla la Mancha, Navarra y Canarias, en las demás hay Planes pero tales Planes no forman parte del Ordenamiento Jurídico por lo que habrá que acudir a Normas generales de recursos sociales, lo que incrementa notablemente la dificultad del Juzgador para cumplir la Ley de Orden de Protección.

IV. NUEVAS TECNOLOGÍAS DE CONTROL VÍA SATÉLITE

Las alternativas de protección a las víctimas que ofrecen las nuevas tecnologías de control vía satélite (brazalete electromag-

nético, móvil y *homelink*) son cada vez más utilizadas hasta el extremo de generalizarse como un modo de proteger a las víctimas de violencia en el hogar.

Las oficinas de atención a las víctimas en unos casos, la policía en otros, facilita a las protegidas los aparatos con el fin de que puedan estar localizadas inmediatamente, que active el mecanismo al mismo tiempo que se graban las conversaciones que se puedan mantener.

Todo ello plantea nuevas cuestiones jurídicas como: ¿es necesario que la víctima solicite autorización al Juzgado para conectarse a un sistema electrónico para su protección? o, las grabaciones realizadas con este sistema ¿pueden constituir una prueba?

El hacer uso de los medios más avanzados para prevenir nuevas agresiones, aún a costa de pérdida de la intimidad de la víctima y de que sus movimientos estén sometidos a control de terceras personas, es una decisión que sólo puede tomar la persona que esté en peligro de ser agredida, aún cuando conviva con quien genera la situación de riesgo.

La convivencia con el presunto agresor lleva a otra cuestión jurídicamente trascendente, normalmente la protegida entrega un juego de llaves de su casa a la oficina policial más próxima a su domicilio para que puedan entrar si ella activa la alarma y está en el interior de la casa. ¿Puede la policía entrar en la casa sin solicitar autorización judicial? ¿Podría darse la circunstancia de que los agentes de la autoridad acabaran imputados de un delito de allanamiento de morada?

No surge ninguna duda cuando el presunto agresor no reside en el mismo domicilio de la víctima, bien porque haya un Auto Penal que le prohíba residir en la vivienda (art. 544 Bis LECR) o una separación, aún cuando sea provisional, que atribuya el uso de la vivienda a la víctima. En ambos supuestos no cabe duda que la entrega de las llaves por parte de la víctima a la policía debe ser considerada una autorización explícita para entrar en la vivienda si se activa el dispositivo.

Cuando ambos cónyuges conviven y hay dos manifestaciones de voluntad contradictorias, la víctima que autoriza entrar y el otro

conviviente que se niega, hasta que se ha tomado conciencia de lo criminogénico que puede resultar el hogar, la Jurisprudencia otorgaba prevalencia al que niega el consentimiento para la entrada (Sent. TS 29.10.80). Sin embargo este criterio ha cambiado en el sentido de que cada morador tiene derecho a permitir la entrada en la vivienda (12).

El Código Penal contempla el allanamiento de morada por autoridad pública en el art. 204. En este caso el bien jurídico protegido es la intimidad familiar. El art. 534.1.1.º sanciona a la autoridad o funcionario público que mediando causa por delito y sin respetar las garantías constitucionales o legales, entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.

El TSJ de Madrid en el Auto de 21 de febrero de 2002 expone:

"(...) El art. 204 del Código Penal vigente dispone "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la misma pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años." ...Se excluyen expresamente de la aplicación de esta norma los "casos permitidos por la Ley". En este caso concurre una causa legal y un procedimiento legal expreso que enerva e imposibilita el nacimiento del delito, por cuanto su conducta tiene cobertura normativa y no reviste, ni siquiera indiciariamente, los caracteres de infracción penal.

Sexto.—El art. 534.1.1 del Código Penal dispone: "1. Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales 1.º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador. (...)

El art. 534.1 presenta diferencias con el art. 204 en varios aspectos: a) En el art. 204 se tutela la intimidad personal o el

(12) Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Ed. Ariel, pág. 90.

derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y en el art. 534.1.1 se protegen las garantías constitucionales y legales relativas a la inviolabilidad del domicilio y b) El art. 534.1.1 castiga la conducta de entrada indebida (sin voluntad del morador) en el domicilio particular por parte de la autoridad o funcionario público, actuando dentro de sus competencias, pero extralimitándose en el ejercicio de su función pública.

No comunicar el uso del sistema electrónico al presunto agresor, no vulnera ningún derecho de este último, y por tanto puede adoptarse la medida sin ninguna solicitud al Juzgado de Instrucción. No obstante ello y dado que las grabaciones de las conversaciones entre víctima y maltratador, pueden constituir una prueba es conveniente comunicar al juzgado la utilización de este medio de protección-prevención al mismo tiempo que se solicita que al amparo de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, se abra una pieza separada y secreta que deberá custodiarse en Secretaría en la que consten todas las diligencias relativas al homelink.

La escasa Jurisprudencia (13) que hay sobre esta materia, hace que tenga relevancia el Auto de AP La Rioja A 21/2001 de 21 febrero 2001, Recurso 255/2000, que recoge literalmente:

"Primero.—Por Naima se efectuó comparecencia ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 en fecha 10 de mayo de 2000, en la que solicitó expresamente le fuese asignada una pulsera de seguimiento y protección a las víctimas dentro del ámbito familiar para lo cual manifestó que en el momento procesal oportuno, pondría a disposición del Juzgado un juego de llaves de su vivienda, para que a su vez le fuese entregado a la Policía Local que sería depositaria de las mismas, y si fuese necesario podría hacer uso de ellas para acceder a su domicilio en el caso de activación de la pulsera.

Que autorizaba cualquier tipo de grabación derivada de la activación de la pulsera de seguimiento y protección.

(13) El término Jurisprudencia se utiliza en un sentido genérico abarcando tanto las Resoluciones del TS como las de las AP.

Que autorizaba incluso la entrada por la fuerza en su domicilio al personal policial que fuese necesario en el caso de activación de la pulsera.

Por el Instructor en fecha 22 de junio de 2000 se dictó auto, en el que disponía que no era precisa la autorización judicial para la atribución a Naima de la pulsera de seguimiento y protección ni para la grabación derivada de la misma o entrada en su domicilio, que expresamente había autorizado la interesada. Esta resolución fue mantenida por auto posterior del mismo Instructor de 10 de agosto de 2000, en el que denegaba la reforma del auto dictado con fecha 22 de junio de 2000, en cuanto señalaba que no era precisa la autorización judicial para la colocación de la pulsera a la denunciante, sin perjuicio de que se estimase idónea dicha colocación, y de que se pusiese en conocimiento del Juzgado tal acto, así como los acontecimientos que se podían poner de manifiesto como consecuencia de la misma. Por Naima se interpuso ante esta Sala recurso de queja contra las anteriores resoluciones, solicitando que con revocación de las mismas, se dejasen sin efecto, y se acordase que por autorización judicial se atribuyese a Naima la pulsera de seguimiento y protección; la grabación derivada de la activación de la misma y si fuera necesaria la entrada en el domicilio.

Constituido del modo expuesto el ámbito del recurso de queja, para resolver el mismo debe partirse de la existencia de un consentimiento expresamente prestado por la solicitante indicada, Naima, por cuanto que debe analizarse si dicho consentimiento libre y expresamente prestado hace innecesaria autorización para determinados actos que puedan afectar a bienes jurídicos protegibles y de los que es titular la propia interesada.

Para ello, a su vez, debe partirse del principio de que el consentimiento de la víctima del hecho puede determinar la exclusión de la responsabilidad, de modo que ésta puede exonerarse cuando el sujeto pasivo, en determinadas condiciones, acepta que otro sujeto, autor de un hecho, realice aquella conducta que podría ser constitutiva de delito sin dicho consentimiento.

Este concepto sobre todo será aplicable en aquellos tipos de infracción penal dirigidos directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio o contra su intimidad, como ocurre

en los delitos contra la libertad y contra la intimidad, como son amenazas, coacciones, detenciones ilegales, allanamiento de morada o descubrimiento y revelación de secretos –intercepción de comunicaciones–. En estos casos faltando la oposición del sujeto pasivo, al existir su anuencia expresa, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta, y así no pueda darse ninguno de estos delitos a causa de la concurrencia del consentimiento del sujeto afectado.

Este consentimiento expreso, como en el presente caso o incluso deducido o reconocible externamente en otros supuestos, en definitiva, hace que desaparezca toda responsabilidad penal derivada de la conducta del autor del hecho, cuando se trate, como ocurre en los supuestos indicados de bienes jurídicos que pueden ser objeto de renuncia por su titular, como ocurre en los casos de derecho a la intimidad o libertad perfectamente renunciables por su titular, por la persona a la que afecta el hecho ajeno que puede perjudicar su bien.

Además en estos casos el acuerdo del afectado no sólo excluye la antijuridicidad (justificación), sino que incluso afecta a la tipicidad, al excluirla, de modo que ni siquiera llegan a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad.

En nuestro Derecho nada impide admitir la expuesta eficacia del consentimiento, como se desprende del art. 10 de la Constitución, al considerar fundamento del orden político y de la paz social el libre desarrollo de la personalidad, que ha de conducir a considerar justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma de libre desarrollo de la personalidad que las consiente, de modo que dicho consentimiento o acuerdo del afectado –víctima– excluya la responsabilidad penal, siempre que se trate de un bien renunciable por el consentimiento de la víctima, y, por supuesto, el sujeto que lo otorga tenga capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales del mismo.

Desde luego éste es el criterio que se recoge en el art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual, y en aras de tutelar la inviolabilidad del domicilio, en cuanto soporte físico del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar protegida en el art. 18 de la CE, se impide la entrada en

el domicilio de otra persona, salvo cuando conste su consentimiento el cual hace válida y lícita la entrada en domicilio ajeno (SSTS 29-9-94, 24-1-95, 27-4-95, 28-6-96 y 23-1-97, en este sentido).

Expuesta esta premisa básica resulta claro que, como aprecia el Juez de Instancia en sus resoluciones, no es necesario autorizar judicialmente la colocación de la pulsera, expresamente solicitada por la afectada en comparecencia judicial celebrada al efecto, en la que, además, autorizó también el resto de diligencias que de manera expresa expuso en su comparecencia ante el Juzgado.

Todas estas diligencias o actuaciones afectan a bienes jurídicos perfectamente renunciables, como son libertad e intimidad, que hacen innecesaria la autorización judicial para la colocación de la pulsera y demás diligencias autorizadas, en lo que afecten a la propia solicitante, siempre que mediase su consentimiento. De ahí que en este sentido se deban mantener las resoluciones dictadas por el Instructor en 22 de junio de 2000 y 10 de agosto del mismo año.

Segundo.—Cabe cuestionarse si esas medidas precisan de autorización judicial respecto a terceras personas y, en concreto, en cuanto a aquella persona cuya actuación pueda causar algún tipo de perturbación a la solicitante de las medidas.

Debe asimismo darse una respuesta negativa a este interrogante, pues indudablemente el hecho físico de colocación de una pulsera a una persona que la solicita, aunque sea como medida de control, en nada afecta a otros sujetos, pues en todo caso afectaría a la libertad o intimidad de la interesada, que expresamente la consiente. Desde luego no afecta a la libertad de esa tercera persona, ni en su libre formación, ni en la libre manifestación del acto decidido y ya formado, de modo que al no afectar a esas dos formas de atributos de la voluntad, base de la libertad, tampoco a ésta afecta y, por ello, difícilmente puede entenderse que sea necesaria la autorización judicial de la colocación de esta pulsera.

Tampoco se precisa esta autorización judicial para el caso de una grabación de comunicaciones, pues con independencia de la intimidad de la propia solicitante, que no se ve afectada al solicitar ella la propia medida, tampoco afecta a la intimidad de

otro sujeto, cuyo acto pueda de algún modo ir dirigido contra la autorizante, ya que no se trata de una intervención ordinaria de comunicaciones, en la que sí que puede existir un bien jurídico, necesitado de protección penal –intimidad–, reconocido expresamente en el art. 18 de la Constitución, como bien jurídico a proteger penalmente, en diferentes delitos como en actos contra la intimidad, propia imagen e inviolabilidad del domicilio. No se trata ni si quiera de un caso, en el que existiendo varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación o al acto de intimidad, por cuanto que en este supuesto el consentimiento de uno de los interlocutores no justificaría el hecho, sino que posiblemente daría lugar a una coautoría o participación punible del interviniente en una conversación entre varios sujetos libremente aceptada entre todos ellos, en el que uno de los mismos, ajeno a la intervención de la comunicación, no consiente, lógicamente, la grabación. No es éste el supuesto debatido, en el que por el contrario se trata simplemente de una medida cautelar protectora de una persona frente a la posible actitud de otra, cuestión totalmente distinta a la expuesta.

Debe de tenerse en cuenta que el derecho al secreto de las comunicaciones, no alcanza a aquél con el que se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarle lo que ha considerado oportuno –incluso una actitud contraria al mismo–, sino que se refiere al tercero que, ajeno a la conversación, la intercepta de cualquier modo que es lo que constituye la conducta delictiva, penalmente relevante. El secreto o intimidad no puede referirse a hechos, como en el presente, en que un ciudadano –ciudadana– puede obtener una fuente de prueba respecto de un delito grabando la conversación con otro sujeto que le pueda amenazar, extorsionar o de alguna manera perturbar su tranquilidad. Si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tiene conocimiento (arts. 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ha de considerarse legítimo el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizando respecto del sujeto a quien desea sorprender en su ilícito comportamiento –salvo el caso de delito provocado– siempre que este medio sea constitucionalmente permitido y no integre, a su vez, una infracción criminal (sen-

tencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994, 3 de mayo de 1995 y 22 de marzo de 1998, en este sentido). En definitiva, conforme a esta doctrina jurisprudencial no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio delincuente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el art. 18 de la Constitución no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos o intenciones que un ciudadano comunica a otro.

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, así en su STC 114/84, de 29 de noviembre, con arreglo a la cual no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber de secreto.

Del mismo modo se entiende por esta Sala que tampoco resulta necesaria la autorización respecto de la entrada en el domicilio-morada de la solicitante, aun cuando en ella también tenga su morada la persona respecto de la cual se ha interesado la medida de protección o de garantía. Por supuesto que el Código Penal recoge en su art. 202 el delito de allanamiento de morada de persona física y en el siguiente el de domicilio de persona jurídica pública o privada, sin embargo la existencia de este tipo de infracción penal no supone que en el presente caso sea necesaria la autorización judicial, pues aun cuando fuese necesaria la presencia de la fuerza pública en el domicilio de la interesada tal presencia estaría plenamente justificada, y no vulneraría el bien jurídico protegido de este delito, en el que desde luego el derecho a la intimidad constituye el bien o elemento común a estas infracciones penales. Debe tenerse en cuenta que aunque en el Código Penal vigente, y a diferencia de lo que

ocurría en el Código Penal anterior (art. 491), no se prevé una regulación específica del estado de necesidad en este delito concreto, este estado puede funcionar como causa de justificación genérica al amparo del art. 20.5 del Código Penal: el entrar en morada ajena para evitar un mal grave, asimismo, a los moradores o a un tercero, o hacerlo para prestar algún servicio humanitario o a la Justicia. Sobre todo teniendo en cuenta que la entrada en el domicilio sería la única forma adecuada de solucionar el conflicto creado, de modo que, primaría la finalidad de la acción sobre una ponderación de intereses en conflicto, ya que la entrada o permanencia en la morada o domicilio ajeno, constituiría la única forma de solucionar la situación creada, por ello no se produciría ninguna vulneración del derecho a la intimidad penalmente relevante, pues tal acción estaría amparada por un estado de necesidad y resultaría plenamente justificada.

La concurrencia de una causa de justificación –en particular, el estado de necesidad– es suficiente para considerar autorizada *ipso iure* la entrada en el domicilio ajeno, sin que pueda considerarse vulnerado el derecho a la inviolabilidad del mismo.

Esta tesis tiene apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional. La sentencia 22/84, de 17 de febrero declaró que las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad, constituyen uno de los límites a la inviolabilidad del domicilio. También el Tribunal Supremo ha admitido causas de justificación entre las excepciones a la inviolabilidad del domicilio (Vid. SSTS 16-7-93, 19-1-93 y 22-10-93).

Es evidente, aunque la Constitución no lo mencione, que la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (como la protección de cualquier otro derecho fundamental) está sometida, en caso de colisión o conflicto de intereses, al régimen general, de tal manera que ésta habrá de ceder siempre en beneficio de la protección de un interés superior. Así, p e., el derecho se podrá vulnerar para salvaguardar la vida, y ello, incluso, con independencia de que exista una situación de flagrancia delictiva, pues para apreciar el estado de necesidad como causa de justificación basta que sea necesaria la

entrada en el domicilio para proteger un bien jurídico superior al propio de la inviolabilidad del domicilio.

La entrada en un domicilio ajeno debe también considerarse autorizada, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1° del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual es susceptible la entrada en un domicilio ajeno en los supuestos de flagrancia delictiva para evitar la consumación del delito o, incluso, para evitar la fuga del culpable. Esta excepción legalmente prevista de la flagrancia a la inviolabilidad del domicilio hay que interpretarla en el contexto del conflicto de intereses. La razón no puede ser otra que la de permitir la injerencia en aquellos casos, en los que aún se está a tiempo de evitar la lesión de un bien jurídico, o su puesta en peligro cuando la lesión aún no se ha consumado. Incluso se admite la injerencia, una vez consumada la infracción, para la sola finalidad de impedir el agotamiento del delito y lograr la captura del delincuente. La razón de esta excepción, en conclusión, es la de evitar la consumación de aquellos delitos que son descubiertos, mientras se están cometiendo, dando así protección a la víctima y logrando la detención de aquél, que es sorprendido durante la comisión del delito.

Según doctrina del Tribunal Constitucional la flagrancia delictiva permite la injerencia de los agentes policiales en el ámbito del derecho fundamental, porque de otro modo podría devenir imposible el cumplimiento de los fines que constitucional y legalmente les corresponde desempeñar (Vid STC 94/96 de 28 de mayo).

Por ello, en definitiva, no resulta preciso autorizar judicialmente la colocación de pulseras, como ha resuelto acertadamente el Juzgador de instancia en sus respectivas resoluciones.

Por lo tanto, y con independencia, como también señala el Instructor en sus resoluciones, de que se dé cuenta de la adopción de la medida, así como de cualquier acontecimiento que se pueda poner de manifiesto a consecuencia de la misma, e incluso de la posibilidad que el Instructor tiene de adoptar cualquier tipo de medida cautelar personal o real en el procedimiento penal que tramite, conforme a los arts. 259 y siguientes y 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si así lo entiende pertinente, por concurrir los requisitos necesarios para la

medida cautelar personal o real a acordar, debe resolverse el presente recurso de queja en el sentido de mantener las resoluciones impugnadas, cuya fundamentación se admite y da por reproducida en la presente, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

En definitiva, y como se señala en la segunda de estas dos resoluciones, acordada por el Juzgado de Instrucción la medida de alejamiento del imputado respecto de la denunciante y de sus hijos, al amparo de lo dispuesto en el art. 544 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde a la oficina de Atención a la Víctima, entidad que dispone de las pulseras, acordar su atribución –su colocación– al ser esta una cuestión de su competencia, sin perjuicio, de que pueda poner en conocimiento del Juzgado tanto su colocación como las circunstancias o acontecimientos que de ella deriven".

Como indica la profesora de Derecho Constitucional D.^a Teresa FREIXES (14) este instrumento de control (homelink) llevado por la víctima incide en la revictimización, sin embargo es un instrumento que usado por la persona agresora permite a su vez, compatibilizar la situación de *libertad controlada* con la necesaria seguridad con la que tiene que contar la persona agredida.

En el supuesto que el imputado tuviera que llevar el brazalete, se podría articular de tal forma que al acercarse a una determinada distancia de la víctima se activara el mecanismo (como la alarma de un vehículo), desactivándose cuando de nuevo estuviera en la distancia permitida.

Debería estar prevista expresamente en la Ley la medida cautelar de que el inculpado pudiera optar por llevar el mecanismo como alternativa de otra medida cautelar. Legislar en este sentido, teniendo en cuenta los derechos fundamentales afectados, (libertad personal e intimidad) significaría una garantía altamente efectiva para asegurar el derecho a la vida, la libertad y seguridad de muchas de las víctimas de violencia de género que hoy no cuen-

(14) *Las Normas de Prevención de la Violencia de Género, Reflexiones en torno al Marco Internacional y Europeo, art. 14, n.º 6 de 2001, IAM.*

tan con los instrumentos de protección que les aseguren el respeto de sus derechos.

A pesar de que la Subcomisión encargada de formular medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la violencia de género (15) consideraba que había que regular el uso de las nuevas tecnologías para proteger a la víctima y mantener el seguimiento sobre el maltratador; en especial la utilización del "botón de ayuda inmediata" o telealarma y la utilización de las pulseras de seguimiento vía satélite; a pesar que recomendaba textualmente *"se hace necesaria la previsión normativa de su uso como instrumento de control de la ejecución de las penas o medidas cautelares (localización, alejamiento de determinados lugares) impuestas sobre el maltratador, conciliando el principio de proporcionalidad con la seguridad y protección de la víctima"*, nada se ha legislado al respecto.

V. LEY 19/1994 DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS

La mayoría de los Estados miembros de la UE tienen legislaciones dirigidas a proteger a los testigos y peritos que pudieran retraerse de colaborar por hallarse bajo grave riesgo, prestando su colaboración al Estado en causas relativas al crimen organizado. El sentido finalista de estas leyes es la evitación de la impunidad de estos delitos, lo que permite hacer extensivas estas medidas a las víctimas de violencia de género que se hallen en determinadas circunstancias como las referidas anteriormente.

Las víctimas de tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual, cuando denuncian a los traficantes se arriesgan a una doble victimización, por una parte al ser inmigrante no legal, probablemente será expulsada o deportada del país, y por otra, su vida y/o su integridad está amenazada por la propia red de traficantes.

(15) *Boletín Oficial de las Cortes Generales* número 511 de 25 de marzo de 2003, pág. 4.

Durante toda la tramitación judicial del proceso penal (juicio de faltas, PA, Sumario, etc.) o de familia, que tenga su causa en la violencia de género, (separación, divorcio, alimentos de los hijos etc.), debe mantenerse en secreto toda la información relativa a la residencia y/o centro de trabajo de la víctima y cualquier otro dato que pueda servir para su localización, cuando ésta se haya visto obligada a abandonar el hogar.

Las personas víctimas de violencia doméstica, que han tenido que abandonar el hogar, refugiándose en el domicilio de un familiar u otro, por temor a nuevas agresiones, para su seguridad procuran que el maltratador no tenga conocimiento del nuevo domicilio, para lo que como medida precautoria y de protección, no debe constar, ni en la denuncia ni en las actuaciones judiciales, el nuevo domicilio de la víctima.

La finalidad de las casas de acogida es ser un refugio para las víctimas de violencia familiar, y, si bien su localización es conocida por los distintos operadores intervinientes (trabajadores sociales, personal sanitario, policía, juzgados, etc.), la naturaleza de las propias casas de acogida obliga a guardar el secreto del lugar donde están ubicadas. La seguridad de todas las personas acogidas requiere que en cualquier procedimiento judicial penal o civil (separación o divorcio, manutención de hijos comunes etc.) en el que sean parte, una persona acogida por una parte y el agresor por otra se mantengan en secreto los datos que permitan la localización de la casa de acogida.

La Ley española de protección de testigos y peritos en causas criminales (LO núm. 19/1994 de 23 de diciembre), está siendo aplicada cuando la víctima de violencia familiar está amenazada y reside en una casa de acogida y también en los supuestos en los que las víctimas de tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual denuncian a la red de tráfico.

Esta Ley establece que cuando la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo (o perito), su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, sus ascendientes, descendientes o hermanos, podrá acordar las medidas necesarias para

preservar la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo del testigo.

El juez instructor debe acordar:

— Que no consten en las diligencias que se practiquen el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión ni cualquier otro dato que pueda servir para la localización de la testigo.

— Que se fije como domicilio a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial, el cual las hará llegar reservadamente a la destinataria (testigo).

— Que para la práctica de una diligencia de prueba, no se convoque a la víctima el mismo día que al imputado, y en todo caso se garantice la protección policial de la persona protegida tanto en los trayectos como en las oficinas judiciales o, en su caso, donde tengan que llevarse a cabo las diligencias de prueba.

El Consejo General del Poder Judicial en su informe "La problemática jurídica de la violencia doméstica" tiene entre sus recomendaciones la aplicación de esta Ley a los supuestos de violencia familiar.

La Jurisprudencia indica que no es preciso que se investigue un delito grave para la aplicación de las medidas previstas en la Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos, en este sentido el Auto de 11 de marzo de 1998 de la AP Lleida, sec. 1.^a, núm. 101/1998, Rec. 15/1997 indica en su FJ.

Único.—Impugna el recurrente la decisión judicial de declarar testigo protegido a determinada persona interviniente en las presentes diligencias previas. Dicha decisión judicial se llevó a cabo en base a lo que permite el art. 1.2 de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre de 1994, que autoriza al Instructor a adoptar las medidas de protección que la norma establece en favor de testigos y peritos cuando aprecie "racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella". En el caso que nos ocupa, y a tenor del infor-

me judicial, el testigo de un hecho relacionado con la comisión de un posible delito de contrabando, alega dedicarse a una actividad de transporte en las comarcas limítrofes con el Principado de Andorra en las que usualmente ejercen dicha actividad los contrabandistas, y temer por ello represalias. El recurrente en queja denuncia diversas vulneraciones de derechos constitucionales por haberse hecho uso de dicha facultad legal para la persecución de un delito formal y de ínfima gravedad cual el delito de contrabando de tabaco por valor de dos millones de pesetas. Mas es lo cierto que las medidas de protección de testigos, encaminadas a que la obligación cívica de denunciar o de testificar no se vea gravada con el temor a represalias por parte de los interesados en que el testimonio no llegue a producirse para eludir con ello la acción de la justicia, no ven restringida su adopción ni constitucional ni legalmente a los supuestos de persecución de delitos graves, tal vez porque su fundamento no está tanto en facilitar la persecución de los delitos sino en la protección de la Administración de Justicia y en suma de la eficacia del Estado de Derecho, que se ve gravemente en cuestión cuando los delitos son silenciados o encubiertos por el temor que suscitan sus responsables a la población y los poderes públicos no pueden garantizar la protección de quienes se ven coaccionados por el cumplimiento de sus deberes ciudadanos. Y no cabe, contra lo indicado por el recurrente, minimizar los posibles riesgos, (...). A mayor abundamiento y de forma diversa a otras restricciones de derechos fundamentales encaminadas a la persecución de delitos, no se ocasiona lesión irreparable de los mismos, habida cuenta de que la propia Ley cuida de establecer en su art. 4 los medios encaminados a la identificación de los testigos protegidos a efectos de eficacia de los principios procesales de contradicción y defensa, con lo que no se produce ninguna de las vulneraciones denunciadas. Por ello el recurso deberá ser desestimado.

En todos los supuestos de violencia de género, en los que la víctima no quiere que el denunciado y/o imputado la pueda localizar, deberían adoptarse las medidas previstas en esta ley en atención al bien jurídico protegido.

VI. LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA

Estadísticamente en mas del 50% de casos en los que la mujer sufre violencia física, los menores que conviven en el hogar también son víctimas de este tipo de violencia y siempre lo son de violencia psíquica.

Si bien los menores pueden padecer los mismos tipos de violencia que se han señalado, ésta tiene características específicas por las relaciones de dependencia en todos los ordenes, de confianza, de encontrarse en un proceso de formación de su personalidad, lo que conlleva la dificultad de identificar el comportamiento del agresor como violento.

En los supuestos de violencia sexual contra menores las características anteriores se agravan por la absoluta prevalencia del agresor, por el sigilo con que se produce la misma y por el desconocimiento de los menores frente al hecho de la sexualidad. La falta de conocimiento empírico que se deriva de la corta experiencia de vida les hace más vulnerables frente a los agresores en quienes tienen depositada su confianza.

Los menores maltratados víctimas de violencia configuran una personalidad con ciertas patologías que, de continuar en esta situación, tendrá consecuencias que dificultarán sus relaciones, personales, sexuales y sociales para toda su vida.

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 en su art. 39 indica:

"Los Estados Parte adoptarán las medidas apropiadas para promover la recuperación física psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o conflictos armados. Esta recuperación se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

La LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en su art. 17 establece que en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requiera la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que a su vez modifica algún art. Del Código Civil, entre otros el art. 158 según el siguiente tenor:

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

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

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

3.º En general las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

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

La Ley Orgánica 9/2002 reguladora del secuestro parental ha modificado el apartado 3.º del art. 158 CC que queda redactado en los siguientes términos:

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

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

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

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

El actual número 3.º del art. 158 pasa a ser número 4.º, manteniendo la misma redacción.

La Sala 2.^a del TS en Sentencia de 26 de febrero de 2002 (en la que se absuelve a una Magistrada del delito de prevaricación por haber acordado que contra el Auto que resolvía un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria cabía recurso de apelación, acordando el efecto devolutivo y suspensivo) en su FJ 2.º considera que los Jueces pueden adoptar *cualquier medida* dirigida a la protección de los menores, en este sentido indica:

"(...) Por su parte, los apartados segundo y tercero del art. 158 del Código Civil disponen que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la guarda y en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. El párrafo último de este último precepto dispone que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La Magistrada sustituta acusada ha considerado, con base en los dos artículos que se acaban de dejar mencionados, atendiendo que los cónyuges estaban separados y que la hija convivía con la madre, que era más favorable para los intereses de la hija menor de edad que la resolución que atribuía al padre la decisión de elegir colegio fuera susceptible de recurso de apelación en ambos efectos y que, en su caso, fuera la Audiencia la que definitivamente resolviera la cuestión.

Podrá discutirse lo acertado o no de esa decisión y si encaja correctamente en las atribuciones que el art. 158 atribuye al Juez que, como en este caso, resuelve en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre la petición de un progenitor que

disiente del criterio o decisión de la madre sobre el colegio al que debe ir el hijo, pero ello, en modo alguno, puede ser considerado una resolución que hubiese sido dictada a sabiendas de su injusticia y ni siquiera que pueda afirmarse que por imprudencia o negligencia inexcusable hubiese dictado una resolución manifiestamente injusta.

Fundado en lo anterior es factible que el Juzgado de Instrucción acuerde además del alejamiento, la guarda del menor, alimentos para subvenir sus necesidades y la suspensión temporal del régimen de visitas y comunicación entre el agresor y sus hijos.

Un ejemplo de ello es el Auto de fecha 30 de agosto de 2001, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Manacor, que combinando el art. 544-Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 158 del Código Civil establece en su Razonamiento Jurídico:

Único.—En atención a lo dispuesto en el art. 158 del Código Civil: "El Juez de oficio o a instancias del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictara: ...3. En general las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria".

En consideración a lo establecido en el mencionado artículo, junto con la constancia de perjuicio que toda esta situación está causando a la menor al impedirle desarrollar una vida ordenada que le facilite el desarrollo de su personalidad de forma sana, y atendiendo por último a la alarma social que el presente caso ha causado en la opinión pública local y al tener conocimiento en este Juzgado de que este episodio (16) no ha sido un caso aislado en la ejecución del régimen de visitas adoptado en su momento, es por lo que procede declarar la suspensión del régimen de visitas otorgado en el procedimiento de Menor Cuantía n.º 00/00 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1, así como el aleja-

(16) El padre sustrajo a la hija y estuvieron en domicilio desconocido durante más de 30 días.

miento del imputado XX tanto de la menor como de los abuelos maternos de la misma a una distancia de 200 metros, hasta que la situación sea resuelta por el procedimiento que corresponde, que no es otro que el Menor Cuantía 00/00 llevado por el Juzgado n.º 1 de Manacor. Poniendo en conocimiento de la Policía Local de Manacor, Policía Nacional y Guardia Civil la resolución adoptada a efecto de prevención si esto fuera necesario.

Es de reseñar la importancia de suspender el régimen de visitas entre el maltratador y los menores. D. Miguel LORENTE explica las razones para la suspensión temporal del régimen de visitas en su libro *Mi marido me pega lo normal* y señala:

El Principio del Interés de los menores falla cuando no se suspende temporalmente la comunicación entre el agresor y los menores, salvo que el progenitor agresor, demuestre que la comunicación con los menores es buena para éstos.

La suspensión del régimen de visitas de los menores respecto al progenitor agresor debería acordarse en las Medidas Previas de separación, dado que:

a) Los menores necesitan recuperarse psicológicamente del maltrato sufrido, lo que no será posible si no hay un distanciamiento del agresor.

b) Por estar en periodo de desarrollo y formación de conciencia, los menores no pueden discernir la anormalidad del comportamiento violento del progenitor.

c) Los patrones y valores culturales se interiorizan en el periodo del desarrollo, el mecanismo con que la violencia se perpetua es en el aprendizaje de los modelos paternos y maternos, de tal forma que los niños mimetizan el comportamiento del padre y las niñas el comportamiento de la madre, afectando ello de un modo cualitativo su comportamiento de adultos.

El art. 94 del Código Civil establece cómo el juez puede suspender el régimen de comunicación de los hijos respecto al padre

no custodio cuando se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen.

La Ley 14/99 introduce respecto a los menores una serie de medidas procesales tendentes a aminorar la victimización secundaria, en este sentido incorpora a la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*:

Se añade al art. 448 un último párrafo, redactado de la forma siguiente:

"Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpa-do, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba."

Se añade un segundo párrafo al art. 455, con el siguiente contenido:

"No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial."

Se añade un segundo párrafo al art. 707, con el siguiente contenido:

"Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución moti-vada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evi-tando la confrontación visual con el inculpa-do, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba."

Se añade un segundo párrafo al art. 713, con el siguiente contenido:

"No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible

y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial."

Al *Código Penal* y respecto a la prescripción de los delitos en los que los menores son víctimas. Se añade al apartado 1 del art. 132, a continuación de su texto vigente, el siguiente inciso:

"En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento."

Son significativas las Sentencias de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 26 de enero del 2000 y 27 de enero del 2001 que por su aplicabilidad se transcriben algunos fundamentos Jurídicos.

Sent TSS 2.^a 26.06.00 que resuelve un Recurso de casación respecto a una condena por parricidio y asesinato, siendo testigo del mismo el menor e hijo del acusado y fallecida, en su FJ 2.º Indica:

"En el motivo 1.º, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se alega violación del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión y del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE por haber sido rechazada por el Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado la pericial psicológica a realizar sobre la persona del mencionado menor como prueba anticipada que habría de versar sobre los extremos siguientes:

"1. Si atendiendo a la personalidad y madurez cronológica del explorado, a juicio de los Peritos su memoria histórica reproduce fielmente hechos verdadera y realmente acaecidos, perfectamente individualizados en el tiempo y en el espacio, o si por el contrario el explorado ofrece inclinación o predisposición a una elaboración fantásica de hechos vivenciados y no vivenciados, bien por propia iniciativa, bien por la incidencia en su

recuerdo de elementos ajenos, como pueden ser cuentos infantiles, imágenes televisivas, influencias de otras personas, etc.

2. Si el estudio y valoración del testimonio prestado por el menor Pablo en sede judicial, unido al estudio y valoración de las pruebas y exploraciones efectuados directa y personalmente por los Sres. Peritos, permiten concluir sin reservas que el testimonio del mismo referido al día de autos (madrugada del 13 de abril de 1996) narra objetivamente un hecho histórico cierto y no confundido, con otros hechos de apariencia análoga o similar, anteriores o posteriores a dicho día.

3. Desde la Psicología qué explicación podían dar los Sres. Peritos al hecho de que el testimonio del menor Pablo sobre la noche de autos no se haya conocido hasta aproximadamente dieciséis meses después del hecho, para manifestarse transcurrido tanto tiempo.” El rechazo de esa prueba se hizo por auto de 13 de julio de 1998 (folios 102 a 104), fue recurrido en apelación y ahora es sometido al presente recurso.

Al respecto hemos de hacer las consideraciones siguientes: 1.^a Ante todo hay que decir que, en principio, la mencionada prueba era pertinente por referirse a una cuestión importante en el proceso como lo era la credibilidad del testigo Pablo, en correlación con la indudable importancia que este testimonio ha tenido a lo largo del proceso y finalmente en la condena del acusado. Es correcto proponer prueba psicológica sobre los rasgos de la personalidad de un determinado testigo, pues ello puede servir de ayuda al órgano judicial a la hora de realizar una tarea, a veces tan complicada, como lo es precisar si una persona ha de ser o no creída en cuanto al contenido de las declaraciones que presta en un proceso, máxime cuando, como ocurrió en el caso presente, se trata de un testigo que tenía cuatro años cuando ocurrieron los hechos y que había sufrido un fuerte impacto por la muerte de su madre y de una hermana en el sangriento episodio que originó este procedimiento.

Si a lo antes expuesto unimos el derecho que tienen las partes a proponer sus propios peritos para la práctica de las correspondientes pruebas en el acto del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el art. 656 LECrim, parece que no tendría que haber obstáculo para que esa prueba, correctamente propuesta en la forma y pertinente en el fondo, se hubiera practicado, primero

como anticipada para que los peritos tuvieran posibilidad de examinar al menor y luego en el acto del juicio oral para que ante el Tribunal de Jurado pudiera contestar a cuanto le fuera preguntado.

2.^a *Sin embargo, hay una razón, decisiva en el caso, que impedía la práctica de esta prueba y que ya fue puesta de manifiesto en el mencionado auto del Magistrado Presidente y luego en la sentencia de apelación (Fundamento de Derecho 2.º), como no podía ser de otro modo: los perjuicios psicológicos a que necesariamente tenía que ser sometido por los nuevos peritos designados por la defensa, perjuicio que cualquier persona puede comprender por la situación crítica en que Pablo se encontraba ante el desgraciado suceso que privó de la vida a su madre y a su hermana y que de manera pormenorizada pone de manifiesto el informe aportado por la acusación particular que defendía los intereses de los abuelos maternos de dicho menor en el trámite de impugnación expresamente previsto para este procedimiento ante el Jurado en el art. 36.1.e) de la LO 5/1995 (folios 61 y 62), informe emitido por un organismo oficial, la Unidad de Salud Mental del Centro Sanitario Condado de Huelva, dependiente del Servicio Andaluz de Salud, que en esas fechas trataba a dicho Pablo a petición de los mencionados abuelos en calidad de tutores temporales.*

No es necesario expresar aquí las numerosas normas jurídicas que, acordes con la especial sensibilidad en estos temas de la sociedad en que vivimos, tienen por objeto la defensa de los intereses de los niños en múltiples aspectos, desde nuestra Constitución a diversas disposiciones internas de rango inferior e incluso de carácter internacional por los Convenios que España tiene ratificados en esta materia.

Lo importante es constatar, ahora, que en esa contraposición de intereses entre la necesidad de defender al menor de los perjuicios que habrían de derivarse para él por su sometimiento a un nuevo examen por personas diferentes a aquellos psicólogos que le venían tratando (los dos peritos propuestos por la defensa) y la realización de la prueba pericial concreta aquí examinada como medio de defensa del acusado, *ha de prevalecer la defensa del menor*, máxime en este caso en que lo pretendido por la mencionada prueba rechazada podía conseguirse, y de

hecho se consiguió, sin acudir a nuevos exámenes por medio de peritos diferentes a los que ya venían actuando: aparte de las declaraciones como testigos de dos profesores del colegio al que Pablo había asistido, Estrella y Miguel (testigos números 34 y 35), en el acto del juicio oral declararon como peritos, las doctoras M.^a Félix y Teresa que contestaron a cuantas cuestiones les sometieron las partes, en particular la defensa del acusado, que tenían relación con la personalidad de Pablo y su fiabilidad como testigo. Estimamos que el derecho de defensa de la parte que ahora recurre quedó satisfecho con el interrogatorio a que fueron sometidas las mencionadas doctoras que ya habían examinado al menor y emitido el correspondiente informe en el periodo de instrucción. Y ello sin que fuera necesario un nuevo examen por personas diferentes, que es lo que de modo justificado se trataba de evitar con la inadmisión del medio de prueba ahora discutido.

3.º Por último, hay que añadir aquí que consideramos correcto el auto referido del Magistrado Presidente (folios 102 a 104) en cuanto que (razonamiento jurídico 2) admite el informe de la Unidad de Salud Mental antes referido que tenía por objeto fundamentar la impugnación hecha por las acusaciones particulares en relación con la pericial psicológica objeto de este motivo 1.º Como ya se ha dicho se aportó en el trámite del art. 36.1 e) de la LO 5/1995 que permite impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer nuevas pruebas, con traslado a las demás partes. Conviene decir que tal informe, por su contenido, nada sustancial añade al proceso y tuvo por objeto únicamente poner de relieve la inconveniencia de admitir la prueba que aquí se discute.

Sent. TSS.^a 2.^a de fecha 27.01.01, Fundamento Jurídico Tercero:

"El motivo quinto se formula alegando infracción de Ley y al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretando que se ha producido indefensión real y efectiva al acusado al denegársele un proceso con todas las garantías, como establece el art. 24.2 de la Constitución, y que todo ello se produjo en el presente caso por haberse autorizado que la

menor declarara tras una mampara lo que, en opinión del recurrente, no era preciso para preservar la identidad de la joven, pues siendo padre e hija ya se conocían.

El último párrafo del art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite evitar la confrontación visual de testigo e inculpado, cuando el primero sea menor de edad, ante lo que el juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del testigo puede acceder acordándola en resolución motivada y previo informe fiscal. Esta disposición ha sido añadida por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio y ya estaba, por tanto vigente cuando se celebró la vista oral del presente caso en noviembre de ese año 1999. El tribunal no acordó en resolución motivada que la testigo menor que iba a declarar lo hiciera, tras una mampara, pero sí consultó antes a un médico que no vio inconveniente a que así se hiciera tras petición para ello de la menor. Es comprensible la posición de esta testigo, de más de diecisiete años ya cuando declaraba, sobre hechos que la avergonzaban realizados cuando tenía tres o cuatro años menos. Al declarar sabía que su padre estaba en la Sala y fue, naturalmente, escuchada por él y por su letrado defensor, así como por los componentes del tribunal, y el letrado defensor interrogó cuanto quiso a la testigo. No logra concretarse en el motivo el porqué y el cómo de la indefensión que se alega, y por tanto, la razón de que la forma de practicar el interrogatorio de la testigo constituyó para el acusado una denegación del proceso debido, pues nada se incluye en los tratados sobre Derechos civiles y políticos de 1966 y Europeo para protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de los que España es parte cuando se refiere al derecho del acusado a estar presente en el juicio y a interrogar o hacer interrogar a los testigos, que impida la forma de interrogar en el presente caso adoptada con respecto a una testigo menor".

No hace falta, por argumentación reiterada, repetir que el interés del menor víctima de los delitos tiene que ser tratado como lo que es, un menor, y por tanto, igual que se da un tratamiento especial para las declaraciones de personas extranjeras o sordomudas (art. 398, 440 a 442 de la LECrim) autoridades y miembros del

gobierno que pueden declarar por escrito (art. 412 de la LECrim), la reforma procesal era imprescindible.

VII. LA CREDIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Cuando la mujer acude a los Tribunales, *confía en que se otorgue credibilidad a su declaración*, la desconfianza del sistema judicial hacia la mujer que denuncia al marido o compañero impide que se le preste la debida atención a su denuncia, se inicien los procedimientos penales adecuados y en general que se activen los mecanismos previstos en la Ley para hacer efectivo el cese de la violencia.

La violencia familiar supone una de las más severas situaciones de temor permanente en las personas que la sufren, tiene lugar en el contexto del hogar, donde no suele haber testigos hábiles y en la mayoría de los casos las víctimas procuran mantener el sigilo sobre los malos tratos que le son infligidos, hasta que toman la decisión de denunciar; todo ello repercute negativamente en el momento de acreditar la violencia sufrida.

La declaración única de la víctima ha sido aceptada en innumerables sentencias donde por las circunstancias del delito hay imposibilidad de que otros testigos hábiles hayan tenido conocimiento de los hechos. La Sentencia del TS referida anteriormente (29.04.97) que también se acompaña a esta ponencia, establece en su FJ 2.º:

En el caso actual la Sala dispuso como prueba directa de la comisión del delito de violación y la autoría del recurrente, del testimonio de la víctima, prestado en el juicio oral, con todas las garantías procesales y las ventajas que para su apreciación representan el respeto a los principios de oralidad, intermediación y contradicción. Ha reconocido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (STC 201/1989, 173/90 ó 229/91 o STS Sala 2.ª de 21 de enero, 18 de marzo o 25 de abril de 1988, y de 16 y 17 de enero de 1991, entre otras muchas), que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de

prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y también que son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (Sentencias de 19 y 23 de diciembre de 1991, 26 de mayo y 10 de diciembre de 1992, 10 de marzo de 1993, etc.), y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual, en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos, (Sentencias entre otras muchas, de 28 de enero y 15 de diciembre de 1995). Ciertamente que la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores, subjetivos y objetivos que concurren en la causa, ponderación que se ha realizado en el caso actual no limitándose la Sala sentenciadora a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino que la contrasta con los elementos probatorios concurrentes, para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonada y razonable, por lo que no cabe apreciar, en absoluto, que haya sido vulnerado el derecho constitucional invocado. El análisis minucioso y detallado de la prueba practicada (testifical y pericial) que se efectúa en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia impugnada es modélico y su lectura releva de mayores consideraciones.

Por otra parte concurren en el caso actual las notas necesarias en el testimonio de la víctima para dotarlo de plena credibilidad como prueba de cargo, conforme a la doctrina de esta Sala expresada, entre otras, en las sentencias de 5 de abril, 26 de mayo y 5 de junio de 1992 y en la de 12 de febrero de 1996, como son:

- 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado-víctima, que pudieran conducir a la deducción de la concurrencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba, pues la Sala sentenciadora descarta expresamente que "las declaraciones de María Isabel sean fruto del resentimiento o la venganza, la fabulación o cualquier otro motivo espurio", razonando debidamente su convicción.

2) Verosimilitud, dado que el testimonio –con mayor razón al tratarse de un perjudicado– debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva, lo cual concurre también en el presente caso en el que la Sala sentenciadora valora expresamente la concurrencia de datos periféricos (rasguños en el abdomen que ratifican el testimonio sobre la utilización de un cuchillo, contractura paravertebral izquierda, compatible con una violación anal cometida empleando fuerza, etc. que refuerzan la credibilidad de la declaración de la víctima).

3) Persistencia de la incriminación, que es prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones, calificada por el Tribunal de "relato verosímil, reiterado y sin fisuras ni contradicciones" manteniendo la víctima una misma versión a lo largo de toda la causa.

En consecuencia cabe estimar que la Sala sentenciadora ha dispuesto de una prueba de cargo suficiente y regularmente practicada y la ha valorado razonablemente en su resolución condenatoria. La presunción constitucional de inocencia no ha sido vulnerada y el motivo de recurso debe ser desestimado.

También es significativa la sentencia de la Sala 2.^a del TS de 26 de junio del 2000 con referencia a la credibilidad de la víctima, cuyos fundamentos se exponen en el apartado referido a los menores.

La Sentencia del TS de 27.01.01 cuyo objeto de debate era el recurso de casación de condena por agresión sexual a una menor, en su FJ 6.º indica:

Sexto.—Por infracción de Ley y al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se introduce el octavo motivo del recurso que denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución, infringido por falta de prueba de cargo suficiente, ya que no se ha dicho por el tribunal de instancia en su sentencia que diera credibilidad a las manifestaciones de la testigo de cargo, sino que no había razón alguna para negar la credibilidad de la misma, lo que, tras

haberse negado al acusado al obtener tal declaración, se le privó al derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo nada nuevo se puede acumular a lo ya dicho en sus anteriores motivos para poder afirmar ahora que el derecho a ser presumido inocente del acusado haya sido conculcado, porque ya se ha dicho anteriormente que *la forma de declarar la testigo de cargo, menor, no puede entenderse violación del derecho* del acusado a un juicio con todas las garantías y la expresión utilizada por el tribunal en su sentencia de entender que no había razones para negar la credibilidad de la testigo no puede interpretarse más que como que el juzgador afirma la credibilidad de lo dicho por la menor y, en conclusión, que lo acoge para establecer los hechos probados.

La función de esta Sala de casación, cuando en un recurso de tal clase se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia, consiste en verificar que el tribunal de instancia contó con suficiente prueba de cargo para dictar una sentencia condenatoria, que tal prueba se ha obtenido sin violar derechos ni libertades fundamentales y en adecuadas condiciones de publicidad, inmediatez y real contradicción y que la prueba así obtenida ha sido acogida por el tribunal juzgador con razonamientos lógicos y concordes con la experiencia expresados en la preceptiva motivación de la sentencia. Por tanto, si la prueba testifical que se señala en la sentencia fue obtenida, como ya se ha afirmado, sin violar derecho fundamental alguno del acusado y si la expresión de los razonamientos utilizados por la sentencia es concorde con criterios de lógica y experiencia, como en este caso ocurre, es palmario que el motivo ha de decaer.

La profesora RUBIO señala (17):

"Es cierto que el Derecho civil desde finales de los años setenta ha rectificado las desigualdades explícitas entre cónyuges, pero al no ser consciente el legislador de este diferente status de autoridad lo ha mantenido creyendo que no era relevante.

(17) Obra citada, pág. 41.

Pero los términos jurídicos siempre son importantes y el hecho de no existir el término “marida” indica que no adquieren ambos la misma autoridad en el interior de la unidad familiar.

Además el marido potencial padre de familia, es el modelo del tráfico jurídico, el modelo humano paradigmático que sirve para establecer la buena fe, el cuidado y la atención de las cosas, en definitiva la racionalidad que está presente en el tráfico jurídico. Es decir con el status jurídico del marido se adquiere poder y autoridad social y jurídica."

La mujer que quiere interrumpir el ciclo de la violencia sólo podrá hacerlo si se otorga credibilidad a su declaración. La falta de reconocimiento de autoridad a la mujer y la sospecha de razones espúreas impide que se activen los recursos y medidas previstas en las leyes que acabarían con la situación estable de violencia.

ASPECTOS CIVILES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA:
COORDINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL
Y PENAL

José Luis Utrera Gutiérrez

Magistrado

Juez de Familia de Málaga

ASPECTOS CIVILES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: COORDINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. UNA HIPÓTESIS DE TRABAJO. II. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y PROCESOS DE RUPTURA/TRANSFORMACIÓN FAMILIAR: UN BINOMIO FRECUENTE. 1. Algunos datos. 2. La violencia familiar en su doble perspectiva penal y civil: una dualidad mal gestionada por la jurisdicción. 3. La respuesta de la Jurisdicción civil: prevención y mejora. III. LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR DESDE LA JURISDICCIÓN CIVIL/DE FAMILIA. 1. La crisis del proceso contencioso de separación/divorcio como instrumento pacificador de los conflictos familiares. 2. Los procesos consensuales como alternativa de mayor calidad. 3. Los Puntos de Encuentro Familiar. 4. Medidas de orden gubernativo. Especialización de Juzgados y reparto de asuntos. A) Especialización de los órganos jurisdiccionales que conocen de los asuntos de familia. B) Mejora de las normas de reparto. 5. La celeridad en la tramitación de los procesos de familia. IV. LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SU PROYECCIÓN EN EL PROCESO CIVIL. 1. Medidas provisionales previas. Art. 771 de la LEC. A) No exigencia del requisito de urgencia para la presentación/admisión del escrito de solicitud de medidas provisionales previas. B) Juzgado com-

petente. C) Las medidas inaudita parte del art. 771-2 de la LEC. a) Acreditación de las razones de urgencia. b) Posibilidad de interesarlas en el escrito de solicitud de medidas provisionales coetáneas. c) Posibilidad de solicitarlas en un momento posterior al escrito inicial. 2. Violencia familiar y modificación de medidas. 3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita y demoras que puede generar en los procesos de familia. 4. Violencia doméstica y parejas de hecho. A) Parejas de hecho con hijos menores. B) Parejas de hecho sin hijos menores. V. COORDINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. 1. Una disfunción clara del sistema judicial. 2. Posibles soluciones. 3. Un ejemplo práctico: el Protocolo de coordinación de jurisdicciones en materia de violencia doméstica aprobado por la Junta de Jueces de Málaga. A) Criterios relativos a asuntos con violencia doméstica. B) Criterios relativos a incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas fijado en un proceso de familia. VI. LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (LEY 27/2003 DE 31 DE JULIO): APUNTES DE URGENCIA. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. UNA HIPÓTESIS DE TRABAJO

Parece evidente que la hipótesis de trabajo de la que debe partir toda reflexión sobre los aspectos civiles de la violencia doméstica, familiar o de género, ha de ser si esta jurisdicción, y concretamente la que debe denominarse jurisdicción de familia, tiene algo que aportar en la erradicación o al menos disminución de este gravísimo problema social.

Si la repuesta a esa disyuntiva fuese negativa por considerarse que la intervención judicial en materia de violencia familiar debe

circunscribirse exclusivamente al ámbito penal, sobrarían reflexiones como las que nos ocupan.

Pero no parece que sea ésa la respuesta correcta a la hipótesis planteada. Tanto la propia estadística que demuestra la estrecha relación entre violencia familiar y procesos de ruptura/transformación familiar, como las disfunciones que se han detectado en la respuesta judicial a este tipo de violencia (falta de coordinación entre la jurisdicción civil y penal), ponen de manifiesto que la jurisdicción civil en su conjunto y más concretamente la que conoce de los procesos de familia, tienen mucho que aportar en la lucha contra este tipo de violencia.

Desgraciadamente las reflexiones doctrinales sobre cuál debe ser esa aportación y cómo debe articularse son escasas. La mayoría de ellas se limitan a análisis procesales sobre la incidencia de la violencia familiar en las normas de la LEC y del Código Civil, destacando en muchos casos la inoperatividad de la legislación civil para atajar el problema de la violencia doméstica, pero sin ofrecer demasiadas alternativas de mejora ni teóricas ni prácticas (1). Considero no obstante que sin olvidar esa perspectiva, debemos elevar la escala del mapa, analizando no sólo la respuesta jurídico-legal en el ámbito civil cuando se ha producido la situación de violencia familiar, sino también en qué medida esta jurisdicción puede contribuir preventivamente a evitar o al menos a disminuir "escenarios" que propician la aparición de la violencia familiar; igualmente debe completarse el enfoque estrictamente jurisdiccional con otras referencias a cuestiones gubernativas o de praxis judicial que mejorarían notablemente la respuesta judicial en este campo.

(1) SILLERO CROVETTO, Blanca, "Análisis legislativo y jurisprudencial de la violencia familiar en el ámbito civil", en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003, págs. 169-201.

DURÁN FEBRER, María, "¿La Jurisdicción Civil es una Alternativa para Combatir la Violencia Doméstica?", *Boletín de Información y Análisis Jurídico*, art. 14. Una perspectiva de género, n.º 7, septiembre de 2001, págs. 4 y ss.

II. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y PROCESOS DE RUPTURA/ TRANSFORMACIÓN FAMILIAR: UN BINOMIO FRECUENTE

1. *Algunos datos*

Como hemos apuntado al principio existe una clara relación, cuantitativamente hablando, entre la aparición de la violencia doméstica y los procesos de separación, divorcio o ruptura de parejas de hecho, pudiendo afirmarse que un gran número de episodios de violencia se producen en el "entorno" de estos procesos civiles, bien en los momentos previos a su inicio, bien durante su tramitación o incluso durante su ejecución.

Así el Servicio de Defensa Legal del Instituto Andaluz de la Mujer (2) cifraba en el año 2000 en un 48%, es decir casi la mitad, los casos en que la agresión se produjo en el momento de la ruptura de la pareja, calificando como uno de los momentos especialmente peligrosos para las mujeres el coincidente con el proceso de separación, divorcio o ruptura de la relación, no diferenciándose sociológicamente hablando en este punto la familia matrimonial de la constituida mediante una unión estable de pareja (3). Igualmente el Informe del CGPJ sobre fallecimientos por violencia doméstica en los años 2001 y 2002 señala que un 12% del total de las mujeres fallecidas se encontraban en una situación de crisis en su pareja (separadas o divorciadas, pareja de hecho rota y en trámite de separación).

2. *La violencia familiar en su doble perspectiva penal y civil: una dualidad mal gestionada por la jurisdicción*

La necesidad de que la jurisdicción penal y civil mejoren su respuesta conjunta ante los casos de violencia familiar ha sido puesta de manifiesto por distintas instancias.

(2) Análisis de los datos de la Memoria del Servicio de Defensa Legal para Malos Tratos. Instituto Andaluz de la Mujer. Octubre 2000.

(3) *La Violencia contra las Mujeres*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2000, pág. 35.

Concretamente el Consejo General del Poder Judicial haciéndose eco de esa necesidad en su Guía Práctica de Actuaciones sobre la violencia de género propone como uno de los aspectos a mejorar en los Juzgados la coordinación entre los jueces civiles y penales, especialmente en cuanto a las medidas cautelares en procesos de nulidad, separación y divorcio y en procesos penales por malos tratos.

Por su parte el Segundo Plan de Prevención de la Violencia Familiar hace hincapié en esa falta de coordinación entre los distintos Juzgados que intervienen en este tipo de asuntos como uno de los problemas a solucionar para erradicar la violencia familiar.

Igualmente el Defensor del Pueblo en informe ante el Senado sobre violencia de género pidió una mayor coordinación entre las jurisdicciones civiles y penales como forma de mejorar la protección de las víctimas de este tipo de delitos

Finalmente en las Primeras Jornadas de Jueces de Familia celebradas recientemente en el Consejo General del Poder Judicial (30 de junio y 1 y 2 de julio), se concluyó: "Se constatan importantes disfunciones de coordinación entre la jurisdicción civil y penal en materia de violencia familiar, siendo imprescindible que exista una comunicación plena entre ambas jurisdicciones, debiendo potenciarse el papel del Ministerio Fiscal en este punto".

3. La respuesta de la Jurisdicción civil: prevención y mejora

Por tanto y sentada la premisa de que sí hay una estrecha relación entre muchas de las situaciones de violencia familiar y los procesos civiles por los que va a canalizarse la ruptura o transformación de ese grupo familiar, debemos plantearnos qué puede hacerse desde la jurisdicción civil y más concretamente desde la de familia, para mejorar la respuesta judicial global al problema de la violencia familiar.

En este sentido y como ya apuntábamos en la introducción la respuesta desde la jurisdicción civil ha de abordarse tanto desde la prevención evitando en la mayor medida posible "escenarios" que

favorezcan la aparición de la violencia, como desde la mejora de los mecanismos jurisdiccionales de respuesta y de coordinación una vez producida la agresión.

III. LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR DESDE LA JURISDICCIÓN CIVIL/DE FAMILIA

La prevención de la violencia familiar desde la jurisdicción civil ha de partir de una premisa básica: una buena respuesta judicial en los procesos de familia evitaría muchas situaciones de violencia familiar. Cómo conseguir esa mejora en la "gestión" de este tipo de procesos, requeriría toda una radiografía de la jurisdicción de familia, pero existen ya puntos básicos en los que la mayoría de los profesionales que nos ocupamos de este campo del Derecho estamos de acuerdo y que seguidamente resumo.

1. *La crisis del proceso contencioso de separación/divorcio como instrumento pacificador de los conflictos familiares*

Es opinión unánime de quienes habitualmente trabajamos en asuntos de familia que el proceso clásico civil en su versión de proceso contencioso de familia, es un instrumento de escasa utilidad para conseguir lo que debe ser la finalidad última de toda intervención judicial en materia de familia, esto es conseguir la pacificación del conflicto familiar que subyace bajo el mismo (4). La naturaleza personalísima de las relaciones jurídicas sobre las que se opera (que ponen en cuestión frecuentemente el decisionismo judi-

(4) En las primeras Jornadas de Jueces de Familia (CGPJ 31 de junio, 1 y 2 de julio) se aprobaba entre otras como conclusión "Se propugna un cambio cultural en los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de familia (jueces y abogados) con el fin de impulsar el proceso de familia como instrumento pacificador de los conflictos familiares y superar concepciones culpabilísticas que agravan esos conflictos. En ese sentido se propone la modificación del art. 82 del código Civil".

cial que sustenta el proceso), la presencia de terceros (menores) que sin ser parte en sentido procesal estricto se ven muy directamente afectados por las resultas del proceso, el carácter dinámico y evolutivo del conflicto familiar o los numerosos aspectos no jurídicos de este tipo de conflictos, serían entre otras las causas que explican la falta de idoneidad del proceso contencioso para resolver los conflictos familiares sometidos a la consideración del Juez.

Si a esa ineficacia de base le añadimos un sistema culpabilístico en cuanto a las causas de la separación/divorcio, que aunque muy matizado en la praxis judicial, sigue impregnando gran número de estos asuntos, habremos de concluir que el proceso contencioso tensa y agudiza el conflicto más que resolverlo.

En palabras de Antonio FULLEDA (Magistrado de Familia de Beziers, Francia) e Ives MORAHIN (Psicólogo) (5) "... en las familias en situación de ruptura brota el exceso y los desbordamientos. La separación y el empeño en un procedimiento judicial a veces tiene el riesgo de engendrar una violencia inesperada contra los otros y contra uno mismo. De esta confrontación surge la desilusión, resulta una transformación de los sentimientos, se transmutan los efectos positivos en negativos. Con la ruptura se instala el tiempo del tormento, del lamento, del rechazo, de la amargura o del rencor".

2. Los procesos consensuales como alternativa de mayor calidad

Por el contrario es también casi unánime la opinión de que las soluciones de autocomposición o consensuales propician una mejor respuesta jurídico-social a los conflictos familiares y sirven con más eficacia al objetivo último de propiciar una mejor asunción de los nuevos roles familiares con un menor coste personal y psicológico.

(5) "La mediación familiar como cambio social", comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Mediación celebrado en Las Palmas de Gran Canarias los días 20-22 de marzo de 2003.

Desde esta perspectiva son iniciativas que favorecerían los procesos consensuales frente a los contenciosos las siguientes:

a) Un fomento de los servicios de mediación pre e intra judiciales, de fácil acceso a los ciudadanos que deseen utilizarlos y atendidos por profesionales cualificados.

b) Una mejora en la formación en mediación de todos los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de familia y especialmente de Jueces, Fiscales y letrados.

c) Una mayor previsibilidad de la respuesta judicial en materia de familia que elimine litigiosidad innecesaria y aumente la seguridad jurídica. Si bien parece consustancial a la jurisdicción de familia un cierto margen de discrecionalidad en la adopción de medidas de carácter personal (guarda y custodia, régimen de visitas) existen otras parcelas donde esa discrecionalidad resulta difícilmente comprensible por los ciudadanos, tales como la relativa a la cuantificación de las pensiones alimenticias a favor de los hijos. Esas amplias zonas de imprevisibilidad de la respuesta judicial acarrearán un alto grado de procesos contenciosos con efectos devastadores en el núcleo familiar. A este respecto la generalización del uso de tablas orientadoras para la fijación de pensiones alimenticias (6) se convertiría en un instrumento que mejoraría la gestión de los procesos de familia haciendo más previsible la respuesta judicial y favoreciendo por tanto los de carácter consensual.

3. Los Puntos de Encuentro Familiar

Los denominados Puntos de Encuentro Familiar son lugares especialmente acondicionados y atendidos por profesionales cua-

(6) Pueden consultarse las elaboradas por el Magistrado D. Javier PÉREZ MARTÍN en la *Revista de Derecho de Familia* de la editorial Lex Nova, en base a datos obtenidos de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona.

lificados que facilitan el desarrollo del régimen de visitas en los supuestos en que los padres separados o divorciados mantienen una relación conflictiva que imposibilita que dicho régimen se desarrolle sin intervención de terceros.

Este novedoso recurso social, muy extendido en Europa, se implantó en España a partir de una primera experiencia aislada en Valladolid que en 1999 se amplió a todo el país a partir de la creación de los PEF de Málaga y Sevilla. En la actualidad hay unos 45 agrupados en una Federación Estatal (7).

La intervención de los PEF se desarrolla en dos modalidades:

a) Una, que es la más habitual, realizando la recogida y entrega del menor a cada progenitor, impidiéndose el contacto físico entre los padres. Se evitan así todos aquellos encuentros que tan propicios eran para el desarrollo de episodios de violencia y que coincidían con la entrega y recogida de los menores al iniciarse o concluirse el régimen de visitas o vacacional fijado por el Juzgado de Familia.

b) Otra, mediante las denominadas visitas tuteladas, modalidad ésta en la que el contacto con el progenitor no custodio se desarrolla dentro del propio PEF bajo la supervisión de los profesionales del centro. Se garantiza así la seguridad de los menores a la vez que se mantiene el contacto con el progenitor no custodio. Esta modalidad está especialmente indicada en los supuestos de drogadicción o alcoholismo del progenitor no custodio o cuando por cualquier circunstancia puede haber algún riesgo para el menor durante las visitas.

La utilidad de los Puntos de Encuentro Familiar en el campo de la violencia familiar ya fue puesto de manifiesto en la Primera Jornada sobre Puntos de Encuentro Familiar celebrada en la sede del Consejo General del Poder Judicial el 28 de septiembre del 2000. En las conclusiones de dicha Jornada se resaltaba que el PEF,

(7) En la *Revista Sepin-Familia* n.º 21 de abril de 2003 puede verse una relación detallada de todos los PEF existentes en el estado.

como lugar neutral idóneo para evitar el contacto entre el esposo violento y la mujer, permite mantener el anonimato de la residencia de la esposa, sin que por ello exista incumplimiento del régimen de visitas con el padre, siendo de especial interés cuando las madres se encuentran en casas de acogida (conclusión 12.^a). Igualmente se afirmaba que los PEF son un lugar para trabajar contra la violencia familiar, mediante la intervención, detección, comprobación y evaluación (conclusión 14.^a).

La derivación del cumplimiento de un régimen de visitas al PEF se realiza por el Juzgado mediante la resolución correspondiente, cumplimentando lo que se suele denominar ficha de derivación donde se hacen constar los datos más relevantes sobre el núcleo familiar y problemática que justifica la derivación.

Aunque la derivación hasta ahora partía casi en exclusiva de los Juzgados que conocían de procesos de familia, la reciente entrada en vigor de la Orden de protección y la consiguiente posibilidad de que el juez de Guardia adopte medidas sobre régimen de visitas de menores, incrementará notablemente el uso de este recurso social por los Juzgados de Instrucción al menos con carácter temporal hasta que se adopten las medidas correspondientes por el Juez Civil.

Para concluir con este apartado y desde la experiencia que da el haber estado al frente de un mismo Juzgado antes y después de contar con un Punto de Encuentro Familiar, considero que este recurso ha sido la aportación más interesante a la praxis de los procesos de familia desde la publicación de la Ley 30/81, habiendo contribuido, allí donde existe, a mejorar muy notablemente la respuesta judicial en materia de familia y concretamente a disminuir notablemente los incidentes que se producían con motivo de la entrega y recogida de los menores durante los fines de semana y que derivaban habitualmente en el correspondiente Juicio de Faltas o en una ejecutoria por incumplimiento en el proceso de familia, si bien sería fundamental dotarlos de un marco jurídico propio del que actualmente carecen (8).

(8) UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, "El marco jurídico de los Puntos de Encuentro Familiar", *Revista de Derecho de Familia*, Lex Nova, n.º 9, octubre de 2000, págs. 267-272.

4. *Medidas de orden gubernativo. Especialización de Juzgados y reparto de asuntos*

Finalmente una mejora en la calidad de la respuesta judicial en materia de familia que incidiese preventivamente evitando situaciones de violencia familiar, pasaría necesariamente por la adopción de medidas en el ámbito gubernativo o de organización de la Planta judicial. De entre la muchas que se podrían adoptar, voy a referirme sólo a las dos que más unánimemente vienen siendo señaladas: la necesidad de crear una jurisdicción especializada de familia y la conveniencia de racionalizar los sistemas de reparto de los asuntos de familia.

A) *Especialización de los órganos jurisdiccionales que conocen de los asuntos de familia*

Numerosos informes y foros de expertos en materia de Derecho de Familia se han pronunciado sobre la necesidad de la especialización de Jueces y Juzgados en asuntos de familia. Así pueden citarse entre otros:

— *Libro Blanco de la Justicia*, págs. 208 y 209.

— *Propuesta para la reforma de la Justicia*. Consejo General del Poder Judicial. Comisión del Libro Blanco, pág. 32.

— *Informe de la Asociación Española de Abogados de Familia*.

— *Informe elaborado por la Junta de Andalucía respecto a las propuestas del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*, pág. 9.

— *Conclusiones del Encuentro entre M.º de Asuntos Sociales, Fiscalía, CC.AA. con competencias transferidas, Jueces y Magistrados sobre desamparo, acogimiento y adopción*. CGPJ mayo 2002.

— *Recomendaciones finales de los criterios orientadores para las actuaciones en procesos de familia adoptados por los Magistrados de la sección VI de la AP de Málaga, Jueces de Familia y delegación en Málaga de la Asociación Española de Abogados de Familia.*

— *Conclusiones de las jornadas de D.º de Familia en relación a la problemática suscitada por la correcta aplicación de los principios que inspiran la Ley 1/96 de protección jurídica del menor. CGPJ diciembre 2000.*

— *Conclusiones de la reunión de Jueces, Fiscales y Secretarios de Juzgados de Familia, celebradas en el CGPJ los días 30 de junio 1 y 2 de julio de 2003.*

Las ventajas del conocimiento de los procesos de familia por un Juez y un Juzgado especializado están puestas de manifiesto en casi todas las referencias antes indicadas y pueden resumirse esencialmente en que los procesos de familia serían resueltos por jueces mejor preparados, con mayor sensibilidad hacia la problemática subyacente y con mayores recursos sociales de apoyo. Las ventajas que se derivan del conocimiento de todos los procesos de una misma familia por un órgano concreto (especializado o no) pueden resumirse en el principio "Un solo Juez para cada familia" y se concreta en el conocimiento por ese Juez de todos los conflictos de una misma familia y su evolución en el tiempo (carácter dinámico de las relaciones familiares y personales), Juez que estará en mejor situación para adoptar la decisión que más ayude a pacificar el conflicto familiar y alcance el mayor grado de eficiencia.

Esta filosofía que aquí se expone es la que subyacía en algunas de las propuestas que se hicieron hace un año y que no llegaron a tener reflejo legislativo y en las que se pretendían atribuir a los Juzgados de familia competencias penales (al menos en materia de faltas) respecto a supuestos de violencia doméstica de escasa gravedad.

B) Mejora de las normas de reparto

El reparto de asuntos civiles entre Juzgados y Secciones de Audiencias cuando exista más de uno con competencia para conocer de los mismos, está escasamente regulado en cuanto a su objeto tanto en la LOPJ como en los reglamentos que la desarrollan, y si bien en el art. 24-2 del Reglamento 5/1995 parece atenerse sólo a criterios numéricos y cuantitativos, con lo que no cabría tener en cuenta otros parámetros, artículos como el 152-2-1.º, 167-2 de la LOPJ y 25-2 y 28 del Reglamento 5/1995 hablan de "necesidades del servicio", "mejor Administración de Justicia" o "buena Administración de Justicia", para justificar excepciones al principio general de que las normas de reparto deben tener como única finalidad igualar el número de asuntos que corresponde conocer a cada uno de los distintos Juzgados.

Partiendo por tanto del principio de que cabe un sistema de reparto de asuntos que atienda además de a una distribución lo más equitativa posible de la carga de trabajo a un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, quizás en pocas parcelas de la actividad jurisdiccional como en materia de familia y personas está justificada la preponderancia de este segundo principio sobre el primero.

El sistema de reparto que debe implantarse respecto a asuntos de familia es como ya se ha dicho el que tienda a concentrar en un solo Juzgado todos los procesos que afectan a una misma familia. Tal finalidad se consigue con el denominado reparto por antecedentes, el cual consiste en la atribución de todos los asuntos del mismo núcleo familiar al Juzgado que ha conocido del primer proceso de los varios posibles. Así el Juzgado que conoce de las medidas provisionales previas (cuando éstas no se hayan planteado en un juzgado distinto del foro competencial general) conocerá de los procesos subsiguientes de separación, divorcio o modificación de medidas; igualmente el Juzgado que ha conocido del primer procedimiento sobre impugnación de medidas de protección de menores conocerá de los posteriores que afecten a ese menor.

Dicho sistema presenta algunos inconvenientes entre los que cabe destacar que requiere un examen detenido de la demanda en la oficina de reparto para determinar si tiene o no antecedentes, o que a veces se ignoran o no se reseñan adecuadamente los que existen y se reparte el asunto a un Juzgado a quien no corresponde, debiéndose rectificar posteriormente con el retraso que ello conlleva en su tramitación; también puede dar lugar a desistimientos procesalmente fraudulentos.

Por ello se ha desarrollado un sistema que elimina ese inconveniente y que mejora el anterior consistente en esencia en el reparto de los asuntos teniendo en cuenta la letra inicial del primer apellido de la esposa, madre o conviviente femenina, realizándose una distribución de las letras entre los distintos juzgados atendiendo al número de asuntos que ha generado cada una de ellas en los años inmediatamente anteriores, a fin de buscar el reparto más equitativo posible. Este sistema además de las ventajas del de antecedentes (un solo Juez conoce de todos los procesos de cada núcleo familiar) presenta las siguientes ventajas:

a) Automatiza el reparto de asuntos al facilitarlos enormemente, evitando los errores antes mencionados.

b) Permite saber anticipadamente el Juzgado que va a conocer del asunto, incrementando sustancialmente la previsibilidad de la respuesta judicial y favoreciendo paralelamente las posibilidades de soluciones consensuadas.

c) Mejora notablemente la coordinación entre las jurisdicciones civil y penal en materia de familia, al conocerse con anticipación o seguridad el juzgado que resolverá o conoce del proceso civil, dato este fundamental para los servicios de protección a mujeres maltratadas. En este sentido incluso sería deseable que los Juzgados de Instrucción implantasen un sistema similar en lo relativo al reparto de las denuncias por malos tratos a mujeres.

Los posibles problemas de descompensación de carga de trabajo, cuando sean importantes y duraderos pueden solucionarse

mediante la reasignación de las denominadas letras fronterizas entre los distintos Juzgados.

5. La celeridad en la tramitación de los procesos de familia

Finalmente no pueden concluirse estas reflexiones sobre las aportaciones "a prevención" de los procesos de familia en materia de violencia doméstica, sin hacer una referencia sucinta a la necesidad de que los procesos de familia se tramiten con la mayor celeridad.

El tiempo que transcurre entre que estalla la crisis familiar (con o sin violencia) y la adopción de la primera resolución judicial que fija las nuevas "reglas de juego" del grupo familiar, aparece como uno de los momentos más estresantes y por tanto más propicios a la aparición de episodios de violencia familiar (agresiones, expulsión de la vivienda familiar, violencia psíquica). Debe tratarse por tanto de reducir esa fase de crispación familiar lo más posible y adoptar cuanto antes las primeras medidas de separación, divorcio o ruptura de pareja de hecho. A la hora de abordar las cuestiones procesales me referiré a este problema señalando algunas disfunciones que relentizan los procesos de familia y sus posibles soluciones.

IV. LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SU PROYECCIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Producida una situación de violencia familiar, vamos a referirnos ahora a qué efectos produce la misma en el proceso civil y cómo puede "gestionarse" ese proceso de la forma más eficiente desde la lucha contra la violencia doméstica y con respeto escrupuloso al marco legal que lo regula.

Dado que la presente ponencia se redacta (primeros días de agosto de 2003) justo cuando acaba de entrar en vigor la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (Ley 27/2003 de 31 de julio), no hay tiempo material para una valoración de cómo va a influir dicha orden en la praxis de los procesos de familia, por lo que las referencias que aquí se hacen parten de la situa-

ción existente con anterioridad. No obstante se hará una breve referencia teórica a los problemas que dicha Orden de protección puede plantear (Punto 6.).

De las numerosas cuestiones que la violencia familiar plantea en el proceso civil voy a abordar sólo aquéllas más relevantes y sobre todo las que más frecuentemente se plantean en el funcionamiento diario de los Juzgados que conocen procesos de familia, habida cuenta que otra de las ponencias del curso se refiere a los aspectos estrictamente procesales.

1. Medidas provisionales previas. Art. 771 de la LEC

En el trámite de las medidas provisionales previas las cuestiones que en relación a la violencia familiar suscitan habitualmente más dudas son las siguientes:

A) No exigencia del requisito de urgencia para la presentación/admisión del escrito de solicitud de medidas provisionales previas

Parece claro que tras la entrada en vigor de la nueva LEC y a diferencia de lo que alguna jurisprudencia sostenía en base a la anterior, no se exige como requisito acreditar razones de urgencia para presentar y en su caso admitir una solicitud de medidas provisionales previas por cuanto el propio precepto contempla (apartado 2) tal requisito sólo para la adopción de las denominadas medidas "inaudita parte", pudiendo por tanto optarse por la solicitud de las medidas provisionales bien previamente a la interposición de la demanda o coetáneamente a ésta.

B) Juzgado competente

El Juzgado competente para conocer de las medidas provisionales previas será el del domicilio del solicitante. El concepto de

domicilio al que se refiere dicho precepto no es el equivalente al domicilio legal que define el art. 40 del Código Civil, sino que ha de entenderse como la simple residencia sin la nota de habitualidad, pues de lo contrario ese foro competencial quedaría desactivado en la mayoría de los supuestos al coincidir residencia habitual y domicilio conyugal o último domicilio común (foro competencial general del art. 769 de la LEC).

La razón de ser de este foro competencial específico y distinto del general de los procesos de familia ha de buscarse en la comprensión del legislador hacia el cónyuge que no desea iniciar un proceso matrimonial conviviendo en el mismo lugar que aquél contra el que se dirige, lo que es especialmente comprensible en los supuestos de violencia familiar. Por tanto en aquellos casos en que habiéndose producido una situación de violencia, el cónyuge agredido ha sido trasladado de lugar de residencia precisamente para su protección, el Juzgado competente será aquél que corresponda a dicha residencia.

C) Las medidas inaudita parte del art. 771-2 de la LEC

La adopción de estas medidas suele plantear las siguientes cuestiones:

a) Acreditación de las razones de urgencia

Es necesario acompañar con el escrito inicial un principio de prueba que acredite las razones de urgencia que se invocan. En el caso de violencia familiar bien el parte médico de lesiones, bien un informe del servicio de protección que esté interviniendo o bien la Orden de protección o medida cautelar acordada por el Juez de Instrucción. Mayores dudas presenta la viabilidad como medio de prueba de la urgencia alegada la simple denuncia, debiéndose en esos casos valorar cada caso concreto, incluyendo la posibilidad de oír a la solicitante previamente para ponderar la veracidad de la misma.

En este punto se viene propugnando un mayor protagonismo de los servicios de protección a mujeres maltratadas a fin de facilitar al Juez, mediante informes sucintos pero suficientes, la concurrencia o no del requisito de urgencia alegado.

b) *Posibilidad de interesarlas en el escrito de solicitud de medidas provisionales coetáneas*

Dicha posibilidad ha de ser admitida, especialmente en los supuestos de violencia familiar en base a las siguientes consideraciones:

a) Las razones de urgencia que justifican la solicitud de las medidas del art. 771-2, no deben suponer un impedimento para que la parte afectada pueda presentar directamente la demanda de separación con medidas provisionales coetáneas, sin necesidad de tener que solicitar inexcusablemente medidas provisionales previas para beneficiarse de esa posibilidad procesal. Sostener la tesis contraria sería hacer de peor condición procesal precisamente a quien está viviendo una situación estresante en el inicio de la ruptura familiar.

b) El art. 773.3 de la LEC al referirse a las medidas provisionales coetáneas remite en cuanto a la comparecencia a realizar al art. 771. Este artículo incluye las medidas urgentes inaudita parte en su apartado segundo, que es precisamente el que regula la comparecencia ante el Juez, señalando como especialidad de la misma la posibilidad de adoptar, en la resolución acordando citar a la vista, las referidas medidas urgentes, párrafo plenamente aplicable también al supuesto de las medidas provisionales coetáneas.

c) *Posibilidad de solicitarlas en un momento posterior al escrito inicial*

Aunque del tenor literal del art. 771-2 de la LEC parece deducirse que sólo en el escrito inicial y resolución citando a la vista

podría solicitarse y en su caso acordarse tales medidas, debe admitirse la posibilidad de que en un momento posterior puedan también interesarse y en su caso acordarse, siempre que las razones de urgencia que exige dicho artículo hayan aparecido con posterioridad a tales momentos, y no pueda celebrarse la vista en el plazo señalado inicialmente, por ejemplo porque el demandado haya solicitado la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita.

2. Violencia familiar y modificación de medidas

Conforme a los art. 91 del Código Civil y 775 de la LEC la alteración sustancial de circunstancias es causa de modificación de las medidas definitivas adoptadas en los procesos de familia.

Parece que no ofrece duda que la aparición de episodios de violencia familiar supone una alteración sustancial de circunstancias y en cuanto tal que deberá suponer una modificación de las medidas personales adoptadas en su día y concretamente las relativas a los hijos menores (guarda y custodia y régimen de visitas), debiéndose realizar el juicio de ponderación sobre la entidad de la modificación en cada caso concreto, pero teniendo en cuenta las siguientes ideas básicas:

a) La víctima de la violencia doméstica no es sólo quien la padece directamente, sino que también pueden resultar afectadas por ella otras personas como los hijos aunque no se haya ejercido directamente sobre ellos.

b) La violencia grave o reiterada debe ser causa de suspensión del régimen de visitas si quien la ejerce sobre el otro progenitor o sobre los hijos es el que no ostenta la custodia de éstos.

c) En los demás supuestos deberá valorarse fundamentalmente el beneficio del menor, jugando en estos supuestos un papel muy útil los Puntos de Encuentro Familiar en cuanto que pueden garantizar la seguridad del progenitor agredido y mantener el régi-

men de relación de los menores con el otro progenitor. En los lugares donde no exista este tipo de recursos, se debe evitar el contacto entre los progenitores, acordando que la entrega y recogida de los menores sea en los Colegios o utilizando intermediarios familiares.

Igualmente puede acordarse cautelarmente la suspensión del régimen de visitas en ejecución de la resolución que lo acordó, en base al art. 158-4.º del Código Civil, siempre que se acredite la situación de violencia alegada y que ésta resulta gravemente perjudicial para los menores, sin perjuicio de remitir a las partes al proceso de modificación correspondiente para la adopción de la modificación definitiva.

3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita y demoras que puede generar en los procesos de familia

La necesidad de contar con asistencia letrada y representación por procurador en el acto de la vista de las medidas provisionales previas (art. 771-2 de la LEC), está planteando en la práctica numerosos problemas, concretamente suspensiones de vistas, al no estar resuelta dicha solicitud por los servicios correspondientes el día señalado para la celebración de la misma.

Dicho problema es grave pues incide negativamente en la celeridad que ha de presidir la adopción de las medidas iniciales en los procesos de familia, más aun si se han producido episodios de violencia familiar. No se descarta incluso que, especialmente los demandados, hagan un uso abusivo y fraudulento de tal derecho (retrasando la presentación de la documentación por ejemplo).

Para evitar este problema considero que se debe hacer uso de la facultad que el art. 21 de la Ley 1/96 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita concede al Juez de interesar la designación provisional de abogado y procurador. A tal efecto e inmediatamente que se tenga conocimiento de que cualquiera de las partes carece de

asistencia y representación procesal, deberá dictarse auto motivado interesando dicha designación, considerándose que concurren las razones de urgencia exigidas por dicho artículo en todos los supuestos en que existiendo hijos menores se soliciten medidas provisionales en procesos de separación, divorcio o parejas de hecho, y también cuando se haya producido una situación de violencia familiar existan o no hijos menores.

Esta articulación procesal debe completarse con un sistema ágil de comunicación con el servicio encargado de la designación (vía fax por ejemplo) que permita una respuesta inmediata y casi instantánea a esta incidencia procesal y que evite demoras sumamente perjudiciales. Todo ello sin perjuicio de hacer uso de otros mecanismos [véase punto *c*) *Posibilidad de solicitarlas en un momento posterior al escrito inicial*] tales como la adopción de las medidas inaudita parte del art. 771-2 de la LEC si se demora la celebración de la vista por causa no imputable a la solicitante.

4. Violencia doméstica y parejas de hecho

Como ya hemos dicho (*1. Algunos datos*) la violencia familiar no presenta perfiles sustancialmente distintos según que se trate de núcleo familiar matrimonial o no matrimonial. No obstante el tratamiento jurídico de la violencia doméstica desde la jurisdicción civil sí difiere entre ambos tipos de familia, pues lamentablemente la "nueva" LEC ha nacido vieja en esta parcela, no siendo excesivo afirmar que en su articulado se contiene una clara discriminación procesal de la familia no matrimonial que se ve abocada a distintos tipos de procesos para regular su postconvivencia (uno para las cuestiones relacionadas con los hijos y otro u otros para las medidas relativas a los adultos y patrimoniales), siendo numerosas las dudas jurídicas que se plantean especialmente en los supuestos de parejas de hecho sin hijos menores. Desgraciadamente será algún episodio de violencia familiar grave, como tantas veces, el que saque a la luz estas lagunas legales y ponga de manifiesto la clara contradicción de un legislador

que ha ignorado una realidad social tan evidente como son las parejas de hecho (9).

Veamos separadamente los supuestos de parejas de hecho con y sin hijos menores.

A) Parejas de hecho con hijos menores

Pese a algunas dudas iniciales, hoy existe casi unanimidad en asimilar la tramitación procesal de la adopción de medidas en los supuestos de ruptura de parejas de hecho con hijos menores, a los procesos matrimoniales en base a los arts. 748-4.º y 770-6 de la LEC, siendo por tanto aplicable todo lo dicho hasta aquí para las parejas matrimoniales.

Entiendo que las medidas que puede adoptar el Juez que conoce de este tipo de procesos de familia incluye también un pronunciamiento sobre el uso de la vivienda familiar aunque no sea copropiedad de ambos progenitores, pudiéndose atribuir al menos temporalmente, en los supuestos de violencia familiar, al progenitor no propietario que tenga la custodia de los hijos menores, todo ello conforme a lo dispuesto en los arts. 142 (concepto de alimentos) y 158 del Código Civil.

B) Parejas de hecho sin hijos menores

Como ya hemos apuntado, en el caso de las parejas de hecho sin hijos son numerosas las dudas que se plantean, ante la ausencia de una regulación concreta y su exclusión de los procesos especiales de familia (véase el art. 748-4.º que utiliza el adverbio "exclusivamente" para determinar el ámbito objetivo de estos procesos).

(9) Según datos obtenidos de la estadística de los Juzgado de Familia de Málaga, los procesos sobre guarda y custodia y pensión alimenticia de hijos no matrimoniales suponen ya el 20% de los procesos de familia.

En los supuestos de violencia familiar y con todas las cautelas que supone la falta de una doctrina consolidada, la atribución de la vivienda familiar en caso de copropiedad o propiedad exclusiva de quien es objeto de violencia parece que podría plantearse a través de un juicio verbal (art. 250-4.º de la LEC) con la posibilidad de solicitar medidas cautelares conforme a los arts. 721 y siguientes de la LEC. Idéntico procedimiento debería seguirse para la solicitud de alimentos, cuando este derecho le sea reconocido al conviviente en base a la legislación autonómica sobre parejas de hecho.

No obstante, reitero, en el caso de las parejas de hecho sin hijos menores radica una de las lagunas más evidentes del ordenamiento civil respecto a la violencia familiar.

V. COORDINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

1. *Una disfunción clara del sistema judicial*

Ya decíamos (3. *La respuesta de la Jurisdicción civil: prevención y mejora*) que entre las disfunciones que se han achacado al sistema judicial en el tratamiento de los problemas derivados de la violencia doméstica o de género, una de las más frecuentes ha sido la que hace referencia a la falta de coordinación entre la jurisdicción civil (Juzgados que conocen de los procesos de familia) y penal (Juzgados de Instrucción fundamentalmente), a la hora de dar una respuesta jurídica eficiente y de calidad a quienes sufren ese problema. Desde una perspectiva más amplia, esa falta de coordinación aparece también en muchos de los asuntos en que intervienen ambas jurisdicciones (dadas las frecuentes derivaciones penales de los procesos de ruptura o transformación familiar), siendo prueba del mal funcionamiento de la Administración de Justicia en este campo las numerosas quejas que se reciben en las oficinas de reclamaciones y en los servicios de asistencia a las víctimas.

Por tanto es evidente que se constata una deficiente respuesta del sistema judicial en el campo concreto de la violencia doméstica y que ello se debe, además de a otras causas, a una importante falta de coordinación entre los distintos Juzgados que intervienen.

2. Posibles soluciones

La solución a este problema debe pasar por la adopción de unos criterios comunes de actuación que sirvan de referencia a uno y otro tipo de Juzgados a la hora de abordar los problemas jurídicos que generan los procesos de ruptura-transformación familiar en general y en los que concurra violencia doméstica en particular, tanto desde la perspectiva civil como penal. Concretamente se hace necesaria una fluida y constante comunicación entre los distintos órganos jurisdiccionales que conocen de un mismo conflicto familiar en su vertiente civil y penal, evitándose así respuestas dispares, a veces contradictorias y la mayoría de las veces insatisfactorias para la víctima de la violencia familiar.

La articulación jurídica de esta propuesta debe realizarse mediante la aprobación en Junta de Jueces sectoriales de los distintos órganos jurisdiccionales de los criterios de actuación que se estimen más adecuados para resolver este problema de coordinación, en base a la competencia reconocida a dichas Juntas de Jueces en el art. 65 del Reglamento 4/1995 de tratar de unificar criterios en cuestiones jurídicas comunes o generales, con estricto respeto a la independencia judicial de cada uno de sus miembros en materias jurisdiccionales.

3. Un ejemplo práctico: el Protocolo de coordinación de jurisdicciones en materia de violencia doméstica aprobado por la Junta de Jueces de Málaga

Tratando de resolver esa disfunción jurisdiccional la Junta de Jueces de Instrucción y de Familia de Málaga en reunión celebra-

da el 22 de enero del 2002 aprobó un protocolo de coordinación fijando una serie de criterios de actuación.

Dicho protocolo se elaboró sobre un documento de trabajo previo que partió de la recogida de datos en el Servicio de Asistencia a la Víctima y Asesoría Jurídica del Instituto de la Mujer de Málaga, respecto a cuales eran los supuestos mas frecuentes de descoordinación en los campos apuntados y que las/os usuarias/os de los Juzgados ponían de manifiesto ante tales servicios, documento inicial al que posteriormente realizaron aportaciones varios Jueces de Instrucción y Familia, sometiéndose luego a la aprobación de la Junta de Jueces que introdujo algunas modificaciones.

Los criterios plasmados en dicho protocolo y que a continuación se exponen se agrupan en dos apartados: los relativos a aquellos asuntos en que se haya producido violencia doméstica y los relativos a incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas fijado por los Juzgados de Familia.

A) Criterios relativos a asuntos con violencia doméstica

Se considera que la violencia doméstica o de genero ya sea física o psíquica ejercida sobre cualquiera de las partes en un proceso de separación o divorcio, en tramitación o ya finalizado por sentencia, debe tener una adecuada valoración y una respuesta jurídica eficiente tanto en el ámbito penal como en el de Derecho de Familia.

En el tratamiento de estos asuntos se seguirán en lo posible los siguientes criterios:

Primero.—En el ámbito de los procesos de familia se estima que los actos de violencia sobre cualquiera de los progenitores pueden suponer una alteración sustancial de circunstancias a efectos de modificación de las medidas adoptadas con anterioridad y concretamente del régimen de visitas fijado al agresor con los hijos menores, debiéndose hacer uso en este último supuesto de las facultades conferidas al Juez por el art. 158 del Código Civil

para la adopción urgente de aquellas medidas necesarias para evitar que tales hechos afecten a los hijos menores.

Segundo.—En tal sentido cuando los Juzgados de Instrucción tengan conocimiento de alguno de tales hechos y de la existencia de un proceso de separación/divorcio entre el agresor y la víctima, remitirán testimonio de las actuaciones más relevantes al Juzgado de Familia para constancia en dicho procedimiento.

Tercero.—Cuando se dicte auto de alejamiento contra el presunto agresor, deberá especificarse su incidencia en el régimen de visitas fijado o que pueda fijarse por el Juzgado de Familia, o en su caso la necesidad de que éste adecue el régimen de visitas a fin de garantizar la seguridad de la víctima. Acordada una medida de alejamiento del presunto agresor respecto a la víctima y sus hijos menores, si con posterioridad en un proceso de familia se valorase la procedencia del establecimiento de un régimen de visitas para con los hijos, el inicio de éste quedará supeditado a que el Juzgado de Instrucción que acordó la medida de alejamiento modifique ésta en lo imprescindible para el desarrollo de las visitas; a tal fin el Juzgado de Familia remitirá la resolución acordada y los antecedentes de interés (informes psicológicos si se hubiesen practicado) para que el juez de Instrucción valore esa posibilidad.

Cuarto.—Se constata que sería especialmente eficaz para una mejora de la respuesta jurídica en los supuestos de violencia de género, que la asistencia letrada a las víctimas de malos tratos fuese única en la jurisdicción penal y civil de familia.

Quinta.—En todas las comunicaciones entre Juzgados o entre el SAVA y los Juzgados en este tipo de asuntos se hará constar en forma destacada y visible URGENTE: ASUNTO CON VIOLENCIA DE GÉNERO.

Sexto.—Los criterios anteriormente expuestos serán aplicables a todos los asuntos en los que las partes tengan una relación sentimental aunque no exista vínculo matrimonial.

B) Criterios relativos a incidencias en el cumplimiento del régimen de visitas fijado en un proceso de familia

Regla general.—Se reconoce una vis atractiva de los Juzgados de Familia para la resolución de las cuestiones derivadas del cumplimiento-incumplimiento del régimen de visitas y vacacional de menores con sus progenitores no custodios, al estimarse que estos Juzgados son los que cuentan con más elementos de juicio para una mejor respuesta judicial de las incidencias que se plantean.

Reglas concretas de coordinación entre jurisdicciones:

Primera.—En los caos en que se formule denuncia ante el Juzgado de Instrucción por un supuesto incumplimiento del régimen de visitas fijado u otra incidencia en su desarrollo, el Juzgado de Instrucción recogerá las manifestaciones que se realicen y de oficio remitirá testimonio al Juzgado de Familia, informando al denunciante que con la copia de la denuncia se persone ante el Juzgado de Familia en el siguiente día hábil a fin de poner en conocimiento de tal órgano las incidencias ocurridas.

Segunda.—Si en relación con el cumplimiento-incumplimiento de un régimen de visitas el Juzgado de Familia requiriese una intervención concreta del Juzgado de Instrucción de Guardia (que se retire un menor por la fuerza pública si no es devuelto a una hora determinada, que se haga entrega a otro progenitor, etc.) se documentará en un exhorto dirigido a éste, y del que podrá ser portador la propia parte interesada, especificando detalladamente la colaboración que se pretenda.

Tercera.—Los Juzgados de Guardia podrán hacer uso de los Puntos de Encuentro Familiar a fin de que la entrega o retirada de los menores en fines de semana pueda hacerse en tales lugares con la colaboración de los profesionales del mismo, por considerarse un excelente recurso social para tales cometidos y ser siempre preferible a otros sistemas más traumáticos para los menores.

Cuarta.—Salvo supuestos de duda razonable sobre el régimen de visitas vigente y si se constatará la negativa injustificada del progenitor no custodio a la restitución de los hijos menores a la finalización de la visita, el Juzgado de Instrucción de Guardia podrá acordar tal devolución, remitiendo testimonio al Juzgado de Familia a los efectos de la adopción de las medidas que procedan para evitar reiteraciones.

Quinta.—Los Juzgados de Familia deducirán y remitirán a instancia de parte o del M. Fiscal testimonio de los incumplimientos de régimen de visitas cuando sean reiterados o graves por si fuesen constitutivos de infracción penal.

Sexta.—Cuando se formule denuncia penal por uno de los progenitores respecto al otro progenitor del que se encuentra separado/divorciado o en tramites de separación/divorcio, por hechos cometidos sobre hijos menores (abusos sexuales, malos tratos, situaciones de riesgo), se considera que es el Juzgado de Familia que conozca del proceso o de su ejecutoria el mejor situado para acordar o no la posible suspensión o restricción del derecho de visitas con el progenitor denunciado, debiendo remitir el Juzgado de Instrucción por vía urgente (Fax), testimonio de lo actuado y de toda diligencia relevante de la instrucción. No obstante el Juzgado de Instrucción podrá acordar una suspensión temporal del régimen de visitas (15 días) a fin de que el Juzgado de Familia tenga tiempo para evaluar la incidencia de los hechos denunciados en el menor y en su caso adoptar la decisión pertinente respecto al régimen de visitas (suspensión, reducción, tutelado, etc.).

Séptima.—Se coincide en valorar que los incumplimientos reiterados del régimen de visitas, o aquellos cumplimientos defectuosos de las obligaciones de cualquiera de los progenitores que tiendan a alejar a los menores del otro progenitor (mensajes negativos, manipulaciones del menor,) pueden constituir además de otros ilícitos penales, posibles delitos de malos tratos psicológicos a los menores del art. 153 del Código Penal. Para

una correcta valoración de indicios, los Juzgados de Familia deberán acompañar siempre con los testimonios correspondientes, dictamen pericial del Equipo Psicosocial donde se constaten tales situaciones.

Como podrá verse los supuestos que se contemplan en el Protocolo no agotan ni mucho menos todas aquellas situaciones en que pueden converger ambas jurisdicciones, pero sí al menos ofrece un primer marco donde ir insertando aquellas parcelas de confluencia que vayan apareciendo. Y sobre todo y que a mi me parece muy importante, apunta una forma de trabajo coordinada que superando el tradicional individualismo en que habitualmente se mueve la jurisdicción, pone el acento en el trabajo en equipo, en la comunicación y colaboración entre distintos órganos jurisdiccionales y en definitiva en una respuesta jurídica global al problema de la violencia de doméstica que es lo que demanda con insistencia la sociedad.

VI. LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (LEY 27/2003 DE 31 DE JULIO): APUNTES DE URGENCIA

La entrada en vigor de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, ha supuesto una importante novedad en el tratamiento jurisdiccional de la violencia familiar y planteará nuevos problemas de coordinación entre las jurisdicciones civil y penal.

Dado el escaso tiempo transcurrido desde su implantación, difícilmente puede hacerse un balance ni siquiera provisional de los resultados de esta medida de protección de las víctimas de la violencia doméstica. No obstante sí pueden apuntarse ya algunos déficits iniciales que será necesario solventar para que este instrumento de protección de las víctimas alcance los resultados deseables.

a) En primer lugar ha de resaltarse que dicha orden atribuye al Juez de Instrucción competencia para adoptar temporalmente las medidas personales y patrimoniales que con anterioridad se acordaban habitualmente en los procedimientos civiles de medidas previas o provisionales por los jueces de primera instancia o de familia que conocían de los procesos de familia.

Desde el conocimiento de la práctica del funcionamiento de los Juzgados de Guardia, no parece aventurado afirmar que se ha residiado en éstos una competencia, que si bien no es de excesiva complejidad jurídica, requiere de un cierto sosiego y estudio detenido del caso concreto, circunstancias ambas que no siempre son posibles en los colapsados Juzgados de Guardia.

Especialmente problemática será la adopción de las medidas personales relativas a los hijos menores, pues salvo en los supuestos de violencia grave y patente, la adopción de tales medidas puede requerir algún tipo de informe psicosocial que ayude al Juez a ponderar la incidencia de la violencia denunciada en el posible régimen de visitas de los hijos menores, informe que no será posible recabar dada la ausencia de personal cualificado para su elaboración en el Juzgado de Guardia y la perentoriedad de los plazos en los que los Jueces de Instrucción deben pronunciarse. A este respecto debe llamarse la atención sobre la dificultad que supone en materia de familia la "rectificación" de situaciones consolidadas aunque sólo sea por el transcurso de sesenta días, como pueda ser la suspensión de un régimen de visitas que posteriormente se demuestra beneficioso para los hijos menores.

b) El plazo de treinta días para la ratificación, modificación o cese de las medidas (art. 544 ter 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), será causa del cese de muchas de las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción, ante la imposibilidad de que se adopten las correspondientes por el Juez civil en dicho plazo, especialmente en los supuestos de parejas de hecho sin hijos, dada la falta de un cauce procesal unívoco para adoptar tales medidas [B) *Mejora de las normas de reparto*].

c) La adopción de las medidas civiles recogidas en la orden de protección, deja sin contenido en esos supuestos el párrafo segundo del art. 771 de la LEC, pues desaparecen las razones de urgencia que exige dicho precepto.

d) Se debería incluir en el modelo de solicitud de orden de protección un apartado relativo a las medidas civiles que interesa la víctima, pues el que se ha elaborado por la Comisión de Seguimiento de su implantación, no incluye uno específico donde se detallan cuáles de las medidas posibles se solicitan y cómo se concretan.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.

DURAN FEBRER, María, "¿La Jurisdicción Civil es una Alternativa para Combatir la Violencia Doméstica?", *Boletín de Información y Análisis Jurídico*, art. 14. Una perspectiva de género, n.º 7, septiembre de 2001,

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, *La Violencia contra las Mujeres. Estudio sobre la situación y características de las mujeres en los centros de acogida*, Sevilla, 2000.

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos*, Sevilla, 2003.

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia*, Sevilla, 200.

SILLERO CROVETTO, Blanca, "Análisis legislativo y jurisprudencial de la violencia familiar en el ámbito civil", en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003.

SOLER PASCUAL, Luis Antonio, "Medidas judiciales, civiles y penales, en el ámbito de la violencia de género. Posibilidades legales. Compatibilidad temporal". *Revista Sepin-Familia*, n.º 20, marzo 2003.

THEMIS, Asociación de Mujeres Juristas, *Guía de buenas prácticas y usos forenses para combatir la violencia de género en Europa*.

EL DERECHO PENAL Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

EL DERECHO PENAL Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

SUMARIO: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y POLÍTICO CRIMINAL DE LAS REACCIONES FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. III. PROPUESTAS CONCRETAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. 1. Bien jurídico y ubicación sistemática. 2. Ampliación del círculo de sujetos del delito. 3. La cuestión de la omisión impropia. 4. Penalidad. 5. Transformación de la falta de lesión o maltrato ocasional a delito. 6. Agravaciones. IV. VALORACIÓN FINAL.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Escribía Jack London que "el hombre se distingue de los demás animales por ser el único que maltrata a su hembra". Tan rotunda afirmación tiene en la actualidad un profundo significado dadas las reacciones sociales, cada vez más intensas y afortunadamente más comprometidas, ante la dramática realidad que supone la violencia sobre las mujeres. La relación de pareja, la vida en familia en su comprensión más amplia, el ámbito doméstico en sí mismo diseñan, al menos apriorísticamente, una estructura de quietud, de

tranquilidad, de seguridad en la confianza mutua. Pero no siempre es así. En demasiadas ocasiones la situación dista mucho de ser idílica y se transforma en elemento de fuerza, en foco de comportamientos irracionales que frecuentemente conducen a la vejación continuada de la mujer. La violencia como impotente expresión de insensatez es una vieja y caduca fórmula a la que todavía recurren determinados individuos con el objetivo de mantener unos irreales privilegios asentados en convicciones de poder absolutamente despreciables que se entrecruzan con necias tradiciones y culturas androcéntricas sustentadas en perversas ideologías. Su permanencia social daña no sólo a la mujer, que es la víctima principal y directa, sino también a la misma dignidad del hombre como ser humano.

Semejante situación, atentatoria de los Derechos Humanos básicos, se hace más compleja en su determinación material. Las dificultades para delimitar un fenómeno violento, que se mueve en parámetros de intimidad y soledad, son considerables. Según cálculos aproximativos tan sólo se denuncian entre un 10 y un 15% de los malos tratos producidos. Las causas son múltiples: situación de dependencia de la mujer con respecto a su pareja, estructura familiar, temor a la burocracia administrativa y judicial, dificultad de probar unos hechos llevados a cabo dentro del domicilio familiar, registro de muchas de estas infracciones como lesiones o como cualquier otro delito generalista con omisión de la específica actuación violenta, etc. En todo caso, en la recientemente presentada *Memoria de la Fiscalía General del Estado* correspondiente al año 2002 se hace especial hincapié en el fenómeno de la violencia doméstica y se sitúa el aumento de estos delitos, en el periodo citado, en un 30%. Tan importante incremento puede tener una doble interpretación, posiblemente conectada entre sí: por un lado, su real crecimiento; por otro, un mayor alumbramiento público, en forma de denuncia, de dichos supuestos antes ocultos.

Precisamente por su extraordinaria magnitud, la violencia doméstica requiere de respuestas multidisciplinares. Las prioridades en la actuación han de encaminarse hacia políticas sociales

previas y acciones preventivas, asistenciales, de intervención social y educativas, que sean coherentes y generosas con los objetivos a cumplir; todo ello reforzado con adecuadas inversiones que atenúen, en lo posible, los efectos de dichas conductas y potencien las anteriores exigencias básicas, muy especialmente las dirigidas a las víctimas. En este sentido, es fundamental asumir, por otro lado, que el Derecho penal tiene que mantener su subordinación a los postulados esenciales que lo orientan y limitan en un Estado social y democrático de Derecho y, muy especialmente, a las exigencias de su carácter de *ultima ratio* dentro del Ordenamiento jurídico y de los principios de proporcionalidad y de igualdad –con excesiva frecuencia olvidados en recientes propuestas de reforma del Texto punitivo–. Afirmado lo anterior, es necesario igualmente precisar que la intervención punitiva se hace, en estas circunstancias, inevitable. Y lo es tanto, desde la perspectiva general, con aplicación de los tipos correspondientes a los resultados producidos –muerte, lesiones, violación, coacciones, detenciones ilegales, etc.–; como desde la específica del maltrato doméstico, radicado en la relación de pareja y en la habitualidad de las conductas violentas.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y POLÍTICO CRIMINAL DE LAS REACCIONES FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Desde que la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, introdujera como nuevo art. 425 del Texto Refundido de 1973 "el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor", se abrió un intenso debate sobre el alcance, dimensión y estructura de las respuestas penales al fenómeno de la violencia doméstica. Paralelamente se han multiplicado las propuestas reformadoras que se proyectan desde el mismo ámbito

legislativo, desde instituciones y asociaciones especialmente ocupadas y preocupadas del tema y desde la doctrina científica.

Opinión mayoritaria del momento fue la de aplaudir esta relativamente novedosa redacción que se presenta como acción diferenciada de las lesiones en sentido estricto y que se configura como el ejercicio reiterado de las conductas referidas en la entonces existente falta de maltrato tipificada en el art. 583-2.º, que después de la reforma citada queda sin contenido para pasar con descripción diferente al art. 582 (1); pero al mismo tiempo se le tachó de insuficiente para afrontar una situación cada vez más impactante en la sensibilidad ciudadana.

El Código Penal de 1995, como es sabido, mantiene en el art. 153 parecida figura delictiva, ubicada sistemáticamente al igual que la anterior dentro del Título dedicado a las lesiones. Se trata de lo que se ha venido en llamar un mero retoque sustantivo, sostenido sobre el concepto de habitualidad, del anterior precepto, aunque con algunas modificaciones dignas de ser citadas y que le dan una perspectiva algo más concreta y autónoma. Son: a) se amplía el círculo de sujetos pasivos al incluirse las violencias ejercidas sobre los hijos propios –anteriormente sólo estaba referido a los hijos sujetos a la patria potestad–, se añaden asimismo los hijos del cónyuge o conviviente y los ascendientes; b) se requiere la exigencia de convivencia aunque referida únicamente a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallen sometidos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del sujeto activo o de su pareja; c) se incrementa considerablemente la pena, que pasa de un mes y un día a seis meses de privación de libertad –arresto mayor– a la de prisión de seis meses a tres años; d) se hace mención expresa a las hipótesis concursales con el resultado que en cada caso se causare.

Dicha formulación de concurso de delitos que normativamente nos señala la compatibilidad punitiva entre los contenidos especí-

(1) *Vid.*, en este sentido por todos: OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona 2001, pág. 18.

ficos del art. 153 y los resultados que se pudieran producir ubicados en preceptos de índole general nos introduce en una cuestión, posiblemente previa, que necesariamente hay que tener en cuenta a la hora de determinar los contornos exactos de las respuestas punitivas a la violencia doméstica. Éstas se diversifican en dos direcciones diferenciadas pero relacionadas entre sí, como se ha podido comprobar con anterioridad: unas de carácter general, en las que son de aplicación sin especiales dificultades los tipos correspondientes, cuya aplicación responde a reglas genéricas; otras, referidas específicamente a la violencia doméstica. Entre las primeras cabe destacar: homicidio –cuando de la violencia se deriva un resultado de muerte, según los arts. 138, 142 o 621 para las faltas–, asesinato –cuando la privación de la vida se lleva a cabo con alguna de las circunstancias descritas por el art. 140–, aborto sin consentimiento de la mujer –art. 144–, lesiones –arts. 147 y siguientes, con excepción del 153, y las faltas correspondientes de los arts. 617 y 621–, detenciones ilegales y secuestro –arts. 163 a 166–, amenazas y coacciones –arts. 169 a 172–, torturas y otros delitos contra la integridad moral –arts. 173 a 177–, agresiones y abusos sexuales –arts. 178 a 183–, allanamiento de morada –art. 202–, etc. Las segundas se refieren en concreto a la violencia doméstica como tal, y aparecen redactadas en el relacionado art. 153 como delito y en el 617 párrafo segundo y 620 párrafo tercero como faltas. Estas últimas son el objeto preferente de este estudio.

De vuelta al hilo argumental del art. 153 hay que destacar que la formulación desarrollada por el Código de 1995 no fue excesivamente elogiada por la doctrina que la seguía estimando insuficiente para un tema que cada vez demanda de actuaciones más rotundas y completas. En semejante valoración, el propio Gobierno, "consciente de la necesidad (...) de que la sociedad en general y las Instituciones públicas, en particular, se planteen la búsqueda de soluciones al problema y empiecen a dar respuestas concretas", elabora el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998. Surge con la pretensión de "dar respuesta a la situación de violencia que sufren muchas mujeres y a la demanda social provocada por esta violencia.

Recoge, por tanto, los objetivos y medidas que en el ámbito de sus competencias considera necesarios poner en marcha para erradicar la violencia doméstica y posibilitar los recursos sociales suficientes que contribuyen a paliar las consecuencias ocasionadas en las mujeres víctimas por esos actos de violencia".

El citado Plan, reiteradamente criticado desde diversos sectores por incompleto y excesivamente sectorial, se articula en seis grandes apartados: a) sensibilización y prevención; b) educación y formación; c) recursos sociales; d) sanidad; e) investigación; f) legislación y práctica jurídica. En este último se plantean diversas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas". En este sentido, propone como actuaciones concretas, entre otras más de carácter procedimental e instrumental, las siguientes: incluir en el art. 153 del Código Penal, el castigo de la violencia habitual psíquica o planearse otra ubicación sistemática a la vista del bien jurídico protegido; modificación del art. 57 del Código Penal para incluir como pena accesoria la prohibición de aproximación a la víctima; reforzar en el art. 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la previsión de que "sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o sus representantes legales las faltas consistentes en malos tratos inferidos por los maridos a sus mujeres" y la excepción a la persecución de la falta del art. 620 del Código Penal previa denuncia cuando tenga lugar contra miembros de la familia. Asimismo deberá suprimirse la referencia que en aquel artículo se realiza a la desobediencia de las mujeres hacia los maridos; incluir expresamente como primera diligencia, entre las medidas cautelares, el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima como medida de protección; adecuar las penas en el caso de las faltas para que tanto las multas como los arrestos de fines de semana no redunden en perjuicio de la propia víctima afectando a su economía.

Como consecuencia se elaboran dos importantes leyes, que albergan la mayoría de los postulados antes enunciados –acaso

extraña la omisión del cambio de lugar sistemático del art. 153, cuestión a la que después le dedicaré especial atención—: Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal y Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La primera afecta en esencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales e, incidentalmente, a la materia que tratamos; la segunda entra de lleno en esa última. En cualquier caso, como bien escribe OLMEDO CARDENETE, con la elaboración en tan poco tiempo de dos leyes de semejante contenido nuestro legislador hace gala de una defectuosísima y descoordinada técnica legislativa puesto que por motivos de economía en la elaboración de las normas podía haber enmendado la redacción de los preceptos de la Ley de 9 de junio en la de 30 de abril, si hubiera sido consciente del alcance integral de la reforma en materia de malos tratos (2).

La, en todo caso, aceptable reforma, se centra en la esfera sustantiva, en tres grandes bloques. Uno, de carácter general, que incide sobre todo en la inclusión como pena accesoria o como prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal o de comunicarse con ellos, y que afecta a los arts. 33, apartado 2, letra g); 33, apartado 3 letra f); 33, apartado 4, letra b) bis; 39, letra f); 48; 57; 83, apartado 1, subapartado 1.º bis; 105, apartado 1, letra g); 132, apartado 1. Otro, que afecta directamente a los contenidos del art. 153 desde varias hipótesis: a) ampliación de la situación de convivencia derivada del matrimonio o de análoga relación de afectividad a la de aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la situación de convivencia descrita por el tipo cuando se produce la agresión; b) inclusión de la violencia psíquica como conducta típica alternativa a la física; c) coherente modificación de la redacción que se da a la cláusula concursal, con extensión a las penas que pudieran corresponder a los delitos o fal-

(2) *Ibid.*, pág. 21.

tas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica; d) regulación de criterios orientadores para la concreción de la habitualidad de la conducta, punto de referencia esencial para su delimitación, "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". Y un tercero, que se encamina a las faltas, en concreto al apartado 2 del art. 617 –añade en relación a la pena de arresto fin de semana o de multa "teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar"– y al art. 620 en el que se modifica el hasta ese momento párrafo final y se añade uno nuevo, a manera de tipo cualificado, en el que se incorpora la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana como alternativa a la existente de multa para cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, así como la previsión de la repercusión económica, y se suprime la exigencia de denuncia, excepto para la persecución de las injurias.

Relevantes asimismo son las modificaciones que la citada Ley 14/1999 hace a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tanto por sí mismas como por su relación con las narradas para el Código Penal. En síntesis las incidencias principales se producen con la finalidad de facilitar la inmediata protección de las víctimas de los delitos mencionados en el art. 57 del Texto punitivo, mediante la creación de nuevas medidas cautelares que facultan la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas (nuevo art. 544 bis), y que pueden adoptarse entre las primeras diligencias (art. 13); igualmente se rectifica el art. 104 para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, se elimina la residual e inconcebible referencia a a desobediencia de las mujeres con respecto a los maridos, se revisa la redacción del art. 103 –sobre el ejercicio de acciones penales entre parientes–

para coordinarlo en su contenido con las previsiones del Código Penal, y se introduce cobertura legal para evitar, en la medida de lo posible, la confrontación visual entre víctimas o testigos menores de edad y los procesados (arts. 707 y 713).

Todas estas reformas nos actualizan la situación legal, que aunque notoriamente mejorable presenta indudables avances, fruto, la gran mayoría de ellos, de las innovaciones desarrolladas por la Ley 14/1999, que sin duda ha completado y enriquecido lo dispuesto en la redacción original del Código de 1995 y también en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La señaladas incorporaciones de la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares o comunicarse con ellos, de la violencia psíquica, de los sujetos que hayan estado casados o en convivencia *more uxorio*, de las premisas básicas de la habitualidad, de las faltas específicamente cualificadas, o de las medidas cautelares como primeras diligencias en la Ley, son todas ellas meritorias realidades de una acción, la lucha contra este tipo de criminalidad y su prevención, que aunque inacabada ha progresado de manera estimable y a la que necesariamente hay que continuar prestando relevante atención.

Sin embargo, y acaso como contradicción permanente, la propia dinámica social ha roto las previsiones legales y marca nuevos horizontes de actuación. La realidad nos muestra que el problema sigue vigente con parecidas dimensiones, que las medidas de todo tipo adoptadas hasta el momento no han logrado, ni al menos parcialmente con algún significado, eliminar tan dramática y triste situación. Por ello se ha seguido profundizando en hipótesis reformativas y de gestión: el Gobierno con un II Plan Integral contra la violencia doméstica, otras Instituciones con la presentación de interesantes propuestas de actuación y de modificación normativa, los estudiosos con notables intentos de dar luz donde hay sobradas tinieblas.

En este sentido una de las primeras voces que de manera organizada y sistemática se ha dejado sentir ha sido la del Ministerio Fiscal. En el *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año*

1999 (3) se sugiere una congruente propuesta de reforma enfocada desde tres ángulos: sustantivo penal, procesal y extrapenal. Del primero, especial objeto de nuestra atención, destacan las siguientes: a) ampliar el círculo de sujetos incluyendo en el art. 153 toda conducta que implique ejercicio habitual de la violencia física o psíquica sobre descendientes –y no sólo hijos– del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente, sobre ascendientes también del cónyuge o conviviente, y sobre hermanos e hijos de hermanos, siempre que estas personas formen un núcleo de convivencia familiar; b) delimitación del concepto de violencia psíquica como elemento objetivo del tipo; c) modificación del régimen punitivo, en concreto como a') cambiar la pena alternativa a la de arresto fin de semana, es decir la de multa, en los arts. 617 y 620 cuando la persona ofendida por la falta sea alguna de las previstas en el art. 153, por la de trabajos en beneficio de la comunidad, b') incorporar al art. 153 como pena de imposición facultativa, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, c') modificar el régimen de suspensión condicional, subordinando éste para los casos del art. 153 a la imposición obligatoria y no meramente facultativa de alguna de las reglas de conducta del art. 83.1, d') introducir en el art. 88 del Código Penal una previsión específica para el caso de sustitución de penas de prisión o de arrestos de fin de semana impuestas por la comisión de estas infracciones, obligando en estos casos al Juez que acuerde la sustitución a la imposición de alguna de las reglas de conducta mencionadas en el susodicho art. 83.1, e') predeterminar las consecuencias del incumplimiento de las reglas de conducta en los casos de sustitución. Del segundo, la incorporación en el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de una previsión específica de cautelas en los supuestos de faltas de los arts. 617 y 620 del Código Penal; el sometimiento al principio de peti-

(3) *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999*, Madrid, 2000. Vid, asimismo, Circular 1/1998 sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

ción de parte acusadora y la necesaria y previa convocatoria de audiencia en los términos del citado art. 544 bis; exclusiva instrucción de estas infracciones por un solo y mismo Juzgado de Instrucción. Del tercero, tantear formas nuevas de asistencia económica a la víctima, creación en cada sede de las Fiscalías de Servicios de Violencia Doméstica y la llevanza de registros con adaptación a las nuevas tecnologías (4).

De parecida manera también el Consejo General del Poder Judicial analiza la problemática suscitada por la violencia doméstica y propone medidas que "desde el ámbito del Poder Judicial pudieran contribuir a su mejor tratamiento" (5). Entre las más destacadas cabe señalar: a) creación de un Registro de medidas contra la violencia doméstica; b) control de cumplimiento de las medidas contra dicha violencia, que podría contar con adecuada cobertura legal en el art. 105 del Código Penal; c) consideración como delito de los hechos constitutivos de violencia doméstica y reenvío de las actuales faltas a la jurisdicción civil; d) posibilidad de adoptar judicialmente las medidas precautorias que en cada caso sean precisas; e) ampliación del ámbito subjetivo del art. 153, en la línea de extender la esfera de los sujetos pasivos a todos los posibles integrantes de un núcleo de convivencia familiar y de extender el tipo penal para defender a sujetos que presentan idénticas necesidades de protección; f) obligación de ordenar la comparecencia de los afectados y resolver cautelarmente en el Juzgado de Guardia; g) mecanismos de coordinación de las jurisdicciones civil y penal; h) aprobación de un segundo plan contra la violencia doméstica (6).

(4) *Vid, Informe..., cit.*, págs. 48-71.

(5) *Vid, Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*, Madrid, 2001.

(6) *Vid*, la crítica que la Asociación de Mujeres Juristas Themis hace a este informe. Esencialmente valoran de forma negativa la propuesta de desaparición de las faltas de malos tratos del Código Penal y su remisión a la vía civil; la realidad de la aplicación concreta de las medidas cautelares; la práctica judicial de condicionar el cumplimiento de las medidas de alejamiento (cautelares o dictadas en sentencia) a las medidas adoptadas en procedimientos civiles de familia; la mane-

Junto a semejantes sugerencias se han planteado otras muchas de la mano de destacados colectivos enfrentados activamente a la violencia doméstica. Algunas de ellas, a veces discrepantes entre sí, pueden resumirse de la siguiente manera: crear una Fiscalía especial contra la violencia doméstica –más concretamente contra la violencia de género–; dar a las víctimas con todas las garantías apoyo profesional, legal y psicológico; aumentar las penas previstas para estos delitos –distintos sectores defienden el no aumento, pero con cumplimiento estricto de las previsiones del Código Penal–; transformar las faltas relacionadas con este tipo de violencia en delitos –otros, como se ha visto, optan por su exclusión del ámbito punitivo–; garantizar la seguridad de las mujeres que denuncian; programar más recursos para educación y prevención; ejercer la acción popular mediante personación de las Instituciones en los casos en que se haya producido violencia con resultado de lesiones o muerte; publicar listas de maltratadores –hipótesis fuertemente objetada–; nombrar un Delegado especial del Gobierno para dicha violencia; promulgar una Ley Integral contra la violencia de género –cuestión ésta también sumamente debatida–.

Sobre este multiforme ramillete de respuestas y pretendidas soluciones a un muy complejo problema y sobre los limitados objetivos alcanzados por el primer Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, el Gobierno presenta el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004, que pretende continuar el camino emprendido por el primero y subsanar sus carencias. Cuatro son las finalidades principales a conseguir: a) fomentar una educación basada en los valores de diálogo, respeto y tolerancia para evitar que las futuras generaciones reproduzcan los esquemas

ra en que se trata la supresión del régimen de visitas entre el maltratador y los/as hijos/as salvo que aquél demuestre que la comunicación es buena para los menores; el tratamiento de los agresores; la potenciación de la mediación en los supuestos de escasa gravedad de la agresión; la propuesta de formación especializada de los integrantes de judicatura y de la fiscalía. Themis Asociación de Mujeres Juristas. *Réplica al Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la problemática derivada de la violencia doméstica*, Madrid, 2001.

de comportamiento violento que se originan en la existencia de estereotipos sobre géneros y sensibilizar a la sociedad para que adopte una actitud de rechazo y compromiso para su erradicación; b) mejorar la legislación y el procedimiento legal para conseguir la mayor eficacia en los procesos con una mejor protección de la víctima y una penalización más contundente del comportamiento de los agresores; c) completar el mapa de recursos sociales en todo el territorio nacional, a partir del conocimiento, proporcionado por los estudios sobre violencia doméstica; d) potenciar la coordinación entre las actuaciones de los diferentes organismos y de las organizaciones sociales que trabajan en la prevención y eliminación de la violencia doméstica, así como la asistencia a las víctimas. Las actuaciones para conseguir dichas metas se articulan en cuatro grandes áreas: a) medidas preventivas y de sensibilización, que incluyen actuaciones tendentes a la sensibilización, a la formación y a la coordinación; b) medidas asistenciales y de intervención social, destinadas a la creación de recursos para dar respuesta a las necesidades de las víctimas; c) investigación, medidas encaminadas a la obtención de datos fiables y completos sobre la violencia doméstica; d) medidas legislativas y procedimentales, que intentan perfeccionar la cobertura legal a toda la problemática específica del tema de la violencia doméstica sobre medidas preventivas para proteger a las posibles víctimas, medidas sancionadoras contra las personas agresoras, medidas procedimentales con el fin de agilizar los procesos judiciales, y medidas destinadas a paliar los efectos de la violencia en las víctimas (7).

(7) La sola presentación del borrador del mencionado II Plan Integral provocó fuertes críticas. Especialmente intensas fueron las del PSOE, primer partido de la oposición. Lo califica de inconsciente, de no ser un Plan Integral sino una serie de medidas sueltas que sólo contienen, en la mayoría de los casos, únicamente la intencionalidad o el impulso de algo, de ser repetitivo en relación con el anterior, de transmitir la falta de iniciativas y propuestas nuevas, de confundir prevención con publicidad, de no avanzar en las medidas legislativas más allá de "analizar", "impulsar", "instar", etc. Como alternativa señala que los Planes Integrales deben de producirse como desarrollo de una Ley Integral, y deben de contemplar: un compromiso de Gobierno que implique a todos los Ministerios y

En el último de los sentidos indicados, el Plan acoge la mayoría de las propuestas recomendadas por la Fiscalía General y por el Consejo General del Poder Judicial. De este modo, en el ámbito sustantivo se concretan: a) inclusión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de multa para los arts. 617 y 620; b) incorporación al art. 153 de la pena de inhabilitación especial en los términos ya descritos; c) modificación del art. 83, de manera que se condicione la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, en los casos de violencia doméstica, al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de prohibición de acudir a determinados lugares, obligación de comparecer ante el Juez para informar de sus actividades y justificarlas, etc; d) introducción en el art. 88, relativo a la sustitución de las penas privativas de libertad, de una previsión específica para el caso de sustitución de penas de prisión o de arrestos de fines de semana en los supuestos de violencia doméstica, de manera que se imponga alguna de las reglas de conducta del art. 83.1.º; e) regulación de las consecuencias del incumplimiento por parte del imputado de las reglas de conducta impuestas por suspensión y sustitución de la pena; f) inclusión como pena conjunta del delito y falta recogidas en el Código Penal, de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

También en el orden procedimental, la identidad es notoria. Destaquemos las siguientes: regular la posibilidad de que los Juzgados de Guardia puedan adoptar medidas provisionalísimas en caso de separación y divorcio, con el fin de hacer efectiva la separación de hecho respecto del agresor y garantizar así la salvaguar-

garantice la coordinación entre todas las Administraciones; medidas concretas, medibles y evaluables, y el compromiso de su realización; intervención en todas las áreas que contempla la Ley; presupuesto suficiente para cubrir las necesidades actuales, aprobado como tal en los Presupuestos Generales del Estado; un sistema adecuado de seguimiento y evaluación. Además propone hablar de intervención contra la violencia de género y actuar también contra las agresiones sexuales y el acoso, *Vid, Primera valoración del borrador del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica*. Boletines PSOE.

da de los derechos de las víctimas; establecer una nueva medida cautelar por la que se prive al agresor de la tenencia y permiso de armas desde el momento de la interposición de la denuncia por parte de la víctima; realizar las reformas oportunas para que el agresor comparezca ante el Juez o Fiscal en vista pública done se adopten las correspondientes medidas cautelares; simplificar y agilizar los procedimientos penales tanto en los casos de delitos como de faltas mediante la utilización de los juicios rápidos; impulsar desde las Fiscalías la imposición y ejecución de la medida cautelar relativa a que con carácter inmediato el agresor abandone el domicilio conyugal; estudiar la hipótesis de concentración en un mismo juzgado de las causas por delitos y faltas de violencia doméstica; finalizar la informatización de los registros, etc.

Penalmente me parece muy limitada la propuesta. Coincido con las indicaciones que en este campo se presentan –pena alternativa para los arts. 617 y 620, incorporación al 153 de la pena de inhabilitación, modificación del art. 83, ampliación del art. 88, regulación del incumplimiento de las reglas de conducta para la suspensión y sustitución, incorporación a estos delitos y faltas de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas–, que por otro lado son las más aceptadas y coincidentes en la doctrina –pero se han obviado las más conflictivas, aunque en algunos casos necesarias, de las señaladas líneas más arriba, como por ejemplo la concreción del concepto de violencia psíquica, ciertamente de difícil y no imprescindible determinación legal, el reenvío de las vigentes faltas a la jurisdicción civil, o la ubicación sistemática de los contenidos del art. 153–. Son, sin embargo, insuficientes. La regulación penal actual merece una mayor atención reformadora para lograr mejorar los contenidos de las normas dedicadas a esta plaga social y para intentar conseguir mejores niveles de eficacia en la prevención y represión de la violencia doméstica.

Llegamos así a la situación más inmediata por reciente. Dos direcciones marcan la actualidad coetánea con este estudio: una, la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica de 20 de agosto de 2003; otra, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica

e integración social de los extranjeros, de 21 de marzo de 2003, tramitado por el procedimiento de urgencia y que se encuentra próximo a su aprobación final (8).

Con relación a la primera, de marcado carácter procesal y que se asienta en seis principios básicos –principio de protección de la víctima y de la familia, principio de aplicación general, principio de urgencia, principio de accesibilidad, principio de integralidad, principio de utilidad procesal–, intenta unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que "a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal". Para ello se modifica el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se le añade un nuevo y excesivamente enumerativo art. 544 ter. Ciertamente en la Orden se contemplan algunas de las peticiones procedimentales más solicitadas por la doctrina y por las Instituciones que sobre la cuestión se han pronunciado.

En cuanto a la reforma del Texto punitivo, es una necesidad ya demandada desde diversos planteamientos, como se ha puesto de manifiesto líneas atrás. En su conjunto, luego será analizada con mayor concreción, ha de ser valorada positivamente. Supone con-

(8) No es fácil situar fechas, en una tramitación tan rápida como ésta, pero al día de cierre de este escrito, se encontraba en el Senado, Dictaminado por la Comisión, el 10 de septiembre de 2003, en espera de Pleno. Antes, lógicamente de su envío al Senado, fue aprobado por el Pleno del Congreso en fecha de 26 de junio de 2003. Entregado este material para su impresión, y ya en período de trabajos de imprenta, se publica en el BOE, de 30 de septiembre de 2003, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* (en adelante Ley), con entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en el BOE, cuyo contenido coincide exactamente con el aprobado inicialmente por el Congreso, al no ser modificado en el Senado, que es precisamente el que se ha valorado en este escrito. En consecuencia, he optado por mantener la estructura inicial del trabajo con adecuaciones puntuales dirigidas con prioridad a la vigencia de los preceptos legales y a su referencia actualizada.

tinuar y profundizar en el aceptable nivel de respuesta jurídico-penal que han marcado las modificaciones anteriores, superior a la de muchos otros Códigos penales y regulaciones vigentes en esta materia en nuestro entorno cultural que, a su vez, es el más avanzado. Innecesario es añadir que todo es mejorable, como lo es el Texto renovado. En general ha sido bien acogida; por ejemplo, el *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* (en adelante, *Informe Fiscalía*) afirma –en referencia a la violencia doméstica– que "la valoración de la reforma emprendida ha de ser necesariamente positiva en múltiples aspectos por cuanto responde a muchas de las reclamaciones y observaciones efectuadas no sólo a nivel doctrinal sino institucional, algunas de ellas procedentes incluso de esta propia Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial, y, en consecuencia, avaladas por la experiencia práctica recogida en el cotidiano trabajo de Jueces y Fiscales". En parecido sentido se manifiesta el *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto citado de 26 de febrero de 2003* (en adelante, *Informe Consejo*). Por el contrario, el Grupo Parlamentario Socialista, en las diversas intervenciones parlamentarias con ocasión de la tramitación de la Ley, ha señalado, reiteradamente, que las modificaciones "resultan absolutamente insuficientes para hacer frente al grave problema de la violencia de género", para llegar incluso a hacer una Propuesta de veto en el Senado al Proyecto (9).

(9) Tengo que advertir que en mi opinión la reforma de los contenidos penales relacionados con la violencia doméstica no está bien ubicada junto a normas referentes a seguridad ciudadana e integración social de los extranjeros. Técnicamente no tiene explicación fácil, sólo rechazables motivos coyunturales. Además los dos últimos conceptos, sobre todo el primero, son muy mejorables y, por tanto, sometidos a fuertes críticas. Ello, creo, ha incidido en la valoración de algunos Grupos Parlamentarios a la hora de analizar aquélla. Hubiera sido más acertado y mejor planificado unificar todos los proyectos de reforma en curso –además de la Ley analizada, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal– o recientemente

III. PROPUESTAS CONCRETAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Junto a todo lo señalado hasta este momento, procede ahora de forma específica y personal hacer algunas indicaciones de reforma del Código Penal vigente (10), que serán, a su vez, valoradas en atención a la Ley, y ésta en relación a ellas. Las propuestas han de afectar a la ubicación del ya cambiado art. 153 (en adelante para diferenciarlo del modificado, por la Ley, 153 actual lo señalaré como *art. 153*), sobre la concreción del bien jurídico protegido; a la ampliación de los sujetos pasivos relacionados en dicho tipo; a la incorporación de una nueva modalidad comisiva; a la modificación de la penalidad; a la transformación de los supuestos más graves de la anterior falta del art. 617, referidos a la violencia doméstica, en hechos constitutivos de delito con una penalidad menor en relación con el núcleo base del *art. 153* del Código de 1995; a la valoración del concepto normativo de habitualidad y a su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

1. *Bien jurídico y ubicación sistemática*

El primero de los problemas que es necesario afrontar desde una perspectiva no sólo interpretativa de la realidad vigente sino también de propuesta reformadora, es el de la ubicación sistemática del ya cambiado *art. 153*, más desde el momento en que nues-

aprobados –Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas– en uno solo como respuesta político-criminal unitaria; y así situar de manera armónica todos los parámetros legislativos de modificación en torno a una y exclusiva reforma del Código penal, con la lógica incidencia en otras Leyes, como la Ley General Penitenciaria o la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(10) Indicaciones que, en su gran mayoría, han sido planteadas con anterioridad por el autor: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma", en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, págs. 669 y ss.

tro legislador introduce la cláusula concursal del primer párrafo in fine, con la que da a entender que el delito en estudio supone un reproche penal propio y en consecuencia diferenciado de los concretos resultados de la violencia ejercida, que han de ser sancionados independientemente, y, en todo caso, en concurso con aquél. Por eso, y en una primera aproximación, puede sorprender la reiteración legislativa en mantenerlo dentro del Título dedicado a las lesiones, con cuyas figuras ha de concursar en numerosas ocasiones dada la frecuente producción de un resultado en ellas tipificado. Muchas son las voces que han alertado de esta situación, eso sí desde distintas soluciones. La interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2000 afirma que dicha ubicación sistemática dentro de las lesiones "en una visión superficial daría a entender que el bien jurídico que se protege es la integridad de la persona". Dicha opción conduce inevitablemente a romper el alcance y significado de la regla concursal y perturba su objetivo de salvar los posibles problemas de doble incriminación por un mismo hecho conculcador de idéntico bien jurídico, con lo que ello supone de incidencia negativa en el principio *non bis in idem*. Clarificadora en esta línea es la reciente STS de 22 de enero de 2002, cuando niega que el bien jurídico protegido por este delito sea propiamente la integridad física de los agredidos, "si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*".

En parecido sentido se decanta la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado que advierte que la referida ordenación sistemática ha suscitado un erróneo entendimiento de algunas cuestiones que afectan al tipo. Desde esta posición mantiene que pese a dicha sistemática el *art. 153* "no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrán reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la Constitución: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la pro-

tección de la condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39)". Sobre este planteamiento inicialmente pluriofensivo, la Circular se decanta finalmente con prioridad por la paz y la convivencia familiar.

Semejante línea argumental es mayoritaria en la jurisprudencia más reciente. Destaca en este sentido, la STS de 24 de junio de 2000 que reitera el carácter diferenciado del delito de maltrato familiar del *art. 153* y lo estima "un *aliud* y un *plus* distinto de los concretos actos de agresión". Y ello es así para la sentencia en cita, porque a pesar de su situación sistemática dentro del Título III, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos. Toda esta reflexión lleva, sin embargo, a parecida conclusión a la expuesta por la Fiscalía: "el bien jurídico protegido es la preservación de ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar".

Con una visión menos rotunda y más abierta a otras hipótesis, la STS de 26 de junio de 2000 cree que la susodicha norma es "creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno" (11). Más ecléctica, la STS de 22 de enero de 2002, intenta combinar, a

(11) En igual sentido, entre otras, SSTS de 18 de abril de 2002, 16 de mayo de 2002, 28 de febrero de 2003.

manera de resumen, el bien paz familiar, parece que con preferencia, con el derecho señalado a no ser sometido nadie a trato inhumano o degradante. En cualquier caso, es de destacar la inclinación jurisprudencial por el bien jurídico paz familiar y la consecuente propuesta de agrupación de estas conductas dentro de "los delitos contra las relaciones familiares" (12).

La doctrina es bastante más heterogénea en sus planteamientos. No faltan los autores que mantienen como bien jurídico protegido la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima (13). Otros, la dignidad de la persona en el seno de la familia (14) o la integridad moral como manifestación del principio de dignidad humana (15), o la integridad moral, como valor constitucional y como objeto de protección penal específica a través de los arts. 173-177 del Código Penal que integran el Título VII del Libro II del mencionado Texto (16). Para GÓNZALEZ RUS es la incolumidad o indemnidad personal (17). Algún sector tradicional estu-

(12) *Vid*, en este sentido: sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2000.

(13) En esta línea *vid.*: GRACIA MARTÍN, Luis y otros, *Comentarios al Código Penal*. PE, Tomo I, Valencia 1997, págs. 423-424. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. PE, 12.^a ed, Valencia 1999, pág. 106. Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos de lesiones*, Valencia 1997, pág. 33. MAQUEDA ABREU, María Luisa, "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 1524-1529. CORTES BECHIARELLI, Emilio. *El delito de malos tratos familiares*, Madrid, 2000, págs. 42 y ss.

(14) *Vid*, RUIZ VADILLO, Enrique y otros. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid, 1997, pág. 1923. CARBONELL MATEU, J.C.-GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pág. 801.

(15) *Vid*, CAMPOS, Cristóbal, "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar", en *Revista Penal*, 2000, pág. 20.

(16) *Vid*, OLMEDO CARDENETE, Miguel, *El delito...*, *cit.*, págs. 43 y ss.

(17) Estima el autor en cita por incolumidad o indemnidad personal, "estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio y que se traduce en un estado de tranquilidad y seguridad física y psíquica que debe de asegurarse a

dioso de las lesiones se ha inclinado incluso por el honor (18). Más recientemente ACALE SÁNCHEZ se decanta por la protección de núcleo familiar, por un lado, y, por otro, por la tutela del concreto miembro del ámbito familiar (19). Por último, están los autores que ante semejante situación se inclinan por la naturaleza de delito pluriofensivo, con diversidad de bienes jurídicos protegidos, en una síntesis de los enunciados con anterioridad y en parte con la línea seguida por nuestra jurisprudencia (20).

De todas estas opciones defendidas por doctrina y jurisprudencia se me decanta como la más idónea aquélla que sitúa el bien jurídico protegido en la integridad moral. Las razones que argumentan esta afirmación están en la propia naturaleza del tipo hasta hace poco regulado en el *art. 153*, su ampliación a la violencia psíquica, la extensión de los sujetos que rompe el estricto marco del ámbito familiar, su compatibilidad concursal con las lesiones y los efectos que el desarrollo prolongado de los comportamientos descritos en el tipo tienen sobre la víctima (21) y que conducen directamente a

las personas que señala el precepto en las relaciones que mantengan entre sí". GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Compendio de Derecho Penal Español*. PE, Madrid, 2000, pág. 105.

(18) *Vid*, VERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pág. 27. GUALLART DE VIALA, Alfonso, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid, 1992, pág. 96.

(19) ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, págs. 132 y ss.

(20) *Vid*, GÓMEZ RIVERO, C., "Algunos aspectos del delito de malos tratos", en *Revista Penal*, 2000, pág. 71.

(21) *Vid*, en este sentido, las hipótesis desarrolladas por Lorente Acosta-Lorente Acosta sobre el síndrome de la mujer maltratada, extensible a los niños maltratados. LORENTE ACOSTA-LORENTE ACOSTA. *Agresiones a la mujer. Maltrato, violación y acoso*, 2.^a ed, Granada, 1999, pág. 100. También: OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito...*, *cit.*, págs. 46-49. Sin embargo, la STS de 2 de abril de 2003 parece, en principio, contradictoria en la admisión de semejantes presupuestos al estimar el recurso presentado por entender que los actos declarados probados refieren actos de violencia causantes de un menoscabo a la salud física de miembros de la familia y de amenazas que bien podrían ser subsumidas en el art. 153, pero que carecen de la nota de envilecimiento que corresponde al

la tesis aquí defendida. Aceptada esta hipótesis la propuesta concreta de modificación legislativa cae por sí misma: traslado de los contenidos del susodicho *art. 153* al Título VII, del Libro segundo –De la tortura y otros delitos contra la integridad moral–, bien como números correlativos del actual 173 –su contenido de ahora sería el número 1, reservándose el 2 y el 3 para la violencia doméstica– o bien con la creación de un nuevo *art. 173 bis*.

Esta es precisamente la hipótesis por la que, acertadamente, opta la Ley que traslada las hipótesis del referenciado *art. 153*, con alguna modificación, a los nuevos números 2 y 3 del *art. 173*, bajo el citado epígrafe del Título VII. Cambio saludado positivamente tanto por el *Informe Consejo* –"la reforma proyectada, en cuanto tipifica el delito de violencia doméstica habitual como delito contra la integridad moral, de forma coherente con el bien jurídico tutelado por este delito, aparte de solucionar un problema concurral entre los *arts. 153* y *173* CP, ubica sistemáticamente de forma adecuada el delito de que se trata en atención a su contenido de injusto y expresa de forma más correcta que no se trata sólo de un atentado a la integridad o a la salud física o psíquica como bien jurídico del delito de lesiones" (22)– como por el Informe Fiscalía –"aunque lógicamente la decisión pudiera haber recaído a favor de

tipo penal del *art. 173*. Sin embargo, en el propio Fundamento de Derecho quinto asume como conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación moral "sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral". Los hechos probados se resumen así: conminó a su hijo con un martillo para que le entregara la llave de la caja fuerte, arrancó un mechón de pelo a su esposa, tiró una silla en la cabeza a su esposa, reventó a su hijo la nariz de un golpe, le dijo a su hijo que le iba a dejar en una silla de ruedas, apuntó en diversas ocasiones a su esposa con la carabina en la cabeza, le dijo a su hijo que se va a tomar la justicia por su mano y que iba a matar a su madre. Difícilmente se puede mantener que no exista un atentado grave contra la integridad moral en estos comportamientos habituales de violencia física y psíquica. Falta precisamente, para solventar cualquier duda al respecto, el mencionado cambio de ubicación sistemática del actual 153 al *art. 173* bajo la titulación de los delitos contra la integridad moral.

(22) Pág. 31.

otras posibilidades, la opción puede estimarse acertada, pues conecta el hecho con la esencia de una manifestación directa de la dignidad humana (...). El bien jurídicamente protegido recibe de ésta forma un mejor tratamiento sistemático" (23)–.

2. Ampliación del círculo de sujetos del delito

Tradicionalmente la regulación de esta variedad de violencia ha puesto de manifiesto, tanto en el derogado art. 425 como incluso en el 153, en su atendida extensión antes de la Ley, la necesidad de que la protección penal que con ella se pretende se extienda a situaciones y personas que actualmente no aparecen bajo el cobijo de dicha tipificación. Semejante apreciación ha sido puesta de manifiesto con frecuencia por los estudiosos del tema y por los diversos informes emitidos al respecto. De esta manera, recuérdese cómo el Informe de la Fiscalía General del Estado se manifiesta favorable a comprender en el *art. 153* a los descendientes del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente, a los ascendientes también del cónyuge o conviviente, a los hermanos e hijos de hermanos, siempre que los parientes señalados formen un núcleo de convivencia familiar o que el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial se decide en parecido sentido. Ciertamente es, como señala el primero de los informes, que el tipo penal debe tener un límite bien definido "pues no puede pretender una expansión incontrolada o irrazonable, a la luz de las exigencias de taxatividad y certeza que la doctrina del Tribunal Constitucional extrae del principio de legalidad garantizado en el art. 9.3 de la Constitución"; pero también lo es, como igualmente se indica en el Texto en cita, que desde el punto de vista de las necesidades de protección social y vista la experiencia aplicativa más reciente, "la configuración actual del tipo objetivo se nos presenta en exceso corta y precisada en todo caso de complemento".

(23) Pág. 24.

El problema, pues, no está en la necesidad de ampliación que parece mayoritariamente asumida si no en su alcance. Punto importante de partida es la afirmación jurisprudencial, ya citada, de que el tipo del *art. 153* fue creado con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia (24). Es necesario entender la referencia familiar, por los propios componentes del mencionado precepto, en su sentido más lato de núcleo de convivencia doméstica, tanto en su vertiente estricta como necesariamente en sus asimiladas formas de convivencia o incluso de pasada convivencia.

Con semejante perspectiva, la propia redacción vigente acepta no sólo diversos tipos de relación familiar en convivencia sino también hipótesis de naturaleza análoga e incluso, en algunos casos, sin la exigencia de convivencia actual, como es en los supuestos en que la persona maltratada haya sido cónyuge del sujeto o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad. Este acertado enfoque que se le ha dado al precepto aleja de su esencia la supremacía totalizadora de la paz familiar como exclusivo objeto de protección y de delimitación del tipo, aunque en la mayoría de los casos se verá afectada, y abre las puertas a perspectivas más amplias.

En este último sentido, y comenzando nuestra propuesta de modificación por el propio núcleo familiar, es necesario ampliar su contenido a descendientes del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente, además de los hijos tal y como se presenta en la actualidad; de igual manera y en reciprocidad hay que incluir, junto a los ascendientes que con el sujeto conviven, a los del cónyuge o conviviente que con ellos igualmente convivan; asimismo a los hermanos e hijos de hermanos de aquéllos que estén integrados en dicha esfera familiar. Como bien justifica la citada Circular de la Fiscalía General, hay que entender que la violencia sufrida por un nieto o nieta de parte de su abuelo, o viceversa, cuando se da la convivencia exigida, o la sufrida por un hermano consan-

(24) *Vid.*, sentencias de 26 de junio de 2000 y 22 de enero de 2002.

guíneo o afín en las mismas circunstancias de convivencia, merecen un tratamiento homogéneo desde el punto de vista de la lucha contra la violencia doméstica (25). Es necesario, además, incluir a los hijos propios con los que no se convive, con lo que se amplía el ámbito de la violencia ejercida en no convivencia actual, del excónyuge y de la persona que ha estado ligada al autor por una relación análoga de afectividad al hijo propio (26). Pero con todo ello se me antoja todavía poco logrados los objetivos y alcance que al tipo le otorgo. La exclusión de determinados parientes en línea colateral –tíos, sobrinos, etc.– o por afinidad –cuñados, suegros, etc.– que pueden encontrarse en parecida situación de vulnerabilidad doméstico-familiar me inclina a introducir una especie de cláusula general que pueda atender a estos supuestos, en el sentido de "persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar del sujeto activo".

Con parecida amplitud hay que interpretar y coherentemente rectificar en su formulación legal, el alcance del concepto de "persona que esté o haya estado ligada al sujeto de forma estable por análoga relación de afectividad". Jurisprudencialmente parece que la cuestión referida a la extensión de lo que ha de entenderse por análoga relación de afectividad no presenta excesivos problemas. La STS de 11 de mayo de 1995 es clarificadora al afirmar, sobre los contenidos del antiguo art. 425, que "como es

(25) *Vid, Circular..., cit.*, pág. 49.

(26) *Vid, en este sentido: CARBONELL MATEU, J.C.-GONZÁLEZ CUSAC, J.L. Comentarios..., cit.*, pág. 802. ACALE SÁNCHEZ, María. *El delito..., cit.*, pág. 162. OLMEDO CARDENETE, Miguel, *El delito..., cit.*, pág. 57. La aseveración de la no convivencia no quiere decir, como bien apunta GONZÁLEZ RUS, que la convivencia entre autor y víctima pierda su papel central en el injusto típico. Ocurre que en ciertos supuestos, los dos aludidos más el propuesto de los hijos propios, se permite extender la tutela a situaciones donde en el momento de realizarse la conducta violenta no hay convivencia pero necesariamente la ha tenido que haber con anterioridad en el matrimonio, en la relación de pareja o, en el caso del hijo propio, entre padres e hijos. *Vid: GONZÁLEZ RUS, Juan José. Addenda..., cit.*, pág. 16.

sabido, la relación conyugal es la que une al marido y a la mujer, es decir, a las personas de distinto sexo que han contraído matrimonio (...). Debe de concluirse, pues, que por relación personal análoga al matrimonio habrá de entenderse únicamente la existente entre personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, convivan de hecho *more uxorio*, lo que usualmente se conoce como parejas o uniones de hecho". No es esa, sin embargo, opinión pacífica en la doctrina, que se debate con posiciones encontradas sobre la posibilidad de incluir en el susodicho concepto a las parejas de hecho homosexuales. Un importante sector se decanta con claridad por incluir a las personas del mismo sexo, ya que el precepto lo que parece exigir es la existencia de una relación de "afectividad" que no queda anulada por tratarse de personas de igual sexo, con lo que no encuentran razones para su exclusión (27). Por el contrario, otro grupo de autores se manifiestan en línea con la tesis del Tribunal Supremo, aun manifestando, en la mayoría de los casos, la injusticia de este su propio planteamiento. Acaso la tesis más coherente con esta última idea la haga OLMEDO CARDENETE al afirmar que, con independencia de su justicia o injusticia, "lo cierto es que se corre el riesgo de incidir en una verdadera analogía en contra del reo. La razón reside en que en el juicio de analogía la identidad de razón exige que se produzca una coincidencia de los elementos esenciales que integran los casos concurrentes (matrimonio y pareja de hecho), por lo que en la medida en que se siga considerando la heterosexualidad como un requisito esencial del matrimonio no cabe asimilar las uniones de hecho homosexuales a la relación conyugal. La legítima aspiración político-criminal que sostiene tal asimilación choca a nuestro juicio con la garantía cri-

(27) En este sentido, *vid.*, entre otros: CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "El delito de violencia habitual en el seno de la familia", en *Poder Judicial*, 1993, n.º 32, pág. 12. GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Comentarios...*, *cit.*, pág. 437. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Addenda*, *cit.*, pág. 15. GARCÍA ALVAREZ, Pastora-CARPIO DELGADO, Juana de, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, págs. 56-57.

minal derivada del principio de legalidad" (28). Aunque inicialmente me adscribo a la primera de las opciones indicadas, pues me parece factible sobre el texto vigente una interpretación extensiva integradora de las parejas homosexuales sin que ello conculque principio alguno, dada la situación nada pacífica de la cuestión estimo más acertado, en línea con lo ya propuesto por CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC (29), sustituir la referencia a "análoga relación de afectividad" por la de "relación estable de pareja", con lo que el debate deja de tener sentido al ser un concepto de amplio contenido, integrador de cualquier clase de relación, es decir, tanto las hetero como las homosexuales.

Otras dos cuestiones de cierta importancia presentan dudas interpretativas. La primera es la necesidad o no de convivencia con respecto a los que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho con respecto al sujeto activo, desde el momento en que el *art. 153* diferenciaba alternativamente dos bloques: uno, "sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con el convivan"; otro, "o que se hallen sujetos a la potestad (...)". Puede considerarse, y así lo hacen algunos autores, que al no requerirse expresamente en el segundo la exigencia de convivencia, ésta no es necesaria. No es la opinión mayoritaria ni tampoco creo que la acertada, dado que se trata de un simple giro de redacción, que ha de seguir la dinámica general de la propia esencia del tipo, pues como atinadamente argumenta OLMEDO CARDENETE, "si en relación con las personas que poseen una relación más estrecha con el autor el legislador exige la convivencia, con mayor razón lo exigirá respecto de aquellos sujetos pasivos que tan sólo poseen una vinculación mediata con aquél a través del cónyuge o conviviente" (30). En cualquier caso, también me parece procedente, la

(28) OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito...*, cit., pág. 53.

(29) Vid, CARBONELL MATEU, J.C.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal...*, cit., pág. 141.

(30) OLMEDO CARDENETE, Miguel, *El delito...*, cit., pág. 55. Vid, asimismo: GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Addenda...*, cit., págs. 16-17.

incorporación de un añadido que aclare definitivamente el tema: "o que, con igual convivencia, se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno o de otro".

La segunda, gira alrededor del concepto de guarda de hecho. De parecida manera es susceptible de una valoración restrictiva equiparable a su significado civil, y de una amplia, de contenido fáctico no normativo, que, según GONZÁLEZ RUS, incluye las actividades de guarda sobre menores o incapaces, situaciones de tutela o guarda administrativa, relaciones profesores-alumnos en internados, empleados o funcionarios de asilos, hospitales, etc, con excepción de centros militares e internos en centros penitenciarios (31). La solución no es fácil, por un lado la desmesurada utilización del tipo puede llevar a consecuencias no deseadas para el principio de legalidad y la prohibición de analogía; por otro, sin embargo, no parece conveniente dejar sin esta forma de protección a víctimas especialmente vulnerables, menores o incapaces y ancianos, que de manera permanente habitan en residencias, que han de ser consideradas como su hogar en cuanto a la estructura de su permanencia en él y donde, al igual que los sujetos relacionados expresamente por el precepto, pueden caer en una situación de debilidad ante los más fuertes. Con la idea de esta segunda posibilidad, que excluye situaciones coyunturales como hospitales, colegios, etc, cabe la inclusión expresa en el tipo de una referencia general "a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados y cuya permanencia suponga convivencia en éstos".

Todo lo explicitado en este epígrafe me lleva a redactar la siguiente propuesta de reforma, referida a los sujetos: "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 relación estable de pareja, o sobre los hijos propios que convivan o hayan convivido con él, o sobre el resto de descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza adopción o afi-

(31) *Ibid.*, pág. 17.

nidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que con él convivan o que, con igual convivencia, se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, 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 centro públicos o privados y cuya permanencia suponga convivencia en éstos".

La reforma también se detiene en esta cuestión. Inicialmente los planteamientos son muy parecidos a los aquí propugnados. En referencia al Proyecto inicial únicamente dos diferencias dignas de ser destacadas: una, de cierto calado, el mantenimiento de la "análoga relación de afectividad", en vez de la "relación estable de pareja" que propugno para dar entrada expresamente, como se ha dicho, a las parejas homosexuales; otra, la no incorporación en el inciso final en atención a las personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados de la advertencia de que la permanencia suponga convivencia en éstos. Con la primera se ha perdido una excelente oportunidad de equiparación jurídico-penal de las parejas sin necesidad de atender a su definición sexual, que creo poco importa para afrontar penalmente este tipo de conductas.

En sede de Comisión en el Congreso se introduce, luego ratificada por el Pleno, una importante variable que no estaba en el texto original: el añadido a la análoga relación de afectividad, de la posibilidad de que se dé "aún sin convivencia". No creo que esta ampliación venga a mejorar el contenido, pues rompe con uno de los criterios esenciales que fundamentan el precepto: la convivencia pasada o actual de los sujetos, como clave del cada vez más amplio concepto de doméstica. Cierto es, como argumentan algunos de los enmendantes en este sentido, que dicha extensión, surgida inicialmente de las conclusiones de la subcomisión de violencia doméstica, quiere dar cabida a las agresiones perpetradas por aquéllos que tienen o han tenido una relación de afectividad sin convivencia, porque "la realidad demuestra que en muchos casos la conducta descrita se da con gran frecuencia en relaciones

de pareja que no han convivido nunca" (32), pero también lo es que su excesiva amplitud puede diluir el fundamento del propio precepto, cuando dichas conductas pueden tener cabida perfectamente en otros tipos del Código penal.

Valoración positiva para el Anteproyecto, donde no se ubica, como se ha comentado, la no convivencia, por parte del *Informe Consejo* –"el anteproyecto aborda adecuadamente la cuestión del círculo de sujetos pasivos, contemplando situaciones de dependencia o de subordinación que hasta ahora no obtenían la adecuada respuesta en el Código Penal (33)"– y del *Informe Fiscalía* –"igualmente, constituye un acierto encomiable que se proceda a una mejor delimitación del círculo de sujetos pasivos (34)". En ninguno de los dos casos se alude a la posibilidad de ensanchar el concepto de "análoga relación de afectividad" con las hipótesis de no convivencia.

3. La cuestión de la omisión impropia

Otro tema no resuelto con claridad en la regulación específica del Código en relación a estos delitos es el de la conducta omisiva del que teniendo obligación de impedir los comportamientos de agresión doméstica no lo hace. Acaso el primer problema a resolver, y que ya muestra la división de la doctrina alrededor de estas hipótesis, es el de la naturaleza del delito, esto es, si nos encontramos ante un delito de simple actividad o de resultado, cuestión orientadora de las posibles soluciones frente a actuaciones de esta índole. Parece que la opinión inicialmente mayoritaria se inclina por la primera de las soluciones, fundamentalmente de la mano de los autores que defienden como bien jurídico protegido del *art. 153* –o de su similar en el Código anterior– la integridad física y

(32) Enmienda número 177 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. En igual sentido, la número 143 del Grupo Parlamentario Catalán.

(33) Pág. 32.

(34) Pág. 24.

la salud, en línea con su ubicación sistemática dentro de los delitos de lesiones. En este sentido se manifestó CERVELLÓ DONDERIS que rechaza la necesidad de un resultado material, pues el tipo "se cumple con las acciones de maltrato" (35). Con parecida convicción y sobre la base de su estimación como un delito de peligro abstracto, GRACIA MARTÍN no encuentra base legal alguna para requerir la producción de un resultado concreto (36). También MAQUEDA ABREU aunque desde la perspectiva de su estimación como tipo de peligro concreto (37). GONZÁLEZ RUS llega a la misma conclusión desde la defensa de la incolumidad o indemnidad personal como bien protegido (38). La posición contraria la inicia CUELLO CONTRERAS en atención al antiguo art. 425, sobre bases doctrinales y legislativas comparativas alemanas, esencialmente en apreciaciones de HIRSCH, de que la violencia física del precepto citado exige la producción de un efecto sobre el cuerpo humano, al igual, incluso que el menoscabo a la salud mental (39). Después han defendido esta opción estructural de delito de resultado material, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, DOLZ LAGO, ACALE SÁNCHEZ y OLMEDO CARDENETE (40). Para este último, "la búsqueda del resultado material no tiene que centrarse individualmente en cada uno de los actos de violencia sino, por el contrario, en el efecto que sobre la víctima despliega el ejercicio sistemático de la violencia física y psíquica. Y para su concreción, desgraciadamente, basta con remitirse a las consecuencias que física y psíquicamente comporta el síndrome de la mujer maltratada y sus peculiaridades para los casos en los que

(35) Vid, CERVELLO DONDERIS, V. "El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección", en *Poder Judicial*, 1994, n.º 33, págs. 57-57.

(36) Vid, GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Comentarios...*, cit., págs. 424-425.

(37) Vid, MAQUEDA ABREU, María Luisa. *La violencia...*, cit., pág. 1.530.

(38) Vid, GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Addenda...*, cit., pág. 18.

(39) Vid, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El delito...*, cit., págs. 11-12.

(40) Vid, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, pág. 33. DOLZ LAGO, "Violencia doméstica habitual: mitos y realidades", en *La Ley*, n.º 5047, 2000, pág. 2. ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito...*, cit., págs 96-101. OLMEDO CARDENETE, Miguel, *El delito...*, cit., pág. 64.

son los menores las víctimas de la violencia habitual. Ése y no otro es el verdadero resultado del delito" (41).

La jurisprudencia también se muestra titubeante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 8 de abril de 1997 se decanta por la primera de las hipótesis al afirmar que "el delito se comete por la realización de actos de violencia física, no siendo preciso un resultado lesivo, pero sí su reiteración –al exigir habitualidad– de tal manera que se convierte en un tipo de conducta". Contrariamente otras sentencias al admitir su producción por comisión por omisión se definen por el delito de resultado –a título de ejemplo, STS de 22 de enero de 2002–.

Este último es un de los efectos más relevantes de la solución que se adopte, pues la aceptación de un resultado o no subordina, en principio, la hipótesis delictiva de la comisión por omisión (42). El problema va a ser afrontado sobre la base de mi convicción de estar ante un delito de resultado.

La jurisprudencia ha dado soluciones dispares a este tema, a pesar de que los supuestos de hecho enjuiciados son muy parecidos, por no decir prácticamente iguales. Tres son los bloques en los que se pueden agrupar.

A) El primero de ellos dirige la calificación hacia los delitos contra la Administración de Justicia y en concreto a la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución del art. 450. Es el caso de la STS de 19 de mayo de 2000, que cubre el supuesto de A.M. madre de un menor que es sabedora de los golpes, malos tratos, latigazos que F.J., varón que convivía de forma estable con ella, propinó en diversas ocasiones al hijo de aquélla cuando pasaba con ellos los fines de semana, puentes y vacaciones. La resolución del Tribunal Supremo confirma la de instancia que aplica en el supuesto de la mujer el número 2 del mencionado art. 450 porque "era concedora de todos estos

(41) *Ibid.*

(42) En sentido contrario se manifiesta Gracia Martín. *Vid.*, GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *Comentarios...*, *cit.*, pág. 465.

hechos (se refiere a los malos tratos de que el menor era objeto) sin que en ningún momento lo pusiera en conocimiento de la Autoridad o sus agentes".

Es más la citada sentencia acepta la aplicación al supuesto descrito de la agravante de parentesco, porque "la agravación se sustenta en el incremento del desvalor que representa, en la conducta de la acusada, su relación materno filial y la posición de garante que le imponía el deber moral y la exigencia legal de velar por su hijo recabando el auxilio de la Autoridad para impedir el maltrato que el menor venía sufriendo con su conocimiento. De contrario no cabría argüir la dispensa legal de la obligación de denunciar, que el art. 261.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al cónyuge del delincuente —y hemos de entender actualmente que también al que está ligado a él por análoga relación de afectividad—, puesto que la acción típica desvalorada es la de no impedir el maltrato del menor recabando para ello el auxilio de la autoridad, no la de abstenerse de denunciar el delito de maltrato ya cometido antes. Y así lo expresa la Sentencia recurrida al poner de relieve (Fundamento de Derecho Sexto) que lo que se castiga en el inciso 2.º del art. 450 no es la simple denuncia de determinados delitos sino la omisión de aquélla mediante la cual podía evitarse el delito".

B) Esta sugerente propuesta de la mencionada sentencia no fue atendida, con anterioridad, por la de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de febrero de 2000. Valora esta última un supuesto parecido que no igual en el que J.M. esposo de V. repite actos violentos de idéntico contenido, con proximidad cronológica, contra D., hijo de ambos; no constando que V. participase en las agresiones a D., ni activa ni pasivamente. En relación con la posible autoría y participación ya de forma activa, ya pasivamente de la acusada V, en los delitos que le imputó la acusación pública, entiende "que no se ha producido prueba mínima de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de la acusada. Existen sospechas o conjeturas, pero éstas son del todo insuficientes para basar sobre ellas la condena de V., y también que lo pre-

senciase salvo en una ocasión, en los momentos finales en que su marido al ir a pegar al niño y ponerse V. en medio para evitarlo, llevándose ella los golpes dirigidos en principio al bebé, relatando al Tribunal que nunca llegó a imaginar que su marido pudiera agredir a su propio hijo, un bebé de escasos meses, ni siquiera cuando se lo advirtió el médico especialista. Por otra parte, de conocerlo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 454 del Código Penal estaría exenta de pena (encubrir al cónyuge)". Lo que verdaderamente es de nuestro interés para el análisis que se está realizando es el inciso final del Fundamento de Derecho transcrito. En él, como se ha podido comprobar, se remite a sensu contrario a la hipótesis de art. 454, con lo que se deduce que en el caso de haber existido pruebas suficientes del conocimiento de la madre de los malos tratos del padre sobre el hijo de ambos, la ubicación típica de dicha conducta materna estaría dentro del encubrimiento. Tesis esta de muy difícil aceptación (43).

C) Como es complicado de compartir todo el fundamento de la susodicha sentencia tal como es presentada en la absolución del comportamiento de la madre. Tanto es así que la STS de 26 de junio de 2000 casa en esa parte los contenidos de aquella sobre presupuestos de comisión por omisión. Afirma esta última sentencia con rotundidad que cuando el sujeto no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante más en estos supuestos en los que los deberes de protección y garante que "la madre tiene respecto de su hijo derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal insito en el art. 154 del Código Civil, que impone a la madre velar por el niño e incluso recabar el auxilio de la autoridad en su caso para dicho cumplimiento". En el caso que nos ocupa la conclusión de la Sala no es otra que la de estimarla autora por omi-

(43) De manera indirecta también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 1998 alude a esta posibilidad.

sión, en relación con el delito de violencia habitual *del art. 153*, en cuanto, acepta su posición de garante y entiende que la no evitación del resultado lesivo a de equipararse a su causación positiva, ya que atendiendo a la valoración de los hechos probados se describe que "había sido informada por el médico pediatra de las agresiones de que era objeto el niño y de la circunstancia, también probada, de que los hematomas eran perfectamente visibles" y que, en consecuencia, su conocimiento y pasividad la convierte en autora del mencionado delito, tanto más desde la entrada en vigor en el Código de 1995 del art. 11 que regula de manera genérica la susodicha comisión por omisión.

Con destacada intensidad profundiza en este sentido, aunque con conclusión e hipótesis previa distinta, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 1998. Revoca la sentencia de instancia que reputó autora por omisión de un delito de violencia continuada del *art. 153* con base en el art. 11 del Código Penal a M. P., madre de un menor a quien su pareja J. había hecho objeto de malos tratos habituales, sin que aquélla los denunciase. Parte la mencionada sentencia de la Audiencia de admitir que el elemento central de la fórmula del artículo es el criterio de la equivalencia al exigirse que la no evitación del resultado equivalga a su causación, puesto que se trata de imputar un resultado típico a una omisión del mismo modo que se imputa dicho resultado a una acción que lo causare, "siendo precisamente tal equivalencia o identidad estructural la que permitirá admitir que un tipo penal pueda realizarse tanto por acción como por omisión". Junto al juicio formal de equivalencia el art. 11 requiere la posición de garante al exigir la infracción de un especial deber jurídico del autor. Este último no lo presenta como desencadenante en todos los casos de la identidad estructural entre la acción y la omisión porque "la expresión "se equiparará" (la omisión a la acción) no puede interpretarse en su sentido gramatical estricto, como un mandato de automática equiparación "ex lege" cuando concurren las fuentes formales a que alude (...) por cuanto sería incongruente con el inciso primero del precepto donde, junto al especial deber jurídico que el

segundo concreta, se exige que las conductas sean equivalentes en el sentido del texto de la Ley".

En consonancia con lo anterior la susodicha sentencia de 20 de febrero de 1998 interpreta que la presencia de la posición de garante de M.P. con respecto a su hijo al estar obligada por la ley a velar por él, no será sin embargo suficiente para considerarla autora por omisión de las infracciones penales por las que fue acusada, pues para ello sería preciso "tal como se viene argumentando que la no evitación del resultado equivaliera a su causación "según el sentido de la ley", requisito que no puede estimarse concurrente en el supuesto analizado por cuanto ceñida en la instancia la omisión de la acusada a la falta de denuncia por su parte de las acciones que iba ejecutando quien se hallaba unido sentimentalmente a ella de manera estable, ya a la autoridad o sus agentes, ya a los facultativos que atendían al hijo menor de ambos de los menoscabos físicos que se ocasionaban, considera el Tribunal que no puede decirse que quien no denunció las agresiones sufridas por el menor ejerció habitualmente violencia física sobre éste y le lesionó. Al no ser factible en el caso enjuiciado conjugar los verbos típicos en presencia del hecho omisivo que trata de subsumirse en él, no podrá afirmarse que la no evitación del resultado fue equivalente a su causación".

De la tesis anterior, coherentemente argumentada según sus postulados (44), se aleja la STS de 22 de enero de 2002 que sobre hechos probados prácticamente idénticos a los anteriores (45) afirma con

(44) OLMEDO CARDENETE la critica con cierta dureza sobre todo en razón a la reiterada identificación que hace de la omisión de la víctima con su falta de denuncia de los hechos. En esta línea, y con apoyo doctrinal de *Gimbernat*, admite como evidente que las consecuencias perniciosas provienen del ejercicio de la violencia por parte del autor de las agresiones, pero también que cabe aceptar la cuasicausalidad de la omisión impropia dolosa al poder afirmarse que el resultado no acaecería si el sujeto garante hubiera adoptado las medidas oportunas que estaban a su alcance, por lo que cabe, junto al deber de garante, mantener el juicio de equivalencia, y en consecuencia afirmar la existencia de la omisión impropia. *Vid:* OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito...*, *cit.*, págs. 70-74.

(45) Comportamiento omisivo de la mujer, ocupando la posición de garante, al no haber evitado la producción habitual de resultados lesivos a la víctima

rotundidad que "la imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el "deber de garantía" o "posición de garante" que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva". En consecuencia ratifica la condena de instancia de ambos acusados, en concepto de autores de un delito de malos tratos del *art. 153*, en el caso de la madre en comisión por omisión.

Más allá incluso va, en este último sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 6 de junio de 2000, con una curiosa conclusión de equiparación alternativa en la responsabilidad: "Como decimos, se considera correcta la imputación a ambos acusados del delito de violencia habitual, al quedar acreditado que las agresiones se produjeron en el periodo en que los dos eran los únicos adultos que convivían con la menor. Que ambos participaron en diferentes agresiones ya se ha fundamentado, haciendo propios además los fundamentos del juez "a quo". Pero es que además, en último caso no se considera especialmente relevante determinar quién fue el que en cada momento golpeó a la niña. Los golpes se produjeron de forma sucesiva y continuada (en sentido gramatical) en los seis días que quedó con ellos, siendo patentes las lesiones que padecía. Hallándose los dos acusados al cuidado de la menor, obligación voluntariamente asumida, se encontraban claramente en posición de garantes frente a la violencia que se desarrollase dentro del ámbito familiar. Ante ello, su conducta, aun de no ser causante directo de las lesiones, pero con su conocimiento se estuviesen consintiendo, podría tener su inclusión en el art. 11 CP, esto es la comisión por omisión, dada la obligación legal del que asume la guarda y cuidado de un menor de proteger su integridad física, más aún dentro de la morada familiar".

menor, su hijo, ocasionados materialmente por su compañero sentimental, con el manifiesto conocimiento y consentimiento de aquélla.

En definitiva, dos propuestas de interés, encontradas entre sí, y una desechable como es la remisión al art. 454 y en consecuencia al encubrimiento. Ambas, la posibilidad de aplicación del art. 450, fundamentalmente en su número 2, y la propia de la comisión por omisión en aplicación genérica del art. 11, presentan luces y sombras que hacen incompleta cualquier decisión que se tome. Así lo ha entendido la doctrina que del tema ha tratado con cierta profundidad y la jurisprudencia cuyas diversas alternativas ponen de manifiesto su complejidad. Precisamente por ello, entiendo conveniente aclarar definitivamente la cuestión con el añadido de un nuevo párrafo al art. 173 número 4, en la propuesta de cambio de ubicación sistemática que se hace en este trabajo— del siguiente tenor, con una previsión atenuatoria potestativa: "En las mismas penas incurrirán las personas señaladas en el número segundo de este artículo que teniendo el deber jurídico de evitarlo, y pudiendo hacerlo sin riesgo para su persona, no impidan el desarrollo de los actos descritos en el mismo. No obstante lo previsto en el apartado anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del sujeto y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado".

La Ley para nada alude a esta posibilidad, dando por buena, entiendo, la regulación actual, especialmente las hipótesis contenidas en el art. 11. Lo que, en principio, puede parecer, por mi parte, una concreción reiterativa del citado artículo, tiene la ventaja de explicitar una solución específica para supuestos de una especial naturaleza y atención.

4. Penalidad

El Código Penal preveía para las conductas descritas en el *art. 153* la pena de prisión de seis meses a tres años. Pena privativa de libertad sensiblemente superior a la fijada por el antiguo art. 425, que era, como es sabido, de un mes y un día a seis meses de arresto mayor. Varias son las cuestiones que suscita la penalidad actual.

Por un lado, la de si es una pena suficiente en su duración, excesiva, o, por el contrario, necesitada de aumento en su gravedad; por otro, la de si debe ser acompañada por otras penas de diferente naturaleza, para completar mejor el ámbito de exigencias punitivas del tipo.

Con respecto a lo primero, parece inicialmente suficiente (46), aunque existe cierta tendencia a su incremento, fundamentalmente en relación al grado máximo que podría elevarse a cuatro años de prisión para los casos más graves y para evitar en éstos, con un margen general de dos años o de tres para la sustitución ordinaria del número 1 del art. 88 –ahora está en uno (47) o en dos para la sustitución ordinaria–, la suspensión y sustitución de la pena; cuestión ésta que no sólo no debe de preocupar sino que incluso ha de ser utilizada con la frecuencia que estime oportuna el superior criterio del Tribunal. Con relación a lo segundo, dos cuestiones necesitan ser planteadas: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

El problema de la inhabilitación citada, cuestión que preocupó intensamente con la antigua redacción puesto que se omitía en el derogado 425, parece solucionado en el Texto actual. Efectivamente aunque el *art. 153* tampoco aludía expresamente a tal pena, la redacción del art. 56 parece obviar semejante imprecisión al señalar que: "en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expre-

(46) Vid, en esta línea: ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito...*, cit., pág. 195.

(47) Sabido es que el art. 87 eleva la posibilidad de suspensión de la pena privativa de libertad a las de tres años, en vez de hasta los dos generales, para los que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su drogodependencia.

samente en la sentencia esta vinculación". Varios son, sin embargo, los problemas que se presentan. Uno, el de su extensión analógica; otro, el de su duración; un tercero, el de la obligatoriedad de su aplicación; un cuarto, en atención a la interpretación de la relación directa con el delito cometido.

La primera de las cuestiones no tiene mayor complejidad puesto que al abrirse el art. 56 a "cualquier otro derecho" basta ir a los arts. 39 y 46 para completar ese derecho en el del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, como pena privativa de derechos en este caso de carácter accesorio. En dicho sentido, su concreción temporal es más disfuncional porque necesariamente según el art. 33 número 6 tendrá la misma que la de la pena principal, de la cual además dependerá a los efectos de suspensión; lo que puede suponer un evidente alejamiento de los objetivos que la utilización de la citada pena privativa de derechos debe de cubrir. Por otro lado, la vinculación a los contenidos y requerimientos del art. 56 lleva a una obligatoriedad en su aplicación que en algún momento puede presentarse como inconveniente. En último lugar, la demanda por el precepto de una relación directa con el delito cometido puede igualmente en ocasiones encorsetar excesivamente su aplicación ante las numerosas hipótesis que presentaba el *art. 153*, que se ven incrementadas con las propuestas de *lege ferenda* que en este trabajo se hacen.

Por todo ello, y en atención a las peculiaridades que el delito destaca, es conveniente ampliar su catálogo de penas con ésta, como principal y potestativa en su aplicación, de inhabilitación especial (48) con una duración no necesariamente igual a la de privación de libertad sino incluso mayor.

De igual manera, procede, precisamente por el carácter violento de estas infracciones de malos tratos domésticos, añadir, asimismo como principal y con duración distinta, otra pena privativa de derechos: la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

(48) En parecido sentido, *vid*: ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito...*, *cit.*, pág. 200.

Con todo ello la propuesta de penalidad que en definitiva se quiere diseñar es: "(...) 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 seis 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 tres 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".

La reforma se alinea prácticamente en su totalidad con estas sugerencias, con la sola variante de la duración máxima de las penas: cinco años en vez de seis, en la primera; y cinco años en lugar de tres, en la segunda. Igualmente favorables se muestran los Informes citados (49).

5. Transformación de la falta de lesión o maltrato ocasional a delito

Otra cuestión que ha generado cierta controversia tanto en la doctrina científica como en los diversos informes que sobre esta cuestión de la violencia doméstica se han realizado es el papel que las anteriores faltas del art. 617 en su párrafo segundo tenían. Dos son las posturas, como se ha visto con anterioridad que han destacado: la de su remisión a la vía civil y la de su conversión en delitos. Esta última es la opción a defender. Dada la extremada sensibilidad social sobre este tipo de violencia y la gravedad cuantitativa y cualitativa de semejantes conductas, se me antoja oportuno y necesario la aceptación como delito de la violencia ocasional, bien en su vertiente de lesión no definida como delito en el Título III del Libro segundo del Código Penal o bien en la de golpear o maltratar, que se produce en el ámbito familiar o post-familiar, o análogos. En relación con la falta descrita por el art.

(49) *Informe Consejo*, pág. 25; *Informe Fiscalía*, pág. 34.

620 en su párrafo tercero en relación con los número 1.º y 2.º del párrafo primero, aunque la situación es muy semejante, me inclino, inicialmente, por mantenerla en la ubicación actual, con propuesta de aumento de la pena de privación de libertad a la de arresto de tres a seis fines de semana, de supresión de la multa y de nueva inclusión como pena alternativa de la de trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de seis meses a un año, como de imposición obligatoria. Otra posibilidad es trasladar a la estructura delictiva citada, de manera selectiva, la referencia inicial del precepto del número 1.º: "los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos".

No obstante, al contrario de lo diseñado, en este trabajo, para el *art. 153*, en atención al bien jurídico que entiendo protegido y a las necesidades sistemáticas y concursales –su traslado al Título VII– en este caso al tratarse de formas ocasionales y por tanto no habituales se ubicarán, bajo el bien jurídico salud e integridad física, dentro de las lesiones, con ocupación del *art. 153* que deja libre la actual redacción, cuestión más compleja si de una amenaza se trata. Es obvio añadir que la pena a imponer tiene que ser de menor intensidad que la que se establecía para el *art. 153*, ahora 173, y más severa que la de la mencionada falta del *art. 617* párrafo segundo y de la del 620 párrafo tercero. Ha de contener una de las mínimas de privación de libertad –bien prisión o bien arresto fin de semana– enumerada para los delitos menos graves, y como alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, en una extensión conveniente; ambas, para conseguir el objetivo de una básica eficacia motivadora en los individuos que han cometido estos hechos o en los ciudadanos en general. Semejante modificación lleva consigo la supresión del reiterado párrafo segundo del ya modificado *art. 617*.

En definitiva este planteamiento reformador deja de la siguiente forma el *art. 153* –cuyo contenido actual pasa, como se ha dicho, al *art. 173*–: "El que causare una lesión no definida como delito en los restantes preceptos de este Título o golpear o maltratare de obra a otro, cuando en ambos casos el ofendido fuere

alguna de las personas a las que se refiere el art. 173, número 2 —, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de cuatro a veinticuatro días o arresto de siete a veinticuatro fines de semana y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a cuatro años" (50).

La Ley ha sido muy sensible a esta posibilidad, con intensas modificaciones a lo largo de su tramitación parlamentaria. El contenido del Texto inicial era prácticamente igual al aquí desarrollado. En sede de informe de la Ponencia se cambia la pena que queda: "prisión de seis 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 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". Después, en Comisión se vuelve a variar, ahora con mayor intensidad: se incorpora el término "menoscabo psíquico", en vez de título se cita Código, se añade la posibilidad delictiva de "o amenazare a otro de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos", se sustituye "en ambos casos" por "en todos estos casos" y se vuelve a rectificar la pena. Queda definitivamente en su aprobación por el Pleno y su posterior remisión al Senado y en el texto final de la Ley, así: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de

(50) En todos los supuestos en que se propone pena de arresto fin de semana, ésta, en caso de ser suprimida dentro del catálogo de penas como propone el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, será sustituida por la de prisión o por las alternativas a aquélla que se introduzcan como nuevas en el Texto punitivo.

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".

Nuevamente he de indicar que las modificaciones posteriores al Proyecto original no vienen a mejorar, sino, en muchos casos, a todo lo contrario. Con respecto a la incorporación del "menoscabo psíquico" porque me parece innecesario ya que el concepto de lesión comprende tanto el quebranto de la integridad física como el de la psíquica. La inclusión de la amenaza con armas es una opción político criminal respetable, mal ubicada sistemáticamente dentro de las lesiones y que rompe la unidad de las faltas tipificadas en el art. 620 –su inclusión puede venir motivada por el Informe del Consejo que sugiere una reflexión sobre dicha falta, en especial cuando la amenaza de producir un mal exhibiendo un arma idónea lleva de suyo tal gravedad que el hecho debe ser tratado como delito (51)–; en todo caso es más aconsejable trasladarla a los tipos de amenazas. En cuanto a la pena de tres meses a un año de prisión, no deja de ser una nueva incongruencia en el límite mínimo, pues éste en el vigente art. 33 es de seis meses y en la Ley que analizamos no hay ninguna previsión modificadora; sí existe en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal, que temporalmente va más retrasado que esta Ley, por lo que se da la circunstancia de que se fija una pena no admitida en la descripción general del mencionado art. 33.

El Informe del Consejo, además de la valoración ya citada, muestra su preocupación porque, en determinados casos, pueden presentarse hechos de escasa relevancia a los que no se les debe de imponer una pena grave por razones de prevención general, pues con ello se vulneraría el principio de proporcionalidad. Para estas ocasiones propone que el Juez o Tribunal pudiera imponer la pena inferior en grado, "pues un mero maltrato de obra, aunque tenga

(51) Págs. 36-37.

por destinatario a alguna de las personas del círculo doméstico puede presentarse como un hecho que no tenga gran significación lesiva, y en estos casos debe poder atenuarse la responsabilidad penal" (52). Creo que no es necesario dada la naturaleza de las penas que se proponen y su carácter alternativo o potestativo, que dejan, además por su mínima cuantía, margen suficiente de determinación al Juez. En parecido sentido de percepción de los riesgos que entraña la proporcionalidad de esta opción se manifiesta el *Informe Fiscalía*, indicando la posibilidad de modular la respuesta, introduciendo algún tipo de objetivación de la conducta constitutiva de delito que vaya más allá de la referencia a la recepción de la acción por la condición del sujeto pasivo de la misma, concediendo un campo aplicativo a una falta residual (53).

6. *Agravaciones*

Igualmente en la tramitación parlamentaria de la Ley, en Informe de la Ponencia, se crean dos subtipos agravados, uno para cada tipo, art. 153 párrafo segundo y 173 párrafo segundo del número 2, que no estaban previstos en el Proyecto inicial y que tienen igual contenido. Establecen la pena en su mitad superior cuando el delito –art. 153. 2.º– o alguno o algunos de los actos de violencia –art. 173.2.2.º– se perpetren: a) en presencia de menores; b) o utilizando armas; c) o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima; d) o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En las tres primeras parece, en principio, acertada la agravación. Que la conducta se realice con menores como testigos, por ejemplo malos tratos a la madre en presencia del hijo menor, supone ciertamente un plus de gravedad mayor. Que se desarrolle en el domicilio, bien de la víctima bien común, a pesar de ser éste parte

(52) Pág. 36.

(53) Págs. 27-28.

importante en el fundamento de los tipos, sitúa a aquélla en una situación de vulnerabilidad que propicia una protección más intensa. Que se utilice un arma también provoca una mayor peligrosidad del sujeto activo y una mayor vulnerabilidad del pasivo. En este último caso hay que poner de manifiesto la nueva incongruencia que supone agravar la conducta incorporada a la reforma en el art. 153 de "amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos", cuando la utilización de armas ya es un elemento del tipo que no puede jugar como agravante.

Mención especial merece la última de las agravaciones. La clave de una redacción, no especialmente afortunada, está en vulnerar las hipótesis de privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares o a otras personas determinadas por el Juez, de comunicarse con la víctima o con sus familiares o con otras personas; en sus diversas manifestaciones de penas, prohibiciones, medidas de seguridad o cautelares. Sin embargo, todo ello presenta algunos importantes problemas al ponerlas en relación con el quebrantamiento de condena.

En la hipótesis de las penas privativas de derechos del art. 48, el Proyecto extrae tal situación de un concurso con el autoquebrantamiento del art. 468, que abarca, como reconoce la doctrina, tanto las penas privativas de libertad como privativas de derechos, bien sean impuestas como penas principales o accesorias y que, además, es aplicable respecto de las condenas consecuencias tanto de delitos como de faltas (54). El régimen penológico que se establece puede ser en algunos casos más severo que un concurso ideal entre un delito del proyectado 173 y vigente 468, puesto que conlleva un incremento de la pena de prisión que pasaría a ser mitad superior, frente a una multa de 12 a 24 meses, para el caso de que se castiguen en el concurso ideal las infracciones por separado. Con esta perspectiva, sorprende a efectos de dicha modalidad específica de quebrantamiento que se aluda sólo a una pena,

(54) Vid, por todos: SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, Granada 2000, págs. 303 y 304.

olvidándose de las demás. ¿Por qué es más grave quebrantar una pena del art. 48 en supuestos de violencia doméstica que cualquier otra distinta? ¿Por qué, es más grave ejercer violencia doméstica quebrantando una pena del art. 48 que cualquier otra privativa de derechos como la privación de la tenencia y porte de armas?. Desde una perspectiva valorativa, es difícil responder a semejante interrogante. Otra posibilidad es que se quiera afirmar que la pena del art. 48 es quebrantable y, en consecuencia, no ha previsto el efecto agravatorio mínimo que se produce y lo que se ha querido sencillamente es equiparar a una hipótesis concursal más. En dicho caso tampoco se ha conseguido nada, puesto que aunque no se citara expresamente dicha sanción era ya quebrantable. Parecido sucede con la mención a las prohibiciones de la misma naturaleza, referidas a las contenidas en el art. 57, dentro de las penas accesorias, a las medidas de seguridad y a las medidas cautelares, con mayor intensidad en estas últimas por su especial fundamento.

IV. VALORACIÓN FINAL

Es conveniente precisar como epílogo a todo lo escrito que las medidas, los cambios, las reformas, tanto en la esfera del Derecho Penal sustantivo como procedimental, no han de presentarse como la culminación de un proceso que terminará por solucionar el conflicto. Las prioridades tienen que dirigirse hacia políticas sociales previas y acciones preventivas, asistenciales, de intervención social, educativas, coherentes con los objetivos a conseguir; todo ello asentado en adecuadas inversiones que atenúen en lo posible los efectos de semejantes conductas y potencien las anteriores exigencias básicas. En esta línea es fundamental entender que el Derecho Penal tiene que mantener su sometimiento a los principios fundamentales que lo orientan en el Estado social y democrático de Derecho, y más especialmente su vocación y exigencia de *ultima ratio* entre los demás sectores del Ordenamiento jurídico; reservado, en definitiva, para los supuestos de mayor gravedad, incluso en estas deleznable conductas que analizamos.

Dicho lo anterior, es necesario igualmente señalar que la intervención punitiva se hace, en estas circunstancias, inevitable. Cier­to es que a nuestro Código Penal después de las reformas que en esta materia se han producido hay que valorarlo positivamente, sin que ello suponga que no sea necesario seguir mejorando sus contenidos. Así ha sido puesto de manifiesto con las propuestas realiza­das y alguna otra que posiblemente merezca, al menos, ser debati­da. Por ejemplo, una nuclear como es el desarrollo del concepto de habitualidad, al que sobre la definición introducida por la Ley 14/1999, parece, por las frecuentemente contradictorias interpreta­ciones jurisprudenciales y doctrinales, que necesitara de algún reto­que que lo aleje de valoraciones excesivamente subjetivas que pue­den derivar en hipótesis cercanas a un rechazable Derecho Penal de autor, por un lado; y, por otro, que amplíe algo más las opciones estrictamente objetivistas que presentan el peligro de quedar exce­сивamente encorsetadas si se sublima la línea mayoritaria en nues­tra jurisprudencia de estimarla a partir de la tercera acción violenta frente a las que se alejan del automatismo numérico para buscar la relevancia en la repetición o frecuencia que suponga una perma­nencia en el trato violento siendo lo importante que el juzgador lle­gue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente (55). Acaso en el encuentro de una fórmula intermedia que acepte la exigencia de alguna repetición, de al menos dos actos de violencia, junto con otros indicios valorativos de una situación continuada de violencia, que pueden ser, en muchos casos, la pro­pia reiteración numérica del maltrato, cabe fijar una nueva e hipotética opción de futuro que complete la descripción normativa del número tercero del vigente art. 173 (56). Otra, referida a la propia delimitación del difícil concepto de violencia psíquica como elemento objetivo del tipo, delimitado ya en otras legislaciones (57).

(55) *Vid.*, por todas, la sentencia de 7 de julio de 2000.

(56) Esta problemática sobre la habitualidad y sus diversas soluciones e inci­dencias está ampliamente tratada en otros trabajos de este libro a los que me remito.

(57) El *Informe Fiscalía* cita el concepto de violencia psicológica en la Ley contra la violencia doméstica de Costa Rica, que la concibe como "acción u omi-

Una tercera, asimismo como muestra, acaso periférica, la del consentimiento sobre todo si se asume la primera de las propuestas aquí narrada de bien jurídico y de traslado sistemático a los delitos contra la integridad moral, asumida por la Ley, eludiendo, en consecuencia, las previsiones limitadoras del art. 155, que implicaban a este delito, como integrante del Título dedicado a las lesiones. En consecuencia habrá de estarse a los efectos generales del consentimiento libre y carente de todo vicio en estas infracciones conculcadoras del bien jurídico personal integridad moral, con especial cautela dadas las características de cómo y dónde se desarrollan las conductas de violencia doméstica, porque, como bien dicen GARCÍA ÁLVAREZ-CARPIO DELGADO tolerar no es consentir (58).

Este es el reto. Bastante camino se ha andado, pero todavía queda. Resta perfeccionar los mecanismos legislativos-penales para conseguir una más eficaz reacción punitiva, a través de la cual, y desde la función delimitadora del principio de intervención mínima se colabore, como última reacción, con otros esfuerzos y actitudes, que posibiliten, desde premisas esenciales de prevención, la disminución de esta lacra social y, acaso algún día, su eliminación. La entrada en vigor de la Ley supone un nuevo avance, a pesar de que en algunas cuestiones sea notoriamente mejorable, sobre todo en las introducidas en el transcurrir parlamentario; pero son, ciertamente las menos. En su conjunto, me refiero exclusivamente a la parte referida a la violencia doméstica, consigue, como ya he dicho, una valoración positiva.

sión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas por medio de intimidación. Manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal". *Informe*, págs. 26-27.

(58) GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora-CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pág. 86.

II ENCUENTRO SOBRE
"VIOLENCIA DOMÉSTICA "

Directora: M.^a Gemma Gallego Sánchez
Magistrada

II ENCUENTRO SOBRE "VIOLENCIA DOMÉSTICA"

Lugar de celebración: Sede de Formación (c/Trafalgar, 27, 4.^a planta, Madrid).

Fechas: Del 22 al 24 de octubre.

Directora: Ilma. Sra. D.^a M.^a Gemma Gallego Sánchez, Magistrada Juzgado de Instrucción n.º 35 de Madrid.

Código: EX0308.

PROGRAMA

22 de octubre (miércoles)

15:30 h.: Acreditación y entrega de documentación.

16:30 h.: Intervención Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Enrique López López.

16:15 h.: *Primera ponencia: "Oficina de víctimas del delito: incidencia social en la lucha contra la violencia doméstica"*.

Ponente: D.^a Carmen Galipienso Calatayud, Secretaria General de la Conselleria de Justicia de la Comunidad Valenciana, Secretaria Judicial de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante.

23 de octubre (jueves)

9:30 h.: *Segunda ponencia: "Diversas alternativas del enjuiciamiento de la violencia doméstica: tratamiento en el ámbito penal"*.

Ponente: D. Manrique Tejada del Castillo, Decano de los Juzgados de Alicante.

"La orden de protección. Protocolo de actuación".

Ponente: D. Joaquín Delgado Martín, Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

11:30 h.: Coloquio.

12:00 h.: *Tercera ponencia: "Análisis de la violencia doméstica desde el ámbito de los medios de comunicación"*.

Ponente: D.^a Teresa Laguna Paradas, Periodista y Jefa del Gabinete de Prensa del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

16:00 h.: Visita al Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas.

24 de octubre (viernes)

10:00 h.: *Cuarta ponencia: "Procedimiento de separación y divorcio: medidas cautelares y provisionales, aspectos penales y civiles del impago de la pensión"*.

Ponente: D. Isidro Niñerola Giménez, Vicepresidente de la Sección de Familia del Colegio de Abogados de Valencia y Vocal de la Asociación Española de Abogados de Familia.

11:30 h.: Descanso.

12:00 h.: *Quinta ponencia: "Análisis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de violencia doméstica"*.

Ponente: D. Manuel Ortells Ramos, Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

13:30 h.: Coloquio.

OFICINA DE VÍCTIMAS DEL DELITO: INCIDENCIA
SOCIAL EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA
DOMÉSTICA

Carmen Galpienso Calatayud

Secretaria General de la Conselleria
de Justicia de la Comunidad Valenciana
Secretaria Judicial de la Sección Primera
de la Audiencia Provincial de Alicante

OFICINA DE VÍCTIMAS DEL DELITO: INCIDENCIA SOCIAL EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Hablar de la violencia doméstica constituye en sí un problema complejo en cuanto abarca situaciones muy dispares pues como dice Sandra HORLEY: "lo que puede comenzar con un bofetón aislado puede evolucionar hacia una pauta de comportamiento sistemático e intencionado". Estas situaciones sólo tienen en común el hecho de que se producen en la privacidad del hogar y que el agresor tiene una relación de afectividad con la víctima.

Estamos asistiendo en los últimos tiempos a un cambio radical en el tratamiento de la violencia doméstica que fue ignorada hasta no hace mucho ya que era considerada como una situación que no trascendía del ámbito meramente doméstico. El TS ha señalado que el delito de maltrato familiar debe ser abordado desde una perspectiva estrictamente constitucional ya que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar a valores de primer orden como son el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10) el derecho a la integridad física y moral (art. 15) y el derecho a la seguridad (art. 17) afectando también a principios rectores de la política social y económica como son la protección de la familia y de la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 (STS 927/2000 de 24 de junio). Esta Sentencia y muchas otras vienen a recoger la "toma de conciencia" de la existencia de una actividad absolutamente delictiva, con autonomía propia, así como la

creciente pérdida de "comprensión" de la que ha gozado hasta no hace tanto y el rechazo social activo que de forma creciente produce. Este rechazo social ha sido recogido por los medios de comunicación, de tal manera que hoy en día es impensable que se produzca un delito de maltrato más o menos grave y no ocupe las cabeceras de todos los medios de comunicación, tanto hablados como escritos.

A pesar de todo ello lo cierto es que el número de víctimas aumenta. Cabe preguntarse qué es lo que está pasando. Considero que las circunstancias que confluyen son muchas pero la más importante es que gracias a la denuncia pública de ese rechazo social, son las víctimas las que han tomado conciencia de que la situación a la que están sometidas es anormal y delictiva y por tanto denuncian lo que antes no denunciaban. Por ello no se puede afirmar que los malos tratos hayan experimentado un incremento ni que sea una modalidad delictiva nueva. En efecto al haberse considerado hasta hace poco el maltrato como algo privado lo que ha ocurrido es que se ha favorecido el desconocimiento del alcance y magnitud de estas situaciones. Estamos por tanto ante una situación nueva que exige soluciones rápidas y seguras encaminadas todas a la protección integral de la víctima. Esa respuesta debe ser dada no sólo por los poderes públicos sino que además requiere una implicación de toda la ciudadanía.

Son muchas las reformas legales que se han producido para conseguirlo.

Debo destacar dos de ellas:

1. La orden de protección que se convierte en un auténtico título judicial que se puede hacer valer ante cualquier administración, que permite al juez adoptar medidas cautelares Penales así como Civiles de tal modo que puede amparar íntegramente a la víctima.

2. La reforma del Código Penal en lo referente a violencia doméstica (LO 11/2003 de 29 de septiembre) que da un tratamiento autónomo al delito de maltrato desapareciendo la falta de

lesiones, que abre la posibilidad de imponer pena de prisión y en todo caso la pena de privación del derecho a la tenencia de armas, que amplía el círculo de personas protegidas y que viene a plasmar la preocupación del legislador en relación con estas situaciones delictivas.

Pero lo cierto es que existe un desencuentro de las víctimas de la violencia doméstica con el proceso penal, ya que si las víctimas en general han sido las grandes olvidadas del Ordenamiento Jurídico, con mayor motivo lo han sido las víctimas de la violencia doméstica. El proceso penal ha dado todo el protagonismo a la tutela explícita del acusado y a la protección de sus derechos. Las víctimas pasan de ser "protagonistas" de unos hechos en los que se ven inmersas en contra de su voluntad a meros espectadores de los mismos. Esta afirmación no es gratuita ya que la experiencia nos demuestra que una vez presentada la denuncia, especialmente si ésta es grave, la víctima se ve llevada y traída de un sitio a otro ya que debe declarar en Comisaría y en el Juzgado, debe ser reconocida, debe asistir a careos o reconocimientos en rueda etc., sin saber exactamente dónde va, qué le hacen, para qué sirve ó que efectos produce lo que esta pasando. Se ha puesto en marcha el proceso Penal con todas sus consecuencias, consecuencias que, por supuesto, ella no sabe. Una vez concluida la instrucción de la causa, hecho que ella desconoce, piensa que todo ha terminado. Pero no es así. Al cabo de un tiempo volverá a ser citada para la vista del Juicio Oral. En esta fase ha perdido totalmente su condición de "víctima" y se ha convertido en "testigo fundamental" para la celebración del juicio de tal manera que deberá soportar toda la presión que se va a ejercer sobre ella para evitar su incomparecencia. Así cuando la víctima se presenta, en el juzgado, el día fijado, nadie es consciente de lo que sufrió en el momento de la comisión de los hechos. No acaba aquí su paso por los juzgados. Deberá esperar a ser llamada para deponer en calidad de testigo ante una Sala, con todas las formalidades que ordena la Ley y que ella también desconoce... y aunque se le ofrezca, una vez juramentada, un trato "especial", el daño se ha producido con creces:

de la victimación primaria, derivada directamente del padecimiento del hecho delictivo, tenemos que añadir la victimación secundaria, esto es, la derivada de la relación entre la víctima y el sistema jurídico Penal ó entre la víctima y el aparato represivo del Estado.

No se trata de poner en tela de juicio el funcionamiento de la Administración de Justicia, sino de buscar mecanismos que eviten al menos esta victimación secundaria que se produce no sólo por el anormal funcionamiento de los Juzgados sino también por el normal funcionamiento de los mismos ya que el problema está en ese desencuentro de la víctima con el sistema jurídico Penal o Civil, desencuentro que se produce por varios factores:

1. El desconocimiento absoluto del funcionamiento de los Juzgados.
2. El desconocimiento de los términos legales que se utilizan (Auto, Providencia, careo, Rueda de Reconocimiento, Vista, Personación, etc.).
3. Desconocimiento de lo que va a pasar e incluso incomprensión de lo que esta pasando.
4. Desconocimiento del Proceso Penal o Civil.
5. Desconocimiento de sus Derechos.

Todo lo manifestado hasta ahora afecta en mayor medida a la denominada "Violencia doméstica" en cuanto que la víctima de estos delitos necesita un trato diferenciado ya que en todos los casos presenta un estado emocional que precisa asistencia psicológica ó social, asistencia que debe ser prestada en el mismo momento en que se decide a denunciarlo. Sólo por esta razón es necesario que se pongan a su disposición todos los medios necesarios para que se sienta amparada, lo que supone que se ponga en marcha no sólo la Administración de Justicia sino también las Administracio-

nes Públicas ó Autonómicas en su caso (con la intervención de un Organismo, que podría ser la Oficina de Ayuda a las Víctimas, que coordine, bajo la supervisión del Juez correspondiente, las relaciones entre estas administraciones). En efecto son muchas las ayudas que hoy en día existen y lo que normalmente ocurre es que no hay una adecuada coordinación entre la Administración de Justicia y el resto de Administraciones Públicas.

En la Comunidad Valenciana las Oficinas de Ayuda a las Víctimas del Delito (AVD) están servidas por un equipo multidisciplinar que puede proporcionar una asistencia inmediata a la víctima, manteniendo con ella un intenso contacto para procurar su estabilidad emocional y evitar, de este modo la aparición de traumas posteriores. Las AVD no son un recurso específico contra la violencia doméstica, pero están preparadas para ello, y de hecho así lo hacen. Al ser Oficinas que dependen de la Administración Autonómica están integradas dentro de su aparato administrativo de tal manera que su relación y coordinación con otros servicios y recursos es fácil ya que conocen perfectamente su funcionamiento manteniendo con ellos reuniones de coordinación para poder activar los protocolos de actuación establecidos en cualquier momento. Las AVD se convierten así en un puente de unión entre las diversas Administraciones ya que cumplen lo ordenado por los Jueces y a su vez ponen en conocimiento de estos las situaciones que conocen a través de los servicios sociales.

La actividad prioritaria de las AVD es la información y orientación dentro de los ámbitos Social y Jurídico. Esta orientación permite paliar en gran medida el estado de ansiedad que produce el desconocimiento de las consecuencias que la denuncia va a provocar. La atención es cercana y personalizada, dosificando la información para que no desborde el nivel de comprensión de la persona asistida. Los trabajadores sociales adscritos a las AVD son los encargados del ámbito social. Las víctimas de violencia doméstica son informadas de la posibilidad que tienen de recibir la asistencia Sanitaria, Psicológica y Social más adecuada a sus necesidades así como de los recursos Sociales e Institucionales a los que pueden tener acceso. La conexión con los centros Mujer

24 Horas así como los demás departamentos que gestionan recursos sociales es continuo de tal manera que en el momento en que la víctima así lo solicita, desde la AVD se puede gestionar cualquier tipo de solicitud, acompañando al solicitante a cualquier lugar que sea necesario.

Es preciso indicar en este punto que en las AVD no sólo se atiende a personas que han denunciado o quieren denunciar un hecho delictivo sino a muchas otras que sólo preguntan por el funcionamiento de los Juzgados refiriendo hechos que afectan a terceras personas (en muchos supuestos esa tercera persona es ella misma). Así cuando se trata de violencia doméstica es habitual que la víctima refiera los hechos precisando que afectan a una conocida suya, con lo cual el trato que reciba, la sensibilidad con que se la atiende la animará o no a tomar la decisión correcta. Tanto si se decide a denunciar como no, lo cierto es que desde la AVD se alerta a los servicios sociales a fin de que procedan a hacer el seguimiento correspondiente.

La víctima de violencia doméstica es informada, en el ámbito jurídico, con claridad y precisión de cuales son sus derechos, recibiendo la orientación necesaria para ejercitarlos del modo más efectivo.

En lo referente a sus derechos la víctima debe ser consciente del derecho a constituirse en parte de un proceso bien por medio de un letrado particular, bien mediante la designación de letrado del turno de oficio en el supuesto de cumplir los requisitos establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

En la Comunidad Valenciana se modificó el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita mediante el Decreto 28/2003, de 1 de abril, para poder actualizar los requisitos para la concesión del derecho a la justicia gratuita respecto de las víctimas de violencia doméstica. El Gobierno Valenciano consideró imprescindible, entre otras medidas, remover los obstáculos para que la víctima pueda acceder con la mayor facilidad y sencillez al asesoramiento jurídico necesario y obtener de las Instituciones Públicas la adopción de aquellas medidas preventivas que impiden su reiteración. Así el Decreto amplía en estos supuestos el círculo de personas que

pueden beneficiarse de este derecho, amplía los supuestos procesales o procedimientos judiciales a los que son aplicables y pospone la exigencia de justificación de la situación económica en que se encuentra la víctima a un momento posterior al de la solicitud con el fin de que obtengan inmediatamente las designaciones de Abogado y Procurador. El Derecho de la víctima a tener asistencia Jurídica gratuita desde el mismo momento de la denuncia, iniciándose a posteriori el expediente correspondiente a fin de determinar si efectivamente tiene derecho a ello, evita situaciones lamentables: pedir a una víctima de violencia doméstica una serie de documentos es una situación lamentable (declaración de la renta por ejemplo) ya que, en estos tipos de delitos, lo único que suele tener, cuando abandona su hogar, es lo puesto. Con esta reforma, desde el primer momento, tiene el asesoramiento jurídico necesario para el normal desarrollo del proceso en defensa de sus pretensiones.

La AVD acompaña a la víctima a solicitar el Letrado de Oficio a las dependencias del Colegio de Abogados, informándole de la necesidad de solicitud de dicho letrado tanto para el ámbito Penal como para el ámbito Civil. En este punto reseñar la importancia de la constitución de un turno especial de letrados de oficio especialistas en violencia doméstica que supondría su preparación en materias Penales y Civiles (Separación, Divorcios, etc.) a fin de evitar juicios paralelos con resoluciones contradictorias.

La AVD facilita información tendente a la consecución de medios probatorios, en su caso procede a la redacción de la denuncia acompañando a la víctima para la presentación y ratificación ante el Juzgado de guardia (supuesto de faltas).

Se les informa de los tramites procesales y se realiza el seguimiento de las diligencias. De esta manera la víctima, especialmente la que no esta personada, sabe en cada momento en que situación se encuentra su procedimiento.

Dentro de las actuaciones de las AVD se realizan programas diversos que tienen por objeto evitar la victimación secundaria.

— Programa de acompañamiento a Juicio, que tiene como finalidad que la víctima en general y muy especialmente las vícti-

mas de violencia doméstica no se vean desamparadas ante la maquinaria Judicial y su formalismo. Con este programa se evitan situaciones en las que el agresor y la víctima puedan coincidir tanto en los pasillos como en las dependencias de los juzgados, sobre todo teniendo en cuenta que el agresor va normalmente acompañado de su letrado por lo que adquiere una "posición" más fuerte que ella.

— Programa de información de testigos con similar finalidad que el anterior. En ambos casos desde la AVD se solicita la aplicación de lo dispuesto en la LO 19/94 de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos.

— Tramitación de ayudas recogidas en la Ley 35/95 para las víctimas de delitos violentos o contra la libertad sexual, que encuentra su desarrollo reglamentario en el RD 738/97 de 23 de mayo.

— Tramitación de la solicitud de orden de protección ya que la Ley 327/2003 de 31 de julio así lo establece en su art. 2.3.

— Información permanente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas por el Juez.

— Programa de búsqueda y aplicación de los recursos sociales más efectivos en función de la situación personal de la víctima.

Por todo lo expuesto puedo afirmar que las Oficinas de Ayuda a las Víctimas prestan un papel fundamental en su función de acogida y de información permanente.

La actividad de la AVD acerca la justicia a los ciudadanos pues el trato cercano y seguimiento de todos los asuntos, dentro de sus competencias, permite compensar el trato correcto pero riguroso y formalista de los juzgados que, a menudo, no es comprendido por las víctimas. La AVD debe adelantarse a los acontecimientos, contactar con la víctima y anticiparse a sus posibles necesidades. De

esta manera se crea un escudo protector que puede evitar la victimación secundaria. En el caso que nos ocupa esta actividad es absolutamente necesaria debido al particular estado emocional que presenta la víctima de violencia doméstica originado como consecuencia de ser víctimas que han vivido con sus agresores, que se han visto abocadas a reconocer el fracaso de su vida, que han sufrido malos tratos físicos o psíquicos infligidos por la persona a la que les une una relación de afectividad, que han llegado a ocultar situaciones que fuera del ámbito familiar siempre se denuncian (lesiones, violaciones, vejaciones, coacciones), que cuando se deciden a denunciar siguen teniendo una fuerte dependencia emocional del agresor que provoca el que se encuentren "pérdidas" ya que en muchas ocasiones consideran "desproporcionada e injusta" la denuncia al sentirse culpables de la agresión y que, además, buscan "su justicia" que normalmente no se corresponde con lo dispuesto en las Leyes. Estas Oficinas, atendidas por personal especializado, que actúan durante y después del proceso Penal y que tienen por único fin la ayuda a las víctimas, pueden en gran medida evitar situaciones en las que la víctima se pueda sentir desprotegida.

La Decisión Marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 que instituye el estatuto de la víctima en el proceso penal así lo reconoce cuando afirma que los Estados miembros deben tener como objetivo ofrecer a las víctimas un elevado nivel de protección, reconociendo la importancia de la intervención en los procesos de servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima antes, durante y después del proceso penal. Con las A.V.D se da cumplimiento a esta Decisión Marco.

En la Comunidad Valenciana existen varias Oficinas de Ayuda a las Víctimas. Durante el año 2002 el 20% de las víctimas atendidas habían sufrido violencia doméstica (maltrato físico, maltrato psíquico, abandono de familia, impago de pensiones, amenazas, vejaciones etc.). Del total de asuntos tramitados, el 60% se correspondía a mujeres y el resto a hombres. Debo destacar la importancia que tiene, para el buen funcionamiento de este sistema, la aceptación por parte de los juzgados de la intervención de las

AVD, así, en Valencia, el 63% de los asuntos en trámite fueron remitidos por los juzgados, de tal manera que en esta ciudad la Oficina se ha convertido en un nuevo recurso que se pone a disposición de los Órganos Judiciales.

Una Justicia rápida y eficaz requiere, además de normas y disposiciones que así lo permitan, recursos nuevos y una mayor coordinación de todas las administraciones. Las AVD son uno de esos recursos nuevos que pueden convertirse en un arma muy eficaz contra la violencia doméstica.

DIVERSAS ALTERNATIVAS DEL ENJUICIAMIENTO
DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL ÁMBITO
PENAL

Manrique Tejada y Del Castillo
Magistrado

DIVERSAS ALTERNATIVAS DEL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL ÁMBITO PENAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ALTERNATIVA DE LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS. III. UNA PROPUESTA REALISTA. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho tiempo y con relación a la muerte el día 1 de agosto y tras cinco días en coma de una conocida actriz francesa (Marie Tritingnant) a manos de su compañero sentimental, leía en *El Mundo* (1) que "ni siquiera los países que pueden presumir de igualdad a todos los niveles (social, educativo, político y laboral...) como los nórdicos, están libres de malos tratos. Sus estadísticas no son mucho mejores que las de España. ¿Qué explica—decía el articulista— que en Suecia una mujer sea maltratada cada 20 minutos y que todos los años entre 25 y 30 mujeres sean asesinadas por sus maridos? Si comparamos sus datos con los de España (donde la violencia doméstica se cobra una media de 60 vidas al año), teniendo en cuenta que la población sueca no llega a los cuatro millones de habitantes, el resultado sería algo así como que

(1) *El Mundo*, Domingo 3/08/03, *El último papel de Marie*, por Asunción SERENA y Ana María ORTIZ.

en el país nórdico hay el doble de muertes. ¿Qué explica que en Noruega (cuatro millones de habitantes) cada año 10.000 mujeres acudan a los hospitales con daños causados por sus parejas? ¿Y que en Finlandia el 22 % de los hombres utilice la violencia contra sus compañeras y el 50% de los separados o divorciados acose o maltrate a su ex? "Dentro de la escala 1-4 que mide la igualdad de una sociedad, explica Miguel LORENTE (2), "los nórdicos están en el grado 4. de hecho son los únicos en el mundo que tienen ese nivel. Entonces ¿Qué ocurre". Aunque los nórdicos no lleguen a los extremos de Rusia (13.000 mujeres muertas al año, 35 al día cifra escandalosa si se compara con los 14.000 rusos que murieron en los 10 años de ocupación de Afganistán) el hecho de que su sociedad modelo no haya podido salvaguardar la integridad de las mujeres tiene desconcertados a los expertos. "Existe violencia contra las mujeres en todo el mundo porque en todas las culturas, en todas, hay un elemento patriarcal en la base. A veces es una base profunda y otras veces más superficial, pero está en todas. La mujer ocupa aún un papel secundario y la violencia es utilizada para producir o mantener esa desigualdad", aventura Miguel LORENTE. El tema, a falta de investigación científica es objeto de especulaciones entre quienes llevan años tratando de erradicar la violencia doméstica".

En junio de 2001 y en un Curso organizado por la prestigiosa Fiscal Silvia ARMERO VILLALBA, un grupo de Fiscales y Jueces preconizábamos la prisión provisional para el maltratador contumaz lo que motivó una fuerte reacción de algunos compañeros de Tribunales que echaban en cara nuestra reivindicación tildándola de barbaridad (3) así mismo, las voces discrepantes eran mayoría cuando manteníamos que, dictada una orden de alejamiento por el juez, era el agresor el que debía abandonar el domi-

(2) Miguel LORENTE es psiquiatra forense, miembro de la Comisión para el estudio de la violencia de género y experto de la OMS en el tema.

(3) Silvia ARMERO VILLALBA, *Violencia familiar y adopción de medidas cautelares. Especial consideración de las medidas de alejamiento del agresor*, Curso: Seminario Violencia Doméstica, CEJAJ, 25 a 27 de junio de 2001. Madrid.

cilio familiar y no la víctima con argumentos tan peregrinos como que esa decisión correspondería, en su caso, al Juez de Familia. Manteníamos que, en la gran mayoría de los casos, la solución de la Casa de Acogida representa una nueva victimización para la mujer y mucho más cuando tiene que "huir" acompañada de los hijos. Debe ser la víctima la que decida y no el maltratador. El tiempo nos ha dado la razón y así la Orden de Protección prevista y regulada en la Ley 27/2003 de 31 de julio contempla ya como aplicable la medida de *Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar* a la víctima, siempre que lo solicite previamente y así el nuevo art. 544 ter en la LECrim en su punto n.º 7. "*Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar*",..... En relación al tema la Fiscal ARMERO decía que "se viene observando que por parte de los Juzgados y Tribunales se muestra gran reticencia a acordar la medida de alejamiento en los supuestos de convivencia de la víctima y agresor, al implicar la misma que éste último deba abandonar el domicilio. Evidentemente, si la gravedad del hecho y la peligrosidad del imputado así lo exigen, no debe mostrarse reparo alguno en adoptar la única medida que puede proteger eficazmente a la víctima y quien, en todo caso, dado que la única alternativa es la privación absoluta de libertad, resulta menos lesiva al agresor" (4). Ha sido el tiempo el que va dando la razón a especialistas de la talla de la Fiscal Armero y así la reciente LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional en su art. 503.1. dice "*La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos...y en su punto 3.º: Que mediante la prisión*

(4) Silvia ARMERO VILLALBA, *Violencia familiar y adopción de medidas cautelares...*

provisional se persiga alguno de los siguientes fines: ...c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 del Código Penal. En estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado" (5).

Es evidente que en muy pocos años la sensibilidad de los Trabajadores de la Justicia –en relación a lo que se ha llegado a denominar "terrorismo domestico"– se ha acrecentado hasta el extremo de considerar la Violencia Domestica como una figura delictiva de primer orden y debe ser tratada con prioridad y urgencia. De hecho, como comentaba Silvia ARMERO, "si se pretende que la víctima acuda con confianza a la vía penal y se mantenga en ella con una actitud beligerante frente a su particular problemática, debemos estar en condiciones de proporcionarle adecuada respuesta y protección. De lo contrario el fenómeno desgraciadamente tan frecuente de las retractaciones de la víctima lejos de verse aminorado se mantendrá al tiempo que aumentará en el agresor la sensación de impunidad" (6).

II. LA ALTERNATIVA DE LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS

El Consejo General del Poder Judicial por Acuerdo de 1 de diciembre de 1999 (BOE 29/12/99) atribuyó con carácter exclusivo al Juzgado de Instrucción número 5 de Alicante el conocimiento de determinados asuntos del orden jurisdiccional penal y en concreto "*la instrucción de las causas por los delitos de violencia doméstica a que se refiere el art. 153 del Código Penal y el*

(5) Art. 503,1.º LECrim ..."Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso".

(6) Silvia ARMERO VILLALBA, *Violencia familiar y adopción de medidas cautelares...*

conocimiento y fallo de las faltas de violencia doméstica tipificadas en los arts. 617 y 620 del mismo Código, así como la adopción en su caso, de las medidas contempladas para estos delitos y faltas en el art. 57 del Código Penal" ... El Acuerdo decía ... "con esta medida se pretende seguir una mayor eficacia del orden penal de la jurisdicción, facilitando la aplicación de la Ley Penal, especialmente en unos asuntos, como los expresados, en que los tipos penales contienen conceptos como "habitualidad" que son más fáciles de determinar y conocer si las distintas causas penales se instruyen en mismo órgano judicial" ... "Se contribuye, además, con la especialización de los órganos judiciales a una mayor formación de los jueces y Magistrados que los sirven y de los funcionarios que prestan en ellos servicio". Igualmente se dictó por el CGPJ acuerdos de especialización de los Juzgados de Elche (n.º 5) y Orihuela (n.º 4).

La experiencia duró dos años y así, a petición de la Junta de Jueces de Alicante, tras informe favorable del TSJ de la Comunidad Valenciana el Pleno del Consejo General del Poder Judicial con fecha 5 de diciembre de 2001 resolvió dejar sin efecto el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 1 de diciembre de 1999 con efectos de 1 de enero de 2002 en el que se volvió a la situación anterior.

Respecto a los Juzgados especializados de Elche, Alicante y Orihuela, se dijo que el proyecto fracasó, desde los distintos medios se echó la culpa a unos y a otros (según fuentes), con una intencionalidad más política que crítica, pero la realidad es que apenas se oyó la voz de los protagonistas que en ningún momento pensábamos que el esfuerzo había sido en vano sino que fue, precisamente con la puesta en marcha de estos juzgados especializados (Alicante, Elche y Orihuela) y durante su vigencia cuando en el colectivo de jueces, fiscales y resto de operadores jurídicos se produjo una concienciación de la gravedad del problema de manera que los asuntos relativos a la violencia de género pasaron a primer plano y a los mismos se les empezó a conceder, en su tramitación, idéntica intensidad en su investigación y resolución que a los que hasta entonces se consideraban como de máxima gravedad (por su impacto social) como tráfico de drogas, robos, etc... y

a considerar al maltratador como un "delincuente" de la misma calaña que el "traficante", o "el atracador". Por otro lado, la experiencia fue también provechosa, pues como dice MAGRO, el dato más concluyente fue el número de denuncias presentadas en los tres Juzgados, que, hacia finales de año 2000, se situaban en torno a las 1.400-1.500 denuncias. Esta cifra –sigue diciendo– es importantísima si analizamos que en todo el ámbito nacional (estamos hablando de cifras cercanas a los 1.300-1.400) se han presentado cerca de 29.000 denuncias, mientras que en sólo tres Juzgados (éstos especializados en esta materia) se han interpuesto cerca de 1.500. Las cifras hablan, pues, por sí solas del grado de confianza que ha inspirado la puesta en marcha de estos Juzgados especializados a las mujeres que eran objeto de maltrato, al comprobar que podían ser atendidas con un tratamiento específico e individualizado. Además, no tenían que ir de un Juzgado a otro buscando o interesando las copias de las denuncias que habían presentado en otro momento para adjuntarlas a la correspondiente, a fin de que pudiera apreciarse la habitualidad y, con ello, el delito tipificado en el art. 153 del Código Penal por la reforma de la Ley 14/1999 de 9 de junio (7).

Vicente MAGRO (8) afirmaba que las ventajas de estos Juzgados se concretarían en:

"a) La centralización de las denuncias en un solo Juzgado permitirá un mejor control de la apreciación de la habitualidad por la vía del art. 153 del Código Penal en cuanto castiga esa situación que lleva a la convicción del juez de que la víctima, o cualquiera de las personas citadas en el citado precepto, se encuentra en un estado de agresión física o psíquica reiterada con independencia del resultado producido. Este control de la habitualidad resulta difícil a veces si no existe esa centralización de las denuncias por el juez.

(7) Vicente MAGRO SERVET, ...*Propuestas para una reforma legal...*

(8) Vicente MAGRO SERVET, *Propuestas para una reforma legal integral en materia de Violencia Doméstica*, director editorial: José Guillo Sánchez Galiano, año XXI. Número 5210, jueves, 21 de diciembre de 2000.

b) El control de la habitualidad precisará, también, un control informático de las denuncias existentes, a fin de facilitar esta labor.

c) El tratamiento unificado en un solo Juzgado permitirá positivizar la actuación del resto de Administraciones Públicas implicadas en la lucha contra este fenómeno, ya que podrán articularse planes comunes de actuación que se verán rentabilizados por esta centralización de las denuncias".

Posteriormente, y en otro trabajo, añadió otras ventajas a tener en cuenta (9) como el hecho de que "la especialización siempre se ha demostrado que es positiva, da idénticas respuestas al mismo problema planteado: mejor preparación de los profesionales que ejercen por la especial dedicación; más posibilidad de que la Administración pueda facilitar medios materiales y humanos a un solo Órgano judicial que a muchos; la Administración ahorra costes y optimiza resultados si tiene que invertir en un solo Órgano judicial; Se pueden incluir en estos juzgados profesionales especializados en esta materia: Asistentes Sociales, Médicos Forenses, Psicólogos, Funcionarios Especializados, etc...

Así se propugnó, al margen de los ya extintos de Alicante, Elche y Orihuela, la creación de un Juzgado especializado en materia de violencia doméstica cuya ubicación se sitúe en cada capital de provincia con competencia en todo su ámbito, al modo y manera de los Juzgados de Menores, los Contencioso-Administrativos o los de Vigilancia Penitenciaria. Además, con la circunstancia añadida de que en los casos en que así se determine puedan crearse otros dentro de la provincia y en otro partido judicial distinto al de la propia capitalidad, tal y como también ocurre, por ejemplo, con los Juzgados de Menores o con los citados Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en los que recientemente se han ido creando órganos judiciales en partido judicial distinto al de la capitalidad de la provincia ante el volumen de asuntos de su com-

(9) Vicente MAGRO SERVET, *Medidas y actuaciones contra la violencia doméstica*. Jornadas "Violencia y Sociedad" Excma Diputación Provincial de Alicante, 2003.

petencia que se generaban en ese partido judicial y con la finalidad de acercar la justicia al ciudadano (10).

Si bien es cierto que todas y cada una de las notas apuntadas abundan en la conveniencia de creación de los "Juzgados Especializados", a mi juicio, existen otras circunstancias que igualmente deben de ser tenidas en cuenta y que plantean algún que otro inconveniente a la existencia de un Juzgado Provincial de Violencia Familiar el primero es precisamente el que sea "Provincial". Sabido es por todos que la víctima de malos tratos –la mujer fundamentalmente– cuando se decide a denunciar, normalmente, después de un periodo a veces de varios años de "reflexión" y acude a una Comisaría, Cuartel de la Guardia Civil o un Juzgado suele encontrarse en una situación psicológica que se caracteriza por el miedo, aislamiento, deterioro de su propia estima, culpabilidad, por lo que hay que intentar que se sienta cómoda, segura y confiada a la hora de materializar la denuncia y no se la puede pedir – a la mujer que viva fuera de la capital de la provincia en donde se ubique el Juzgado Provincial– que realice un peregrinaje (Comisaría de Policía o Cuartel de la Guardia Civil de su domicilio y ratificación y posterior juicio en el Juzgado Provincial) lo que sin duda ocasionará a ésta una doble victimización. Sabida es la frecuente retractación de las víctimas de malos tratos y, desde luego, en nada ayudaría para paliar esta situación la existencia de Juzgados que no estuvieran próximos a los lugares de residencia de las víctimas, el Juzgado Provincial, en conclusión, beneficiaría únicamente a las víctimas que residieran en el lugar de ubicación de dicho Juzgado.

Una fórmula propugnada por algunos juristas prácticos conocedores de la problemática (A. ALCÁZAR, Fiscal Coordinador de Violencia Doméstica en Alicante) podría ser la solución, en aquellas poblaciones en donde existan varios Juzgados de Instrucción, el atribuir a uno de ellos la especialización con una importante

(10) Vicente MAGRO SERVET, *La Ley*. Número 5210, jueves, 21 de diciembre de 2000. Doctrina "Propuestas para una reforma legal integral en materia de violencia doméstica".

exención de reparto de otras materias penales de manera que se conseguiría (sin necesidad de creación de nuevos órganos judiciales) un Juzgado dedicado a la violencia doméstica. La diferencia con los extintos Juzgados especializados estaría precisamente en que la liberación de reparto en otras materias vendría impuesto por el CGPJ y no quedaría a la libre decisión de las Juntas de Jueces de Instrucción (11).

La experiencia pasada demostró que las Juntas de Jueces de Instrucción nunca apoyarán la exención de reparto (en número determinado de asuntos o en materias concretas) de un Juzgado ya que ello redundaría en un incremento de asuntos en su propio Juzgado. Durante el año 2000 en el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Alicante el hecho de asumir la especialidad supuso un incremento de 638 asuntos más que en el resto de Juzgados de Instrucción del Partido, situación que devino insostenible ya que únicamente se liberó a este juzgado de los exhortos y querellas. Cuando al año siguiente se solicitó de la Junta de Jueces una revisión de la exención la petición fue rechazada. Así en la convocatoria de la Junta Sectorial de Jueces de Instrucción de Alicante de 16 de marzo 2001, se decía en el primer punto del orden: 1.º) De conformidad con el art. 89,1 del Reglamento del CGPJ 1/2000, y cumpliendo con lo acordado por la Comisión Permanente del Consejo en Reunión de 28 de febrero de este año, recabar el parecer de los Jueces de Instrucción, sobre la liberación parcial del Juzgado de instrucción N.º Cinco de Alicante, y en los términos interesados por el propio Acuerdo. Siendo el resultado:

..."*Primero.*—Por unanimidad sin contar con el voto del proponente, se acuerda: Ante la propuesta del Juez de Instrucción número Cinco se manifiesta la imposibilidad para los restantes Juzgados de Instrucción de asumir mayores competencias, a la

(11) La *Instrucción 3/2003*, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica es un ejemplo de que determinadas actuaciones gubernativas deben exigirse de forma imperativa.

vista de las cargas competenciales que asumen los mismos, que exceden con mucho los módulos prefijados por el Consejo General del Poder Judicial, comprendiendo la situación insostenible existente en el Juzgado de Instrucción número Cinco que asume, las competencias referentes a Malos Tratos, reiterándose la necesidad de creación de dos nuevos Juzgados de Instrucción en el Partido Judicial de Alicante de forma inmediata" ... "Se considera por los asistentes, como posible solución de emergencia a adoptar, el nombramiento de un Juez sustituto adscrito al Juzgado de Instrucción número Cinco para la celebración de Juicio de Faltas, que no sean las referidas a Malos Tratos"...

III. UNA PROPUESTA REALISTA

Hay que recordar el mandato constitucional del art. 117, 3 que impone que a los Juzgados únicamente les corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y para algunos teóricos del Derecho lo que se aspira en relación a los futuros Juzgados de Violencia Doméstica (además de juzgar y hacer cumplir lo juzgado) es que a través de los mismos se realicen funciones de prevención, de coordinación y hasta se faciliten medidas asistenciales que sin duda corresponden al Gobierno de la Nación o de la Comunidad de que se trate. No parece posible, a diferencia de la opinión de eminentes juristas, que estemos abocados a un Derecho Penal Preventivo lo que no está en contradicción con la promulgación de leyes que tiendan a proteger a las víctimas potenciales de la violencia doméstica.

Desde luego los jueces no podemos mantenernos impasibles ante el fenómeno de la violencia doméstica, sino que debemos estar activos y ser los primeros en dictar aquellas resoluciones que traten de salvaguardar a la víctima y castigar al agresor. Debemos, en cada caso concreto, aplicar la norma adecuada a la situación y, naturalmente, contar siempre con el apoyo y colaboración de quienes sí tienen la obligación de prevenir y reprimir las conductas delictivas así como detener a los culpables y aquellos otros que tienen la misión de apoyar socialmente a las personas que han sufrido esa violencia o maltrato y lograr su total recuperación.

A mi juicio no sería necesaria la creación de Juzgados especializados en violencia doméstica sino que la solución pasaría:

1.º) En primer lugar debería procederse a una profunda *reforma legislativa* contra la violencia doméstica adecuada a los tiempos.

Siendo tema de otras ponencias no entraré a su análisis pormenorizado simplemente apuntaré que, a mi juicio ésta comenzó con la novedosa e importante reforma llevada a cabo por Ley 14/1999, de 9 de junio, que incluyó en el art. 153 del Código Penal la violencia psíquica; que además dio un paso adelante en cuanto a la protección que se otorga a la víctima con las medidas de alejamiento amparando no solamente a la que lo sufre directamente sino también a otras personas de su entorno y que pueden verse afectadas por el maltratador y, en tercer lugar tuvo en cuenta la repercusión negativa que para la propia víctima tiene la imposición de una multa al maltratador y deja en manos de la acusación el poder solicitar los arrestos de fin de semana en centro penitenciario. Ha continuado con la Ley 38/2002, de 24 de octubre por el que se regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas y muy recientemente con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y la decisiva modificación del CP llevada a cabo por LO 11/2003 de 29 de septiembre (BOE 30/09/03) y LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

2.º) Lograr una *formación específica y suficiente* para las personas encargadas de afrontar este problema en el ámbito de la Administración de Justicia mediante Cursos y Seminarios dirigidos no solamente a Jueces y fiscales sino a la totalidad de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Se ha insistido, en el seno de la tipología de los malos tratos familiares, en la necesidad de especializar a los operadores judiciales. Se sostiene que es necesario atribuir la instrucción de los procesos a jueces especializados, conferir el ejercicio de la acusación a un servicio específico de la Fiscalía y garantizar la asistencia jurí-

dica adecuada a las víctimas con abogados dotados de formación definida en la criminalidad familiar. Con ello, a nuestro juicio, se quiere garantizar una adecuada formación de los operadores jurídicos y una especial sensibilización por las peculiares características de la victimación que tiene lugar en el contexto familiar (12).

En los tres últimos años tanto el CGPJ como el Ministerio de Justicia y Gobiernos Autonomicos han incluido en sus programas de formación cursos dedicados única y exclusivamente a este tema y se puede afirmar que los frutos se dejan notar en el día a día de los Juzgados y, sobre todo, en el trato que se da a la víctima en las dependencias judiciales evitando en lo posible la victimización institucional.

3.º) Creación, en todos los Juzgados del territorio nacional de *oficinas de víctimas del delito*. La finalidad de estas oficinas es paliar los efectos de la victimación primaria, esto es, la generada por la experiencia individual de la víctima derivada directamente del padecimiento del hecho delictivo, así como atenuar lo que se conoce como victimación secundaria, esto es, la derivada de la relación entre la víctima y el sistema jurídico penal, entre la víctima y el aparato represivo del Estado, y supone, en último término, el frustrante choque entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional (13). Esta victimización secundaria es aún más negativa que la primaria, ya que es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige al mismo solicitando justicia y protección; por ello desde las OAVD se informa a la víctima sobre sus derechos, se le explica los trámites procedimentales, se realizan gestiones informativas con los Órganos Judiciales, así como también se le explica el alcance del derecho a la presunción de inocencia a fin, precisamente, de atenuar los efectos de la victimización secundaria.

(12) Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Magistrado, "La violencia familiar y la función judicial". *Actualidad Penal*, 2001, Ref. XXIX, Tomo 3.

(13) Roberto GALIANA. *Uso de las Oficinas de Víctimas del Delito*. Curso. Alicante 2003.

El papel llevado a cabo por estas Oficinas es muy valioso y de la preparación jurídica y psicológica de sus componentes depende en gran medida que la denuncia que posteriormente llega al Juzgado contenga todos y cada uno de los requisitos que más tarde necesitará el Juez para resolver por otro lado, sabido es que los Juzgados no son Órganos consultivos o de información (les está vetado el asesoramiento) por lo que la labor de estas Oficinas suple esta laguna ya que se informa a la víctima sobre sus derechos, se le explican los trámites procedimentales, se realizan gestiones informativas con los Órganos Judiciales, así como también se le explica el alcance del derecho a la presunción de inocencia a fin, precisamente, de atenuar los efectos de la victimización secundaria.

4.º) *Reforzar los juzgados de guardia* de los distintos Partidos Judiciales con personal técnico cualificado.

Es evidente, y así lo demuestran las últimas reformas legislativas que se está dejando en manos del Juez de Guardia una importantísima actuación en los temas de violencia doméstica con decisiones penales y civiles de gran trascendencia. Como se puso de manifiesto por el CGPJ, una de las claves para una actuación institucional eficaz en este campo reside en la intermediación y rapidez de la respuesta judicial, en cuanto que la misma produce el doble efecto de trasladar a la víctima la sensación de confianza en las instituciones y de amparo en sus necesidades y, a la par, provoca en el agresor el temor ante la respuesta fulminante en su contra del sistema legal. Estas consideraciones aconsejan el establecimiento de la obligación legal de que los Juzgados que encontrándose en funciones de guardia reciban una denuncia de este tipo actúen de manera inmediata y protocolizada, ordenando la urgente comparecencia a su presencia de víctima y agresor para recibirles declaración, el reconocimiento médico y psicológico de ambos y, en su caso, la emisión de los informes técnicos o asistenciales que resulten oportunos, para, a continuación, adoptar motivadamente las medidas cautelares legalmente establecidas que resulten procedentes respecto al agresor y en protección de la víctima y que sean proporcionadas a las circunstancias del caso, atendiendo funda-

mentalmente a la peligrosidad de aquél, a la gravedad del hecho cometido y a las necesidades de protección de la víctima y demás integrantes del núcleo familiar.

Como acertadamente mantenía el Fiscal Carlos GANZENMÜLLER ROIG, de reconocido prestigio en el tema de la violencia familiar, "la labor desarrollada por los Equipos Técnicos adscritos a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, resulta extraordinariamente útil al órgano jurisdiccional y al Fiscal para acordar o instar las medidas convenientes para la prevención, seguimiento y control del agresor y de su concreta problemática familiar. Tradicionalmente integrados por psicólogos y trabajadores sociales, los informes de los Equipos Técnicos, han resultado valiosas ayudas para conocer y analizar personas y circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de imponer una medida preventiva o resocializadora. Y si bien en un principio, los Equipos Técnicos desarrollaron su labor en el ámbito del Derecho penal (muy especialmente en el seguimiento de los drogodependientes y en los informes sobre la situación personal y familiar y diagnósticos sobre las medidas a imponer por Juzgados de menores), cada vez es más frecuente su intervención en los procesos de separación o divorcio en que existan hijos menores.

Entendemos que su intervención resulta absolutamente necesaria, pues Jueces y Fiscales, carecen de la información y conocimientos adecuados para determinar lo que constituye en buena parte el fin del procedimiento: la defensa de los derechos del menor, no siempre coincidentes con los intereses de sus progenitores, que frecuentemente los utilizan para sus más íntimos fines como moneda de cambio.

En este ámbito, resultaría muy interesante, la creación de la figura del "mediador familiar", que a modo de perito oficial, evaluará las distintas circunstancias de la ruptura familiar tratando que ésta fuera lo menos traumática posible, tanto para la pareja, como para los hijos, detectándose frecuentemente los casos de intolerancia o resistencia por parte de alguno de los cónyuges, que radicalizando su postura, pudiera tener una reacción agresiva para su ex-pareja (no debemos olvidar que el mayor número de agresiones mortales se producen en estos períodos).

Estos informes, se hacen también necesarios en la investigación de los delitos derivados de la violencia doméstica, pues de este modo, cuando el agresor se presenta a declarar ante el Juez, éste tiene ya una referencia de la situación socio-cultural de la familia que le resulta necesaria para determinar cuál va a ser la medida a imponer, máxime, si ésta puede ser privativa de libertad. Y si decide su puesta en libertad, el control de las comparecencias “apud acta”, puede hacerse indudablemente más efectivo a través de los Equipos Técnicos, quienes a lo largo de toda la instrucción penal, podrán informar al instructor sobre la evolución del agresor, y su voluntad de reinserción social. En la misma línea, podrán intervenir como peritos del Fiscal y de las defensas, para que informen sobre estos particulares en el juicio Oral, así como en la aplicación y control de las medidas previstas en los art. 83 CP 95, y en las medidas de seguridad reguladas en los arts. 105 y ss. CP 95" (14).

En conclusión, todos los Juzgados de Instrucción, en funciones de guardia al igual que cuentan ineludiblemente con un Médico Forense deberían estar dotados de un Equipo Técnico (Psicólogo y Trabajador Social) para informar al Juez y Fiscal sobre aquellos aspectos psicológicos de la víctima y victimario que sean determinantes para adoptar una medida de protección para la víctima y sus allegados o una medida limitativa de derechos para el victimario más o menos amplia evitando así, en ocasiones, la producción de un mal mayor y ello por cuanto, como dice SUBIJANA ZUNZUNEGUI, el juez debe ser una persona sensible y abierta a los nuevos conocimientos de las ciencias jurídicas y no jurídicas y consciente de la necesidad de acudir a expertos y técnicos que le permitan obtener fuentes de conocimiento con los que labrar una decisión sólida, a lo que se opone totalmente la idea del juez omnipotente encerrado en su despacho y que reniega de cualquier consejo o dictamen no jurídico.

(14) Carlos GANZENMÜLLER ROIG, José Francisco ESCUDERO MORATALLA y Joaquín FRIGOLA VALLINA. "La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica". *Actualidad Penal*, 1999, Ref. XVI, pág. 339, Tomo 1.

Efectivamente era necesario proceder a una *reforma legislativa* así tras las llevadas a cabo por Ley 14/1999, de 9 de junio, por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y la muy reciente por Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección se produce una valiente modificación de algunos artículos del CP relativos al tema que nos ocupa.

El actual tenor del art. 153 CP supone una modificación extrema del precepto hasta ahora vigente. Ya no recoge dicho precepto el requisito de la habitualidad que ahora estará tipificada en el 173.2. Por otra parte, supone una agravación absoluta de la pena a imponer en situaciones de maltrato doméstico cuyo único objetivo es, sin lugar a dudas, incidir en el ánimo del maltratador en su actitud por la exclusiva vía de la reprensión al amparo de la modificación del art. 66 del CP en su párrafo 1 apartado 7 donde dice que las atenuantes y agravantes deberán ser valoradas y compensadas por el Juez de manera racional para la individualización de la pena. La atenuante o agravante que puede servir para modificar la responsabilidad penal en materia de maltrato doméstico viene codificada en el también modificado art. 23 del CP.

Es una novedad la derogación del último párrafo del apartado 2 del art. 617 del CP, en el que se incluían las agresiones o el maltrato de obra sin lesión calificados como falta cuando las personas ofendidas fueran aquellas que hoy se catalogan en el 173.2, se han reconvertido en delito por vía del artículo actual 153. Así este artículo engloba los hechos que ya han sido calificados como delitos de cualquiera de estos actos consumados:

— *menoscabo psíquico* leve, calificado hasta ahora como falta (su agravante se reconduce por vía del art. 173.1),

— *agresiones con o sin lesión* que hasta ahora no se hayan considerado como delito (siempre dentro del ámbito doméstico pues para la agresión sin lesión calificada como falta se conserva el art. 617),

— *Amenazas con armas y otros instrumentos peligrosos.*

Además el art. 153 lleva aparejada dos medidas de seguridad como penas accesorias a imponer por el Juez de lo Penal si se dan las correspondientes circunstancias: *privación del derecho a tenencia y porte de armas* y la que nos parece una valiente y necesaria reforma en cuanto a la *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento* por tiempo de seis meses a tres años.

La modificación es, por tanto, radical en cuanto que el art. 153 da carta de naturaleza como delito a lo que hasta ahora venía siendo calificado como falta en cuanto a las lesiones físicas o psíquicas o simple agresión que venían recogidos en el antiguo 617 apartado 2 último párrafo, hoy derogado; así como amenazas con armas o instrumentos peligrosos.

La situación cambia en el momento en el que se dan las circunstancias, intervinientes y situaciones descritas en el art. 173. En él quedan tipificados los hechos recogidos en el 153 pero cuando el resultado de los mismos haya sido considerado como *grave*:

— El *menoscabo psíquico grave* efectuado a través de un trato degradante.

— La *violencia psíquica o física ejercida con habitualidad*.

Será la jurisprudencia la que marque el límite ya que aún está vigente el art. 620 CP con expresa referencia en el último párrafo a los sujetos que se relacionaban en el antiguo 153 CP.

Igualmente y como en el caso anterior se recogen *medidas de seguridad* que serán aplicadas como penas accesorias a la principal de privación de libertad que precisamente se recogen en materia de *protección de menores* pues están recogidas cuando el menor es protagonista directo o indirecto de estos hechos: *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento* por un tiempo superior y agravación de la pena en *su mitad superior* cuando los actos violentos *se perpetren en presencia de menores... o habiendo quebrantado una*

pena de las contempladas en el art. 48 o medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Respecto a la "habitualidad", con la nueva Ley ya no habrá problemas interpretativos para constatar una situación habitual y sistemática de maltrato: al amparo del art. 66.1.5.^a, se considera agravante de reincidencia si el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos, siempre que sean de la misma naturaleza. Será urgente el establecimiento de un registro especial para personas condenadas por hechos delictivos (o faltas) relativos a violencia doméstica.

La nueva Ley, finalmente, y era necesario, ha ampliado la relación de sujetos que han de ser englobados en el elenco de víctimas por maltrato. De esa forma a los ya recogidos en el anterior texto legal, han de ser incluidos:

— Los *hermanos* por naturaleza o por adopción o por afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.

— *Situaciones de noviazgo* en las que por falta precisamente de convivencia, se producían situaciones de verdadera desigualdad, no podemos dejar de pensar en el novio celoso que no se resigna a una ruptura y acosa sistemáticamente a la víctima de forma psíquica y física.

— "...o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar". Dejando la puerta abierta a otras situaciones (pensemos por ejemplo en el caso de un niño que viene a estudiar a España por periodos de tiempo largos instalándose en el seno de una familia).

IV. CONCLUSIONES

En el mes de julio de 2002 la Dirección General de la Mujer de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, en una "Propuesta de Mejora en la Tramitación de los Procedimien-

tos Judiciales para Asistencia a las Víctimas de la Violencia de Género" recogió las quejas y disfunciones que se venían denunciando (profesionales y mujeres) sobre las actuaciones de algunos Juzgados de la Comunidad Valenciana en lo tocante a procedimientos sobre malos tratos y entre los inconvenientes apuntados señalaban algunos como: "La recogida de la denuncia se realiza en lugar en donde no existe ningún tipo de intimidad; la persona que recoge la denuncia, en la mayoría de los casos desconoce la especificidad de las problemáticas referidas a la violencia de género, por lo que la denuncia redactada no contiene todos los elementos que pueden ser relevantes; no existen espacios apropiados para la espera, se comparte el pasillo con delincuentes esposados; la atención no es inmediata; cuando se solicita la atención por parte del/la médico forense en la mayoría de las ocasiones dicha atención no se produce (fines de semana, festivos, noches...); cuando se solicita hablar con el/la juez, esto no siempre se produce. En aquellos casos en los que sí se produce, no siempre se consigue la intervención urgente necesaria, remitiéndonos a los procedimientos ordinarios"... como podemos observar algunos hechos denunciados no dependerán del componente humano del Juzgado (espacio, lugar, etc..) pero otros desde luego que sí y son precisamente esos comportamientos anómalos los que hay que rechazar teniendo en Titular del Juzgado la obligación de velar por qué en "su" Juzgado no se produzcan situaciones como las apuntadas que solamente pueden ser atribuidas a la ignorancia o, en ocasiones desgraciadamente, a la desconsideración de algún o alguno de los trabajadores de la Justicia hacia el justiciable.

En tanto pueda llevarse a cabo cualquier reforma de la Ley de Plantas hemos de conseguir que cada uno de los Juzgados de España sean Juzgados especializados en violencia doméstica, entendiendo esta especialización en el sentido de poder afirmar que la totalidad de los miembros que componen los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia, desde el Agente Judicial hasta el Juez posean la formación suficiente y la sensibilidad necesaria para afrontar cuantos asuntos de esta índole se reciban en los Juzgados y consideren –siempre– a la víctima que impetra Justicia

como una Ciudadana, "con Mayúsculas", que requiere una atención inmediata, especial y humana con independencia de que el hecho que denuncie pueda ser considerado, en un posterior enjuiciamiento, como leve o de poca trascendencia penal pues además de ser un Derecho la Sociedad nos podrá demandar por una inactividad si, desgraciadamente y como ha ocurrido con anterioridad, la amenaza de muerte se materializa.

**VIOLENCIA DOMÉSTICA Y MEDIOS
DE COMUNICACIÓN: UN ESPEJO DE LA JUSTICIA**

Teresa Laguna

Responsable del Gabinete de Comunicación
del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana

VIOLENCIA DOMÉSTICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: UN ESPEJO DE LA JUSTICIA

Cada día los medios de comunicación sirven en su menú informativo al menos un caso de violencia doméstica de los muchos que se producen en nuestro país, y casi siempre ese episodio suele ser luctuoso. No hacen más que reflejar la realidad. Los medios de comunicación se han convertido por voluntad propia en contables de una lista de bajas que suma ya 53 muertes (según el recuento oficial), y la inmensa mayoría de esas víctimas son mujeres.

Que la violencia doméstica se asome a la ventana informativa que abren diariamente la televisión, los periódicos y las emisoras de radio evidencia dos cosas: que se trata de un problema social que preocupa mucho a los ciudadanos, y que los medios de comunicación se han comprometido en la lucha contra el horror cotidiano en el que viven muchas mujeres. De hecho, algunos periódicos han construido un "cintillo" específico con la denominación "Violencia de género", a semejanza de los que se han creado para aglutinar otros grandes argumentos informativos, como la violencia etarra o la guerra de Iraq. Este "cintillo" se coloca a modo de luz parpadeante sobre todas las noticias que tienen como denominador común las agresiones de entidad grave o mortal cometidas en el seno familiar. De esta manera las señalan de una forma especial, las destacan sobre el resto de noticias reclamando la atención del lector.

El compromiso de los medios de comunicación contra la violencia doméstica se hace evidente también en el espacio físico (el

número de columnas, minutos y segundos que reservan a su tratamiento), y en el caudal de noticias suministrado. Hasta hace aproximadamente dos años la ubicación en el conjunto del producto informativo de las noticias sobre violencia familiar quedaba relegada a los espacios propios de la crónica negra. En estos momentos basta ojear los periódicos para darnos cuenta de que las noticias que tienen que ver con la violencia sufrida por las mujeres ocupan normalmente 3, 4 ó 5 columnas, y se adelantan a las primeras páginas de los periódicos y a los sumarios de las noticias más relevantes ofrecidas por las radios y las televisiones, llegando a ocupar muchas veces las primeras páginas y con frecuencia las portadas. En estas noticias ya no se abordan los hechos luctuosos únicamente, sino que se reportajea los datos y los estudios de los distintos organismos implicados en la erradicación de este problema social, se elaboran y se cruzan los datos que aportan los distintos registros (fundamentalmente los creados por jueces, fiscales y policías), con las iniciativas políticas y legislativas, se fiscaliza la bondad de las medidas anunciadas por las distintas administraciones, se está pendiente de los resultados de los planes de lucha contra la violencia doméstica puestos en marcha por el poder ejecutivo y, sobre todo, se da la oportunidad a las víctimas de tomar la palabra y explicar en primera persona su calvario, con la esperanza de que sus testimonios puedan ayudar a otras mujeres a romper los lazos con la violencia.

En momentos en que han arreciado los episodios de violencia familiar los informativos de televisión han abierto sus ediciones de más audiencia con estos casos especialmente sangrantes: La muerte de P.M., madre de tres hijos y candidata del PP a la alcaldía turolense de Puebla de Híjar, que recibió 11 disparos de su marido; el asesinato de A.M.F., a manos de su ex esposo, al que había denunciado 11 veces; el homicidio de R.P, apuñalada por su novio en el municipio asturiano de Salas tras la discusión que mantuvieron en una carretera local donde se cruzaron sus coches; el caso de M.R., una mujer pobre, madre de 8 hijos, que vivía con todos ellos y con su marido en un trastero sin luz ni agua de Madrid, donde murió golpeada y acuchillada, el caso de la joven

de Silla, asesinada por su novio, policía local de Madrid, porque no quería seguir a su lado, la muerte de otra mujer cuyo marido, también policía local, la descuartizó y la metió en un arcón tras dispararle con su pistola ...Y tantos otros que resulta imposible resumir aquí. Esta misma estela informativa han seguido las cadenas de radio, sobre todo en los días en que se han producido hasta dos muertes por violencia doméstica en nuestro país, un supuesto que no podemos calificar ya de excepcional, puesto que ha ocurrido al menos tres veces en los últimos meses, la última el 20 de septiembre.

Los medios de comunicación no se han abierto únicamente desde el punto informativo, han cedido también sus tribunas, sus páginas de opinión, para que intelectuales, juristas, periodistas, organizaciones ciudadanas y líderes sociales se manifiesten contra esta lacra social, para que afeen la conducta de quienes así se comportan, para invitar a las mujeres a despojarse del miedo asegurándoles que no están solas. Incluso el ámbito de los editoriales, reservado tradicionalmente al debate de cuestiones políticas y económicas de alto nivel, se han ocupado del terrorismo doméstico con especial atención, ante la tremenda evidencia de una sangría que parece imposible de contener, y que evidencia el fracaso rotundo e inapelable de nuestro sistema de garantías.

El eco mediático que ha alcanzado el problema de la violencia doméstica es tal que ha desbordado los espacios de información pura y dura para instalarse también en la órbita de la crónica rosa. De hecho, tanto en las revistas del corazón como en los espacios de televisión como "Sabor a ti", "Tómbola", "Salsa Rosa", "Aquí hay tomate", "Crónicas marcianas", etc., han dedicado horas y horas a desmenuzar los pormenores de los presuntos malos tratos de que han sido objeto Carmen Ordóñez, Barbara Rey, Virginia Mataix, Conchi y Chonchi (las dos ex de Andrés Pajares), Raquel Boyo (ex de Chiquetete) y otras parejas de personajes populares.

Pero los periodistas no sólo se encargan de presentar a diario el catálogo sangriento que se nutre de asesinatos perpetrados con bárbaro ensañamiento (y no me estoy refiriendo al concepto jurídico de esta palabra), sino que se encargan de constatar si funcio-

nan o no con agilidad los resortes que el Estado tiene previstos para combatir la violencia que genera nuestro sistema social, una de cuyas formas es la violencia doméstica. Pero en su empeño por mejorar la sociedad a través de la denuncia pública, los medios de comunicación –eficaces espuelas en momentos en que los dirigentes políticos, sociales y judiciales parecían acorchados– han ejercido una gran presión sobre los colectivos que ejercen la función represora del Estado (jueces y fuerzas de seguridad), olvidándose de fiscalizar a aquéllos que resultan desde mi punto de vista más importantes: los educativos y preventivos. Se da la circunstancia que los medios de comunicación (especialmente los audiovisuales) se encuentran entre estos colectivos, un mundo en el que ahora empiezan a oírse voces reclamando sana autocritica y consecuentemente una revisión de sus principios rectores.

Las empresas periodísticas audiovisuales son perfectamente conscientes de que las dosis de violencia que administran en sus programaciones tienen un efecto nocivo sobre la salud psicológica de los niños, futuros adultos, padres, esposos y compañeros, que tienden a imitar los modelos que les aporta un medio tan importante para ellos como es la televisión. Quizá por eso piden la creación de un ente, el Consejo del Audiovisual, que regule el sector. Lo llevan pidiendo hace años todos los expertos del ámbito audiovisual, y la semana pasada se reiteraron en esta posición ante la subcomisión parlamentaria que estudia en el Congreso de los Diputados el fenómeno de la violencia en la pequeña pantalla y sus efectos.

En sede parlamentaria, el asesor del Gabinete Técnico del Defensor del Menor de Madrid, Francisco Javier GURI, aseguró que el 15% de los niños de 7 a 14 años ponen en práctica las situaciones de violencia que ven en la televisión, según una investigación llevada a cabo por la institución en 2002. En base a los resultados de este estudio el Defensor del Menor, junto con el Defensor del Pueblo y otras 20 organizaciones, elaboraron en julio pasado un documento con propuestas para impulsar la creación de un Consejo del Audiovisual que regule las prácticas violentas en la televisión, incluidas todas sus formas: real, ficticia o virtual.

Al reclamar la creación de un órgano preventivo las propias cadenas de televisión están reconociendo su parte de responsabilidad en el problema que representa el aumento de la violencia (una de cuyas formas es la violencia doméstica), y el reconocimiento de que los mensajes y modelos que se transmiten interfieren negativamente en la educación de los menores, ya que esta violencia mediática sugiere que las personas podemos actuar en la vida sin atenernos a las consecuencias.

En cualquier caso, la prevención de las conductas violentas no atañe sólo a los medios de comunicación, como es obvio. Es muy importante que en el ámbito familiar y educativo se intervenga decididamente. Los padres tienen mucho que decir, por ejemplo, impidiendo que sus hijos vean determinados programas y estén ante el televisor a determinadas horas. Según el filósofo José Antonio MARINA, *los niños ven en televisión unas 670 muertes violentas y 420 tiroteos a la semana, muchos de ellos en programas infantiles. Estos datos se complementan con los aportados al Congreso por la psicóloga Elena Martín: los niños están cada día 270 minutos en el colegio, mientras pasan 218 minutos ante el televisor, cuando este tiempo no debería pasar de una hora, lo que significa que ven un 363% de televisión más de lo que sería "sano".*

Les decía que los periodistas y los medios de comunicación están atentos a cómo funcionan los resortes del Estado, y lo cierto es que miran con especial atención las respuestas que se dan desde el ámbito judicial a los problemas concretos de violencia doméstica, quizá porque los tribunales son el último refugio, la última esperanza de quien vive acosada y decide dar un paso crucial, el de la denuncia, depositando su total confianza en personas a las que consideran infalibles y capaces de rescatarlas de la pavorosa indefensión en que viven. *Y lo cierto es que no sólo las víctimas, sino toda la sociedad, esperan de sus jueces que sean eficaces, que actúen impecablemente.*

Para abordar el análisis que ahora tenemos ocasión de compartir he revisado durante los últimos seis meses 15 periódicos cada día, de los que he extraído 103 textos, 68 de ellos informaciones, 15 editoriales y 20 artículos de opinión.

El estudio de estas informaciones confirma lo que ya se sabía, que cuando los medios de comunicación deciden hacer protagonista de la noticia a un juez, normalmente no es para ensalzarle, pero también muestra una interesante tendencia a la comprensión, en la que después me detendré. Pero, habitualmente, cuando los focos iluminan al juez lo hacen con el reproche de que no ha hecho lo suficiente para evitar una tragedia familiar, o para criticar una sentencia que consideran irrisoria. Les quiero recordar la noticia publicada por todos los periódicos de España el 17 de septiembre pasado, en relación con el caso de Ana María Fábregas y que *El País* titulaba "*Expedientado el juez que desoyó 11 denuncias de una maltratada que acabó siendo asesinada. El CGPJ investiga al magistrado por una falta grave*". Esta noticia fue ofrecida con amplio despliegue (no sólo informativo sino también de opinión) por todos los medios de comunicación, ya que obviamente se trataba de un caso muy grave, que mereció igual relevancia informativa cuando se produjo el asesinato en Barcelona, el 10 de junio pasado.

La noticia daba cuenta de la reacción del Consejo ante un juez de Barcelona que presuntamente no adoptó ninguna medida protectora hacia una mujer que denunció 11 veces a su ex marido, quien finalmente acabó matándola a martillazos. La información desgranaba los pormenores de lo averiguado por la inspección del Consejo, pero en ella no encontramos la versión del juez expedientado, porque declinó la invitación de los medios de comunicación. No obstante, en su noticia *El País* incluyó el pronunciamiento de la junta de jueces de Barcelona (hecha pública el 12 de julio pasado), que mostró su "*apoyo*" al juez que estaba siendo investigado y su "*preocupación ante la creciente tendencia de los medios de comunicación de hacer recaer sobre los jueces el resultado de lamentables hechos que combatimos a diario*". Los jueces recordaban que el fiscal del juzgado tampoco detectó ninguna irregularidad en esa causa y que sólo son "*un eslabón*" en la lucha contra la violencia de género. El cuerpo de la noticia estafa formado por 140 líneas, y el comunicado de la junta de jueces ocupaba las 18 últimas.

Curiosamente, cuando la junta de jueces de Barcelona hizo público su pronunciamiento, en julio, dos meses antes de que el Consejo anunciase sus medidas, los medios nacionales apenas lo recogieron, no así los medios locales. *La Vanguardia* dedicó a esta información media página a 5 columnas, aunque la situó en una página par. La sociedad catalana y una parte de la española, pudo saber que los jueces se negaban a ser señalados como únicos y máximos responsables de un problema social que ha alcanzado ya cotas de epidemia. Los magistrados catalanes explicaron a los ciudadanos que a ellos les corresponde "*ordenar las medidas de protección de las víctimas, y adoptar otras medidas, que en algunos casos existen previa petición de la acusación, generalmente del fiscal (...) pero no se nos puede responsabilizar de las dificultades de la efectividad en su aplicación. No podemos anticipar eventuales evoluciones de las conductas humanas y sus reacciones frente a determinadas situaciones (...) No parece adecuado ni justo atribuir la responsabilidad al juzgador en función del resultado*".

Este tímido intento de los jueces de romper una lanza en su favor, cuando eran blanco de todas las iras, fue bien entendido por algunos medios de comunicación que destacaron –dentro de su gravedad– la excepcionalidad del caso Fábregas. El caso de A.M. supuso, en el contexto de un cierto clima de hostilidad social hacia la Justicia, un momento crítico, similar al que se vivió cuando se produjo la muerte de M.H., otro caso que derivó en la apertura de una investigación al juez instructor.

Se encontraba más vigente que nunca la idea generalizada de la falta de eficacia judicial en el tratamiento de la violencia doméstica, que ya había detectado el Consejo en su informe comparativo de evolución de este tipo de violencia de los años 2001 y 2002 hecho público a mediados de mayo pasado, y que tuvo una buena acogida informativa. Algunos periódicos dedicaron páginas enteras a reproducir los datos de este informe, entre ellos el valenciano "*Las Provincias*", que tituló: "*El 25% de víctimas mortales de violencia doméstica ya había denunciado antes otras agresiones*", mientras que en el subtítulo indicaba: "*Los magistrados elaboran un informe por la imagen social de que "falta eficacia judicial"*".

El Consejo pretendía con la difusión de este estudio explicar a los ciudadanos el grado de conocimiento previo que los jueces tenían de los casos mortales, y paliar de esta manera la idea de pasividad de la justicia ante una avalancha de crímenes familiares que golpeaba a la sociedad. Era un intento de explicar, con datos objetivos, que no se podía hacer recaer la responsabilidad de esas muertes sobre la conciencia de los jueces.

Cuando se produjo la muerte de A.M.F., en junio, el Consejo se afanó en volver a preparar los datos correspondientes al primer trimestre de 2003, concluyendo que en el 68% de los casos de muertes por violencia doméstica ocurridas en este período de tiempo no existía denuncia previa por malos tratos.

El mensaje caló, y diversos medios escritos publicaron en días sucesivos editoriales reconociendo que el reproche casi inercial a los miembros de la judicatura por el incremento de estas muertes empezaba a quedarse sin argumentos ante una violencia explosiva, que no se denuncia previamente y que por lo tanto es imprevisible.

Esta circunstancia me parece relevante porque, desde mi punto de vista, pone de manifiesto que la intervención de la Junta de Jueces de Barcelona y del Consejo General del Poder Judicial obtuvo una influencia positiva en la línea editorial que adoptaron posteriormente muchos periódicos, y que obviamente se trasladó después al ámbito de la información. Los jueces hablaron, unos de una manera, y otros de otra, desde sus respectivas responsabilidades, pero los ciudadanos tuvieron ocasión de escuchar argumentos y conocer la realidad global a través de datos objetivos.

Es muy importante que las instituciones judiciales sean conscientes de que los ciudadanos necesitan esas explicaciones, porque si no germina con facilidad la idea de que "quien calla, otorga". Estas explicaciones a la sociedad deben darse sistemáticamente, pero no sólo ante situaciones adversas, sino también de forma profiláctica, para incrementar su cultura judicial y dotarles de mayores elementos de crítica antes posibles noticias sensacionalistas o faltas de rigor.

Como les decía, entre los editoriales que se publicaron tras la intervención del Consejo yo destacaría el publicado por ABC el 29 de julio, donde se aseguraba: *"la opacidad de la violencia domés-*

tica hace que la Justicia siempre llegue tarde para aplicar medidas cautelares que anulen o reduzcan el peligro de agresión. La misma impotencia atenaza a las administraciones públicas competentes, cuyos programas de ayuda y protección a la víctima de malos tratos se hacen inútiles por el desconocimiento de los malos tratos que suelen preceder al homicidio".

El texto era un bálsamo que dulcificaba la ferocidad de ataques anteriores, aunque el periódico no olvidaba *"algunas actitudes judiciales que, aun siendo excepcionales y no siempre tan simples como se presentan, resultan incomprensibles. Cuando una mujer denuncia reiteradamente o no a su marido o pareja, la Justicia tiene que activar un procedimiento de protección inmediata, aun a riesgo de estar respondiendo a hechos falsos o denuncias instrumentales para procesos de separación o divorcio"*, en clara alusión al caso Fábregas.

Este mismo editorial reconocía sin ambages que la Justicia no es responsable de un fenómeno criminal transformado en patología social, pero reclamaba mejoras en el sistema de amparo administrativo y judicial a la víctima. Y entre ellas citaba la famosa "orden de protección", criticando al mismo tiempo el retraso que se anunciaba a causa de un problema de tramitación parlamentaria, aunque señalaba que si no se ponía en marcha antes del verano no había de qué preocuparse, puesto que los jueces disponían de instrumentos suficientes para garantizar a las víctimas un nivel adecuado de protección.

El resto de medios fueron menos contemplativos, y afearon a los diputados la incapacidad para desbloquear un instrumento que debió estar en manos de los jueces cuando empezaron a aplicarse los juicios rápidos, en el mes de abril.

La Vanguardia, en su editorial del 29 de julio titulado "Violencia doméstica", afeaba al legislador su lentitud en reaccionar *"a lo que es un clamor que la sociedad demanda"* mientras que *El Mundo*, bajo el título "Frenar el terrorismo doméstico", echaba en cara a los políticos su cruce de acusaciones, ya que *"los ciudadanos no quieren ver disputas partidistas, sino leyes eficientes que alivien a la sociedad del goteo constante de crímenes de género"*.

Las Provincias arremetía contra la pretensión de cerrar el curso parlamentario aplazando hasta septiembre la puesta en marcha de la nueva figura jurídica, y después de desgranar las bondades de esta nueva orden de protección, concluía que su eficacia "*dependerá además de la habilitación de las partidas presupuestarias suficientes, del celo y coordinación de los jueces, de los efectivos policiales y de los recursos que se pongan a disposición de las instituciones implicadas*".

El País, bajo el titular "La orden no basta", aseguraba que el Congreso había puesto en manos de los jueces "*un poderoso instrumento legal que, si se utiliza con agilidad y coordinadamente, puede blindar eficazmente a las mujeres frente a sus potenciales agresores domésticos*".

Este periódico recordaba que la cuarta parte de las mujeres asesinadas por sus parejas habían denunciado previamente el peligro que corrían, y que más de 27.000 presentaron el año pasado denuncias por malos tratos en los juzgados españoles. "*Si esta situación persiste tras la entrada en vigor de la nueva orden—continuaba la editorial—, habría que empezar a hablar de algún tipo de responsabilidad institucional. No basta con legislar, hay que actuar con voluntad y medios materiales para aplicar las leyes*".

Exceptuando algunos casos, las líneas editoriales centran su interés, como hemos visto, en las iniciativas legislativas y en los medios necesarios para atajar el problema de la violencia familiar. Existe ya la certeza clara de que los jueces no actúan con desinterés ni apatía frente a la violencia doméstica, y que necesitan herramientas, aunque parece que éstas nunca terminan de ser del todo adecuadas para acabar con el problema.

Desde el ámbito editorial también se ha apelado en muchas ocasiones a la educación como vía de solución de la violencia doméstica. Entre ellos podríamos citar el publicado por *Levante-EMV* el 24 de mayo pasado bajo el titular "Educar a la sociedad contra la violencia de género", en el que se asegura: "*Crear una cultura de la prevención contra la violencia de género lleva implícita, por lo tanto, una revolución pedagógica pendiente que, ade-*

más, ayude a construir un nuevo patrón masculino más feminizado, en el sentido de menos exaltado en sus pulsiones agresivas".

Este periódico destacaba una idea que tiene su importancia: *"La focalización mediática de los casos más llamativos quizá retroalimenten la problemática, en una espiral que, no obstante, no hay más remedio que seguir aireando hasta conseguir detener una sangría terrorífica..."*.

Dejando el ámbito de los editoriales y centrándonos en el de la información, hay una cuestión que me ha resultado interesante al revisar los textos que he recopilado, y es el número de fuentes que se han utilizado para confeccionar las noticias, la multiplicidad de voces que se han pronunciado sobre el tema y que han podido escuchar los ciudadanos. He censado casi 30, pero su número es mucho mayor: Guardia Civil, Policía Nacional, Policía Local, Policía Autonómica, asociaciones de mujeres de distintas sensibilidades (entre ellas Clara Campoamor, Organización de Mujeres Juristas Themis, Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas y Red de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género), Instituto de la Mujer, Instituto Nacional de Estadística, Amnistía Internacional, Defensor del Menor, Defensor del Pueblo, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo, ayuntamientos, partidos políticos, sindicatos, organizaciones médicas, abogados, etc.

Frente a este importante manantial de puntos de vista, frente a esta pluralidad de enfoques del problema de la violencia doméstica, en el ámbito judicial encontramos escasez de fuentes: apenas el Consejo General del Poder Judicial y aquellos Tribunales Superiores de Justicia dotados de gabinetes de comunicación. Creo que sería importante, por ejemplo, la contribución de las organizaciones profesionales de jueces y magistrados, así como la participación, de forma individual o colectiva, de miembros de la judicatura en la creación de un clima favorable, de comprensión hacia la figura del juez.

Sé que esto va en contra de los criterios generales que ustedes sostienen, pero en este mundo mediatizado si uno no se preocupa

por construir su imagen otros lo harán por él, y seguramente lo que resulte después nos disguste.

Por lo que se refiere al tratamiento informativo de las sentencias dictadas en causas de violencia doméstica, su reflejo en prensa escrita es discreto para aquellos casos en los que los medios no se han detenido anteriormente de manera especial: entre 1 y 3 columnas cuando la resolución es "normal", y 3 columnas o más para resoluciones "discutibles": *"Una sentencia multa con 1,5 euros al día a un marido por pegar a su esposa"* (El País, 10-6-03); *"Una juez dice que manosear los pechos de una mujer y eyacular ante ella no es "especialmente vejatorio"*" (ABC 16-6-03), entre otras.

Según el estudio de la Federación de Mujeres Progresistas, que analizó 95 sentencias "benévolas" publicadas en los medios de comunicación a lo largo del último año, más de la mitad de los maltratadores condenados no pisa la cárcel, ya que se les suele apreciar las atenuantes de estrés, alcoholismo, depresión o situación de desempleo.

Otro estudio sobre resoluciones judiciales realizado por la asociación de juristas Themis, sobre cerca de 1.500 procedimientos penales y civiles relacionados con la violencia familiar en las comunidades de Madrid y Castilla-La Mancha, pone de manifiesto que 8 de cada 10 condenas por hechos de maltrato acaban en una multa de 6 euros o menos al día. En este informe se indica que en nuestro país ha habido una mejora significativa en el tratamiento judicial de la violencia en la última década, y han aumentado los casos calificados como delitos y de las condenas por maltrato habitual y amenazas. Aún así, el 40% de las denuncias se archiva y si la víctima la retira, rara vez el fiscal recurre para mantener el proceso.

Por lo que se refiere a los juicios de faltas, las absoluciones alcanzan al 75% de las sentencias, y aunque se han incrementado las condenas por delito de maltrato (cuando las lesiones son graves), las causas por violencia psíquica o amenazas siguen siendo raras.

La idea reflejada por los medios de comunicación de que los jueces son benévolos con los maltratadores, corresponde a una

íntima convicción de los periodistas, así al menos lo han corroborado 35 de los 40 periodistas valencianos a los que he encuestado de forma anónima.

El objetivo de esta encuesta, realizada en el mes de septiembre sin pretensiones científicas, era poder trasladarles a ustedes, aunque fuese con trazo grueso, el pensamiento íntimo de quienes "manipulan" la información. 27 mujeres y 13 hombres, la mayoría de ellos redactores de medios escritos, aunque también fueron preguntados redactores jefes y directores, respondieron a un cuestionario intencionadamente maniqueo para evitar el enrocamiento en fórmulas tías.

Y este es el resultado: *El 65% de los periodistas cree que los jueces no hacen todo lo que la ley les permite para proteger a las mujeres que son víctimas de violencia doméstica, y el 87,5% califica de "blanda" la actuación de los magistrados. No obstante les consideran "sensibles" al problema de la violencia familiar (85%) y la mayoría rechaza que sean responsables de las muertes que se han producido en los últimos meses (87,5%), aunque un 12,5% creen que si lo son.*

Tres de cada cuatro periodistas valora el esfuerzo que hacen los jueces por resolver este problema y muchos (80%) piensan que la presión social que se ejerce desde distintos ámbitos influye en el sentido de las resoluciones judiciales. La inmensa mayoría (95%) cree que deberían modificarse las leyes para que la eficacia de jueces y tribunales fuese mayor.

La pregunta sobre la "sensibilidad" de los jueces suscitó muchos comentarios, sobre todo entre los que se inclinaron por decir que sí, que son sensibles, aunque apostillaron "cada vez más", "con matizaciones" ó "deficitariamente". Algunos redactores también han querido matizar que, aunque no valoran el esfuerzo de los jueces por resolver el problema de la violencia doméstica, consideran que no son ellos los que deben resolverlo, sino el Gobierno y la sociedad en su conjunto.

EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO,
MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES,
ASPECTOS CIVILES Y PENALES DEL IMPAGO DE
PENSIÓN

Isidro Niñerola Giménez

Vicepresidente de la Sección
de Familia del Colegio de Abogados
de Valencia

Vocal de la Asociación Española
de Abogados de Familia

EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO, MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES, ASPECTOS CIVILES Y PENALES DEL IMPAGO DE PENSIÓN

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. III. COMPETENCIA: OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL. 1. Competencia objetiva. 2. Competencia funcional. 3. Competencia territorial. IV. PROCEDIMIENTO. 1. Partes. 2. Los cónyuges. 3. Otras personas interesadas. V. MEDIDAS PREVIAS URGENTES, PREVIAS, PROVISIONALES Y MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. 1. Previas urgentes. 2. Previas. 3. Provisionales coetáneas. 4. Modificación de medidas. VI. MEDIDAS CAUTELARES Y UNIONES DE HECHO. 1. Características del proceso cautelar. 2. Uniones de hecho. A) Decisiones sobre guarda y custodia, y sobre alimentos reclamados en nombre de hijos menores. B) La atribución del uso del domicilio común. VII. MEDIDAS INNOMINADAS DEL ART. 158 DEL CÓDIGO CIVIL, LO 1/96 DE 15 DE ENERO Y LO 9/2002 DE 10 DE DICIEMBRE. VIII. RESPUESTA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL ANTE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA LEY 27/2003 DE 31 DE JULIO Y LO 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE. 1. Procedimiento sumario para adoptar la forma inmediata y provisional medidas similares a la separación y divorcio. 2. Régimen de visitas en supuestos de violencia fami-

liar. A) Interés prioritario del menor. B) Puntos de encuentro. 3. El sistema austriaco, proyecto Daphne. A) El proyecto. B) Valoración. 4. Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. 5. LO 11/2003 de 29 de septiembre que acuerda la modificación del art. 173 del Código Penal. IX. ASPECTOS CIVILES Y PENALES DEL IMPAGO DE PENSIÓN. 1. Aspectos civiles. A) Pensiones alimenticias. B) Pensiones compensatorias. a) Legitimación. b) Plazo de espera de ejecución y momento en que procede. c) Despacho de ejecución. d) Caducidad. e) Ejecución provisional. 2. Aspectos penales. A) El impago de pensiones acordadas judicialmente. B) Antecedentes históricos. C) Conductas tipificadas: Tipo básico y complementario. D) Pago parcial y estado de necesidad. E) Insolvencia del obligado. Carga de la prueba. F) Compensación de deudas. G) Requerimiento personal de la deuda. H) La actualización de pensiones y la reclamación de atrasos por actualización de pensiones. I) Reparación del daño: responsabilidad civil. J) Efectos del pago posterior de las prestaciones. K) Continuidad delictiva. L) Incidencias del nuevo Código Penal en el enjuiciamiento de hechos anteriores a su entrada en vigor. M) Condiciones objetivas de perseguibilidad. Perdón del ofendido. X. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Por fin se incorporan a la Ley procesal ordinaria los procesos matrimoniales, que han estado durante los últimos veinte años desde la reimplantación de la disolución del matrimonio por divorcio en 1981, regulados en un cuerpo extravagante, con normas fragmentarias y de difícil integración. En la nueva LEC se regulan (arts. 769 a 778) los procesos matrimoniales, superándose la contenida en las dis-

posiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que vino a adecuar a los principios constitucionales la regulación del matrimonio en el CC, que constituían un cuerpo disperso y falto de sistema.

No obstante, queda subsistente la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/81 referente a materia de pensiones y Seguridad Social, que no ha sido derogada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque mejorada la normativa sobre la crisis matrimonial, en la nueva ley se observan lagunas importantes, como la regulación de los procedimientos de ruptura de la familia no matrimonial, que tiene determinados efectos con reflejo normativo incluso en algunas leyes de las Comunidades Autónomas –por el momento, Cataluña, Aragón y Navarra– y que no pueden tramitarse por unas normas que garanticen la transformación pacífica de la familia. No es preciso siquiera apuntar que la cobertura constitucional a la familia no ha de limitarse únicamente a la matrimonial, y que la sociedad actual no se rige por los mismos valores que hace siglos o incluso que hace veinte años.

En todo caso, debe hacerse notar que se trata de procesos en que se ventilan materias muy heterogéneas, que van desde la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o la declaración de nulidad del matrimonio, a decidir sobre la composición de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y de cada uno de ellos con los hijos (pensión, alimentos, guarda, visitas...). Sobre la complejidad de las materias destaca a efectos procesales el problema de las medidas provisionales, que se adoptan en el curso del proceso, o antes de su inicio, con el fin de componer las reglas de convivencia hasta la firmeza de la Sentencia, y afectan y se refieren a todas aquellas heterogéneas relaciones.

II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Si bien los problemas de extensión y límites de la jurisdicción española, su consideración aquí responde, por una parte, a que en el nuevo Reglamento CE n.º 1347/2000, de 29 de mayo, relativo

a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2001 (art. 46), establece un sistema de competencias excluyentes, que trastoca las soluciones vigentes hasta ahora (disp. Adic. 1.^a de la Ley 30/1981, y art. 22 de la LOPJ).

La nueva LEC se remite (art. 36), para determinar la extensión y límites de los Tribunales civiles españoles, a lo establecido en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, y dispone en su apartado 2.2.º que, cuando en virtud de un tratado o convenio internacional, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado, los Tribunales españoles se abstendrá de conocer.

El referido Reglamento del Consejo regula la competencia de los Tribunales de los Estados miembros, tomando como fueros la residencia habitual de los cónyuges y la nacionalidad de éstos, sin establecer un orden de prelación entre las diversas posibilidades de otorgar competencia a los diferentes Estados.

En lo que hace a las cuestiones relativas al divorcio, separación legal y nulidad del matrimonio de los cónyuges, dispone el Reglamento (art. 2), que serán competentes los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

- La residencia habitual de los cónyuges, o
- La última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o
- La residencia habitual del demandado, o
- En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- La residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene en él su "*domicile*".

Asimismo serán competentes los Tribunales de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" de ambos cónyuges.

El órgano judicial de un Estado miembro que hubiere de conocer a título principal de un litigio habrá de declararse incompetente de oficio cuando el Reglamento no establezca su competencia y la atribuya a otro órgano de otro Estado.

El art. 11 preceptúa la competencia del Tribunal del Estado ante el que se hubiera presentado la primera demanda o documento equivalente a ésta, debiendo el órgano judicial ante el que se formuló la segunda demanda suspender de oficio el procedimiento e inhibirse una vez conste la competencia del primero.

Por otra parte, cuando de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 no pudiera determinarse la competencia, se establece como competencia residual la que se determine por las normas internas de cada Estado miembro (art. 8), que en España son las contenidas en el art. 22 de la LOPJ.

De esta manera, se podrá establecer la competencia de los Tribunales españoles aunque los cónyuges no residan en España ni ambos sean nacionales, cuando se sometan voluntariamente a los Tribunales españoles, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, aunque lo sea desde menos de los seis meses anteriores a la demanda.

En cuanto a la competencia para dictar medidas cautelares o provisionales, en el Reglamento (art. 12.1), no se establece limitación alguna, ni se impide la adopción de medidas por el Tribunal de un Estado que no fuera competente para conocer del asunto principal, siempre que se encuentren contempladas en su ordenamiento jurídico, y el art. 22.5 de la LOPJ atribuye a los Tribunales españoles competencia para la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal que no fuere competente para el enjuiciamiento del asunto principal, en virtud del Reglamento comunitario, se levantarán en cuanto al órgano competente dicte una resolución sobre el mismo objeto (art. 12.2).

Es necesario destacar dos Leyes Orgánicas que han venido a solventar los graves problemas que se han venido generando no solamente en cuanto a sustracción de menores se refiere, sino también con respecto a los supuestos relativos a la competencia, cuando se dirime ésta entre Tribunales de diferentes Estados.

En primer lugar la Ley Orgánica 9/02 de 10 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal, y del Código Civil sobre sustracción de menores, adiciona en su art. 5.º un párrafo nuevo en la medida primera del art. 103 del Código Civil, con la siguiente redacción:

"cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas, podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor."

Y en este sentido, también se pronuncia el art. 6.º, añadiendo un nuevo párrafo al art. 158 del Código Civil, que queda redactado en los mismos términos, y el número 3.º del citado artículo del Código sustantivo, pasó a ser el número 4.º con la misma redacción.

En segundo lugar, la importante también Ley Orgánica 11/03, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en la que, además de modificarse el art. 173 del Código Penal, también se ha procedido a la modificación del art. 107 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos:

"1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la Ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges, en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la

residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residan habitualmente en España:

a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público".

III. COMPETENCIA: OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL

1. *Competencia objetiva*

La competencia objetiva se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia o a los Juzgados de Familia en aquellas poblaciones en que se hubiesen creado estos órganos especializados.

El origen de los Juzgados de Familia se debe al RD 1322/1981, que atribuyó competencia para conocer de las cuestiones relativas a las relaciones paternofiliales y a la separación, nulidad y divorcio, así como el enjuiciamiento de aquellas otras materias que la Ley determinase a los Juzgados de Primera Instancia que creaba, cuyo número fue posteriormente ampliado por el CGPJ en aplicación de la facultad que le atribuye el art. 98 LOPJ.

2. *Competencia funcional*

La competencia funcional en materia de recursos no presenta especialidad alguna, terminando en la instancia la especialización, de modo que contra las resoluciones definitivas dictadas por los Juzgados de Primera Instancia o de Familia puede interponerse

recurso de apelación, del que conoce la Audiencia Provincial, que en las grandes ciudades como Madrid, Barcelona y Valencia, conoce una Sala única también especializada. En cuanto al recurso por infracción procesal, mientras no se reforme la LOPJ, corresponderá su conocimiento al TS cuando le venga atribuido el recurso de casación (art. 468 en relación con disp. Final 16.^a de la LEC), o al TSJ si el recurso se fundare, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

La competencia para conocer de las medidas provisionales y cautelares en su caso, corresponde por regla general al Tribunal que esté conociendo del pleito principal o vaya a conocer de él (art. 723.1), con la excepción de las medidas previas, que pueden corresponder a otro.

No parece posible que en la segunda instancia se adopten medidas provisionales, pues las medidas definitivas ya deben haber surtido efecto, y a la vista del párrafo 5.º del art. 774 de la LEC, son eficaces las medidas desde que éstas se hubiesen acordado, y por lo tanto, desde dicho momento, deben cumplirse, o en caso de incumplimiento, ejecutarse.

Al principio de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por algún sector aislado de tribunales, se entendió que sí que era necesario solicitar la ejecución al existir la oportuna salvedad en el art. 525 de la Ley procesal de la Jurisdicción Civil, con respecto a que sí que se podían ejecutar aquellos pronunciamientos que regulasen las obligaciones y relaciones patrimoniales con lo que fuera el objeto principal del proceso.

No obstante, estas primeras tendencias han sido superadas y ya es unánime y pacífica la cuestión relativa a la ejecutividad de la totalidad de las medidas acordadas en los litigios familiares.

3. Competencia territorial

Para determinar la competencia territorial en los procesos de nulidad, separación y divorcio, se establece un fuero principal y

excluyente, cuatro fueros subsidiarios –que concurren electivamente de dos en dos cuando los cónyuges vivan en distintos partidos judiciales (y uno más en el caso de demanda de mutuo acuerdo) y cuando el demandado no tuviere domicilio o residencia fijos–, y un fuero residual, el del domicilio del actor.

El fuero principal es el del lugar del domicilio conyugal, bien porque allí vivan ambos cónyuges, bien porque habiten en distintas viviendas dentro de la misma población, o incluso en distintas localidades, siempre que ambas pertenezcan al mismo partido judicial.

En otro caso, la competencia corresponde al Juzgado del último domicilio del matrimonio o al de la residencia del demandado, a elección del actor (art. 769.1), o al de cualquiera de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo (art. 769.2), para la determinación del domicilio conyugal, el lugar de mayor vinculación familiar es preferente al domicilio esporádico o transitorio (STS 12 julio 1989).

Cuando el demandado no tuviere domicilio o residencia fijos, podrá ser demandado en el lugar en el que se halle o en el de su última residencia, a elección del demandante (art. 769.1.II).

Por último, cuando por ninguno de estos criterios pudiera determinarse la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor (art. 769.1.II fine).

La competencia para las medidas provisionales simultáneas a la demanda, o adoptadas en el curso del proceso, ha de atribuirse al Juzgado que esté conociendo del mismo, siguiendo el criterio de la conexión o accesoriidad.

Mayores problemas presenta la determinación del Juzgado territorialmente competente para la adopción de medidas provisionales previas a la demanda, pues en el art. 771 de la LEC se dispone que las medidas previas se pueden solicitar al Tribunal del domicilio del solicitante, si bien no parece que ello deba impedir que también puedan instarse ante el Tribunal que será competente para conocer de la demanda principal.

El art. 769.4 sanciona con la nulidad los acuerdos de las partes que alteren las normas de competencia, y exige que el Tribunal

examine de oficio su propia competencia, tal como corresponde por tratarse de fueros improrrogables.

IV. PROCEDIMIENTO

1. *Partes*

En cuanto a las partes procesales, los problemas fundamentales que surgen en los procesos matrimoniales hacen referencia al sistema de legitimaciones que el Derecho material establece, así como a la postulación (representación y defensa técnicas), que admite algunas especialidades que habrán de exponerse.

2. *Los cónyuges*

En principio no debe plantearse cuestión alguna ni acerca de la capacidad, ni de la legitimación de los cónyuges para actuar en un proceso en que se ventilen cuestiones relacionadas con su matrimonio, o la subsistencia o validez del mismo.

Por lo que hace referencia a la capacidad procesal, lo cierto es que, por una parte, los menores de edad no emancipados no pueden válidamente contraer matrimonio (art. 46.1.º CC) salvo que, siendo mayor de catorce años, obtenga dispensa previa del impedimento de edad por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, en un expediente en el que debe ser oído el propio menor y sus padres o guardadores (art. 48 CC). Estas precisiones son importantes por la consecuencia jurídica del matrimonio en orden a la capacidad procesal, ya que produce de derecho la emancipación y el menor emancipado puede por sí solo comparecer en juicio (art. 316 y 323 CC).

No parece que pueda suscitarse duda alguna de que quienes primariamente estén legitimados y han de intervenir en un proceso matrimonial son los cónyuges, directa o inmediatamente afectados por la resolución que se dicte. Ambos cónyuges tienen legitima-

ción activa y pasiva, apareciendo como normal el esquema de partes en que un cónyuge demande al otro, o ambos presenten de común acuerdo la solicitud. Así pues, en cualquier caso los dos cónyuges han de intervenir o ser llamados al proceso y, por otra parte, cualquiera de ellos puede postular del juzgador una consecuencia jurídica concreta, relativa a su matrimonio.

Esta última afirmación presenta sin embargo una excepción, en que se niega absolutamente a los dos cónyuges la posibilidad de demandar la nulidad del matrimonio: cuando la causa en que se funde sea el que alguno de ellos esté incurso en el impedimento de menor edad, no dispensado o no dispensable por no tener al momento del matrimonio, la edad de catorce años (art. 75 CC). El cónyuge que se encontrara en esta situación sólo podrá instar la nulidad cuando alcance la mayoría de edad; su consorte, en ningún caso. Sólo pueden demandar la nulidad el MF o los padres, tutores o guardadores del menor hasta que sea mayor de edad.

El punto de referencia obligado para analizar la intervención del MF en los procesos matrimoniales ha de ser su Estatuto Orgánico, en el que, entre otras funciones, se le asigna las de "tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley" y de "asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos".

En la LEC básicamente se previene la intervención del Ministerio Fiscal tanto como verdadera parte procesal, cuanto ejerciendo una función tuitiva de intereses de personas desvalidas.

En los procesos de nulidad matrimonial, se le confiere al MF legitimación activa para instar en nombre propio la actuación concreta de la ley, ordenada a conseguir una resolución judicial de nulidad. Por tal motivo, si otro legitimado promoviera el proceso de nulidad, necesariamente habría de darse entrada al MF, confi-

riéndole traslado de la demanda para que actúe en nombre y legitimación propias, sea en posición activa o pasiva, "en defensa de la legalidad y del interés público o social".

Además, su intervención cuando alguno de los interesados en el proceso sea menor, incapaz o ausente presenta una función tutelar de intereses de personas jurídicamente desprotegidas (sin necesidad de esperar a la constitución de organismos tutelares, de representación o de defensa judicial), y debe desempeñarse no sólo en los procesos de nulidad cuando existan menores, incapacitados o ausentes (asumiendo ambos cometidos: parte y defensor de los intereses de éstos), sino en todos los demás procesos matrimoniales, para lo que el MF no ostenta legitimación propia. Dicho cometido, por otra parte, se le encomienda con independencia de que tales menores, incapacitados o ausentes tengan constituidos los organismos de guarda legalmente previstos (sobre la intervención del MF en estos procesos ver la Circular de la FGE 3/1986, de 15 de diciembre).

3. Otras personas interesadas

Además de los cónyuges y el MF, pueden intervenir en los procesos matrimoniales otras personas: en el procedimiento de separación o divorcio han de ser oídos los hijos, y para demandar la nulidad se legitima a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo, y específicamente a los padres, tutores y guardadores del menor que contrajo matrimonio, hasta que alcance la mayoría de edad.

La audiencia de los hijos menores o incapacitados, viene referida a las medidas judiciales que les conciernan, tanto en aspectos patrimoniales como personales (custodia o visitas), sin que ostenten la condición de parte. Asimismo, el art. 93.2 del CC, tal y como fue redactado por la Ley de 18 de octubre de 1990, prevé la intervención de los hijos mayores de edad, al disponer que "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma

resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código".

Esta cuestión llevó con posterioridad a plantear grave problemas de legitimación, abordándose dicha cuestión por el Tribunal Supremo que por Sentencia de 24 de abril de 2000, RJ 2000/3378, Recurso de Casación número 4618/1999, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, se declaró la procedencia de la legitimación del progenitor que convive con los hijos mayores de edad y que carezcan de ingresos propios, y todo ello resolutorio de un Recurso en interés de Ley, planteado por la Fiscalía de Valladolid, poniéndose fin a la controversia.

En relación con la fijación de alimentos para el hijo mayor de edad, no es preciso que éste otorgue poderes a favor del progenitor para reclamarlos, siempre que esta reclamación se haga en el proceso de nulidad, separación o divorcio, mientras que si se realiza en otro proceso como el de modificación de medidas o en ejecución sí será necesario su concurso, aunque esta cuestión no es pacífica pues en aplicación del art. 93.2 citado, algunos órganos judiciales no lo consideran necesario, en atención a la Doctrina expuesta.

También es posible la participación de personas que soliciten un régimen de visitas o comunicaciones, como pueden ser los abuelos de los menores, que habrán de cursar sus solicitudes a través de uno de los progenitores o del MF, aunque también las podrían plantear directamente ante el Tribunal, con el fin de que adopte dichas medidas por ser beneficiosas para el menor (art. 158 CC), pero siempre y cuando exista controversia con los progenitores, dado que no se pueden conculcar en manera alguna las relaciones materno o paternofiliales.

No obstante, es necesario mencionar un Proyecto de Ley, que ha sido debatido en el Congreso, y que ha sido aprobada por el Pleno del Congreso, entrando en vigor en enero, con respecto a la necesidad de fijar régimen de visitas a los abuelos en los pleitos familiares, cuestión que entiende este Ponente que no debería tener cabida, salvo supuestos muy excepcionales, en los que exista fallecimiento de alguno de los progenitores, o existan alguna

controversia grave con alguno de los hijos, dado que, sin necesidad de este proyecto, se vienen solventando estas situaciones en la práctica diaria de Juzgados y Tribunales, a través del denominado régimen de visitas de parientes y allegados, y por el cauce procesal del Juicio Ordinario.

En este sentido, la Cámara Baja ha introducido modificaciones en el sentido que éste régimen de visitas no podrá suponer infracción de resoluciones judiciales que restrinjan la relación con alguno de los progenitores.

Salvo para la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771.1.II LEC), en el resto de trámites de los procedimientos matrimoniales es preceptiva la representación y defensa técnicas, incluso en la tramitación de las medidas previas, una vez presentada la solicitud (art. 771.2.I). Explícitamente viene exigida la intervención del Abogado y Procurador en las disposiciones generales del art. 750 LEC.

La particularidad que presentan las citadas normas es la facultad de que los cónyuges se valgan en el procedimiento consensual de una sola defensa y representación (art. 750.2.I), lo que ha de venir motivado por una comunidad de intereses y pretensiones, sin que desde luego se pueda generar indefensión, de modo que cuando se produzca disceptación durante la tramitación del proceso, cualquiera de los cónyuges puede designar su propio Abogado y Procurador. Esta discrepancia viene específicamente contemplada en la LEC, una vez iniciado el procedimiento, que ordena establecer una defensa y representación diferente para cada uno de los cónyuges si no son aprobados todos los pactos propuestos, así como cuando, una vez obtenida Sentencia, uno de los cónyuges solicitara la ejecución forzosa del acuerdo (art. 750.2.II).

La regla general sigue siendo, de todos modos, la postulación de cada cónyuge por su propio Abogado y Procurador, que vele desde una posición parcial por los intereses de su patrocinado y mandante.

Las Sentencias de nulidad, separación y divorcio habrán de comunicarse de oficio a los Registros Civiles para la práctica de

los asientos que correspondan (art. 755.I): las anotaciones se harán en las páginas en las que consten el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos (como indicaba la disp. Ad. 9.^a de la Ley 30/1981; la Sentencia de divorcio se anota al margen de la inscripción de matrimonio y no de la de nacimiento –RDGRN de 14 de junio de 1995–).

Asimismo el párrafo segundo del citado art. 755, establece, que también a petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro registro público las Sentencias, a los efectos que en cada caso proceda, circunstancia que es de gran utilidad, sobre todo para la anotación de los derechos de uso concedidos por Resolución Judicial.

En principio los cónyuges podrán acordar lo que consideren oportuno sobre los efectos que en el complejo mundo de relaciones jurídicas patrimoniales van a producir las Sentencias de nulidad, separación o divorcio, sea en el procedimiento consensual o en un proceso contradictorio; si embargo, los acuerdos relativos a los menores tanto en el plano personal como patrimonial no vincularán al Tribunal. En cualquier caso pueden presentar al Juez un convenio conteniendo la regulación de los extremos del art. 90 del CC (arts. 90 y 91 CC). En los procesos contradictorios la presentación del convenio a lo largo de su tramitación resulta facultativo; no así en el consensual, donde la presentación de la propuesta constituye requisito de admisibilidad de la solicitud.

En cualquier caso, la resolución judicial que establezca los efectos de la nulidad, separación o divorcio, o que apruebe el convenio presentado, habrá de ser dictada tomando en consideración las circunstancias del momento en que se dictó, señalando incluso las bases de actualización de las prestaciones patrimoniales, pero siempre partiendo de la subsistencia de las situaciones personales y económicas de los interesados (al menos, dentro de ciertos márgenes admisibles). Por tanto, cuando se alteren las circunstancias que hicieron al Juez pronunciarse en el sentido que lo hizo, se deberá modificar paralelamente el régimen de las consecuencias personales y patrimoniales de la nulidad, separación o divorcio.

V. MEDIDAS PREVIAS URGENTES, PREVIAS, PROVISIONALES
Y MODIFICACION DE MEDIDAS

1. *Previas urgentes*

En la LEC se introduce una nueva clase de medidas provisionales, las medidas previas urgentes, que son las solicitadas por uno de los cónyuges con anterioridad a la presentación de la demanda y acordadas por el Tribunal sin ningún trámite, en la misma resolución en la que se cite a las partes a la comparecencia de medidas previas a la demanda.

Para dictar estas medidas, que se circunscriben a las de los efectos del art. 102 CC y las medidas de custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares del art. 103 CC, el tribunal habrá de apreciar que "la urgencia del caso lo aconsejare", por lo que entendemos que habrá de acreditarse de alguna forma dicha urgencia (art. 771.2.II LEC).

Contra esta resolución no se dará recurso alguno, y las medidas que se contengan en ella serán sustituidas por las del auto de medidas provisionales previas que habrá de dictarse una vez celebrada la comparecencia y la práctica de la prueba correspondiente.

2. *Previas*

El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio y el que efectivamente la demande puede obtener una regulación provisional de las relaciones personales y económicas de la familia en crisis.

Estas medidas pueden ser solicitadas de forma previa a la presentación de la demanda o de forma coetánea, siempre que no exista una regulación de medidas definitivas anterior (art. 775.3) y su contenido será el previsto en los arts. 102 y 103 del CC).

En cuanto a las medidas solicitadas previamente, y calificadas en la práctica como medidas previas, sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda

(art. 104 CC y art. 771.5 LEC), pudiéndose modificar o completar una vez admitida ésta, caso en el que el tribunal convocará a las partes a una comparecencia que se sustanciará por los trámites del art. 771.

En la nueva LEC se pretende que sólo exista un procedimiento de medidas provisionales, por lo que se han establecido los mismos trámites para la obtención de medidas provisionales de forma previa a la demanda como de forma coetánea, impidiéndose por lo tanto la doble tramitación, primero como previas, y luego como coetáneas, estableciéndose sin embargo la posibilidad de modificar las medidas adoptadas como previas una vez que se admita la demanda, pues es probable que el juez que conoció de las medidas previas (el del domicilio del solicitante, art. 771.1) no sea el competente para conocer de la demanda principal.

En el procedimiento de medidas previas, no es preceptiva la intervención de abogado y procurador para presentar la solicitud, aunque deberán intervenir estos profesionales en toda actuación posterior.

3. Provisionales coetáneas

En relación con la solicitud de medidas provisionales de forma coetánea a la demanda, que como norma general se tramita por lo dispuesto en el art. 771, las solicitadas por el demandado en la contestación, se tramitarán en la vista principal si ésta se fija en los diez días siguientes a la contestación, con lo que se está intentando evitar una duplicidad de procedimientos, compatibilizándolo con la rapidez en la obtención de la resolución. En dicha vista el tribunal resolverá por medio de auto si la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de ésta.

En general, el procedimiento a seguir parece venir resuelto en el art. 771, y se estructura en la citación a los cónyuges y al MF en su caso a una comparecencia en los diez días siguientes a la solicitud, en la que se les oirá y practicará la prueba propuesta útil y pertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio, y si no

fuera posible practicar en el momento toda ella, se señalará fecha para su práctica en unidad de acto, es decir, de forma continua, en los diez días siguientes.

La falta de asistencia a la vista de medidas provisionales conllevará los mismos efectos que respecto a la vista de la cuestión principal, es decir, la posibilidad de entender como admitidos los hechos alegados por el otro cónyuge para fundamentar sus pretensiones de carácter patrimonial.

Finalizada la comparecencia o la prueba, se dictará auto en el plazo de tres días, contra el que no se dará recurso alguno.

La limitación al recurso parece apropiada, pues ha de tenerse en cuenta que en un corto período de tiempo la sentencia establecerá las medidas definitivas que habrán de sustituir a las medidas provisionales, y, por otro lado, siempre quedará a salvo la posibilidad de instar un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias.

Estas medidas previas, si realmente se tramitan con agilidad y eficacia, pueden llegar a ser la clave de los juicios rápidos en materia de familia.

Quizá solo sea necesario regular el sistema de notificación a las partes, con los horarios en que realmente una persona se encuentra en su domicilio.

Es cierto que en innumerables ocasiones, son fallidas las notificaciones, pues se hacen en horarios de mañana o de mediodía, circunstancias que han venido resueltas en parte por la nueva LEC al poder notificar en el puesto de trabajo, de acuerdo con el art. 155, n.º 3.

En las I Jornadas de Jueces de Familia, y Jueces con competencia en materia de incapacidades, celebrada en Madrid en el Consejo General del Poder Judicial de 30 de junio a 2 de julio de 2003, se acordó lo siguiente:

"Previas: Es viable la apertura de debate sobre cualquier medida del art. 103, planteada por primera vez en la comparecencia.

— Contra la denegación de prueba, cabe Recurso de reposición.

Coetáneas: Sólo admisibles cuando se interesen con la demanda o con la contestación.

— De existir previas, salvo supuestos excepcionales, se podrán completar de oficio o a petición del Ministerio Fiscal.

— Ante la solicitud de pensión compensatoria debe admitirse la posibilidad de fijar alimentos, pudiendo el Juzgador advertir de su reconducción."

Este ponente no considera ajustada a Derecho la posibilidad de completar de oficio las medidas previas, ni tampoco el poder reconducir la petición de pensión compensatoria a alimentos, pues es bien sabido, que en sede de Medidas, ya bien previas o provisionales, no se puede solicitar pensión compensatoria, porque el propio art. 103 del Código Civil, no prevé dicha petición, y tan sólo se define en el precepto invocado, la posibilidad de peticionar como medida tercera, la contribución de cargas del matrimonio, incluidas, si proceden, las *litis expensas*, entendiéndose que dentro del concepto de cargas, va contemplado el trabajo que uno de los cónyuges dedica a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad, independientemente de la petición que se pueda realizar también como alimentos para los hijos.

Esta cuestión ha sido pacífica y consolidada jurisprudencialmente por la casi totalidad de los Juzgados de Familia existentes en España.

4. *Modificación de medidas*

La modificación por cambio de circunstancias de los efectos acordados habrá de ser instada por quien ostente legitimación —cónyuges y MF (éste cuando hayan hijos menores o incapacitados, art. 775.1)—, con base en la variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarse las medidas (concepto jurídico indeterminado éste de la variación de las circunstancias que hay que dejar para su integración al buen criterio y experiencia del juzgador).

Partiendo de este presupuesto, los nuevos efectos adecuados a la nueva realidad pueden ser regulados de cualquiera de las formas en que cabe acordarlos, sin que sea determinante el modo en que anteriormente se produjeron (si antes se impusieron judicialmente cabe ahora que se haya llegado a un acuerdo; o viceversa). Así, si la petición se hiciera por acuerdo, se tramitará conforme a lo dispuesto en el art. 777, y si no hay acuerdo, por los trámites de las medidas previas del art. 771.

También se prevé en el art. 775.3 la modificación provisional en un proceso matrimonial de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior, a instancia de parte, ya que se impide que al interponerse nueva demanda matrimonial se dicten nuevas medidas provisionales, puesto que no existe un peligro de demora que las justifique (art. 773.1).

Así, cuando existan medidas definitivas de una Sentencia de Separación y se inicie un proceso de divorcio, nulidad o modificación de medidas, se podrá solicitar la modificación provisional de dichas medidas, esta vez sin basarse en la modificación de las circunstancias, a diferencia de la modificación de medidas del art. 775.1 y 2. La tramitación adecuada en este caso será la del art. 773, de medidas coetáneas, que remite a la forma de la comparecencia del art. 771.

VI. MEDIDAS CAUTELARES Y UNIONES DE HECHO

1. Características del proceso cautelar

Una de las materias donde la nueva ley ha incidido de manera más directa es la relativa a las medidas cautelares. Como sabemos, el texto anterior carecía de una regulación unitaria en relación con esta materia. La situación distaba mucho de ser la más satisfactoria, debido principalmente a la dispersión de las normas que las regulaban. A la vista de ello, la doctrina hubo de llevar a cabo un gran esfuerzo por sistematizar y elaborar una teoría general de las medidas cautelares. Todo ello contribuyó sin duda a que, en la

práctica, la posibilidad de solicitar medidas cautelares fuese considerada de forma absolutamente excepcional, lo cual evidentemente redundaría en la propia eficacia de la ejecución que estas medidas tratan de garantizar. Gran parte del éxito de la ejecución depende precisamente de las medidas cautelares. En este sentido, el esfuerzo doctrinal se ha visto recompensado; la nueva ley ha impuesto orden en una materia que se ha caracterizado siempre por una caótica regulación legal.

La novedad más relevante radica en haber instaurado un procedimiento común que sirve para acordar cualquier medida cautelar que se solicite. Hay que tener presente, no obstante, que las normas contenidas en el Título VI del Libro III de la LEC son, en principio, aplicables a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas para garantizar la ejecución de las acciones que deban sustanciarse a través de los procesos ordinarios. Las medidas cautelares de los procesos especiales están sometidas a otro tipo de disposiciones (art. 721.2).

Es por ello, que en principio quedan excluidos de los procesos matrimoniales y de menores, salvo en los procesos de filiación, paternidad y maternidad, que son de aplicación en virtud del art. 768, y en los procesos que sólo se solicite guarda y custodia de hijos menores y alimentos en nombre de hijos menores, cuya tramitación procesal será la de previas, provisionales o definitivas, en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

Las medidas cautelares que pretendan acordarse al amparo de esta regulación no pueden nunca acordarse de oficio; siempre a instancia de parte. Tal es el principio que viene sancionado en el art. 721. Según este precepto, todo actor, principal o reconvenido podrá, bajo su responsabilidad, solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. "Las medidas cautelares previstas en Título –añade– no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas".

Ello supone, en consecuencia, el reconocimiento de un derecho, incardinado en el derecho general de accionar y, por lo tanto, susceptible de la tutela a la que hace referencia el art. 24 de la CE, que concede la posibilidad de obtener, siempre que concurren los presupuestos necesarios, una resolución por la que se acuerde la medida solicitada. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en la Ley, las medidas cautelares se acuerdan siempre bajo la responsabilidad de quien la solicita, el cual queda, por tal circunstancia, sometido a la responsabilidad que contraiga como consecuencia de su petición. Este es el motivo por el cual, la ley exige como requisito previo, la necesidad de que se preste una caución para hacer frente a los daños y perjuicios que se ocasionen por este motivo (art. 728.3), salvo en los procesos de filiación, paternidad y maternidad, que se dispensa de la exigencia de caución a quien lo solicite.

Sin embargo, a pesar de tal declaración, el juez no se encuentra en modo alguno vinculado por la petición del solicitante. En esta materia no rige, por lo tanto, el principio de congruencia en toda su extensión. A la vista de la solicitud el juez puede acordar la medida que considere oportuna. El único límite que le impone la ley es el que resulta del apartado 2 del art. 721, esto es, en ningún caso podrá acordar medidas más gravosas que las solicitadas. En este sentido, es claro que el juez viene obligado a acordar la que considere más adecuada en función de la efectividad del derecho que se pretende garantizar. Cualquiera que reúna las características establecidas en el art. 726 es en principio idónea para esta finalidad, es decir, la más efectiva pero que al mismo tiempo sea la menos onerosa para quien haya de sufrirla.

2. *Uniones de hecho*

A) *Decisiones sobre guarda y custodia, y sobre alimentos reclamados en nombre de hijos menores*

Proceso principal.—Del art. 748.4.º se deduce que el procedimiento aplicable para su adopción es el proceso especial sobre

capacidad, filiación, matrimonio y menores y de los arts. 748 a 755 LEC. En definitiva, el juicio verbal con las especialidades contenidas en los mencionados preceptos. Como vemos, existe una remisión directa a dichos preceptos, sin necesidad de ser aplicados por analogía, superándose de forma definitiva el problema que se planteaba con la anterior LEC.

Aunque no se dice expresamente, en el caso de que existan hijos, los Juzgados entienden que además de ser aplicable a guarda y custodia y alimentos, también debe entenderse al domicilio familiar.

Medidas provisionales.—Según el art. 770-6.^a LEC, se pueden adoptar las medidas previas, simultáneas o definitivas de los procesos de nulidad, separación o divorcio; es decir, existe una remisión directa a las normas reguladoras de las medidas de los procesos matrimoniales (arts. 771 a 775). El estudio sobre la respuesta judicial a la violencia doméstica en el ámbito de las medidas provisionalísimas de la LEC, realizado por el Servicio de Inspección del CGPJ de fecha 23 de abril de 2001, señala al efecto en su conclusión 3 que "se ha observado un diferente tratamiento de las medidas solicitadas en seno de las uniones de hecho, siendo frecuente la inadmisión por inadecuación de procedimiento. En la actualidad, con la nueva LEC, y referido exclusivamente al problema que se origina con los hijos menores, esto se ha solucionado, dando un tratamiento unitario al problema, como ya se venía realizando por numerosos órganos jurisdiccionales".

B) La atribución del uso del domicilio común

Proceso principal.—No es aplicable en principio el proceso especial sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores de los arts. 748 a 755 LEC.

Téngase en cuenta que, al no tratarse de domicilio conyugal, la legislación civil no contiene ninguna especialidad en relación con el uso de ese domicilio, por lo que resultan aplicables las normas ordinarias del Código Civil:

a) Si es propiedad de uno de los miembros de la pareja, éste tiene el derecho de posesión sobre ella y por tanto el derecho de uso.

b) Si es copropiedad de ambos miembros de la pareja, se deben aplicar las normas ordinarias reguladoras de la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC). Pues bien, hasta que se practique la división de la cosa común a instancia e cualquiera de los copropietarios, se debe aplicar lo acordado por los copropietarios por mayoría; y, a falta de acuerdo, el Juez podrá adoptar las medidas que correspondan (art. 398,3.º CC), entre ellas la atribución del uso de la vivienda hasta que se proceda a la división.

El procedimiento para la división de la cosa común es el ordinario que corresponda según la cuantía (arts. 249 y 250 LEC).

No obstante, en la práctica se está adjudicando el uso del domicilio familiar por analogía sobre todo cuando existen hijos por imperatividad del art. 96 del Código Civil, siendo en definitiva el trámite procesal para las uniones paramatrimoniales el Juicio Verbal con medidas previas o provisionales, y para los comunes acuerdos, el art. 777 de la LEC o la Jurisdicción Voluntaria de la DT 10.^a de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

VII. MEDIDAS INNOMINADAS DEL ART. 158 DEL CÓDIGO CIVIL, LO 1/96 DE 15 DE ENERO Y LO 9/2002 DE 10 DE DICIEMBRE

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96 de 15 de enero llevó a cabo una modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Ley ha dotado al menor de un marco jurídico de protección que viene a ser un reflejo de todos los Tratados Internacionales, ratificados por España y muy especialmente de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y que narran el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor,

basada en un mayor reconocimiento de un papel en la sociedad y la exigencia de un mayor protagonismo en la misma.

Esta necesidad también fue compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A-3-0172/92, aprobó la Carta Europea de Derechos del Niño.

La presente Ley pretendió ser la primera respuesta a la reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil.

La culminación de esta protección ha venido dada por la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre que añade un nuevo párrafo 3.º al art. 158, y el párrafo 3.º pasa a ser el número 4.º manteniendo la misma redacción.

El art. 158 del Código Civil queda como sigue:

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

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

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

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, y en particular las siguientes: a) Prohibición de salidas del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

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

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

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

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

La Disposición Adicional 1.^a de la LO 1/96 de protección jurídica del menor, establece que para la adopción de medidas del art. 158 del Código Civil se aplicarán las normas de Jurisdicción Voluntaria.

No obstante, y aunque se pueden seguir en proceso aparte con el cauce procesal indicado, también en la práctica se acuerdan en ejecución de sentencia.

El párrafo 3.º del art. 158 creado por la LO 9/2002, era necesario al tratarse de una demanda social dado que sobre todo por motivos de estudios, laboral o de otra índole existe un tránsito de ciudadanos sobre todo europeos, de unos estados a otros, contrayendo matrimonio, que en caso de ruptura, sus consecuencias suelen ser funestas, dado que, uno de los progenitores siempre tiende a volver a su país de origen atropellando los intereses del otro, llevándose al niño consigo.

Por ello, también ha sido acertado, no solo la integración absoluta de este párrafo 3.º a la medida 1.^a del art. 103 del Código Civil, sino también el que dicha LO 9/2002, haya añadido un nuevo artículo que es el 225.bis que castiga a aquel progenitor que traslade a un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda.

También es de interés destacar la letra c) del art. 158 n.º 3, que aunque está previsto para la sustracción de menores, debe ser tenido en consideración, dado que es frecuente que uno de los progenitores decida, a hechos consumados, irse de la ciudad donde reside, amparándose en el derecho constitucional de libertad de fijación de domicilio conculcando los intereses de los menores en cuanto a la desubicación del menor de su ambiente, del aislamiento y pérdida de contacto con los abuelos paternos y maternos, cambio de colegio y entorno, por lo que siempre en esa toma de decisiones se olvida el interés del menor, primando frente a éste, el interés del progenitor.

En estos casos, de inmediato, se deberían arbitrar medidas del art. 158, cuya indagación del Tribunal consistiría en que, aparte de indagar acerca del nuevo marco donde va a vivir el menor, se proceda, en su caso, a la exploración del niño y ser oído al respecto.

VIII. RESPUESTA DE LA JURISDICCION CIVIL ANTE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: LEY 27/2003 DE 31 DE JULIO Y LO 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE

1. *Procedimiento sumario para adoptar la forma inmediata y provisional medidas similares a la separación y divorcio*

La existencia de un procedimiento sumario, que permita de forma rápida acordar con carácter provisional medidas similares a las de la separación o divorcio, constituye un elemento relevante para conseguir una adecuada protección de la víctima de violencia familiar.

a) La separación provisional de los cónyuges determina, con el cese de la convivencia, una significativa reducción del peligro de reiteración de actos de violencia sobre la víctima, ya sea el cónyuge, ya sean los hijos menores de la familia.

b) Dicha separación provisional también origina un efecto beneficioso sobre aquellos miembros de la familia que no son víctimas directas de la violencia: los patrones de violencia se interiorizan en la infancia, esto es, en el momento de formación de conciencia, cuando los menores no conocen que la violencia que viven en el entorno familiar es anormal; y, por otra parte, ser testigo de los episodios de violencia es traumático para el menor, causándole angustia emocional, y es incluso catalogado como maltrato psíquico sobre el mismo.

c) Pese a la separación provisional, la víctima debe tener atendidas sus necesidades de vivienda y alimentos. Para evitar una situación de re-victimización resulta necesario que el Juez civil adopte de forma inmediata medidas sobre uso del domicilio común de la pareja, así como sobre el pago de alimentos.

d) Si concurre un principio de prueba de la existencia del maltrato sobre el menor, o de algún tipo de agresión sexual, se

deberán adoptar de forma urgente las medidas relativas al otorgamiento de la guarda y custodia (al progenitor no agresor), así como al ejercicio de un régimen de visitas por parte del maltratador; de esta manera, cesará inmediatamente la situación de peligro sobre el menor. En relación con el régimen de visitas, procede destacar varias cuestiones que se analizan en el siguiente epígrafe.

2. Régimen de visitas en supuestos de violencia familiar

A) Interés prioritario del menor

Desde determinados ámbitos se viene solicitando la negación de un régimen de visitas al maltratador, por considerar que su establecimiento puede redundar negativamente en el desarrollo de los menores. Así por ejemplo, la Guía de Buenas Prácticas del Proyecto Daphne propone que "debería restringirse el régimen de visitas y comunicación del maltratador respecto a los hijos menores de edad, salvo que aquél demuestre que la comunicación entre ambos es positiva para éstos". Esta idea late asimismo en el fondo de una de las medidas del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-04 cuando establece, como una de las acciones a realizar, la consistente en "estudiar los mecanismos oportunos para hacer más eficaz la posibilidad legal de suspender el régimen de visitas y comunicación del agresor respecto de sus hijos e hijas".

En esta materia resulta extremadamente peligroso aplicar mecanismos automáticos de carácter general:

a) La mera alegación del maltrato sobre algún miembro de la familia, especialmente el progenitor, no debe determinar sin más el no establecimiento de un régimen de visitas, sino que deben analizarse con sumo cuidado todas las circunstancias y valorar el peligro sobre los menores.

b) Por otra parte, los Juzgados de Primera Instancia deben huir del establecimiento automático del régimen de visitas estándar

(fines de semana alternos y vacaciones por mitad) cuando existe la mencionada alegación del maltrato. En cambio, deben practicarse con urgencia las actuaciones judiciales necesarias para examinar la existencia de un principio de prueba sobre los hechos alegados, tras lo cual el Juez debe fijar un régimen singularizado y adaptado al caso concreto en beneficio del menor. En este sentido, el Estudio del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre la respuesta judicial a la violencia doméstica en el ámbito de las medidas provisionalísimas de la LEC, de 23 de abril de 2001, concluye que la generalidad de los Juzgados se limita a acordar las "medidas tipo", y excepcionalmente se adoptan medidas singulares que reflejen la situación de violencia denunciada.

El órgano judicial civil, partiendo de las circunstancias del caso concreto, debe establecer en cada supuesto un régimen de visitas que atienda al interés prioritario del menor: eliminación hasta que conste la eliminación del riesgo de maltrato (por ejemplo, la bebida); ejercicio siempre en presencia de una persona adulta que preste sus servicios en un organismo público o designación por el otro progenitor; o la utilización de un "punto de encuentro".

B) Puntos de encuentro

Los puntos de encuentro son locales atendidos por una institución oficial, o por una asociación privada con apoyo público, en los que se puedan llevar a cabo las visitas del progenitor a sus hijos menores en ejercicio de lo dispuesto por una resolución judicial dictada en un proceso matrimonial.

En supuestos en los que ha existido un clima de violencia familiar antes del cese de la convivencia, la utilización de estos puntos para la entrega/recogida del menor, o para la realización de toda la visita (cuando la misma tiene una duración menor a la ordinaria), puede evitar la reiteración de situaciones de violencia, cuyo peligro aumenta considerablemente en estos momentos.

Los poderes públicos han adquirido conciencia de la importancia de estos Puntos de Encuentro, por lo que recientemente se

alude a ellos como una de las medidas contra la violencia doméstica. De esta forma, en la Guía Práctica de Actuación contra la violencia doméstica, aprobada por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de marzo de 2001, se aconseja que "en los casos en que fuere inevitable la relación entre denunciante y denunciado fuera del Juzgado (por ejemplo, en aplicación de régimen de visitas a los hijos), se fijarán judicialmente Puntos de Encuentro seguros y se dispondrá lo necesario para que la víctima disponga de acompañamiento y asistencia si lo precisare". Asimismo, el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) señala, como una de las acciones a realizar dentro de las medidas asistenciales y de intervención social, "Puntos de encuentro donde se lleven a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de separación y divorcio con antecedentes de violencia doméstica, atendidos por personal cualificado que emita informes a los Tribunales competentes".

3. El sistema austriaco, proyecto Daphne

A) El proyecto

El proyecto Daphne se refiere a la legislación austriaca como buenas prácticas en materia de protección a la víctima; en concreto al Decreto-Ley sobre la protección contra la violencia en el seno de la familia (que entró en vigor el 1 de mayo de 1997). Como quiera que recoge interesantes criterios que pueden resultar útiles en la experiencia legislativa española, vamos a analizar sus elementos principales, sistematizándose de la siguiente forma:

Fase policial: orden de prohibición de acceso al domicilio.

— En los casos de violencia doméstica y cuando exista una amenaza sobre la vida, salud o libertad, el art. 38.^a de la Ley de Seguridad Policial (SPG) autoriza a la policía para que pueda, de inmediato, prohibir a la persona que crea el peligro el acceso y regreso al domicilio donde conviva con la persona agredida o

amenazada. Igualmente puede prohibirle acercarse a estas personas a una distancia determinada que establezca una protección eficaz para la víctima.

— Esta orden inmediata de expulsión y prohibición de acercamiento tiene una duración de siete días, si bien el expulsado puede solicitar una revisión transcurridos dos días.

Fase judicial (jurisdicción civil): decreto provisional tras procedimiento sumarísimo:

— Si la víctima o perjudicada quiere que la protección dure más de 7 días, deberá solicitar, dentro de este plazo al Juzgado Civil un Decreto Provisional de expulsión y prohibición de acercamiento (art. 382b sección 1 EO). En este caso la orden de expulsión policial se prorroga hasta 14 días para que en el Juzgado se puede tramitar la solicitud. El decreto provisional protege a todos los miembros de la familia, que conviven con un miembro familiar violento en el mismo domicilio o han convivido con él en los últimos tres meses.

— El decreto provisional lo tiene que promulgar el Tribunal en un procedimiento sumarísimo donde la persona solicitante presentará los comprobantes necesarios para la decisión del tribunal (protocolos, testigos, informes médicos y hospitalarios, informes de casas de acogida, fotografías y cualquier otro) y la policía deberá presentar un informe.

— El decreto provisional podrá acordar las siguientes medidas:

- El maltratador debe abandonar la vivienda y los alrededores cercanos (art. 382.b parr. 1).
- El maltratador no podrá acercarse a sitios determinados, como guarderías, centros de trabajo, etc. (art. 382.b parr. 2).
- El maltratador deberá evitar cualquier encuentro y/o toma de contacto con las personas protegidas (art. 382 b parr. 2).

— El decreto provisional puede entrar en vigor inmediatamente después de notificarlo al maltratador y tiene una duración de tres meses.

— Dentro de los tres meses, la persona solicitante puede renunciar en cualquier momento a la ejecución y activar nuevamente el decreto si se dan las circunstancias de agresión o amenaza.

— Si durante el período de tres meses se solicita el divorcio o se interpone una demanda judicial dirigida a obtener el uso exclusivo de la vivienda, el decreto tendrá validez hasta que se dicte Sentencia de divorcio u otra.

— El incumplimiento de las órdenes de expulsión y prohibición de acercamiento policiales y de los Derechos Provisionales promulgados por los Tribunales, conlleva detención y una multa.

B) Valoración

Después de analizar el sistema austriaco, se llega a la conclusión de que las claves de su funcionamiento son las siguientes:

a) La jurisdicción civil es la competente, por considerarse más adecuada para la prevención de la violencia familiar.

b) La oportuna coordinación entre la policía y los órganos judiciales civiles.

c) La creación de las denominadas "agencias de intervención", para acompañamiento y para asegurar la ejecución de la ley de protección contra la violencia. Estas agencias ofrecen su ayuda activa y su apoyo a mujeres víctimas, y desempeñan una función de enlace entre todas las partes implicadas en cualquier caso específico de violencia (autoridades policiales y judiciales,

servicios sociales para jóvenes, hogares para mujeres maltratadas, etc.).

En el proyecto Daphne se recuerda que, desde enero de 1998 hasta diciembre de 1998 en toda Austria, fueron emitidas 2.673 interdicciones y prohibiciones de regreso por las autoridades directivas; y se instruyeron 252 procedimientos penales administrativos debido al incumplimiento de la prohibición de regreso.

4. Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

La situación que origina la violencia ejercida en el entorno familiar trasciende del ámbito doméstico para convertirse en una lacra para la ciudadanía.

Resulta imprescindible arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves.

Es necesario en suma, una acción integral y coordinada que aúne medidas cautelares penales sobre el agresor y medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica.

La pretensión de esta Orden de Protección es que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que conecta de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal.

Esta pretensión ha sido muy criticada porque supone de alguna manera una invasión en la Jurisdicción Civil por parte de la penal, cuando existen mecanismos en la Ley Civil, que dan solución perfectamente a estos problemas.

Esta nueva Ley añade un nuevo art. 544 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediéndose a dictar la orden de protección cuando exista un indicio fundado de la comisión de un delito o

falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, de las personas enumeradas en el art. 153 del CP (cónyuges, persona ligada por relación de afectividad, hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces), en la víctima de la violencia doméstica.

La orden será acordada por el Juez de Oficio, o a instancia de la víctima o personas indicadas en el párrafo anterior, o del Ministerio Fiscal, sin perjuicio del deber general de denuncia.

Se podrá solicitar directamente a la autoridad judicial, Ministerio Fiscal o Jueces y Cuerpos de Seguridad, oficinas de atención a la víctima o servicios sociales y asistenciales de las Administraciones Públicas, debiendo ser de inmediato remitido al Juez competente.

El Juez de Guardia convocará de manera urgente a la víctima, pudiéndose sustanciar simultáneamente con la audiencia del art. 504.bis.2, o con la del art. 798, o en su caso con el acto del Juicio de Faltas, no pudiendo exceder de más de 72 horas.

El Juez de Guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre agresor y víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, procediéndose a que la audiencia se realice por separado, resolviéndose por Auto.

Cabe la posibilidad de solicitar medidas de naturaleza civil cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubiesen sido previamente acordados por un órgano de orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas del art. 158 del Código Civil.

Las medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación, estancia con los hijos, alimentos y cualquier otra disposición para apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Estas medidas de carácter civil contenidas en la medida de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días.

Si dentro de ese plazo se incoase un proceso de Familia ante la Jurisdicción Civil, las medidas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda.

En ese plazo deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente.

Dicha orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

5. *LO 11/2003 de 29 de septiembre que acuerda la modificación del art. 173 del Código Penal*

Esta reforma supone que las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones cuando se comentan en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo que se abre la posibilidad de imponer pena de prisión, y en todo caso, de privación del Derecho a la tenencia y parte de armas. Por esta razón queda ajustada la falta del art. 617.

Asimismo, cuando los delitos de violencia doméstica sean cometidos con habitualidad se abre la posibilidad de acordar la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

La pena contemplada es de 6 meses a 2 años.

El tipo vendría descrito por el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre el que haya sido cónyuge o persona ligada por relación análoga a la conyugal, aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del conviviente o sobre los menores o incapaces que con él convivan.

Cuando el Juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, se podrá proceder a la inhabilitación, para el ejercicio de la patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 1 a 5 años, sin perjuicio de las penas correspondientes, por el delito o falta.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los actos se cometan en presencia de los menores.

Para apreciar la habitualidad se atenderá a los actos de violencia acreditados y a la proximidad temporal de los mismos, con independencia que la violencia sea sobre la misma víctima o diferentes y de que los actos de violencia hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

IX. ASPECTOS CIVILES Y PENALES DEL IMPAGO DE PENSIÓN

1. Aspectos civiles

Solicitud de Ejecución.—Cuando la persona obligada al pago de la pensión alimenticia o compensatoria no lo verifique dentro del plazo establecido, la parte beneficiaria de dicha prestación no tendrá más remedio que acudir al Juzgado para obtener el pago de lo que se le adeuda.

No se establece en la LEC la necesidad de requerimiento previo antes del inicio de la vía de apremio, ya que el art. 580 señala: "Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones judiciales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes". Ahora bien, una cosa es que no sea necesario y otra bien distinta que la parte ejecutante considere oportuno este previo requerimiento antes de iniciar la vía de apremio.

El ejecutante presentará demanda ejecutiva ante el Tribunal que dictó la Resolución, reclamando:

— El pago de las pensiones atrasadas, cuya cuantificación deberá efectuar.

— La cantidad que prevea para los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la tramitación.

— Una cantidad presupuestada para las costas de ejecución. Según lo establecido en el art. 575 de la LEC, la cantidad presupuestada para intereses y costas no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.

En la demanda de ejecución también deberá expresarse:

a) Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución.

b) Si no pudiese designar bienes, se solicitarán las medidas de localización e investigación que considere oportunas, es decir, que se libre oficio por el Juzgado a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tenga constancia.

Habida cuenta que mensualmente irán venciendo nuevas pensiones, el ejecutante podrá reclamar que la ejecución que solicita quede ampliada por el importe de los nuevos vencimientos de principal e intereses.

Auto despachando ejecución.—El Tribunal, tras examinar la demanda, dictará Auto despachando la ejecución y acordando el embargo de bienes del deudor en cuantía suficiente a cubrir la cantidad reclamada más otra presupuestada para intereses y costas. Como señala el art. 575.2 de la LEC.

Cuando el ejecutante designa en su demanda ejecutiva bienes suficientes sobre los que trabar embargo.—El Tribunal directamente y sin necesidad de diligencia de embargo, dictará resolución decretando embargados los bienes.

Supuesto en el que el ejecutante no hubiese designado bienes.—En este caso, el Tribunal de oficio, y sin previa petición de parte, dictará Providencia acordando requerir al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título.

Oposición del ejecutado por las causas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.—El ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del Auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito. El escrito de oposición no suspenderá el curso de la ejecución. Los motivos de oposición se regulan en los arts. 556 y 558 de la LEC.

Pago o cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia.—De acuerdo con lo establecido en el art. 1156 del CC las obligaciones se extingue por el pago, y por tanto, si el ejecutante ha abonado las

pensiones que se le reclaman podrá oponerse a la ejecución. Por señalarlo expresamente el art. 556 de la LEC dicho pago deberá justificarse documentalmente. Si el pago se ha verificado antes de presentarse la demanda ejecutiva, no podrá seguirse adelante con la ejecución. Si el pago se verifica después de presentarse la demanda ejecutiva, serán de cargo del ejecutado las costas generadas.

Analicemos distintas situaciones que, en relación con el pago, pueden presentarse en la práctica:

Pago efectuado en metálico al cónyuge sin extenderse recibo alguno.—En ocasiones el ejecutado alega que tiene abonadas las pensiones que se le reclaman y que dicho pago se hizo en metálico entregándose a la persona del otro cónyuge sin que éste le diese recibo alguno. Como el art. 556 de la LEC exige que la oposición a la ejecución fundada en el pago se justifique documentalmente, las circunstancias de que no se haya extendido recibo alguno impide que esta causa de oposición pueda prosperar. No se ha previsto en la Ley la posibilidad de abrir un incidente para determinar la realidad de dicho pago acudiendo al resto de pruebas que se admiten en nuestro ordenamiento jurídico. Es frecuente proponer la prueba de interrogatorio de testigos para acreditar dicho extremo, sin embargo, y aunque ha sido derogado por la nueva LEC, sobre esta materia planea el espíritu del art. 1248 del CC, en cuanto a que la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos, será apreciada por los Tribunales conforme a lo establecido en la LEC.

Pago realizado en metálico directamente a los hijos.—Este es otro supuesto que se presenta en la práctica con bastante frecuencia: el obligado al pago de la pensión entrega determinadas cantidades a los hijos, que incluso se documentan por medio de un recibo firmado por el hijo, bien en el momento en que se produce la entrega, o posteriormente cuando el progenitor que convive con ellos reclama las pensiones. La Jurisprudencia no viene admitiendo estos pagos como motivo para extinguir la obligación alimenticia, y ello debe ser considerado como un acto de mera liberalidad.

Pago en otra cuenta distinta a la designada.—Aunque no es muy frecuente, hay veces en que el obligado al pago de la pensión, en vez de ingresar su importe en la cuenta designada por el pro-

genitor que convive con los hijos, abre una cuenta a nombre de estos en la que ingresa puntualmente el importe de las pensiones, y todo ello con el fin de no entregar el dinero al otro cónyuge y, por otro lado, cumplir lo establecido en la Sentencia.

Esta conducta no tiene ninguna justificación legal, y el Tribunal acordará que el ejecutado entregue la cantidad consignada en esta cuenta a la parte ejecutante o bien que se libre oficio a la entidad bancaria donde está ingresado el importe de la pensión al objeto de que la transfiera a la cuenta designada por la parte ejecutante.

Caducidad de la acción ejecutiva.—¿Qué plazo de prescripción debe aplicarse a la reclamación de las pensiones alimenticias o compensatorias? Como viene siendo habitual, no existe unanimidad.

La tesis de que tanto la pensión alimenticia como la compensatoria prescriben a los cinco años, encuentra también su fundamento en el art. 518 de la LEC: "La acción ejecutiva fundada en sentencia, en Resolución Judicial que aprueba una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la Sentencia o Resolución". Lógicamente, tratándose de una obligación de prestación periódica, prescribirán sólo los cinco últimos años.

Pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.—Suele ser frecuente en las ejecuciones de las resoluciones matrimoniales que uno de los cónyuges alegue como motivo de oposición al pago de las pensiones que se le reclaman, la existencia de un acuerdo verbal o escrito con el otro cónyuge por el que se extinguió la deuda, se modificó la cuantía de la obligación, o se transigió con el pago de otras deudas.

Como estos acuerdos no constan en el procedimiento, debe darse traslado a la parte ejecutante y, a la vista de sus manifestaciones, resolver la cuestión. A estos efectos, habrá que distinguir entre pensión alimenticia y pensión compensatoria.

Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión alimenticia de hijos menores de edad.—La pensión alimenticia a favor de los hijos es un derecho único y exclusivamente de ellos, su titularidad

no es compartida con nadie, y los padres tan sólo son los administradores, a los que se le exige la misma diligencia que para administrar sus propios bienes –art. 164 del Código Civil–. Por tanto, todo pacto entre los cónyuges tendente a modificar la cuantía de la pensión alimenticia o a suprimirla temporal o totalmente es radicalmente nulo, puesto que cualquier circunstancia modificativa en esta materia perteneciente al "*ius cogens*" debe contar con la preceptiva homologación judicial.

Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión alimenticia de hijos mayores de edad.—Si el progenitor que convive con los hijos mayores de edad –pero dependientes económicamente de sus padres– insta la ejecución por impago de pensiones.

Hay que diferenciar diversas cuestiones:

— Renuncia a la pensión alimenticia del hijo que ya ha alcanzado independencia económica. Esta renuncia debe entenderse válidamente efectuada, ya que será de aplicación la causa de extinción del art. 152.3.º del CC sin que sea necesaria la interposición de ninguna demanda para ello.

— Renuncia a la pensión alimenticia del hijo que aún continúa conviviendo en el domicilio familiar con el otro progenitor y que carece de independencia económica. Esta renuncia no puede tener eficacia alguna, ya que, como hemos señalado en el apartado anterior, va en contra de tercero, es decir, del progenitor que debe seguir soportando los gastos de su mantenimiento.

Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión compensatoria.—Perteneciendo la pensión compensatoria al derecho dispositivo de las partes, como perfectamente puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, el pacto de modificación o extinción temporal o total es perfectamente válido, sin que para ello sea necesario la aprobación judicial, ya que como señala la Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contraríe el interés o el orden público o perjudique a tercero.

Evidentemente, otra cuestión distinta será la acreditación de dicho pacto que, por aplicación de lo establecido en el art. 556 de la LEC, "deberá constar en documento público". Por tanto, queda fuera de esta previsión el acuerdo verbal o el pacto que conste en documento privado, que no tendrá eficacia alguna para impedir la continuación de la acción ejecutiva, sin perjuicio, claro está, que posteriormente en un procedimiento declarativo pueda la parte perjudicada hacer valer su derecho.

Compensación.—La compensación es otra de las causas que, conforme a lo establecido en el art. 1156 del CC, extinguen las obligaciones, y lógicamente debe ser motivo de oposición en la ejecución, como efectivamente contempla el art. 557 de la LEC.

Pagos realizados para atender los gastos de comunidad, agua, luz, teléfono, impuestos que graven la vivienda e incluso el arrendamiento de la vivienda familiar.—Teniendo en cuenta las distintas pensiones que pueden fijarse en un procedimiento matrimonial, y su distinto régimen jurídico, a estos efectos se hace preciso distinguir:

A) Pensiones alimenticias

Señala el art. 151 del Código Civil que "No es renunciable, ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. No cabe ningún tipo de compensación con los alimentos futuros, sin embargo, hay que analizar la posible compensación respecto de las pensiones alimenticias atrasadas, circunstancia admitida.

Para que proceda legalmente la compensación, conforme indica el art. 1196 del Código Civil, será preciso:

- Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.
- Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

- Que las dos deudas estén vencidas.
- Que sean líquidas y exigibles.
- Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

B) Pensiones compensatorias

En el supuesto de que la deuda reclamada sea en concepto de pensión compensatoria, no existe ningún obstáculo legal, ni ninguna restricción para que pueda operar la institución de la compensación si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 1196 del Código Civil.

Pago de la pensión que se reclama o parte de ella mediante el abono de diversos gastos de los hijos.—En este supuesto la parte obligada al pago se opone alegando que ha pagado el importe de matrícula de la universidad o colegio, libros, ropa, compra de vehículo para el hijo, viajes, estudios en el extranjero coincidiendo con la época de verano, etc. A tenor de lo acordado en el convenio judicialmente aprobado o en las medidas fijadas por el Juez, resulta evidente que si el obligado al pago debe ingresar mensualmente en la cuenta designada el importe de la pensión, no puede detraer de la misma cantidad alguna para hacer directamente pagos respecto de las deudas que se originen por los hijos.

La línea jurisprudencial dominante entiende que todo pago efectuado por el deudor que no sea el ingreso de la cantidad fijada, deberá considerarse como un acto de liberalidad —art. 618 del Código Civil—, ya que las Sentencias deben cumplirse en sus propios términos y tratándose de cantidades líquidas su pago se ha de hacer en dinero.

No obstante, bueno será examinar con prudencia las facturas presentadas, ya que si se trata de un pago que legalmente deba hacer el cónyuge que está a cargo de los hijos, como por ejemplo el pago ordinario de los colegios en el supuesto de que no se

hubiese abonado, deberá darse traslado a la parte contraria para que manifieste si efectuó dicho pago, o las causas que se lo impidieron, dictándose a continuación resolución acordando deducir de la cantidad adeudada dicho importe.

Pago de deudas de la extinta sociedad de gananciales.—Otra causa de oposición al pago de la pensión alimenticia o compensatoria es la referente a que el deudor está haciéndose cargo directamente de deudas de la sociedad de gananciales, como puede ser por ejemplo el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar y que por consiguiente no tiene medios económicos suficientes para hacer frente a ambas deudas.

Estar siguiéndose la ejecución de las pensiones reclamadas o de parte de ellas por vía penal.—El art. 227 del nuevo CP, después de definir el delito de abandono de familia por impago de pensiones, en su apartado tercero señala que "la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas". Por consiguiente, si en la jurisdicción civil se está reclamando el pago de unas pensiones determinadas, es posible que en alguna ocasión el juzgado de lo penal esté al mismo tiempo ejecutando la sentencia y reclamando el pago de las pensiones que dieron lugar a la incoación del procedimiento penal, y que pueden coincidir en todo o en parte con las que se reclaman en el Juzgado de Familia. Evidentemente, como sólo uno de los Juzgados podrá continuar con la vía de apremio, este hecho podrá ser alegado para que se paralice la ejecución civil o bien que se limite a la reclamación de las pensiones que no fueron objeto de denuncia penal.

No obstante, el art. 109 del CP faculta al perjudicado para que pueda optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil derivada del delito de abandono de familia ante la jurisdicción civil. Si se produce esta opción, no existirá ningún obstáculo para que se continúe en el Juzgado de Familia la vía de apremio respecto a la totalidad de las pensiones impagadas.

No obstante, y a pesar de todas las consideraciones expuestas, es necesario tener en cuenta las I Jornadas de Jueces de Familia y Jueces con competencia en materia de incapacidades celebradas

en Madrid del 30 de junio a 2 de julio de 2003, y que en la mesa número 4 relativa a la ejecución de los procesos matrimoniales, y en cuanto a las ejecuciones dinerarias, se llegaron a los siguientes acuerdos:

a) Legitimación

Sólo estarán legitimados para intervenir en la fase de ejecución en un procedimiento matrimonial o de pareja "more uxorio", los cónyuges o integrantes de la pareja.

Solo se podrá dar el supuesto de sucesión procesal en el caso contemplado para la pensión compensatoria establecido en el párrafo 2.º del art. 101 del Código Civil, y que establece la posibilidad de que los herederos del deudor puedan solicitar al Juez la reducción o supresión de la pensión compensatoria, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a los derechos en la legítima.

Es contraproducente dar entrada a los abuelos en este tipo de procesos, porque aumentaría la complejidad de los mismos, sin perjuicio de la reclamación de un régimen de visitas a través de un cauce procesal independiente.

b) Plazo de espera de ejecución y momento en que procede

a) No resultará de aplicación a los procedimientos de familia lo dispuesto en el art. 548 de la LEC, en los casos de orden público (menores y situaciones de violencia doméstica), en los que se requiera una respuesta judicial urgente en ejecución.

b) Las pensiones se podrán reclamar desde el momento en que exista una resolución judicial que las establezca:

— En los procedimientos de mutuo acuerdo, desde que se firme el convenio regulador.

— En los procedimientos contenciosos, la exigencia de las pensiones se podrá retrotraer en el caso de alimentos, al momento de presentación de la demanda (art. 148 del CC), si así se ha solicitado y se recoge en la Sentencia.

c) Despacho de ejecución

Toda demanda ejecutiva de reclamación de cantidad líquida y determinada judicialmente, dará lugar a que se dicte Auto despatchando ejecución por la cantidad líquida principal que se reclame y la cantidad presupuestada para intereses y costas.

Cuando la Sentencia no establezca una condena dineraria por cantidad líquida y determinada, esa determinación y liquidación se efectuará en trámite previo al despacho de ejecución, y, una vez que se calcule, se dictará Auto por esa suma, devengándose intereses y pudiendo embargarse bienes del deudor a partir de ese momento de integración del título (cauce del art. 713 de la LEC).

Los intereses sobre cantidades líquidas se reclamarán desde el momento de cada impago, correspondiendo al ejecutante calcular su importe.

d) Caducidad

El art. 518 de la LEC se ha de interpretar en el sentido de que los cinco años se han de contabilizar desde cada vencimiento de pensiones periódicas, y no desde la fecha de la notificación de la Sentencia.

e) Ejecución provisional

No es aplicable a las ejecuciones de familia el trámite específico de la ejecución provisional, y todas las medidas, incluida la pensión compensatoria, son ejecutables desde que se dicta Sen-

tencia en Primera Instancia y sin que los efectos de las dictadas en segunda instancia puedan tener efecto retroactivo.

No es aplicable a los procedimientos de familia el título VI del Libro III de la LEC, relativo a medidas cautelares de carácter personal y patrimonial, por existir medidas con esa naturaleza reguladas con carácter específico como medidas previas y provisionales, así como el art. 158 del Código Civil.

La reclamación de cantidades por no actualización de IPC, nunca prescribe, y por tanto, se pueden ir acumulando la de todos los años devengados.

Los atrasos de actualización se pueden reclamar, pero solo con anterioridad a cinco años, así como las pensiones atrasadas.

Los motivos de oposición no se reducirán expresamente a los recogidos en el art. 556 de la LEC, sino también podrán ser objeto de oposición a la ejecución las causas del art. 557 y que son las siguientes:

- Pago que se pueda acreditar documentalmente.
- Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.
- Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.
- Prescripción y caducidad.
- Quita, espera o pacto o promesa de no pedir que conste documentalmente.
- Transacción, siempre que conste en documento público.

2. Aspectos penales

Conforme a lo establecido en el art. 226 del Código Penal. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes

a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuges, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

La conducta consiste siempre en un puro no hacer, o mejor dicho, en un dejar de hacer la conducta esperada y obligada.

Por tanto, requiriéndose para el tipo penal un dolo específico, de tener conciencia de estar incumpliendo los deberes en cuestión, y de que su cumplimiento está al alcance del sujeto, todo lo anteriormente expuesto deberá tenerse muy presente cuando acusemos o hagamos la defensa de este tipo penal.

Nos encontramos ante un delito permanente, de omisión pura continuada, cuyos efectos duran mientras dura la situación de inasistencia, por lo que el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que cese la situación ilícita.

Es un delito semipúblico, pues sólo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y cuando aquella sea menor o incapaz, podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art. 228 del Código Penal).

Con referencia al elemento subjetivo, hemos de indicar que sólo puede cometerse de forma intencional o dolosa, por la propia peculiaridad del tipo delictivo.

Además de la pena privativa de libertad, el apartado segundo del art. 226 del Código Penal establece que facultativamente se impondrá la pena de inhabilitación especial, que para su efectiva ejecución debe ser inscrita en el Registro Civil, conforme previene la disposición adicional segunda del Código Penal.

Dada la pena a imponer, es precisa hacer referencia al órgano que tiene competencia para el enjuiciamiento de este delito, de forma que si se solicita solo la pena de los arts. 226 y 227, será el Juzgado de lo Penal el competente, pero si se solicita además la pena de inhabilitación especial, cuya imposición no es preceptiva, la pena al ser de 4 a 10 años, se trataría de pena grave y por ende delito grave (arts. 13 y 33 del Código Penal), por lo que sería competente la Audiencia Provincial.

A) *El impago de pensiones acordadas judicialmente*

Señala el art. 227 del Código Penal, que el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigada con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

A la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

B) *Antecedentes históricos*

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, incorporaba como novedad el art. 487.bis, que castigaba al que "dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus descendientes, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, o nulidad del matrimonio".

La reforma poco iba a solucionar los problemas económicos de los separados o divorciados, sobre todo, si tenemos en cuenta que el ámbito de aplicación del referido artículo se veía restringido a muy pocos supuestos, (sobre el convenio judicialmente aprobado o la resolución judicial), y en éstos tampoco venía a paliar la situación económica del denunciante, ya que no podía exigirse la responsabilidad civil del delito.

El art. 487 bis dejaba fuera de su ámbito de aplicación, por ejemplo, los alimentos obtenidos por el hijo mayor de edad en el proceso especial de alimentos; los alimentos solicitados en los

casos de hijos extramatrimoniales fruto de uniones de hecho, o la sentencia que concedía alimentos provisionales, además de impedir el cobro de las pensiones impagadas.

C) Conductas tipificadas: Tipo básico y complementario

La doctrina se ha manifestado unánimemente al considerar este delito como delito de omisión propia. La conducta se describe como "dejar de pagar", lo que sin duda despeja cualquier duda en dicho sentido. No obstante esta afirmación, existen dudas sobre la naturaleza omisiva de este delito.

Hemos de destacar en el nuevo artículo la reducción del número de mensualidades para que se cometa el delito: Dos meses consecutivos o cuatro alternos, frente a los tres o seis recogidos en el derogado Código Penal, modificación que sin duda responde a la presión social.

Con referencia a la alternancia en el impago hemos de analizar el plazo en que han de producirse esas cuatro mensualidades para considerar la conducta como delictiva. Si acudimos al art. 1966 del Código Civil, el plazo sería el de cinco años, sin embargo, atendiendo a la prescripción del delito, éste sería el de tres años, conforme a lo previsto en el art. 131.1 del Código Penal, por lo que difícilmente la prescripción de la acción civil interferirá en la acción penal.

Siguen quedando fuera del tipo penal todas aquellas prestaciones económicas que los cónyuges hayan pactado de forma extrajudicial, por acuerdo privado o notarial, dado que el artículo mantiene la expresión "convenio judicialmente aprobado". Igualmente siguen excluidas, además de las anteriormente expuestas, aquellas prestaciones que se establezcan a favor de la pareja de hecho, ya que el artículo hace referencia en exclusiva "al cónyuge", si bien quedan dentro del tipo las que se hayan establecido a favor de los hijos no matrimoniales en un procedimiento verbal de los que establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hemos de indicar aquí, aunque sea brevemente, que el Tribunal Constitucional se pronunció, tras la promulgación del nuevo

Código Penal, sobre la discriminación que se producía a los hijos no matrimoniales en el antiguo art. 487.bis. Así, aunque tarde, se ha declarado que el citado artículo atentaba al principio constitucional de igualdad, al no ampararse a los hijos extramatrimoniales en el antiguo art. 487.bis (Tribunal Constitucional 67/1998 de 18 de marzo y la de fecha 20 de abril de 1998).

Igualmente y como novedad, configurándose como un tipo complementario del delito, se incluye que: "con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior".

Con tal inclusión, se incluyen prestaciones que no tengan un carácter periódico, como es el caso de la indemnización por nulidad (art. 98 del Código Civil), la compensación prevista en el art. 1438 del Código Civil, o incluso una carga matrimonial acordada en el convenio o impuesta por el juzgador (pagas extras, hipotecas, préstamos, ayudas de libros, etc.), debiendo quedar fuera del tipo aquellas prestaciones económicas que pactadas en el convenio se refieran a aspectos de la liquidación de bienes gananciales, piénsese por ejemplo en el pago aplazado de una deuda como consecuencia de la adjudicación de bienes a uno de los cónyuges.

D) Pago parcial y estado de necesidad

El tipo delictivo operará únicamente en aquellas conductas que consistan en "dejar de pagar", dado que es un delito de omisión pura, lo cual dejará despenalizados todos aquellos supuestos en los que se "pague de menos" por una causa justificada, salvo que ese pagar menos se considere como auténtico abuso de derecho o como un modo de aparentar una situación de insolvencia.

Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, al considerarse que: "es un delito de mera actividad y no de resultado, que se consuma formalmente por el simple incumplimiento de la obligación, sin exigir que se produzca una efectiva situación de necesidad o de falta de medios para el sustento del beneficiario de la prestación,

como consecuencia de la conducta, con lesión o puesta en peligro real de la seguridad de la víctima" (AP Ávila de 28 de junio de 1995, 26 de enero de 1995, 14 de octubre de 1995, AP Toledo de 5 de mayo de 1993).

Sólo cabe la comisión intencional o dolosa, con lo que ocurrido el impago no conlleva inmediatamente la comisión del ilícito penal, sino que debe venir motivado por un incumplimiento voluntario, con conciencia y voluntad de la realización del injusto.

Además de lo anterior, no todos los que dejaren de pagar pueden ser condenados por este solo hecho, pues el artículo requiere un dolo específico, y la posibilidad de cumplir con el deber que resulta incumplido, de forma que aquéllos que se encuentren ante una imposibilidad material de hacer frente a dicha prestación, estarán exentos de responsabilidad criminal (art. 19.5.º del Código Penal, estado de necesidad); y aquéllos cuya situación económica no les lleve a quedar exentos, puede que su conducta se encuadre dentro de la atenuante del art. 21 del Código Penal.

Especial referencia hemos de hacer a la invocación como eximente de estado de necesidad por la existencia de una nueva familia del deudor de la prestación, siendo esclarecedora la Sentencia de la Sección 2.ª, de la AP de Alicante de fecha 7 de septiembre de 1993, al indicar que: "requiere condicionamientos muy altos para que se dé, pasando por agotar toda ayuda familiar o social, para recurrir a sustraer del pago de la obligación, destinado a su vez, a satisfacer necesidades primarias de personas muchas veces desvalidas. Justifica la existencia de posibilidades de cumplimiento, aunque sea parcial, el hecho de que insista el recurrente en que ha tenido que cumplir obligaciones con la nueva esposa e hijos. Luego, si algo, aunque sea poco se ha desviado en esa dirección, el acusado ha preferido incumplir una obligación legal por cumplir otra no impuesta de forma tan rigurosa para la nueva familia. Un signo claro de que pudo responder de su obligación, es que nunca accedió pudiendo hacerlo, a un incidente de modificación de medidas respecto al que hubiera disfrutado del beneficio de jus-

ticia gratuita, y se hubiera reducido o suprimido la obligación si hubiera causa para ello".

La referida Sentencia igualmente añade que deberán analizarse además las circunstancias económicas del nuevo cónyuge para atender o desatender el estado de necesidad.

Como vemos, cada caso es especial, debiendo atender siempre a las reglas generales de exención de responsabilidad caso por caso, siendo siempre de especial relevancia que el incumplidor haya iniciado o no el incidente de modificación de medidas, salvo que se den verdaderas circunstancias extraordinarias que pueden ser debatidas en el ámbito penal.

E) Insolvencia del obligado. Carga de la prueba

Otro presupuesto para la aplicación del precepto lo constituye la ausencia, en el proceso civil, de garantías específicas, reales o personales, para el pago de la prestación, pues el mero incumplimiento de la prestación presupone la antijuridicidad material que el tipo penal encierra, sino que al existir una forma sustitutiva de satisfacer la prestación, el beneficiario no queda en principio desamparado, ni requiere su interés de la especial protección de la norma (principio de intervención mínima del Derecho Penal).

En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, entiende que la aplicación del tipo lo constituye la ausencia en el proceso civil de garantías específicas, reales o personales, para el pago de la prestación. Por tanto, sólo cuando las garantías se hayan agotado, o resulten de todo punto inexistentes o ineficaces, surge el menoscabo del bien jurídico protegido. (Circular 2/1990, Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal apartado V, B, d, página 462). Incluso si el deudor no oculta su empleo, ni dificulta el cobro por retención de su nómina, no se produce la comisión del delito (SAP Teruel de 18 de junio de 1994).

F) Compensación de deudas

Algunas Sentencias dan relevancia a la sustitución de la pensión por otro tipo de prestaciones de contenido económico semejante al monto de aquélla, en ese sentido la Audiencia Provincial de Málaga ha considerado cumplida la obligación, por ejemplo, cuando el padre ha satisfecho el pago de colegio, o el alquiler de la vivienda, o compra de determinados bienes, (SAP Málaga, Sección 1.^a, de 19 de marzo de 1996 y 22 de marzo de 1996). En igual sentido, la Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 18 de noviembre de 1993 ha estimado que el pago de importantes sumas de dinero por gastos de colegio de los hijos es causa para determinar la inexistencia del requisito subjetivo.

Si bien no compartimos este criterio, ya que el Código Civil establece tanto el modo en que han de prestarse los alimentos (art. 148.3) como que las deudas alimenticias no son compensables (art.1 51) ni sustituibles (art. 149), podría plantearse un supuesto límite cuando el obligado asuma el pago directo de una serie de necesidades de contenido asistencial (estudios, vivienda, vestido) de tal manera que el impago ya no afectaría a bienes jurídicos que protegen el tipo penal.

No obstante, la alegación por el denunciado de haber pagado en especie a sus hijos, con regalos, ropas, pagos de colegio, pago de un préstamo conyugal, otros débitos, o el argumento de no satisfacer las mensualidades en los períodos vacacionales que estén con el deudor, no son en modo alguno causas justificativas de exención penal por los argumentos antes expresados, sin embargo, deberán ser analizadas puntualmente en cada caso, y en concreto para determinar la existencia del posible error padecido.

El Tribunal Supremo, en Sentencia dictada de fecha 28 de julio de 1999, siendo ponente de la misma el Sr. Conde-Pumpido Tourón, ha resultado un supuesto de intento de compensación de pensiones con deudas derivadas de la sociedad de gananciales no liquidada.

"En el supuesto de autos, el recurrente, que reconoce que se niega a abonar la pensión judicialmente establecida disponien-

do de medios sobrados para ello, pretende compensar una deuda, líquida, vencida y exigible, con supuestas obligaciones que no cumplen dichos requisitos legales, encontrándose pendientes para su determinación, liquidación, vencimiento y exigibilidad de la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales. Las supuestas deudas provenientes de las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante la vigencia del régimen económico matrimonial, cuando éste no ha sido liquidado, no son líquidas, ni exigibles; ni siquiera se puede afirmar que existan o lleguen a existir.

En definitiva, aun admitiendo la compensación como modo de extinción de la obligación del pago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente en caso de separación matrimonial, dicha extinción no puede producirse cuando se pretende realizar con supuestas deudas que no son líquidas, vencidas, ni exigibles, como sucede con las derivadas de un régimen económico matrimonial que se encuentra pendiente de liquidación."

G) Requerimiento personal de la deuda

Se ha planteado la necesidad del previo requerimiento personal de pago al deudor como excusa absolutoria, argumentándose que sin una reclamación directa y personal de la deuda, no era posible probar la voluntad de incumplir por parte del obligado, faltando por tanto el dolo exigido por este delito (SAP Málaga, Sección 1.^a, de 19 de marzo de 1996, Sección 2.^a de 25 de marzo de 1996), entendiéndose que mientras el Juez, y la parte, no agoten las vías civiles, no puede hablarse de una auténtica rebeldía ante el mandato judicial.

Hemos de destacar que el deudor conoce por la notificación de la Sentencia que ha de cumplir con lo en ella establecido, por lo que no es preciso el previo requerimiento. No obstante, son muchos los casos en que el deudor viene pagando sin solicitar recibo a cambio, o han acordado los cónyuges sustituir extrajudicialmente el pago de la pensión asumiendo el deudor otras cargas

nuevas (estudios, residencias, colegios, gastos médicos, etc.). Supuestos todos ellos en los que no existe o es imposible justificar el pago, de forma que en esos casos la necesidad del requerimiento está aún más justificada, ya que sin duda abriría civilmente un incidente de ejecución para acreditar haber cumplido y evitar la vía penal, por lo que en tales supuestos habrá de valorarse en sede penal la necesidad del previo requerimiento personal.

H) La actualización de pensiones y la reclamación de atrasos por actualización de pensiones

Cuestión especial merece tratar los incrementos que se produzcan en las pensiones y contribución a las cargas bien conforme a las variaciones del IPC o por la cantidad establecida en el convenio o en la resolución judicial, y no sean ni actualizados, ni satisfechos por el deudor. En este sentido hemos de indicar que la actualización, si bien puede entenderse que es automática, no surte efectos en la vida jurídica hasta que la parte acreedora reclama la misma ante el Juzgado, así como los atrasos que se hayan devengado.

Es evidente, que la no actualización de la pensiones de forma automática por el deudor no es en modo alguno objeto de la esfera penal, ya que ello sería consagrar la prisión por deudas, entre otras razones porque hasta tanto el juzgado no aprueba la actualización, la misma no es reclamable judicialmente.

Ahora bien, una vez actualizada la pensión, y calculados los atrasos por la parte y aprobados por el Juzgado, entiendo nos encontraríamos ante el supuesto segundo del art. 227, es decir el que: "dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior".

En estos casos es de indudable trascendencia que se haga el requerimiento personal de la actualización y de los atrasos al demandado, única forma de valorar la conducta de incumplimiento que requiere el tipo.

No es pacífica la doctrina en lo relativo a si las resoluciones que determinan las prestaciones que han de ser objeto de protección penal deben ser firmes, y si tales resoluciones son únicamente sentencias o si también pueden ser los autos de medidas provisionales (art. 103 del Código Civil) o de las previas (art. 104 del Código Civil), pues no olvidemos que en materia penal no puede aplicarse la analogía *in mala partem* o la extensión del tipo a otros supuestos no contemplados en el mismo.

Para ello analizaremos el concepto de "resolución judicial", pues si bien en un primer momento, éste podría ser el que contempla el art. 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (providencias, autos o sentencias), a nuestro juicio, ésa no es la mejor interpretación, debiendo entenderse que el citado art. 227 del Código Penal se refiere únicamente a las Sentencias que pongan fin a un procedimiento matrimonial (separación, divorcio, nulidad), y no a los autos de medidas previas provisionalísimas (art. 104 del Código Civil) o de medidas provisionales (art. 103 del Código Civil).

Y entendemos lo anterior, pues el citado artículo especifica de manera clara y precisa que se trata de la prestación económica *"establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio"*, es decir, el precepto habla de resoluciones judiciales que ponen término a un pleito de separación, divorcio o nulidad, en definitiva, excluye de tipo delictivo las prestaciones económicas que se establezcan a favor de un cónyuge tanto en las medidas provisionalísimas como en las medidas previas provisionales, y ello porque en ellas solamente se acuerda la separación provisional de los mismos (ya sea en demanda de divorcio, separación o nulidad de matrimonio), nunca se decreta como medida, ni el divorcio provisional, ni la nulidad provisional.

Si el legislador hubiera querido incluir en el tipo penal los autos de medidas, es evidente que lo tenía bien fácil, pues en lugar de especificar los tipos de procesos judiciales, podía haber establecido simplemente resolución judicial en los procedimientos matrimoniales, con lo cual quedarían incluidos en el tipo los autos de medidas.

Además del anterior criterio, entendemos, junto con un sector doctrinal, entre los que se encuentra MARCHENA GÓMEZ, que el juzgador en sede de medidas (ya sean previas o provisionales), posee un limitado material probatorio a la hora de decretarlas, pudiendo incluso exceder de las posibilidades reales del obligado, por lo que se obliga a debatir en el ámbito penal su culpabilidad. Por otro lado, hemos de tener presente la provisionalidad de la cantidad fijada, pues no olvidemos que la sentencia que ponga fin al proceso (ya sea en primera instancia o en grado de apelación) puede modificar las cantidades establecidas en sede de medidas.

En contra de este criterio, la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado entiende que la cuestión debe ser resuelta en un sentido extenso, es decir, basta la firmeza de la decisión judicial, ya sea en forma de auto o de sentencia, y su notificación al interesado para que su incumplimiento sea punible. Con arreglo a este criterio, también serían incluidos dentro del tipo aquellos autos dictados por el Juez civil en proceso de filiación (arts. 128 y 158 del Código Civil, en su nueva redacción de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero).

Con respecto a las Sentencias recaídas en posteriores procedimientos de modificación de medidas, es decir, cuando ya se ha decretado la nulidad, la separación o el divorcio, y aun cuando éstas no estén recogidas dentro del tipo penal, hemos de entender que las prestaciones en ellas fijadas sí están dentro del tipo penal, por cuanto son incidentes de un proceso principal y vienen a significar la modificación de las medidas dictadas en procesos de separación legal, divorcio y nulidad.

1) Reparación del daño: responsabilidad civil

Al contrario que en el anterior art. 487.bis, que impedía entrar en la responsabilidad civil, y por tanto condenar al pago de las pensiones adeudadas, el actual art. 227 del Código Penal, en su párrafo tercero, haciéndose eco de las críticas al anterior precepto, establece que: "*La reparación del daño procedente del delito comportará*

siempre el pago de las cuantías adeudadas". Con lo cual permite que las Sentencias penales incluyan la condena al pago de lo adeudado.

Se presenta ahora el conflicto entre las ejecuciones civiles y las penales, debiendo resolverse en el sentido de conceder al acreedor-denunciante la elección de la vía, de forma que sólo pueda seguirse la ejecución por un solo orden jurisdiccional.

J) Efectos del pago posterior de las prestaciones

No está previsto en el Código Penal una excusa absolutoria, similar a la del cheque en descubierto del antiguo Código, para cuando se produzca el pago antes de la Sentencia penal. Por ello, solo cabe en tales casos la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 25.1 siempre que éste se realice antes de la celebración del juicio oral.

K) Continuidad delictiva

Se plantea la doctrina si cabe aplicar la continuidad delictiva del art. 74 del Código Penal cuando el incumplimiento se prolonga en el tiempo durante varios plazos típicos, inclinándose la mayoría, y entre ellas la Fiscalía General del Estado, a favor de la misma, pues ya sea en ejecución de un plan preconcebido, ya aprovechando reiteradamente la misma ocasión en que debía hacerse el pago de la prestación debida, y no se hizo cada período legal en que persiste el incumplimiento se produce una nueva acción típica que ofende a un mismo sujeto e infringe un mismo precepto penal.

Ahora bien, recaída Sentencia condenatoria sobre un comportamiento de impago, la reiteración de esa conducta tras la Sentencia debe valorarse y perseguirse como un nuevo delito.

Otro sector doctrinal, minoritario, estima que por la naturaleza de la infracción no procede tal continuidad delictiva, sino que existirían tantos delitos como previsiones típicas se realicen, tra-

tándose de un delito permanente donde la antijuridicidad se prolonga en el tiempo hasta que voluntaria o coactivamente se obliga a cesar en la misma al sujeto activo.

L) Incidencias del nuevo Código Penal en el enjuiciamiento de hechos anteriores a su entrada en vigor

Teniendo presente que el nuevo Código no solo disminuye el período de impago para que nazca el delito, sino que además incorpora la responsabilidad civil derivada del mismo, es evidente que al ser el nuevo más gravoso que el anterior, no puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad al 25 de mayo de 1996.

Si resulta que los períodos del impago se cometieron todos bajo el Código derogado, parece prima facie, ser más favorable la pena del nuevo Código, si bien ello conlleva la responsabilidad civil, que ha de tenerse presente si vamos a solicitar la remisión de la pena.

Si las mensualidades impagadas se han venido cometiendo bajo la derogada y la nueva legislación entiendo que siempre se habrá de aplicar el nuevo Código ya que es más favorable, salvo que solo se adeuden dos meses y éstos fueran anteriores a la vigencia del Código, ahora bien, si se adeudaba un mes antes de la entrada en vigor y se adeuda otro con posterioridad, es perfectamente aplicable el nuevo art. 227.

Con respecto a la incidencia de la responsabilidad civil a la hora de aplicar uno u otro Código Penal como norma más favorable, cabe distinguir dos supuestos:

a) Si el juzgador entiende que la responsabilidad civil era ya imponible en la legislación derogada del art. 487.bis del Código Penal, para dicho juzgador no habrá problema en seguir imponiéndola.

b) Si el juzgador entiende, como ha entendido la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, que antes no estaba incluida la res-

ponsabilidad civil, se pueden plantear dos soluciones, la primera entender que la aplicación de una norma lo es en su totalidad y no por partes, y en segundo lugar entender que aunque se aplique la nueva norma como más favorable no debe ser incluida, pues la retroactividad de la Ley más favorable sólo comprende el análisis de la pena pero no de la responsabilidad civil que se rige por las normas del Derecho Civil.

Entendemos que la tesis más correcta puede ser la última de las expuestas, es decir, que la retroactividad no afecta a la responsabilidad civil, como mantienen entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 19887 y 6 de febrero de 1982).

M) Condiciones objetivas de perseguibilidad. Perdón del ofendido

Conforme a lo establecido en el art. 228 del Código Penal "Los delitos previstos en los artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante. Cuando aquélla sea menor de edad, o incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal."

Como sabemos, el art. 228 del Código Penal exige la previa denuncia del ofendido para que dé comienzo la vía penal, debiendo por tanto formularse denuncia o querrela por la persona agraviada o por su representante legal.

Si estos delitos precisan en sus inicios de la actividad de la parte perjudicada, una vez tramitada la causa, asume protagonismo el Ministerio Público, de forma que no cabe en este tipo de delitos el perdón del ofendido.

Con referencia al perdón del ofendido, el Código Penal de 1995 suprime esta figura de todos los delitos de abandono de familia, no obstante han sido muchas las Sentencias que bajo el argumento de que "la crisis matrimonial estaba en vías de solución" (Juzgado de lo Penal número 3 de Málaga, Sentencia de 30 de julio de 1994); de la falta de colaboración del denunciante, o

el hecho de no reclamar en el acto del juicio cantidad alguna (sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de 7 de mayo de 1992), han llevado en muchas ocasiones a la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal. No obstante hemos de insistir, como mantienen la doctrina y jurisprudencia consultada que nos encontramos ante un delito semipúblico donde basta la acusación del fiscal para llevar adelante el juicio (SAP Málaga, Sección 2.^a, de 26 de julio de 1994).

No puede olvidarse la posible reconciliación de los cónyuges, y que prevé nuestro art. 84 del Código Civil, aunque sean pocos los casos que en la práctica se producen. En estos supuestos los efectos de la reconciliación se producen por imperativo legal desde que la misma se pone en conocimiento del Juzgado de Familia, y por tanto, a partir de dicho momento cesan todos los efectos y medidas que se dictaron en la separación (a excepción del efecto sobre el régimen económico). Ahora bien, qué ocurre con los procesos penales ya iniciados o concluidos. La respuesta debe ser la retirada de la acusación de los primeros, por un principio de congruencia y de no provocar una incidencia negativa en la relación familiar, sin embargo ello legalmente no es posible, por el principio de irretroactividad, por lo que, tanto en este caso como en los de existencia de sentencia penal condenatoria, la única vía es la del indulto.

Todo lo anteriormente expuesto es aplicable a los casos de separación judicial, pues no podemos olvidar que la reconciliación no está prevista para los casos de divorcio o de nulidad, ya que en ambos casos, se produce una auténtica ruptura del vínculo. No obstante, incluso en estos casos, si se alegara la reconciliación de las partes, sería de recibo tanto la retirada de la acusación como la vía del indulto.

X. BIBLIOGRAFÍA

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Aspectos penales del Derecho de familia*. Editorial: Colex, págs. 163-165 y 183-185.

MORENO CATENA, Víctor. *La violencia doméstica*. Colex, págs. 155-165.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial: Lex Nova.

TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA
EN LA LECRIM
(UN COMENTARIO A LA LEY 27/2003, DE 31
DE JULIO, REGULADORA DE LA ODP
DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA)

Manuel Ortells Ramos

Catedrático de Derecho Procesal (*)

Universitat de València (Estudi General)

(*) Investigador principal del proyecto BJU2002-04555-C02-02. Ministerio de Ciencia y Tecnología.

TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA
EN LA LECRIM
(UN COMENTARIO A LA LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO,
REGULADORA DE LA ODP DE LAS VÍCTIMAS
DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ART. 13 LECRIM: LA INUTILIDAD DE UNA DISPOSICIÓN GENÉRICA Y LA ESPECIFICACIÓN LEGAL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN. III. LA ORDEN DE PROTECCIÓN: PRESUPUESTOS Y CONTENIDO. 1. El art. 544 ter.1 LECrim y los presupuestos de la orden de protección. 2. Los contenidos de la orden de protección. A) Medidas cautelares de carácter penal. a) Los presupuestos de la prisión provisional: incidencia de la reforma de 24 de octubre de 2003. b) La orden de alejamiento del art. 544 bis y los medios para su efectividad. B) Medidas cautelares de naturaleza civil. a) Coordinación de las medidas cautelares civiles en el supuesto del art. 544 ter.7 LECrim. b) Coordinación de medidas cautelares penales y civiles fuera del supuesto del art. 544 ter.7 LECrim. C) Derechos de la víctima a prestaciones públicas de seguridad y asistenciales: función de la orden de protección respecto del reconocimiento de esos derechos. D) Deber de información a la víctima y responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. IV. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. PARTES Y PROCEDIMIENTO. 1. Jurisdicción y competencia. A) Jurisdicción o competencia

genérica. B) ¿Competencia objetiva? C) ¿Competencia territorial? Competencia funcional ordinaria y a prevención. D) Competencia para la tramitación y resolución de la solicitud de orden de protección y competencia para la recepción de solicitudes. 2. Adopción de la orden de protección ¿de oficio, a instancia de parte, a instancia de la víctima o de otras personas o entidades? A) Las limitadas posibilidades de adopción de oficio de los diversos contenidos de la orden de protección. B) ¿A instancia de parte, a instancia de la víctima o a instancia de persona que guarde con ella determinada relación? 3. Procedimiento y recursos.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de la violencia doméstica con vistas a su erradicación requiere el concurso de conocimientos y técnicas sociales muy diversas. Un profundo conocimiento sociológico y psicológico de sus causas y también de las que, hasta tiempos nada lejanos, conducían a una actitud social de ceguera voluntaria ante manifestaciones más que obvias de esta forma de violencia. La conformación de actitudes de respeto hacia los otros, mediante la actividad educativa en el ámbito familiar e institucional. Y no menos en la función educativa –no por poco formalizada, menos incisiva– que asumen los medios de comunicación en nuestra sociedad. La previsión, en fin –antes de entrar en las técnicas más próximas a mi competencia– de un adecuado sistema de prestaciones sociales o estrictamente públicas, que contrarresten las causas y, en todo caso, que palien los efectos de las conductas de violencia doméstica.

El tratamiento de estas conductas con técnicas propiamente jurídicas implica también, a su vez, a diversas ramas del Derecho. Desde el Derecho civil, particularmente en cuanto al régimen de las relaciones de estado civil y otras análogas, hasta el Derecho penal.

En todo caso, estos tratamientos jurídicos siempre necesitan del proceso y de la potestad del juez para ser aplicados en los casos concretos. Por las características de las conductas que son merecedoras de estos tratamientos no parece que, en general y en principio, deba postularse para las mismas la aplicación de modos no judiciales de solución de las situaciones litigiosas a las que dan lugar.

Por otra parte, conviene dejar apuntadas dos consideraciones sobre las peculiaridades del tratamiento jurídico-procesal de la violencia doméstica frente a los tratamientos jurídicos de otra naturaleza:

1.^a) Valoraciones de severidad o de lenidad en la respuesta jurídica frente a las conductas que consideramos son apropiadas cuando se considera su tratamiento civil y penal, no tanto respecto de su tratamiento procesal. Los parámetros de valoración de éste son los de la independencia e imparcialidad del juez, las posibilidades de contradicción en condiciones de igualdad, el proceso con todas las garantías y, específicamente en el proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia. En definitiva, las instituciones constitucionales y los derechos fundamentales que garantizan una actuación del Derecho acertada y justa. Lo que para el Derecho material es un supuesto al que se vinculan determinadas reacciones jurídicas, para el Derecho procesal es un caso concreto cuya realidad ha de ser comprobada y apreciada jurídicamente.

2.^a) Lo anterior no significa que en la configuración del proceso no existan márgenes de adecuación a las necesidades de protección de quienes aparecen como víctimas de la violencia doméstica, y, por lo tanto, posibilidades de perfeccionamiento del instrumento procesal, sin que sufran sus principios y fines esenciales.

Particularmente este perfeccionamiento se observa, aunque inacabado, en la evolución reciente de nuestro proceso penal.

El punto de partida era la atribución a la víctima –como ofendido por el delito– de legitimación para ser parte acusadora, así

como –en su condición de perjudicada– del derecho a acumular al proceso penal pretensiones civiles de reparación y restitución. Pero las pretensiones acumulables tenían un objeto limitado, de modo que no toda consecuencia de Derecho privado derivada de la conducta probablemente constitutiva de delito podía ser declarada por los tribunales del orden jurisdiccional penal, para conceder la tutela necesaria. La protección a la víctima frente a la eventual reiteración delictiva sólo contaba con la genérica cobertura del art. 13 LECrim, y encontraba la dificultad de un sistema de medidas cautelares demasiado rígido –con dos únicas alternativas: prisión o libertad provisional–, en ocasiones excesivo en cuanto a la afectación de los derechos fundamentales del imputado y, si se quería eludir la anterior consecuencia, inefectivo en cuanto al fin de protección de la víctima.

La situación actual se caracteriza, en cambio, por:

1.º) Una regulación de la protección de testigos –la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales–, que, ciertamente, no tiene su aplicación limitada a los procesos penales sobre hechos constitutivos de violencia doméstica, pero que autoriza medidas, como las de su art. 2, apartados b –impedir identificación visual en los actos procesales– y c –secreto del domicilio–, que pueden ser útilmente aplicados para la protección de la víctima en estos casos (1).

2.º) La mejora del sistema de medidas cautelares personales mediante el nuevo art. 544 bis LECrim –introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio–, regulador de restricciones en las libertades de residencia y de circulación orientadas a la protección de la víctima.

(1) Sobre las medidas que autoriza esta ley puede verse, ORTELLS RAMOS, M., "Comentario y desarrollo de la Ley de protección de peritos y testigos", en *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, ed. ROBLES GARZÓN, Málaga, 2001, págs. 163-178.

3.º) Disposiciones sobre consecuencias jurídico-privadas en las relaciones familiares de las conductas de violencia doméstica, así como sobre el acceso de las víctimas a determinadas prestaciones asistenciales públicas, disposiciones destinadas a que el Juez de Instrucción pueda establecer una protección de la víctima en todos los ámbitos en los que esa protección es necesaria. Al mismo tiempo, se introducen regulaciones destinadas a facilitar la solicitud de medidas cautelares personales (anterior número 2.º) y de las medidas que acabo de mencionar, así como a agilizar el procedimiento en el que el Juez ha de resolver sobre las mismas.

Lo que acabo de mencionar sintéticamente en el número 3.º es el contenido de la última intervención legislativa en materia procesal respecto de conductas de violencia doméstica: la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La importancia de esta Ley, su novedad y el interés general en que sea efectiva para los fines que se propone –lo que hace conveniente reflexionar sobre su interpretación– justifican que esta ponencia se destine estrictamente a su comentario.

II. ART. 13 LECRIM: LA INUTILIDAD DE UNA DISPOSICIÓN GENÉRICA Y LA ESPECIFICACIÓN LEGAL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La Ley 27/2003 no ha podido eludir la necesidad de reformar el art. 13 LECrim para complementar la remisión –que introdujo en esta disposición la reforma de LECrim operada por la Ley Orgánica 14/1999– al nuevo art. 544 bis LECrim, con otra remisión a la llamada orden de protección, regulada por el novísimo art. 544 ter.

La razón por la que el art. 13 LECrim ha tenido un papel en esta materia es meramente circunstancial.

Era el único precepto que apoderaba en términos genéricos para proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito. A falta

de una más específica cobertura legal, algunos jueces y, de modo muy definido, la Fiscalía General del Estado, en su Circular número 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, estimaron que podía amparar la adopción judicial de restricciones a la libertad de circulación o de residencia del imputado, sin llegar a la privación de su libertad.

No obstante, esta tesis sólo podía aceptarse con la provisionalidad que, expresamente, se reclamó al formularla (2). Para la regulación, además restrictiva, de unos derechos fundamentales, como los derechos a la libertad de residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) (3), se requería ley orgánica (art. 81.1 CE) que estableciera los presupuestos y el alcance de las limitaciones a aquellos derechos, como, en definitiva, vino a hacer la Ley Orgánica 14/1999, con la introducción del nuevo art. 544 bis LECrim.

El art. 13 LECrim hubiera podido quedar intacto en la reforma de 1999. La real y verdadera innovación normativa era la del art. 544 bis, que apoderaba al juez, con plena validez constitucional, para adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales del art. 19 CE.

El legislador optó por incorporar al art. 13 una remisión "didáctica" al art. 544 bis –lo que, por cierto, no excluye la aplicación de este último fuera de las "primeras diligencias"–. Era ineludible ampliar la remisión una vez que el legislador ha ampliado, con la Ley 27/2003, la regulación específica de la protección de las víctimas de ciertas clases de delitos.

(2) En efecto, en la Circular número 1/1998, de 24 de octubre, se decía que "hasta que el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de septiembre de 1998, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, se plasme en Derecho positivo, cabe señalar que la vigente regulación en la LECrim de las medidas cautelares, que toma como eje central de las mismas la alternativa libertad-prisión, no debe, sin embargo, impedir la actual consideración de otras posibles medidas que pueden revestir una enorme significación en este tipo de causas".

(3) BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 52-56.

La principal observación de interés práctico que suscita la interpretación del art. 13 LECrim tal como ha quedado redactado –es decir, con sus remisiones a los arts. 544 bis y 544 ter– es la incidencia de su literalidad en la competencia para realizar las llamadas "primeras diligencias" o "diligencias de prevención".

Es sabido que esa competencia no sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales –que, por cierto, la tienen aunque carezcan de competencia ordinaria para conocer del asunto (arts. 307, 308 y 309 LECrim)–, sino también a la policía judicial (art. 284 LECrim) (4).

Ahora bien, las medidas previstas por el art. 544 bis sólo pueden ser acordadas por un juez o tribunal y la orden de protección sólo puede ser dictada por el Juez de Instrucción o por el tribunal que conozca de la causa (art. 544 ter). Consiguientemente, para estos actos específicos de protección a la víctima la competencia para las primeras diligencias queda limitada a los órganos jurisdiccionales mencionados.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la policía judicial carezca de toda competencia en la materia. Por un lado, sigue teniendo las competencias que están cubiertas por la genérica expresión "proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (el delito), a sus familiares o a otras personas". Por otro lado, tiene específicamente las competencias de información a la víctima acerca de la solicitud de la orden de protección (art. 544 ter.3, párrafo segundo) y de recepción y transmisión urgente de la misma al Juzgado de Instrucción (art. 544 ter.3, párrafo primero).

En fin, la policía judicial sigue investida de la potestad de detener (art. 492 LECrim). Lo que ocurre es que los presupuestos de la detención no están configurados, al menos en la letra del art. 492 LECrim, de modo que esa medida pueda ser utilizada para proteger a la víctima frente a una eventual repetición de las conductas presuntamente delictivas.

(4) ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Granada, 1997, pág. 104.

Los presupuestos del art. 490.1.º (5) y 2.º (6) –que atribuyen potestad de detener a la policía por la remisión del art. 492.1.º LECrim– son adecuados para que la medida cumpla una función de protección, porque su finalidad preferente parece ser la de evitar que se consuma la conducta aparentemente delictiva o que continúe su realización (7). No obstante, las posibilidades prácticas de ejercitar la potestad de detener con base en estos presupuestos son escasas, porque para ello es necesario que los funcionarios policiales actúen ante la flagrancia del delito o, al menos, de actos preparatorios ya punibles (8).

Los presupuestos de la detención previstos en el art. 492.3.º y 4.º –en particular, la relevancia, para acordar la detención de que "los antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial"– revelan que la única función que la ley considera expresamente es la de garantizar que el detenido será puesto a disposición del juez para que éste pueda decidir, con efectividad, sobre la situación personal del imputado (9).

No obstante –aunque sin base precisa en el art. 492 (10)– se ha sostenido en nuestra doctrina que –obviamente con el concurso

(5) "1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo".

(6) "2.º Al delincuente in fraganti".

(7) ORTELLS RAMOS, M., "Detención, retención y *habeas corpus*", en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Santiago de Compostela, 1995, pág. 84.

(8) BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 295-297; DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 78-98.

(9) BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 292-293, 314; DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 166-172.

(10) El art. 509.1 LECrim –redacción de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, prevé, sin embargo que "El Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la

del presupuesto de la probable responsabilidad penal del imputado— evitar la reiteración concretamente probable de la conducta delictiva constituye presupuesto de la detención policial (11), tanto de su inicial adopción, como de su mantenimiento durante el plazo máximo legal hasta la puesta a disposición judicial.

Los problemas derivados de la configuración legal de los presupuestos de la detención y la falta de potestades de la policía judicial para adoptar medidas idóneas de protección personal de la víctima, alternativas a la privación de libertad —en el caso de la policía, la detención por sus causas legales—, aconsejan que los atestados sean remitidos al Juzgado con especial celeridad, para que éste pueda adoptar las medidas de protección más apropiadas.

III. LA ORDEN DE PROTECCIÓN: PRESUPUESTOS Y CONTENIDO

El objetivo principal de la reforma de julio de 2003 es, como dice su Exposición de Motivos, "una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquéllas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de orden civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a u situación de especial vulnerabilidad".

Ese objetivo pretende alcanzarse con un instrumento que la ley ha denominado "orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". Ésta se adopta mediante una resolución judicial con un contenido determinado (principalmente art. 544 ter.5, con remisiones), con unos presupuestos específicos (el apartado 1 del art. 544 ter induce a error, porque, contra cierta apariencia, no es

acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o *que se cometan nuevos hechos delictivos*" (la cursiva es mía). Téngase en cuenta, no obstante, que el presupuesto se establece para decidir sobre la incomunicación, no para acordar la detención.

(11) DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 173-174.

el único precepto que los formula) y –ésta es una característica casi tan esencial como la propia orden– que puede ser dictada en un procedimiento con especiales características de simplicidad y de agilidad, para hacer posible una rápida respuesta frente a las conductas que dan motivo para pedir esta resolución.

En el apartado IV consideraremos los temas de competencia y procedimiento, nunca secundarios, y menos en esta materia, como se acaba de apuntar.

En este apartado analizaremos en qué medida y en qué sentido el régimen de la orden de protección –de sus presupuestos y de su contenido o efectos jurídicos– constituye ese instrumento unitario y completo de protección de las víctimas de violencia doméstica.

1. El art. 544 ter.1 LECrim y los presupuestos de la orden de protección

El art. 544 ter.1 parece establecer la completa regulación de los presupuestos de fondo de la orden de protección.

El Juez deberá dictarla si:

1.º) Existen indicios fundados de la comisión de un delito o falta de características determinadas y contra las personas mencionadas en el art. 153 CP. Después de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la referencia hay que entenderla hecha al art. 173.2 CP.

2.º) Resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección.

No obstante, esta primera impresión queda inmediatamente desmentida, en sentidos muy diferentes, cuando se consideran –aunque sea superficialmente– los diversos contenidos de la orden de protección.

Ésta –dice el art. 544 ter.5– "confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección

que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico".

Ahora bien, para la concesión de la protección en todos esos ámbitos esta disposición, por una parte, no hace tabla rasa de los presupuestos de fondo propios de cada clase de medidas que integran el complejo contenido de la orden, y, por otra parte, tampoco añade presupuestos de fondo que antes no existieran.

En este sentido –sin perjuicio de mayor ampliación al examinar los diversos contenidos de la orden de protección– puede decirse con seguridad que:

1.º) La adopción, dentro de la orden de protección, de medidas cautelares de orden penal dependerá de que se cumplan los requisitos de las mismas, que son "los establecidos con carácter general en esta Ley" (art. 544 ter.6). Pasan, pues, a constituir presupuestos de fondo de la orden de protección, en cuanto a este contenido, los presupuestos de las medidas cautelares previstas por la LECrim.

Hay, no obstante, en este punto dos reales o aparentes novedades.

La primera, la expresa previsión de que tales medidas se adoptarán "atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de las víctimas". Para estimar que esto es normativamente innovador, habría que sostener que los arts. 503 y 504 LECrim –en su redacción del momento en que entró en vigor la Ley 27/2003– no autorizaban a tener en cuenta el criterio mencionado para acordar la prisión provisional, y que tampoco el art. 544 bis lo suponía para la emisión y concreto contenido de la orden de alejamiento. Estimo que no es así, pero volveremos después sobre la cuestión.

La segunda –real o aparente– innovación normativa deriva de que el art. 544 ter.1 no sólo establece como presupuesto de la orden de protección los indicios fundados de comisión de delito, sino también los de falta. Relacionado esto con la adopción de medidas cautelares personales penales, tal vez pudiera pensarse que, siempre que concurren los demás presupuestos necesarios, la

reforma ha venido a autorizar la prisión provisional aunque los hechos sean constitutivos de falta.

Esta hipotética conclusión es errónea por dos razones. Primera, porque –como he apuntado antes– no hay cambio en los presupuestos de las medidas cautelares penales, que siguen siendo "los establecidos con carácter general en esta ley" (art. 544 ter.5). Segunda, porque una modificación que amplíe los presupuestos que autorizan la prisión provisional necesita de ley orgánica para su aprobación (12).

No obstante, la cuestión ha devenido irrelevante por circunstancias sobrevenidas, porque la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha suprimido la falta tipificada por el art. 617.2, párrafo segundo CP, para tipificar las acciones correspondientes como delito en la nueva redacción del art. 153 CP.

2.º) En cuanto a las medidas de naturaleza civil (art. 544 ter.7), si se entendiera que lo establecidos en el apartado 1 del art. 544 ter son nuevos presupuestos de fondo, la consecuencia sería dificultar la adopción de medidas provisionales previas o de medidas de protección de hijos no emancipados (art. 158 CC). Después volveré sobre esto, pero puedo avanzar que el significado del apartado 1 del art. 544 ter es solamente el de atribuir jurisdicción (competencia genérica) a prevención a un órgano del orden jurisdiccional penal, sobre materia que, ordinariamente, está atribuida a los tribunales del orden jurisdiccional civil.

3.º) Para conocer la relevancia de los presupuestos del art. 544 ter respecto de las "medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico" hay que conocer el régimen al que sujetan tales medidas las normas que las establecen. Después realizaremos una aproximación a la materia. Puede avan-

(12) BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 209-213.

zarse que si la medida está subordinada, por ejemplo, al presupuesto de una determinada capacidad económica de la víctima, el art. 544 ter.1 no autoriza a prescindir de ese presupuesto. Otra es la cuestión —que después trataremos— de la eficacia jurídica de la orden de protección respecto de esta clase de medidas.

A mi juicio, la heterogeneidad de los contenidos de la orden de protección, de los efectos jurídicos que la misma está dirigida a producir, aconseja tratar de los presupuestos de fondo de cada clase de medidas en relación con cada una de las mismas.

2. Los contenidos de la orden de protección

El art. 544 ter transmite la impresión de que, también desde el punto de vista de su contenido, de los efectos jurídicos que producirá, la orden de protección es un acto del juez de carácter unitario, aunque de contenido plural. Eso se deduce de la propia expresión, en singular, de orden de protección, la cual es solicitada (art. 544 ter.3), y, en su caso, acordada mediante una resolución en forma de auto (art. 544 ter.4, párrafo cuarto). También apoya la idea mencionada que esa orden, acordada mediante un auto, es la que "confiere el estatuto integral de protección" compuesto por medidas de diversas clases.

Igualmente aquí la técnica legislativa empleada en la Ley 27/2003 induce a confusión, al menos en una primera aproximación al texto legal.

Lo que realmente ocurre, o puede ocurrir, con el aparente carácter unitario de la orden de protección es lo siguiente:

1.º) Que, en el auto que la dicte, no haya pronunciamiento sobre medidas cautelares personales penales, porque el juez ya las hubiera adoptado en otro momento de la causa y no estime procedente modificarlas. Lo dice expresamente el art. 544 ter.4, párrafo cuarto, respecto de las medidas del art. 544 bis. Pero ocurre exactamente lo mismo con la prisión provisional y con la libertad provisional (art. 539 LECrim).

2.º) Que tampoco haya pronunciamiento sobre medidas de naturaleza civil instrumentales de un proceso matrimonial, porque ya hubieran sido acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil (art. 544 ter.7, párrafo primero).

3.º) A pesar de lo anterior puede tener sentido el contenido de la orden de protección relativo a las medidas de asistencia y protección social. No obstante, respecto de esta clase de medidas, la eficacia jurídica de la orden de protección requiere importantes precisiones, que conducirán a rectificar la apariencia de que la orden de protección significa la imposición a las Administraciones públicas competentes del deber concreto de realizar determinadas prestaciones a favor de la víctima de violencia doméstica. Con lo cual las "medidas de asistencia y protección social" son real y efectivamente acordadas –y no sólo llevadas a la práctica– por una Administración pública.

4.º) Y también puede tener sentido *per se*, con independencia de que no se adopten medidas de otro orden, el deber de información a la víctima implícito en la orden de protección –el art. 544 ter.9 dice, en efecto, que "La orden de protección implicará el deber de informar..."–.

La Ley 27/2003 tiene como objetivo perfeccionar la protección de las víctimas de violencia doméstica. Uno de los medios imprescindibles para alcanzar el objetivo era coordinar las actuaciones destinadas a la protección en el momento crítico en que, si falta coordinación, es objetivamente previsible la continuación o el agravamiento de los daños causados por la acción probablemente constitutiva de delito.

Pero el objetivo esencial sigue siendo el de la protección. De modo que si, fuera del procedimiento de la orden de protección, ya se hubiera resuelto sobre algunas medidas que, con arreglo al criterio de coordinación, habrían de integrarse en la orden, ello no puede ser obstáculo para que la orden de protección pueda ser solicitada y eventualmente dictada para la producción de otros efectos que le son propios.

Vamos a analizar, a continuación, los diferentes contenidos posibles de la orden de protección, lo que, como ya advertimos, requerirá considerar los específicos presupuestos de cada uno. También es adecuado tratar ahora, en cuanto sea necesario, de los medios para la "ejecución" o cumplimiento forzoso de los contenidos de la orden de protección, porque tanto o más que lo que el juez puede acordar, importa la efectividad de lo que ha decidido frente a las conductas elusivas del sujeto pasivo.

A) Medidas cautelares de carácter penal

La regulación de la orden de protección no ha comportado el establecimiento de nuevas medidas cautelares en el proceso penal, ni ha alterado sus presupuestos y efectos.

El auto que resuelve sobre la procedencia de la orden de protección solicitada, resolverá también "sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore" (art. 544 ter.4, párrafo cuarto), de manera que, si estima la solicitud, la orden conferirá "un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden (civil y) penal contempladas en este artículo" (art. 544 ter.5, párrafo primero).

Pero la verdadera clave de las medidas cautelares penales que pueden ser acordadas con la orden de protección está en el apartado 6 del art. 544 ter.

De la última disposición mencionada se deduce que el juez podrá adoptar, de acuerdo con sus respectivos presupuestos y con arreglo al régimen jurídico ya establecido por la LECrim, la prisión provisional, o la libertad provisional, y, de modo alternativo con la primera, pero concurrente con la segunda, la orden de alejamiento con las diversas configuraciones que autoriza el art. 544 bis LECrim.

Ahora bien, aunque las medidas cautelares penales que pueden adoptarse sean las que han quedado mencionadas, si la materia se considera no desde la perspectiva de las funciones cautelares que han de cumplirse en el proceso penal, sino desde el punto de vista

de la protección de la víctima, las únicas medidas que tienen interés son la prisión provisional y la orden de alejamiento. La libertad provisional no tiene por finalidad evitar la reiteración delictiva, ni está configurada para alcanzar ese objetivo, sino sólo para garantizar que el imputado se mantendrá a disposición del tribunal para la realización del proceso y para la eventual ejecución (arts. 530, 531, 532, 535 y 537 LECrim).

a) Los presupuestos de la prisión provisional: incidencia de la reforma de 24 de octubre de 2003

La adopción de la medida cautelar de prisión provisional dependerá, de acuerdo con lo dicho antes, de que concurran en el caso concreto los presupuestos establecidos en los arts. 502 y 503 LECrim –en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional–.

Esta reforma ha resuelto problemas que afectaban a la antigua regulación de la prisión provisional.

En primer término, intenta dar respuesta a la deficiente regulación general de los presupuestos de la prisión provisional, que indujo a la STC (Pleno) núm. 47/2000, de 17 de febrero, a plantear cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECrim (13).

(13) Las razones las revela principalmente el fundamento jurídico 5.º de la sentencia: "La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto "prima facie", que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril, F. 4 y 5. Pero, a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad. En efecto, según una interpretación usual

En segundo lugar, el fin constitucionalmente legítimo de la prisión provisional que tiene relevancia en la materia que nos ocupa es el de evitar la reiteración delictiva y, con ello, que la víctima quede expuesta a ulteriores agresiones. Pues bien, este fin no se hallaba expresamente reconocido en la antigua redacción de los arts. 503 y 504 LECrim, cuyas referencias a la frecuencia de comisión de hechos análogos parecen más relacionadas con (ilegítimos) fines de prevención general, que con la protección a las víctimas.

No obstante, este segundo problema no constituía obstáculo para que la prisión provisional fuera acordada con fundamento en el riesgo de reiteración delictiva.

La doctrina suele rechazar esta finalidad de la prisión provisional, porque nada tiene que ver con las funciones cautelares de esa institución y la convierten, sustancialmente, en una medida de seguridad. Además predelictual, porque aún no se ha dictado sen-

del párrafo segundo del art. 504 que, dado que ni siquiera han respondido a las razones constitucionales aducidas por el recurrente, parece ser la aceptada en este caso por los órganos judiciales, el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos. De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque, como dijimos en la STC 66/1997 (de 7 de abril, F. 6), y reiteramos en la STC 98/1997 (de 20 de mayo, F. 9), "con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo– y otros orígenes –la fuga del imputado o su libertad provisional–, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y ("so pena" de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa".

tencia de condena por los hechos objeto del proceso en el que se ha decretado la prisión provisional (14).

Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH sí que considera la evitación del riesgo de comisión de nuevas infracciones como fin legítimo de la prisión provisional, entre otras razones, porque lo establece expresamente el art. 6.1, c CEDH. La consideración de este riesgo aparece en las sentencias del TEDH de 12 de diciembre de 1991 (caso Toth), 12 de diciembre de 1991 (caso Clooth), 17 de marzo de 1997 (caso Muller), 26 de enero de 1993 (caso W. contra Suiza).

También el Tribunal Constitucional acepta esta finalidad de la prisión provisional. Establece, en primer lugar, que "la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos" (STC, Sala segunda, núm. 128/1995, fundamento jurídico 3). A continuación, indica que, en cuanto a los fines, la prisión provisional "responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva (STC 40/1987)". Esta doctrina se reitera en la STC 47/2000 antes citada.

(14) ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", en *RGLJ*, núm. 5, mayo-1978, pág. 455; del mismo autor, con otros autores, *Derecho Jurisdiccional*, III, Barcelona, 1993, págs. 549-550; BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, pág. 379; ASENSIO MELLADO, J.M., "Los presupuestos de la prisión provisional" en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Santiago de Compostela, 1995, págs. 111-114.

Esta interpretación del Tribunal Constitucional, integradora de los arts. 503 y 504 LECrim –antigua redacción– y que evitó su inconstitucionalidad hasta cierto momento, es la que permitía sostener que la prisión provisional podía ser acordada en caso de riesgo concreto de reiteración delictiva. En defecto de esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, habría que rechazar que el apartado 6 *in fine* pudiera justificar la adopción de la prisión provisional, porque le falta la calidad de ley orgánica, que sería necesaria para innovar los presupuestos de una medida cautelar privativa de libertad.

Esta situación normativa –insegura en una materia de tanta gravedad– ha cambiado con la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional.

La principal innovación, con relevancia para los casos de violencia doméstica, es el expreso establecimiento, como uno de los fines que la prisión provisional puede legítimamente perseguir, del fin de "evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado" (art. 503.1.3.º, c LECrim, en su nueva redacción).

Esta configuración de uno de los requisitos de la prisión provisional potencia en gran medida el fin de protección a la víctima por varias razones:

1.^a) Se prevé específicamente ese fin, destacándolo dentro del más genérico de evitar la reiteración delictiva.

2.^a) Se facilita la adopción de la prisión provisional con este fin, porque se excluye la aplicación de los límites mínimos de duración de la pena que se imponen cuando los fines perseguidos por la prisión provisional son otros previstos por la ley.

3.^a) La duración de la prisión provisional acordada para la protección de la víctima no está sujeta a límites tan precisos como

cuando los fines son otros (15), por lo que deberá entenderse que, como establece el nuevo art. 504.1 LECrim, durará "en cuanto subsistan los motivos que justificaron su adopción".

Tanto en la situación normativa anterior a la Ley Orgánica 13/2003, como tras la entrada en vigor de ésta, la adopción de la prisión provisional con la específica finalidad de evitar nuevas

(15) En efecto, el art. 504 del proyecto tiene la siguiente redacción: "1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en el párrafo a) del ordinal 3.º del apartado 1 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el art. 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3.º b) del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses.

No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el Juez o Tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

4. La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal.

5. Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa.

Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia."

agresiones a la víctima, requiere que la resolución judicial no se base en meras hipótesis o conjeturas, sino que exprese una motivación concreta de por qué la medida es procedente para alcanzar ese fin constitucionalmente legítimo.

Ya la STC 128/1995 advirtió que

"más allá de las menciones del apartado segundo del art. 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales de la prisión provisional hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial –entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión– y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas. De este modo, amén de al genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 66/1989, fundamento jurídico 5.º; 9/1994, fundamento jurídico 6.º; 13/1994, fundamento jurídico 6.º), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma".

Y el art. 506.1 LECrim –en su nueva redacción– dispone que "El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción".

b) La orden de alejamiento del art. 544 bis y los medios para su efectividad

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la prisión provisional también ha sentado que esta medida ha de

ser de aplicación excepcional y subsidiaria (STC 128/1995, FJ 3.º; STC 47/2000, FJ 7.ª). El nuevo art. 502.2 LECrim deja clara esta característica: "La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional".

La libertad provisional, tal como es configurada por la LECrim, no puede ser esa medida menos incisiva sobre el derecho de libertad del imputado, que debería adoptarse –por aquella regla de supletoriedad– de modo preferente a la prisión provisional. No puede serlo, porque de todos los fines que –en verdad de un modo drástico– persigue la prisión provisional, la libertad provisional sólo está en condiciones de satisfacer el fin de que el imputado se mantenga a disposición del tribunal.

Para que no queden inermes derechos e intereses dignos de protección y, simultáneamente, la prisión provisional pueda tener el carácter subsidiario que le corresponde por la afectación que implica al derecho fundamental de libertad, es necesario que el ordenamiento prevea otras medidas cautelares que no afecten a ese derecho fundamental o no lo hagan tan intensamente, y que, además, sean efectivas para alcanzar los fines perseguidos.

En este aspecto supuso un importante progreso en el sistema de medidas cautelares penales la orden judicial de prohibición de residencia o de circulación por determinados lugares o de aproximación a determinadas personas, regulada en el art. 544 bis LECrim (16), y aplicable en los procesos penales por hechos

(16) Sobre la misma puede verse, DE LAMO RUBIO, J., "Violencia doméstica. Aspectos jurídicos", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, I, Madrid, 2000, págs. 293-355; DE URBANO CASTRILLO, E., "EL alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley*, 2001, núm. 5248, págs. 1-6; MAGRO SERVET, V., "Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica", *La Ley*, 2002, núm. 5562, págs. 1-9.

constitutivos de violencia doméstica, por el encuadramiento del tipo del art. 153 CP en el título que comprende los delitos de lesiones (17).

La Ley 27/2003 no ha modificado el régimen jurídico de la orden de alejamiento, salvo en lo que se refiere a los aspectos procedimentales, como veremos después.

No considero que sea un cambio que el art. 544 ter.6 establezca, en general respecto de las medidas cautelares penales, que se adoptarán "atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima", mientras que el art. 544 bis hace depender el acuerdo de la orden de alejamiento de que "resulte estrictamente necesario para el fin de protección de la víctima". A pesar de los adverbios de modo, el canon sigue siendo el de la necesidad de protección de la víctima, con los márgenes de error razonables inherentes a toda previsión de conductas futuras.

Los cambios se han producido, no obstante, indirectamente por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Específicamente se han producido en los sentidos y con los alcances siguientes:

1.º) Se amplían los supuestos en que puede acordarse la orden de alejamiento al tipificar como delito –en la nueva redacción del art. 153 CP– conductas constitutivas de falta, tipificadas en el art. 617, párrafo segundo CP –que se deroga– y en el art. 620, párrafo primero, n.º 1.º CP –la acción típica queda incluida en el art. 153 CP, cuando el sujeto pasivo es una de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP–.

Queda eliminada (18) así la duda que planteaba que el art. 544 bis, párrafo primero, sólo previera la orden de alejamiento para

(17) Sobre ciertos problemas de ese encuadramiento, MAGRO SERVET, V., "Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica", *La Ley*, 2002, núm. 5562, pág. 3.

(18) Subsiste, no obstante, el problema respecto de la falta del número 2.º del art. 620 CP.

delitos, a pesar de que el último párrafo del art. 57 CP estableciera limitadamente una pena accesoria de prohibición de acercamiento para determinadas faltas.

2.º) Se amplían en sentido material las situaciones de hecho en las que puede acordarse la orden de alejamiento, porque se tipifican como delito no sólo acciones caracterizadas por la habitualidad –que ahora se tipifican en el apartado 2 del art. 173 CP–, sino también algunas en las que la acción ilícita es singular y aislada –nueva redacción del art. 153 CP–.

3.º) Tanto el art. 153, párrafo segundo, como el art. 173.2, párrafo segundo, establecen tipos agravados de los delitos correspondientes, constituyendo el criterio de agravación que las acciones se realicen con infracción de una medida cautelar.

Los problemas de la orden de alejamiento no radican tanto en el régimen de sus presupuestos y del variado contenido del que el juez puede dotarla en atención a las necesidades de protección, cuanto en la efectividad de la medida, por la facilidad de su incumplimiento y por la falta de respuestas adecuadas frente a esa situación.

De dos modos se ha intentado resolver este problema de efectividad:

1.º) Reforzando con unos tipos penales agravados la responsabilidad penal por los delitos de los arts. 153 y 173.2 CP, cuando la comisión de los mismos comporte, además, el quebrantamiento de los deberes impuestos por la orden de alejamiento. Así lo ha hecho la reforma del CP a la que me acabo de referir.

2.º) Agravando la respuesta cautelar penal en caso de incumplimiento de la orden de alejamiento, con la adopción de medidas que impliquen una mayor limitación de la libertad personal del imputado.

Esta previsión ya la contenía el art. 544 bis, párrafo cuarto LECrim. En cierto modo pretende reforzarla la nueva redacción

que ha dado a ese párrafo la Ley Orgánica 13/2003 antes citada, que, junto a la genérica posibilidad de adoptar medidas cautelares más limitativas de la libertad del imputado, autoriza específicamente "la prisión provisional en los términos del art. 503", cuyo apartado 1, 3.º, c, autoriza la prisión para evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima. La aprobación de esta reforma no cambiará sustancialmente la situación anterior. También antes podía ser acordada la prisión provisional, aunque, obviamente, sólo en el caso de concurrir sus presupuestos (19). El incumplimiento de los deberes impuestos por la orden de alejamiento significa, en todo caso, un dato adicional que apoya la previsión de reiteración delictiva y, en esa medida, contribuye a considerar concurrente este presupuesto de la prisión provisional.

Estas dos técnicas para incrementar la efectividad de la orden de alejamiento tienen un inconveniente notable respecto de la finalidad de protección de la víctima. Reaccionan frente al incumplimiento de la orden, pero no estimulan o motivan a su cumplimiento, salvo por la posibilidad de que se descubra el quebrantamiento y se desencadenen las reacciones normativas apuntadas.

Por otra parte, se plantea el problema de la prueba o acreditamiento del incumplimiento que, salvo en la peor hipótesis de que comporte la comisión de un nuevo delito contra la víctima, presenta importantes dificultades, porque se produce, normalmente, sin otra posibilidad de comprobación que no sea el testimonio de la propia víctima (20).

Para superar estos inconvenientes cabe apuntar unas posibilidades de *lege ferenda*, y otras que, aunque no requieren reforma legal, pueden tener costes económicos significativos.

(19) FERNANDEZ GARCÍA, E.M., "Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 35-36.

(20) FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., "Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 35-36.

Entre las posibilidades de *lege ferenda* menciono estas dos:

1.^a) El cumplimiento de los deberes impuestos por la orden de alejamiento podría ser garantizado con caución, que se perdería en caso de incumplimiento. O bien podrían imponerse multas coercitivas en caso de incumplimiento. Probablemente no se han establecido estas técnicas porque, habida cuenta de la situación económica del grupo familiar en el que se producen los hechos, no es posible compaginar la utilidad de las mismas con el deber de prestación de alimentos que incumbe, frecuentemente, a la misma persona que es sujeto pasivo de la orden de alejamiento. Con la formulación adecuada que evite la consecuencia indeseable (véase, por ejemplo, el art. 620, párrafo tercero CP) habría que considerar la introducción de estas técnicas que no restringen derechos fundamentales.

2.^a) La imposición al sujeto pasivo del deber de soportar determinados instrumentos técnicos que permiten la constatación permanente de su localización y dejan constancia de los eventuales incumplimientos de la orden de alejamiento (21).

Sin necesidad de reformas legales, sólo con los necesarios incrementos de las dotaciones policiales, con una adecuada organización de sus servicios y con la asignación a las víctimas de medios técnicos que posibiliten instar inmediatamente la protección y que la misma sea prestada con similar inmediatez (22), puede perfeccionarse el grado de cumplimiento del fin de protección a la víctima.

(21) FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., "Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 38-39.

(22) FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., "Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 37, 38. Sobre la utilización por la víctima de una pulsera de seguimiento y protección, que no requiere autorización judicial, véase el AAP La Rioja (Sección única) 21 febrero 2001, ARP 2001\190.

B) Medidas cautelares de naturaleza civil

La atribución a un órgano del orden jurisdiccional penal de jurisdicción (competencia genérica) para adoptar algunas medidas cautelares de naturaleza civil previas a un proceso matrimonial o relacionadas con hijos menores, es una de las principales innovaciones normativas producidas por la Ley 27/2003.

No obstante, en esta materia habría que distinguir:

1.º) Respecto de las medidas de imprecisa naturaleza (23) previstas en relación con los menores por el art. 158 CC, el nuevo art. 544 ter LECrim no supone ninguna innovación, porque el art. 158 CC ya establecía que tales medidas podían ser adoptadas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2.º) La novedad, en cambio, es clara y trascendente por lo que se refiere a la adopción de determinadas medidas provisionales previas a la demanda de proceso matrimonial.

En esta materia se había detectado un importante problema de coordinación, principalmente entre la orden de alejamiento que ha podido ser dictada y las medidas provisionales de asignación del uso de la vivienda familiar, de atribución de la guarda de los hijos y del régimen de visitas con los mismos. La asignación del uso de la vivienda al cónyuge respecto del que se hubiera dictado la orden de alejamiento (24) y el establecimiento a favor de éste de un régimen de visitas cuyo cumplimiento hiciera necesario el acercamiento al

(23) HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*, CEDECS, Barcelona, 1997, indica, en pág. 31, que su naturaleza no es cautelar, sino genéricamente preventiva de cualesquiera daños, con independencia de la existencia de un proceso.

(24) MAGRO SERVET, V., "Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica", *La Ley*, número 5562, págs. 7-8.

cónyuge con el que los hijos conviven (25), resultaban contradictorios con las prohibiciones contenidas en la orden de alejamiento.

a) *Coordinación de las medidas cautelares civiles en el supuesto del art. 544 ter.7 LECrim*

Lo dispuesto por el art. 544 ter.7 LECrim tiene la finalidad de posibilitar la coordinación de las medidas cautelares penales y civiles en la situación más grave. La situación en la que la crisis matrimonial se desencadena, entre otras causas, por hechos (probablemente) constitutivos de violencia doméstica, de modo que la víctima acude al orden jurisdiccional penal, por la mayor entidad de los bienes lesionados o puestos en peligro.

La articulación técnica de la solución establecida por el art. 544 ter.5 y 7 LECrim es la siguiente:

1.º) Modifica la jurisdicción o competencia genérica de los tribunales del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional penal (art. 9 LOPJ y leyes que especifican esa competencia), concretamente ampliando la jurisdicción-competencia genérica de estos últimos para conocer de una parte de las medidas provisionales previas a la demanda de un proceso matrimonial. En efecto, los órganos del orden penal no tenían jurisdicción en esa materia, porque la que les corresponde para conocer de la llamada acción civil derivada de delito no comprende las decisiones sobre las medidas apuntadas (26).

(25) SERRANO ESPINOSA, G.M., "Ejecución de resoluciones judiciales en materia de Derecho de Familia. Proyección necesaria para la prevención de la violencia de género", *La Ley*, número 5726, apartado II.

(26) Sobre la amplitud de los objetos procesales civiles acumulables al proceso penal, véase, JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, capítulo IV, pendiente de publicación; FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, págs. 9-23; NADAL GÓMEZ, I., *El ejercicio de las acciones civiles en el proceso penal*, Valencia, 2002, págs. 105-109.

2.º) La jurisdicción o competencia genérica que se atribuye al orden jurisdiccional penal se atribuye a prevención y por razón de conexión con el objeto propio del proceso penal.

No tiene jurisdicción o competencia genérica si no se ha incoado proceso penal y tampoco si ya ha sido ejercitada por los tribunales del orden jurisdiccional civil resolviendo sobre medidas previas (art. 771 LEC), coetáneas a la demanda (art. 773 LEC) o sobre medidas definitivas (art. 774 LEC). En el segundo supuesto el orden jurisdiccional penal tampoco tiene esta excepcional jurisdicción-competencia genérica en el caso de que se pretendiera instar una modificación de medidas, al amparo del art. 743 LEC, por cambio sobrevenido de las circunstancias, consistiendo ese cambio en haberse producido hechos con relevancia penal por violencia doméstica. La exclusión de la jurisdicción-competencia genérica a prevención deriva de que no está justificada como tal, dado que el titular ordinario de la jurisdicción ya ha actuado o puede hacerlo inmediatamente en un proceso que sigue pendiente ante él.

3.º) La jurisdicción-competencia genérica a prevención está limitada a algunas de las medidas provisionales que el art. 104 CC y el art. 771 LEC autorizan que se adopten como medidas previas entre las previstas por los arts. 102 y 103 CC, sin que se extienda a todas ellas. Puede resolverse sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y el de prestación de alimentos (art. 544 ter.7, párrafo primero LECrim), pero no sobre los denominados efectos por el art. 102 CC, ni sobre otras medidas distintas a las apuntadas y que pueden ser adoptadas al amparo del art. 103.3.ª, 4.ª y 5.ª CC. La no inclusión del efecto del art. 102.1.º CC no es importante si se atiende al art. 105 CC. Las demás omisiones tal vez se explican por la escasa frecuencia con la que la adopción de tales medidas es necesaria dada la situación patrimonial de los matrimonios afectados.

La jurisdicción-competencia genérica a prevención comprende tanto el establecimiento de las medidas, como su ejecución con arreglo a lo previsto por el art. 776 LEC.

4.º) La eficacia temporal de las medidas presenta en el párrafo segundo del art. 544 ter.7 LECrim una divergencia con el régimen de los arts. 771.5 y 772. 2 LEC. De acuerdo con la primera disposición la eficacia es de treinta días, dentro de los cuales habrá de presentarse la demanda. Si se hace así su eficacia perdura treinta días más, dentro de los cuales el Juez de Primera Instancia deberá ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto. Por el contrario el régimen de la LEC no establece el segundo plazo de treinta días, sino que, una vez presentada la demanda, la eficacia de las medidas permanece, salvo resolución judicial al admitirla o petición de medidas adicionales por las partes. La letra de la LECrim tiene el riesgo de ser interpretada en el sentido de que si el Juez de Primera Instancia incumple el plazo impropio de treinta días, las medidas acordadas por el Juez de Instrucción caducarán (27). Rechazo esta interpretación porque el art. 544 ter.7, párrafo segundo LECrim también requiere resolución expresa del Juez de Primera Instancia para la extinción de las medidas, de modo que en cualquier caso se excluye la extinción *ipso iure*.

b) *Coordinación de medidas cautelares penales y civiles fuera del supuesto del art. 544 ter.7 LECrim*

Con ser el supuesto previsto por el art. 544 ter.7 LECrim el que prevé una coordinación óptima de las medidas cautelares penales y civiles, no es el único en el que la coordinación es necesaria. Incluso el propio artículo prevé que las medidas de naturaleza civil ya hubieran sido adoptadas.

Los criterios generales de coordinación deben ser, a mi juicio, los siguientes:

(27) Así parece entenderlo el *Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, elaborado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, apartado 3.3.

1.º) Acordada una orden de alejamiento sus efectos se imponen frente a cualquier contenido de una medida provisional de proceso matrimonial que autorice una conducta contraria a aquella orden. No cabe decir que la orden de alejamiento resulta limitada por el contenido de esa medida, salvo que sea modificado por el juez que la dictó. De ser así también habría que entender necesaria una prohibición expresa de que el sujeto pasivo de la orden de alejamiento visitara, por ejemplo, cualquier inmueble de su propiedad situado en el círculo en que le está prohibido residir o por el que no debe transitar. Como ocurre con otras medidas cautelares o coercitivas adoptadas para los fines del proceso penal (véase art. 620 LECrim) la finalidad jurídico-pública de protección a la víctima prepondera sobre los derechos e intereses en la relación jurídico-privada entre los cónyuges, sobre los que deciden las medidas provisionales del proceso matrimonial.

2.º) Como máximo hay que entender que la adopción de una orden de alejamiento constituye una circunstancia sobrevenida relevante para que el Juez de Primera Instancia modifique alguna de las medidas provisionales que adoptó, al efecto de hacer posible la satisfacción de los fines de ambas clases de medidas cautelares –por ejemplo, ordenando las visitas a los hijos de modo que no pueda producirse acercamiento a la víctima–.

C) Derechos de la víctima a prestaciones públicas de seguridad y asistenciales: función de la orden de protección respecto del reconocimiento de esos derechos

El tratamiento de la violencia doméstica no sólo puede realizarse con medidas que priven de la libertad al presunto agresor –o se la restrinjan–, sino que también requiere medidas a favor de la víctima, actuaciones positivas dirigidas a la misma, destinadas a proporcionarle seguridad y asistencia para el normal desarrollo de su vida personal y social.

Estos deberes de prestación son de la competencia de las Administraciones públicas, tanto de la Administración General del Estado, como de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales. La relativa novedad de la atención social a esta situación conduce a que, en el momento presente, nos encontremos con un cuadro de prestaciones complejo y asistemático.

A título meramente ilustrativo, podemos mencionar, en la esfera competencial de la Administración General del Estado, las ayudas –incluidas las provisionales, durante la tramitación del proceso penal– que pueden obtenerse al amparo de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Más específicamente, la renta activa de inserción laboral a la que, dentro de la acción protectora por desempleo, tienen derecho los desempleados que cumplan determinados requisitos, entre los que se halla –alternativa o conjuntamente con otros– tener acreditada la condición de víctima de violencia doméstica (Real Decreto 945/2003, de 18 de julio: su art. 2 regula los requisitos para ser beneficiarios de la renta; el art. 6 la ayuda específica por cambio de residencia para estas víctimas).

Y, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la Ley 16/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, regula en sus arts. 24 al 40 diversos servicios y ayudas y, de manera directa o habilitando para ello disposiciones reglamentarias, las condiciones de acceso a los mismos. Un contenido similar encontramos en los arts. 12 al 14 y 17 de la Ley sobre esta materia de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, de 17 de mayo de 2001.

La finalidad de coordinación de las medidas de protección principalmente perseguida por la Ley 27/2003 ha conducido a vincular también a la orden de protección unos efectos respecto del reconocimiento a favor de la víctima de las variadas prestaciones apuntadas.

Pero la entidad de esos efectos requiere una explicación para eliminar confusiones que fácilmente podrían producirse.

Las normas relevantes son:

1.º) El apartado 5 del art. 544 ter, según el cual la orden de protección comprenderá tanto "las medidas de orden civil y penal", sobre las que, en efecto, sí que decide la resolución judicial, como "aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico" –y parece que sobre éstas la orden resuelve del mismo modo que sobre las medidas penales y civiles–.

2.º) El apartado 8 establece que la orden de protección será comunicada a las Administraciones públicas competentes "para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole".

A mi juicio, los apartados 5 y 8 del art. 544 ter no pueden tener el sentido de que el auto que acuerda la orden de protección impone a todas o a algunas de las Administraciones públicas competentes el deber de conceder concretas prestaciones a la víctima. De otro modo: respecto de este contenido de la orden de protección, la resolución judicial no tiene la misma eficacia jurídica que le es propia cuando decide sobre medidas cautelares penales y medidas provisionales previas a procesos matrimoniales.

Para que pudiera llegarse a la anterior conclusión sería necesario que el Juez de Instrucción recibiera una petición de condena al cumplimiento de concretas prestaciones, formulada frente a una, igualmente concreta, Administración pública. Todo ello a los efectos de su enjuiciamiento y emisión de una resolución que impusiera a la Administración su cumplimiento. En ese contexto, y obviamente de modo contradictorio con la Administración "demandada", el Juez podría conocer el conjunto de presupuestos de los que depende el reconocimiento de la prestación de acuerdo con la norma de creación de la misma, presupuestos que no suelen limitarse a la condición de víctima de violencia doméstica del solicitante.

En esencia: en vez de un procedimiento administrativo, conducente a un acto administrativo definitivo, ulteriormente sometido al control jurisdiccional de los tribunales del orden contencioso-administrativo, podría solicitarse inmediata tutela jurisdiccional del derecho a estas prestaciones públicas, además ante los Juzgados de Instrucción, que nuevamente verían extendida su jurisdicción-competencia genérica a prevención.

Lo anterior no es, ciertamente, un imposible jurídico. En una materia distinta y distante respecto de la que nos ocupa –pero en cuya regulación también se perseguía un objetivo de máxima eficacia– como es la de suspensión de contratos de trabajo y despidos colectivos en caso de concurso del empresario (art. 64 Ley Concursal, en relación con los arts. 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores), la ley ha prescindido de la previa decisión de la Administración laboral, atribuyéndole directamente al Juez (de lo Mercantil, en este caso) la resolución sobre los correspondientes efectos jurídicos. No obstante, esto no es lo que ha hecho la Ley 27/2003, porque para ello le faltan piezas absolutamente imprescindibles (formulación de pretensiones concretas, frente a una Administración concreta que debería ser admitida a contradicción).

¿Cuál es, entonces, el verdadero cambio normativo operado por las dos disposiciones mencionadas?

A mi juicio, además de la mejora de los procedimientos de comunicación entre órganos jurisdiccionales y Administraciones públicas, para facilitar el recíproco conocimiento de las medidas adoptadas en los respectivos ámbitos de competencia –lo que, bien mirado, no requería leyes, sino reglas de actuación adecuadas y medios–, estas disposiciones implican:

1.º) Que la orden de protección vincula a las Administraciones Públicas en el reconocimiento de las prestaciones, al menos por lo que se refiere a la constatación y apreciación de que el solicitante es víctima de hechos constitutivos de violencia doméstica, sin perjuicio de que esas Administraciones ejercerán libremente su competencia para constatar y apreciar los demás presupuestos condicionantes del otorgamiento de la prestación.

2.º) Lo anterior no excluye que las Administraciones competentes, de acuerdo con la regulación del procedimiento para reconocer la prestación, admitan otros medios de acreditamiento de la condición de víctima de violencia doméstica (28).

D) Deber de información a la víctima y responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia

Es también contenido de la orden de protección "el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas" (art. 544 ter.9 LECrim). Este precepto no hace más que especificar un deber ya establecido por el art. 109, párrafo cuarto LECrim, según el cual el Juez asegurará a las víctimas de los delitos comprendidos en el art. 57 CP la comunicación de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

De la expresión "la orden de protección implicará" se deduce que no es necesario que el auto que dicte la orden de protección resuelva expresamente establecer ese deber de información. Basta que la orden de protección haya sido dictada para que el deber de información exista, porque concurre el presupuesto establecido por la ley.

La ley no precisa quién debe dar la información y de qué forma debe hacerlo. A mi juicio, suministrar la información es función de la oficina judicial, aunque alguna duda plantea que, para extender la información a la situación penitenciaria, la orden de protección deba ser comunicada a la Administración penitenciaria, lo que permite entender que en algunos supuestos debe ser ésta la que cumpla el correspondiente deber. En cuanto a la forma, basta cualquiera que sea efectiva y que deje constancia de la realización del acto, porque al no tratarse de un acto de comunicación a una

(28) Por ejemplo, ese otro modo de acreditamiento es necesario en la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias, porque sus arts. 23, 27 y 28 reconocen prestaciones por simple riesgo –no actualizado– de violencia doméstica.

parte procesal a los efectos de su actuación en el proceso, no hay razón para requerir la aplicación del régimen de los actos de comunicación procesales.

¿De qué debe informarse? El apartado antes reproducido del art. 544 ter dice que de la situación procesal del imputado y del alcance y vigencia de las medidas cautelares frente al mismo. A mi juicio, la función del deber de información se relaciona específicamente con la segunda cuestión, más que con la primera. Con este deber se trata de prevenir a la víctima para que adopte medidas de autoprotección o solicite medidas de protección.

Otra cuestión es la del destinatario de la información. Lo es la víctima, esté o no personada en el proceso penal. La información se produce a efectos distintos de la actividad procesal, y de forma y con consecuencias diferentes. En caso de personación, las resoluciones y otros actos procesales se notificarán al abogado o al procurador, en la forma establecida por la ley procesal, para el ejercicio de las posibilidades procesales propias de la parte y con incidencia –en caso de incumplimiento de requisitos legales– sobre la validez de los actos procesales. La información a la víctima es personal, sin específicas formalidades y sin repercusiones sobre la validez de actos procesales.

Última cuestión a examinar en esta materia es la de las consecuencias de la omisión del deber de información. A mi juicio, lo único que daría entidad jurídica a este deber de información sería considerar que su incumplimiento, en caso de que la víctima sufra nuevas agresiones a manos del mismo autor, es un elemento para apreciar la responsabilidad de la Administración. Establecido el deber respecto de los órganos jurisdiccionales podría nacer responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 y siguientes LOPJ).

IV. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. PARTES Y PROCEDIMIENTO

Consideramos en este apartado la pieza que podríamos llamar más "procedimental" del régimen jurídico de la orden de protección.

En la regulación de la jurisdicción, competencia y procedimiento para solicitar y resolver sobre la orden de protección la Ley 27/2003 ha tenido presentes criterios de flexibilidad, reducción de formalidades y celeridad de tramitación, para que la resolución sea efectiva en cuanto a los fines preventivos que ha de cumplir.

El resultado ha sido una regulación caótica y difícilmente comprensible –al menos, de entrada– desde un punto de vista técnico-jurídico. Y pido que esto no sea entendido como una observación formalista, porque, sin duda, es esa técnica –con su inherente sentido práctico– la que se espera que utilicen los aplicadores de esta ley.

En lo que sigue plantearé e intentaré resolver las principales dificultades de interpretación de la Ley 27/2003 en esta materia.

1. Jurisdicción y competencia

A) Jurisdicción o competencia genérica

La resolución sobre la orden de protección corresponde a la jurisdicción o competencia genérica de los órganos del orden jurisdiccional penal. No lo dispone expresamente la ley, pero se deduce de los apartados 1 y 11 del art. 544 ter, que sólo prevé la competencia (objetiva) del Juzgado de Instrucción y del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa (penal).

Habida cuenta del variado contenido de la orden de protección, lo anterior puede suponer que esos órganos, en cuanto a las medidas provisionales previas a la demanda matrimonial, experimenten una ampliación de su jurisdicción o competencia genérica. La ampliación se produce a prevención, por la urgencia del caso –que se revela en las situaciones del apartado 1– y porque no ha resuelto el orden jurisdiccional que, ordinariamente, tiene atribuida jurisdicción o competencia genérica en la materia.

En defecto de los supuestos que atribuyen esta jurisdicción o competencia genérica a prevención a los órganos del orden jurisdiccional penal, las actuaciones de los mismos sobre medidas pro-

visionales previas al proceso matrimonial deben considerarse nulas de pleno Derecho (arts. 9.6 y 238.1.º LOPJ).

Una similar ampliación de la jurisdicción de los tribunales del orden penal, ahora frente a las potestades de las Administraciones públicas o frente a la jurisdicción o competencia genérica de los tribunales del orden contencioso-administrativo, no se produce, en cambio, en cuanto a la adopción de medidas de asistencia y protección social. Ya vimos en el apartado III, 2, C de la ponencia cuál era la eficacia de la orden de protección respecto de estas medidas.

B) ¿Competencia objetiva?

Dentro del orden jurisdiccional penal la competencia objetiva corresponde al Juzgado o Tribunal que esté conociendo de la causa.

El apartado 1 del art. 544 ter –que sólo se refiere al Juzgado de Instrucción– crea la duda acerca de si las demás clases de Juzgados y Tribunales que son competentes para las diferentes etapas del proceso penal, según el procedimiento adecuado para su tramitación, tienen competencia para acordar la orden de protección.

Esa duda la resuelve en sentido afirmativo el apartado 11 del art. 544 ter, según el cual, cuando la situación que hace necesaria la orden de protección se ha producido "durante la tramitación de un proceso penal en curso", la podrá acordar "el Juez o Tribunal que conozca de la causa".

No obstante, habría que puntualizar, en general, que éste no es un tema de competencia objetiva. La petición de una orden de protección no constituye un objeto procesal autónomo, para cuya resolución haya de atribuirse competencia (entonces sí objetiva) a una determinada clase de órganos de un cierto orden jurisdiccional.

Más correctamente, la petición, debate y resolución de una orden de protección son actividades instrumentales de un proceso penal. Y la atribución de competencia para conocer de las mismas se realiza en atención al órgano jurisdiccional que está ejerciendo su competencia según la etapa del proceso penal que se está sustanciando. Se trata, pues, de una competencia funcional.

Así lo demuestra el apartado 11 del art. 544 ter –que atribuye la competencia al Juez o Tribunal que conozca de la causa– y el apartado 4 del mismo artículo –que posibilita la acumulación del tratamiento de la orden de protección y el de otras actividades del proceso en curso–.

C) *¿Competencia territorial? Competencia funcional ordinaria y a prevención*

Por lo que acabo de decir, tampoco tiene sentido plantear el tema de la competencia territorial para resolver sobre la orden de protección.

En el proceso penal la competencia territorial se atribuye, en atención a determinadas circunstancias (arts. 15 y 18 LECrim), para conocer de la instrucción previa de un proceso penal o del juicio oral –si la competencia para conocer de éste no queda determinada, sin más, en dependencia del órgano concreto que conoció de la instrucción–. El Juzgado o Tribunal que esté ejerciendo la competencia –y también el que, por estar relacionado con aquél en la organización judicial, tiene competencia para los recursos devolutivos– están investidos, cada uno de ellos en la etapa procesal de la que conocen, de la competencia funcional para tramitar y resolver la orden de protección que, entonces, se solicite.

No obstante, el art. 544 ter.3, párrafo primero *in fine* dispone que "En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente".

A mi juicio, de esta disposición pueden hacerse estas dos interpretaciones:

1.^a) La duda sobre la competencia territorial se refiere –correctamente– a si ésta corresponde al Juzgado para conocer de la instrucción previa por los hechos con base en los cuales se soli-

cita la orden de protección. Si el único dato para la atribución de la competencia es el de haber tenido noticia del delito (art. 15, párrafo primero, 4.º LECrim), el Juzgado asumirá la competencia, incoará la instrucción previa según el procedimiento que corresponda y, dentro del mismo, proveerá sobre la solicitud de orden de protección. Estas actuaciones quedarán expuestas a lo que prevé el art. 15, párrafo tercero LECrim: "Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, se remitirán las diligencias al Juez o Tribunal a cuya demarcación corresponda, poniendo a su disposición a los detenidos y efectos ocupados".

Interpretada la disposición del art. 544 ter.3 de este modo, si el Juzgado entendiera, por constarle que las circunstancias previstas en el art. 15, párrafo primero, 1.º, 2.º y 3.º LECrim atribuyen la competencia territorial a los Juzgados de otro partido, que carece de competencia territorial, debería abstenerse de incoar instrucción previa y, en consecuencia, de tramitar y resolver la solicitud de orden de protección.

2.^a) A los efectos de tramitar y resolver sobre la orden de protección el Juzgado puede prescindir de apreciar su competencia territorial para conocer del proceso penal sobre los hechos que dan lugar a la solicitud de la orden. Si estima que tiene esa competencia, incoará el proceso y, en su contexto, resolverá sobre la orden de protección. Pero si concluye que carece de competencia territorial, sin incoar la instrucción previa por el procedimiento adecuado, también tramitará y resolverá la orden de protección, con posterior remisión de las actuaciones sobre la misma al Juzgado que estime competente.

Una técnica similar a ésta la tiene establecida desde hace tiempo la LECrim para la resolución sobre libertad o prisión provisional, cuando el detenido ha sido presentado ante un Juzgado que no es competente para conocer del proceso que debe incoarse (art. 499 LECrim).

En cierto modo, una competencia funcional –en el supuesto del art. 499, para dictar los autos de libertad o de prisión; en el del art. 544 ter.3, para resolver sobre la orden de protección– es ejercida a

prevención –por razones de urgencia– por un órgano que no es el titular ordinario de esa competencia funcional, porque no tiene competencia para conocer del determinado proceso penal del que son instrumentales las resoluciones mencionadas al principio del párrafo.

A mi juicio, esta segunda interpretación, que se ajusta a la letra del art. 544 ter, 3, párrafo primero y que cuenta en su favor con una análoga atribución competencial tradicional en LECrim, es la más correcta porque, además de estos argumentos, es la que mejor satisface el fin de inmediata protección a la víctima.

D) Competencia para la tramitación y resolución de la solicitud de orden de protección y competencia para la recepción de solicitudes

La tramitación y resolución de una solicitud de orden de protección es atribución exclusiva de los órganos jurisdiccionales, con arreglo a las normas de jurisdicción y competencia que se acaban de exponer.

No obstante, para facilitar la presentación de las solicitudes la Ley 27/2003 establece que:

1.º) La presentación puede hacerse, además de ante el Juzgado de Instrucción, ante el Ministerio Fiscal, la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima y los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Estas entidades deberán remitir la solicitud inmediatamente al Juzgado competente (art. 544 ter.3, párrafo primero).

El caso más frecuente, y que permitirá mayor coordinación, será el de presentación ante la policía que instruya el atestado, para que, junto con éste, sea remitida al Juzgado.

2.º) Las entidades mencionadas han de informar a la víctima de la posibilidad de formular la solicitud y han de facilitarle medios para hacerlo (art. 544 ter.3, párrafo segundo).

2. *Adopción de la orden de protección ¿de oficio, a instancia de parte, a instancia de la víctima o de otras personas o entidades?*

Es un arcano si la orden de protección, con su complejo contenido, puede ser acordada de oficio o necesita de una instancia externa al Juez y de quién y en qué forma ha de producirse esa instancia.

La Ley 27/2003 está plagada de antinomias, algunas estridentes, y de otros notables defectos de regulación.

A) *Las limitadas posibilidades de adopción de oficio de los diversos contenidos de la orden de protección*

El art. 544 ter.2, párrafo primero abre con la contundente declaración de que "La orden de protección será acordada por el juez de oficio". Pero la misma es posteriormente desmentida con diverso alcance.

Específicamente:

1.º) Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces. Salvo la instancia del Ministerio Fiscal –que es coherente con lo previsto en el art. 749.2 LEC–, lo demás remite al régimen de la solicitud de medidas provisionales previas en la LEC. La actuación de oficio queda limitada a las medidas de protección del art. 158 CC, cuyo primer párrafo ya prevé, por cierto, este modo de actuación del juez.

2.º) Los requisitos de las medidas cautelares penales serán los establecidos con carácter general en esta ley (art. 544 ter.6). Esto significa que la adopción de la prisión provisional indudablemente (art. 505 LECrim, nueva redacción), pero también la decisión sobre la libertad provisional con condiciones de diferente grado de gravedad (caución e importe de la misma) –art. 539,

párrafo tercero— y sobre la orden de alejamiento, a la que también es connatural esa graduación, han de ser precedidas de la correspondiente petición del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora. Este requisito —introducido en la LECrim por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de marzo— persigue establecer formas acusatorias en la etapa de instrucción, para garantizar mejor la imparcialidad del juez al dictar resoluciones de especial gravedad. No es razonable pensar que el art. 544 ter.2 lo quiere suprimir cuando sobre las medidas cautelares penales se resuelve en el contexto de la orden de protección.

Los únicos supuestos de actuación de oficio autorizados por LECrim son el de imposibilidad de celebración de la comparecencia para resolver sobre la prisión provisional (art. 505.5 LECrim, nueva redacción) y el de necesidad urgente de modificación de medidas cautelares personales en sentido agravatorio (art. 539, párrafo cuarto). En estos supuestos el juez resuelve de oficio, sin perjuicio de la posterior celebración de la audiencia según el régimen ordinario de vinculación a las peticiones de las partes acusadoras.

Consiguientemente, el pronunciamiento de oficio queda ceñido —además de a los supuestos limitados y excepcionales que se acaban de señalar— a:

1.º) Los efectos de la orden de protección respecto de las medidas de asistencia y protección social. Pero recuérdese la eficacia de la orden de protección en este aspecto. Se limita a comunicar a las Administraciones públicas competentes que determinada persona es, según lo actuado, probablemente víctima de violencia doméstica. A partir de ahí, la concesión de las correspondientes prestaciones, en particular su otorgamiento de oficio o a instancia del interesado, dependerá del régimen jurídico-administrativo de las mismas.

2.º) Al establecimiento del concreto deber de información prescrito en el art. 544 ter.9. Pero, a este último efecto, hablar de un pronunciamiento de oficio es excesivo, porque, como se

apuntó, no es necesario que el juez se pronuncie o decida sobre ese deber. El concreto establecimiento del mismo es un efecto implícito en la orden de protección, un efecto que se origina *ex lege* una vez el auto acordando la orden de protección ha sido dictado.

B) *¿A instancia de parte, a instancia de la víctima o a instancia de persona que guarde con ella determinada relación?*

Presupuesto que para buena parte de los contenidos de la orden de protección es necesaria una instancia externa al órgano jurisdiccional, las dos posibilidades que resultan de la cuestión que figura en el epígrafe son muy diferentes.

La instancia de parte requiere una personación en forma, con representación de procurador y asistencia de abogado, salvo que se trate de juicio de faltas. Obviamente la instancia también puede provenir del Ministerio Fiscal como parte del proceso penal, salvo respecto de ciertos contenidos de la orden de protección.

Diferentemente, la "instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior" –como dice el apartado 2 del art. 544 ter– no haría necesaria la personación en forma, aunque sí la ratificación personal, ante el Juzgado, de la solicitud presentada.

¿A qué modalidad de instancia externa al juez se está refiriendo la Ley 27/2003?

El apartado 2 del art. 544 ter se expresa abiertamente por la segunda. Pero, si esta disposición se confronta con lo que la ley exige para determinados contenidos –los más importantes– de la orden de protección, de nuevo surgen las dudas.

Específicamente:

1.º) En cuanto a las medidas provisionales previas a la demanda de proceso matrimonial, el apartado 6 del art. 544 ter requiere instancia de la víctima o de su representante legal. No

basta, pues, la de una persona que tenga con la víctima determinada relación. Por otra parte, es comprensible que no se requiera, para este contenido de la orden, personación en forma en el proceso penal. En primer lugar, se trata de instar un pronunciamiento sobre efectos de naturaleza civil. En segundo término, tampoco para la ordinaria solicitud de estas medidas ante los tribunales del orden civil es necesaria la intervención de abogado y procurador (art. 771, párrafo segundo LEC).

2.º) En cuanto a la instancia necesaria para la adopción de medidas cautelares penales, el art. 505 LECrim –nueva redacción– requiere que la misma provenga del Ministerio Fiscal o demás partes personadas. Más claramente el art. 539, párrafo tercero, exige que haya "solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora". Salvo que entendamos que el art. 544 ter.2, párrafo primero, establece una regla especial que reconoce a las víctimas y a determinadas personas relacionadas con ellas facultad de postulación –sin intervención de profesionales forenses– limitada a las actuaciones de adopción de medidas cautelares penales –y no extensiva a cualesquiera otras actuaciones del proceso penal–, habrá que sostener que la solicitud de estas medidas o la hace el Ministerio Fiscal o se habrá de exigir personación en forma de la víctima para que su petición sea admisible.

3. Procedimiento y recursos

La solicitud de orden de protección o la iniciativa de oficio de adoptarla ha de ser tratada en una audiencia, que ha de celebrarse de modo urgente (art. 544 ter.4, párrafo primero), sobre la misma se resolverá en forma de auto (art. 544 ter.4, párrafo cuarto). Ese auto, por las razones que luego apuntaré, plantea problemas respecto de las posibilidades de recurso.

Sin duda, las cuestiones que suscita el régimen procedimental de la orden de protección son más abundantes, pero me limitaré a tratar de algunas de especial importancia.

1.^a) Las actuaciones para la orden de protección pueden insertarse, con carácter instrumental de los mismos, en cualquiera de los procesos por delito previstos por la ley y en el juicio de faltas. Sólo es necesario que los hechos objeto del proceso penal puedan calificarse como delito o falta de los previstos en el art. 544 ter.1 LECrim.

La reforma del CP por la Ley Orgánica 11/2003 arroja dudas sobre la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Esta ley ha modificado la tipificación de los delitos que pueden considerarse de violencia doméstica. Al antiguo tipo del art. 153 CP, que requería habitualidad, han sucedido el nuevo tipo del art. 153, en el que la habitualidad no es relevante, y el también nuevo del art. 173, en el que la habitualidad vuelve a ser determinante. Pero el art. 795.1.2.^a, a LECrim no ha sido ajustado a esta modificación y sigue hablando de "delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 153 del Código Penal". Una estricta consecuencia sería negar la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido en atención a la sola calidad de los hechos. Habría que fundarla en la flagrancia (art. 795.1.1.^a) o en la previsible sencillez de la instrucción (art. 795.1.3.^a). No obstante, ha de tenerse en cuenta que, incluido el tipo del art. 153 CP en el título de las lesiones, y considerado separadamente el delito de violencia física o psíquica habitual, continúa cumpliéndose la previsión del art. 795.1.2.^a, a, y, por tanto, el procedimiento de enjuiciamiento rápido sería adecuado siempre que concurren los requisitos de penalidad y de incoación por atestado con detención o citación del imputado ante el Juzgado (29).

2.^a) La audiencia para tratar la solicitud o la iniciativa de oficio de orden de protección puede ser –si se atiende al art. 544 ter.4,

(29) Sobre la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido, ORTELLS RAMOS, M., "Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido", en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, págs. 32-33.

párrafos primero y segundo— una audiencia específica y —hay que pensar— que versará sobre los contenidos propios de la orden de protección, o una audiencia de celebración simultánea con alguna de las que deban señalarse en el correspondiente proceso penal. El artículo se refiere, en este sentido, a la comparecencia para decidir sobre la prisión provisional o la libertad provisional con fianza (art. 504 bis 2 —ahora habrá que entender hecha la remisión al art. 505 LECrim, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003—), a la prevista en el art. 798 —en la que no sólo, pero también, se debate sobre medidas cautelares— y al acto del juicio de faltas.

Los criterios para optar por una u otra forma de tramitación habrán de ser, entre otros, los siguientes.

Si ya se hubiera resuelto sobre las medidas cautelares penales —tras la correspondiente audiencia, en su caso— el debate sobre la orden de protección deberá hacerse en una audiencia específica.

No obstante, si, en el supuesto anterior, se pretendiera modificación agravatoria de aquellas medidas, la audiencia sobre la orden de protección podría ser acumulada a la prevista por el art. 539 LECrim.

Si, en el mismo supuesto, tampoco fueran solicitadas medidas de orden civil, me parece desproporcionado el señalamiento de una audiencia para resolver sobre una orden de protección cuyo contenido quedará limitado a su relevancia sobre las medidas de asistencia y protección social y al establecimiento del deber de información a la víctima. Para estos dos efectos debería bastar con lo que resulta de las investigaciones practicadas.

La audiencia, separada o acumulada, se ha de celebrar con urgencia. La ley concreta: en un plazo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud, aunque habrá que entender —dadas las posibilidades de presentación del art. 544 ter.3— desde la recepción de la misma en el Juzgado.

Ahora bien, estimo que lo importante es la actuación urgente. De modo que si está señalada, aunque sea fuera de las setenta y dos horas, una audiencia a la que puede acumularse el tratamien-

to de la orden de protección, y no es posible –por la carga de trabajo del Juzgado– señalar para un momento anterior la audiencia específica, lo procedente es aprovechar la audiencia señalada, porque de ese modo se consigue mayor celeridad que con una audiencia específica.

3.^a) Sobre la orden de protección se resolverá con una resolución formalmente única y en forma de auto (art. 544 ter.4, párrafo cuarto), pero los pronunciamientos que en ese auto se pueden realizar son diversos, en correspondencia con los contenidos que el ordenamiento prevé para la orden de protección.

La cuestión es si, para determinar los recursos admisibles, hay que atender a la resolución unitariamente considerada y con independencia de sus contenidos o a los diferentes pronunciamientos que en la misma se hayan realizado.

Me parece más correcta la segunda opción. Fundamentalmente por las consecuencias absurdas o insatisfactorias que derivan de la primera. Destaco dos.

Si la orden de protección fuera dictada en un proceso ordinario por delito, aunque entre sus pronunciamientos estuviera el de prisión provisional, el auto no sería recurrible en apelación, porque ésta es admisible contra el auto que resuelve sobre la prisión provisional (art. 507 LECrim), pero no contra cualquier auto, sino sólo contra aquellos que la ley expresamente señale (art. 217 LECrim), entre los que no está el que se pronuncia sobre una orden de protección.

Segundo absurdo: dictado auto, en procedimiento abreviado o de enjuiciamiento rápido, que acuerde una orden de protección con medidas provisionales previas a la demanda de proceso matrimonial, sería admisible recurso de apelación (art. 766.1), a pesar de que la resolución sobre estas medidas dictada de modo ordinario por la jurisdicción civil está expresamente excluida de recurso (art. 771.4 LEC).

Para la determinación de la recurribilidad hay que atender a la clase de pronunciamientos contenidos en el auto. Aunque debo

reconocer que tampoco esta salida permite evitar el absurdo. Pero ello ya no se debe a defectos de la Ley 27/2003, sino a la irracional ordenación de la recurribilidad de resoluciones interlocutorias en la LECrim, que –dejemos ahora aparte el recurso de reforma – en sus disposiciones generales requiere norma expresa para que una resolución sea apelable (art. 217), mientras que establece la regla general inversa para la apelabilidad en los procedimientos abreviado y de enjuiciamiento rápido (art. 766.1 LECrim).

III ENCUENTRO SOBRE
"VIOLENCIA DOMÉSTICA "

Directora: Pilar Alhambra Pérez
Magistrada

III ENCUENTRO SOBRE "VIOLENCIA DOMÉSTICA"

Lugar de celebración: Sede de Formación (c/Trafalgar, 27, 4.^a planta, Madrid).

Fechas: 26, 27 y 28 de noviembre de 2003.

Directora: Ilma. Sra. D.^a Pilar Alhambra Pérez, Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 27, Madrid.

Código: EX0309.

PROGRAMA

26 de noviembre (miércoles)

15:30 h.: Acreditación y entrega de documentación.

16:00 h.: Intervención Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Enrique López López.

16:45 h.: *Primera ponencia: "La violencia doméstica como un problema social".*

- La sociedad y la violencia doméstica.
- El paso de un problema particular a un problema social.
- Las causas sociales de la violencia doméstica.
- Actuaciones de la sociedad para evitar esta agresión en el entorno de la familia.

Ponente: Dr. D. José Antonio Marina Torres, Filósofo y escritor.

18:15 h.: Coloquio.

27 de noviembre (jueves)

10:00 h.: *Segunda ponencia: "Aspectos penales de la violencia de género. El Ministerio Fiscal y la violencia doméstica."*

- El delito de malos tratos del art. 153 CP y las faltas de malos tratos en el ámbito familiar.
- Medidas penales para el cese de la violencia.
- Agresión y abuso sexual en el seno familiar. Protección de los menores en este ámbito.
- El Ministerio Fiscal y la violencia doméstica. La coordinación institucional.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio del Moral García, Fiscal del Tribunal Supremo.

11:15 h.: Coloquio.

11:45 h.: Descanso.

12:00 h.: *Tercera ponencia: "Aspectos procesales de la violencia doméstica. La protección de la víctima"*.

- La víctima ante el procedimiento penal de violencia doméstica.
- Las medidas cautelares de protección de la víctima.
- La violencia doméstica como supuesto de tramitación como "juicio rápido".

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Pilar Alhambra Pérez, Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid.

"La orden de protección. Protocolo de actuación".

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Delgado Martín, Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

13:30 h.: Coloquio.

15:30 h.: Visita al Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas.

28 de noviembre (viernes)

10:00 h.: *Cuarta ponencia: "Medidas civiles para el cese de la violencia. Coordinación entre la jurisdicción civil y la penal"*.

- La protección del menor en el ámbito civil en los supuestos de violencia doméstica. Medidas civiles para el cese de la violencia.

- Procedimiento de separación y divorcio: medidas cautelares y provisionales.
 - Coordinación entre la jurisdicción civil y la penal.
 - Aspectos penales y civiles del impago de pensiones.
- Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Tirado Garabatos, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

11:15 h.: Coloquio.

11:45 h.: Descanso.

12:00 h.: *Quinta ponencia: "La atención primaria como medio de prevención de la violencia doméstica. Aspectos médico-legales"*.

- La víctima y el agresor en la violencia doméstica: programas de actuación.
- Las estrategias de prevención en atención primaria. La coordinación como medida de prevención y detección de la violencia doméstica.
- La pericia médico-legal de las medidas de tratamiento impuestas en el proceso penal.

Ponente: Dr. D. Luis Juan Segura Abad, Médico Forense de Madrid. Doctor de Medicina. Licenciado en Derecho.

13:15 h.: Coloquio.

13:30 h.: Clausura.

**ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA
DOMÉSTICA. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO
FISCAL**

Antonio del Moral García
Fiscal

ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

SUMARIO: I. PRELIMINARES. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. III. MINISTERIO FISCAL Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: PERSPECTIVA GENERAL Y MATERIALES. IV. EL NUEVO ART. 153. V. LAS FALTAS DE AMENAZAS LEVES O VEJACIÓN INJUSTA E INJURIAS. VI. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL (ART. 173): EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. VII. VIOLENCIA PSÍQUICA. VIII. LA HABITUALIDAD COMO REQUISITO TÍPICO. IX. SUJETOS DEL DELITO. X. PENAS Y SUBTIPOS AGRAVADOS. XI. LA COMPATIBILIDAD DEL DELITO DE MALTRATO HABITUAL CON LOS PREVIOS DELITOS O FALTAS DE LESIONES. XII. COORDINACIÓN ENTRE LOS PROCESOS POR DELITO DE MALTRATO HABITUAL Y LOS SEGUIDOS POR DELITOS O FALTAS DE LESIONES. XIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS Y PROBLEMAS DE COSA JUZGADA. XIV. OTROS PROBLEMAS CONCURSALES. XV. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES. XVI. DELITOS SEXUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR. XVII. LAS PROHIBICIONES DEL ART. 57 DEL CÓDIGO PENAL. XVIII. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. XIX. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. PRELIMINARES

Se me encomienda tratar en esta ponencia los aspectos sustantivos de la represión penal del fenómeno de la violencia doméstica o familiar, un tema que ocupa hace unos años un primerísimo lugar en los medios de comunicación, en la preocupación social, en las prioridades políticas, en las iniciativas legislativas y también en los estudios doctrinales. La bibliografía producida en estos últimos años es copiosísima y han proliferado cursos, publicaciones, estudios, encuentros y también leyes y normas. Eso hace enormemente difícil reflejar mínimamente en una ponencia de estas características todas las cuestiones y todas las opiniones, ni siquiera las de tipo dogmático, que pueden consultarse sobre esta materia. De ahí que sea ineludible un esfuerzo de selección. Por eso voy a marginar los temas menos jurídicos. Centraré la atención principalmente en las últimas reformas, sin que ello suponga prescindir de una exégesis completa de los tipos penales que en el Derecho vigente inciden en la violencia doméstica. No es la primera vez que tengo ocasión de ocuparme de esta materia y este trabajo en definitiva no es más que una actualización y revisión de estudios anteriores (1).

Antes de adentrarme en esa temática no me resisto a realizar un brevísimo apunte de carácter metajurídico reproduciendo lo que ya he escrito en otras ocasiones. Estoy persuadido de que la solución al grave problema de la violencia doméstica no puede venir de la mano del Derecho Penal. Es éste un instrumento necesario del que no se puede prescindir. Pero el Derecho Penal es una herramienta muy tosca y grosera y pocas veces proporciona soluciones realmente pacificadoras de los conflictos sociales: está pensado para las patologías. Buscar en el articulado del Código Penal la receta sanadora de ese mal social, o achacar todas las desgraciadas noticias que no nos acostumbramos a leer al mal funcionamiento de la justicia o la imperfección de la Ley Penal es un plan-

(1) Vid. en particular, "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", en *Manuales de Formación Continuada* del Consejo General del Poder Judicial, n.º 3 de 1999, págs. 300 y ss.

teamiento errado del que sólo se van a derivar frustraciones. Por eso, aunque soy consciente y eso es plausible que a nivel estatal y autonómico se ha avanzado también en otros terrenos, miro con recelo esa persistente y cada vez más acentuada tendencia a combatir el fenómeno con "más Derecho penal".

El Derecho penal siempre –por definición– llega tarde. Más o menos tarde, pero tarde. A veces se corre el peligro de creer candorosamente que el Código Penal tiene una eficacia cuasi-taumatúrgica y pensar que las leyes crean la realidad, cuando es ésta la que las antecede (2). O de ver en el ciego endurecimiento de las penas o en la relajación de las garantías procesales la fórmula para lavar la conciencia por no haber sabido atajar las causas sociales de ese fenómeno que indudablemente debe ser erradicado (3).

El Derecho penal, por su propia naturaleza, es un instrumento poco pulimentado. Su finalidad primordial es represiva, como demuestra la realidad por más que a tal fin pretendan aunarse otros objetivos rehabilitadores que –nos guste o no nos guste– siempre aparecen, hoy por hoy, en un segundo plano. El Derecho penal tampoco tiene como objeto prioritario la protección de la víctima, aunque en línea con lo que antes se apuntaba ha de buscarse un nuevo reequilibrio para dar más entrada a esas orientaciones victimológicas en el proceso penal.

(2) QUINTERO OLIVARES (*Infracción penal...*, cit. en bibliografía, págs. 14 y 15): "Como no podía ser menos, en la reacción clásica de políticos y operadores sociales, lo más fácil y primero que se hace es dirigir la mirada hacia las leyes penales en búsqueda de errores o carencias que permitan la reiteración de tan sórdidos comportamientos con lo cual se evidencia una infantil convicción en la virtualidad de la prevención general y en la eficacia contramotivadora de las leyes penales...". Estas, "sólo con tiempo y paciencia contribuyen a modificarla (la realidad social)...". Y, concluye el citado catedrático, "constituye un grave desenfoque del problema apreciar una relación de causa-efecto entre defectos de las leyes y la tragedia de los malos tratos".

(3) Unas fuertes y muy razonadas y fundadas críticas a las sucesivas reformas del art. 153 desde esta óptica pueden encontrarse en el trabajo de DOLZ LAGO que se cita en la bibliografía. Aunque no comparto muchas de sus apreciaciones, late en toda su exposición una línea argumental muy sólida.

El Derecho penal es necesario para abordar esta materia. Muy necesario, si se quiere. Imprescindible. Pero insuficiente. El remedio a este problema social necesita otros cauces. La respuesta penal ha de existir. Es básica para los efectos de prevención general –ejemplaridad– y prevención especial que van anudados a la pena, junto con los puramente represivos y rehabilitadores. Pero no basta con ella.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Asumiendo el coste de recordar ideas bien conocidas, parece imprescindible, aunque sea de forma muy sucinta, recoger las vicisitudes legislativas del tratamiento penal de la violencia doméstica.

El delito del art. 153 del Código Penal de 1995 fue el heredero del delito del art. 425 del Código Penal (TR de 1973), según la redacción que le dio la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio que introdujo esta figura penal. Se castigaba con la pena de arresto mayor al que "habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho"

El tipo penal se incardinaba junto a los delitos de lesiones. En mi opinión la ubicación sistemática idónea hubiese sido la destinada a los delitos contra la libertad y seguridad, junto a los delitos relativos a las relaciones familiares. Con ello hubiese quedado bien destacada la diversidad de bien jurídico protegido, soslayándose los problemas de *bis in idem* (4).

(4) En una concreta propuesta previa a la tipificación del art. 425 se decía en justificación de la introducción de un tipo con esos condicionantes: "en las faltas o delitos contra un cónyuge o hijo se está protegiendo casi exclusivamente su integridad física. A la tutela de ese bien jurídico responde la sanción que se impone por la falta o delito de lesiones. Sin embargo cuando la conducta es tan reiterada que llega a ser habitual, se está atacando no sólo a la integridad física, sino

Las innovaciones del Código de 1995 fueron escasas (5). El citado art. 153 disponía: "El 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*".

Las novedades, resaltadas en el texto mediante cursiva, eran las siguientes:

a) Para caracterizar la relación análoga de afectividad se introdujo el elemento de la estabilidad, que ya la doctrina consideraba exigible.

b) Se amplió el radio de personas protegidas.

c) Se introdujo un significativo inciso final tendente a dejar a salvo y considerar compatible la pena por los resultados que se hayan producido.

también a otros bienes jurídicos, por cuanto esa conducta reiterada supone, de un lado, un deterioro de la paz y orden familiares, y, de otro, un ataque a los sentimientos de seguridad y libertad de la víctima que se ven profundamente alterados por esa situación de maltrato reiterado. La infracción de esos deberes familiares y afectación de otros bienes jurídicos dignos de protección (piénsese en el art. 39 de la Constitución), y que no son tomados en consideración más que marginalmente, a la hora de castigar las faltas o delitos de lesiones ocasionados al cónyuge o hijos, posibilitan la dualidad de sanciones... Por eso la ubicación sistemática del precepto que se propone y el cambio de rúbrica del capítulo, no son cuestiones menores. Y, además, sería precisa una mención breve, pero clara, en la Exposición de Motivos a estas consideraciones".

(5) GARCÍA VARELA dice que las diferencias son "insignificantes". El calificativo es exagerado pues especialmente el intento de salvar la pena por los resultados producidos es muy relevante (GARCÍA VARELA, 181).

d) Desapareció el inciso "con cualquier fin" que no añadía nada, salvo que quisiese verse en él una velada intención de cortar el paso a todo intento de amparar la conducta en concepciones ya superadas del derecho –mejor sería decir potestad– de corrección (6). Aunque la exageración de las más recientes reformas invita a la tentación de volver de nuevo la vista a esa potestad para soslayar el peligro de una penalización desmesurada.

En 1999 se sucedieron dos modificaciones. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril amplió la medida del art. 57 del Código Penal (prohibición de residencia o aproximación), y de las paralelas de los arts. 105.1 (medida de seguridad) y 83.1 (como condición a cumplir en el período de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta). A la posibilidad de prohibir la estancia en el lugar donde se cometió el delito o donde resida la víctima, se añadió la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicar con ella.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal remodeló tanto el art. 153 como otros muchos puntos relacionados directa o indirectamente con estos temas. Las modificaciones son tributarias tanto de las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo en un estudio elaborado sobre la materia en el seno de tal Institución (7), como de las tesis interpretativas manejadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 a que se aludirá enseguida.

El antiguo art. 153 fue enriquecido con relevantes modificaciones:

(6) Vid. sobre este punto la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998 (A./Reino Unido): es contraria al art. 3 del Convenio –prohibición de malos tratos– la norma según la cual corresponde a la acusación demostrar que las vías de hecho sobre un menor habrían sobrepasado los límites de un "castigo razonable".

(7) Págs. 119 a 126 del Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres.

a) Se incluyó la violencia psíquica.

b) Se prescindió de la necesidad de que la relación matrimonial o análoga subsistiese en el momento del maltrato. Con ello se subsanaba lo que según la doctrina y la práctica era una de las principales carencias del anterior tipo.

c) Se modificó el inciso final para dejar ya sentado con claridad y sin margen alguno para la duda que las penas por el maltrato habitual se acumularían a las correspondientes por las posibles lesiones causadas.

d) Se aportaron criterios legales para interpretar el término "habitualidad" con un afán en exceso didáctico.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica representó otro importante hito, aunque con trascendencia más procesal y cautelar que sustantivo-penal.

Prescindiendo de normas de carácter autonómico, que han proliferado, y de acuerdos y reglamentos del Consejo General del Poder Judicial, así como otras normas de tipo asistencial, el último paso en esta evolución viene representado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre que modifica el Código Penal. En concreto y en relación con el fenómeno de la violencia doméstica la reforma, según se explicará con detalle en estas páginas, reconduce el delito de maltrato habitual a los delitos contra la integridad moral ampliando el círculo de posibles sujetos activos, al tiempo que crea un delito de lesiones en el ámbito familiar donde se encajan la mayor parte de las conductas que antes eran constitutivas de falta cometidas entre esos parientes o asimilados.

Y queda todavía un último punto: la reforma más general del Código Penal ya aprobada en las Cortes Generales que entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y que también, aunque de manera indirecta, incide algo en esta materia.

III. MINISTERIO FISCAL Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: PERSPECTIVA GENERAL Y MATERIALES

La preocupación institucional explícita del Ministerio Fiscal por estas materias se visualiza por primera vez en una vieja instrucción de 1988, cuando todavía no existía un delito específico para el maltrato habitual en el ámbito familiar y, al menos "oficialmente" las faltas de malos tratos inferidas por los maridos a sus esposas sólo eran perseguibles a instancia de la perjudicada sin intervención del Ministerio Fiscal (art. 104 de la LECrim). La Instrucción 3/1988 se intitulaba "Persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales" y destinaba el segundo de sus tres apartados a las "Lesiones y malos tratos a mujeres". Se recomendaba a los Fiscales una atención particular a esas conductas para reprimirlas "con toda ejemplaridad" y para suplir las posibles deficiencias de prueba nacidas del temor (8). Al mismo tiempo se interesaba la realización de una estadística anual detallada de estos procesos con la finalidad de recabar datos para un mayor conocimiento de la realidad social. Pese a esos buenos deseos, no llegó a elaborarse un estudio estadístico mínimamente serio, entre otras cosas por la dificultad de obtener datos de unos procesos que entonces no estaban singularizados y que, normalmente, quedaban en juicios de faltas archivados por incomparecencia de las partes. En 1997 se recordaba desde la Fiscalía General del Estado la vigencia de esas Instrucciones en lo particular en lo relativo a la estadística, aspecto que había caído en desuso. Es más, en realidad nunca había llegado a cuajar totalmente en la práctica.

(8) Hoy esas frecuentes retractaciones de la víctima que tienen una compleja y no pluridimensional explicación, sigue siendo uno de las trabas que surgen para una lucha eficaz contra la violencia doméstica. Vid. sobre este punto las consideraciones que se hacen en el *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999*, págs. 45 y 46.

Diez años después, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado sobre Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los Malos Tratos en el ámbito doméstico y familiar supuso un renovado impulsado de la institución en esa tarea. Antes, con motivo de la introducción del delito de maltrato habitual (art. 425) en la reforma del Código Penal de 1989, la Circular 2/1990 proporcionaba algunos criterios interpretativos sobre el nuevo tipo penal, criterios que en parte serían revisados en la citada Circular 1/1998. Esta marca un claro antes y después en la implicación del Ministerio Fiscal como institución en la lucha contra esa lacra social de la que se ha dicho que marca el índice más alto de delincuencia oculta. La Circular ha constituido hasta ahora un punto de referencia básico, no sólo para los Fiscales, sino también para los demás operadores jurídicos. Sin duda algunas de las consideraciones vertidas en ese documento inspiraron las reformas legales que vendrían posteriormente en 1999. Y también se detecta en la doctrina jurisprudencial una clara influencia, que en algunas sentencias se traduce en la transcripción íntegra de expresiones y formas de decir, un claro influjo de tal Circular. Entre las medidas de carácter más operativo que se diseñaban en la Circular destaca la creación de un servicio específico de violencia familiar en cada Fiscalía con un registro especial y un renovado afán de elaboración de unas estadísticas reales y completas.

La Circular descarta explícitamente la conveniencia de una Fiscalía Especial, propuesta que sigue aleteando en algunos programas políticos y opta por la adscripción en cada Fiscalía de alguno o algunos de sus miembros al seguimiento de las causas por violencia familiar: "Determinadas razones, que en su día fueron expuestas al Ministerio de Justicia, hacen absolutamente desaconsejable, por contraproducente, la creación de una Fiscalía Especial. Baste ahora señalar que las dos Fiscalías Especiales actualmente existentes se justifican por la existencia, en los fenómenos que tratan de combatir —el narcotráfico y la corrupción—, de tramas organizativas de cierta complejidad que extienden sus efectos no sólo al ámbito territorial de varias Fiscalías sino a terceros países.

Las anteriores circunstancias no concurren, en modo alguno, en los comportamientos violentos que ahora analizamos. Por el contrario, la respuesta del Ministerio Fiscal será más eficaz si se produce desde la cercanía que proporciona la actuación del Fiscal adscrito al Juzgado que conozca de la causa".

Las funciones del Servicio de Violencia Familiar consisten fundamentalmente en la coordinación de todas las causas seguidas por hechos de esta naturaleza, y la llevanza de un Registro —existe ya un programa informático unificado— para introducir los datos de interés sobre procedimientos —penales y civiles— por hechos de esta naturaleza (sujeto activo, pasivo, fecha de la agresión, número de procedimiento y Juzgado, etc.). Tal registro tiene por finalidad la unificación de la respuesta del Fiscal; la detección de la conexidad de distintas causas para evitar que la dispersión acabe convirtiendo en una pluralidad de juicios de faltas, lo que debiera ser un único proceso por delito de maltrato habitual; y facilitar una estadística fiable y completa. Los datos estadísticos básicos son remitidos con carácter semestral a la Inspección Fiscal.

Como es sabido con posterioridad se han adoptado nuevas iniciativas tendentes a ese paso necesario para atajar el fenómeno con eficacia que consiste en detectar cuáles son las deficiencias del sistema a través de medidas de coordinación y de la obtención de informaciones estadísticas suficientemente completas y ricas. La Instrucción 3/2003, de 9 de abril del Consejo General del Poder Judicial (art. 6) y la creación de un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la violencia doméstica prevista en la Ley 27/2003, de 31 de julio obedecen a esas ideas. Baste esta mención por no ser éste el lugar adecuado para su estudio.

En la Memorias anuales que han seguido a esa Circular se dedica un apartado específico a incluir los comentarios que desde las distintas Fiscalías se hacen sobre este problema en relación a la actividad desplegada el año anterior (9).

(9) Memoria de 1998, págs. 305 a 332; Memoria de 1999, págs. 307 a 337; Memoria de 2000, págs. 305 a 323; Memoria de 2001, págs. 328 y ss.; Memoria de 2002, págs. 361 y ss. y Memoria de 2003, págs. 618 y ss. La lectura de esas

El nuevo impulso institucional ha plasmado en la aparición de datos estadísticos proporcionados por la Fiscalía que han sido publicados tanto en un informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento Jurisdiccional de los Malos tratos familiares en el año 1999, como en las Memorias anuales de la Institución. Uno y otras llegan más allá de lo que es una pura radiografía estática de la situación y de manera a veces crítica, indagan sobre las causas de posibles disfunciones y se adentran en la tarea de propuestas de reformas que se consideran de utilidad.

En el año 2000 y posteriormente en el año 2002 han tenido lugar en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia sendas reuniones de los Fiscales encargados de los servicios de violencia doméstica con el objetivo de intercambiar experiencias, así como abrir un debate entre quienes se dedican diariamente y desde la práctica a esos cometidos, para la elaboración de conclusiones y criterios de actuación (10).

IV. EL NUEVO ART. 153

Llega el momento de adentrarse en la regulación sustantiva actual del fenómeno de la violencia doméstica en el que cabe referirse a cuatro grupos de materias: los delitos de lesiones en el ámbito familiar del art. 153; el nuevo tipo de maltrato habitual del art. 173; las faltas referidas a tal fenómeno que subsisten aunque con un papel muy residual; y, por fin, los abusos sexuales en el ámbito familiar. Al estudio de los problemas sustantivos de estas

páginas alumbraba poderosamente sobre los problemas prácticos que surgen en esta materia.

(10) Los materiales de las primeras jornadas, incluidas las conclusiones, aparecieron publicados en el volumen II del año 2000 de la colección "Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales" donde se recogen los cursos celebrados en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia con la colaboración del Instituto de la Mujer. Por su parte las segundas jornadas, celebradas en noviembre de 2002, acabaron también con unas conclusiones que aparecen publicadas en el n.º II del año 2002 de la citada colección (págs. 377 y ss.).

figuras penales van dedicadas las siguientes páginas de esta ponencia.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre ha introducido un tipo de nueva planta en el art. 153, cuyo anterior contenido se ha desplazado al art. 173.

El art. 153 queda redactado de la siguiente forma: "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 maltratare de obra a otro sin causarle lesión, o amenazare a otro de modo leve con armas o instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de 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 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 art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza".

Se transforman de esta forma en delito conductas que hasta ahora eran constitutivas de las faltas previstas en los arts. 617 y 620 CP. Secuela necesaria de esa mutación es la supresión del último párrafo del art. 617 CP. El tipo comprende, con independencia de resultados y abarcando también los actos aislados, todas las lesiones, maltratos de obra, amenazas con armas o instrumentos peligrosos, ejercidas sobre alguna de las personas contempladas en el art. 173.2. Se endurece enormemente la respuesta penal, quizás hasta rozar lo desproporcionado. Toda agresión física –incluso episódica– producida en este ámbito pasa a ser considerada como delito.

La medida en mi opinión es excesiva y se enmarca en esa filosofía un tanto ingenua de combatir el fenómeno de la violencia doméstica con "más Derecho penal". Creo que la amplitud de las conductas encajables en el art. 153 desbordan el principio de intervención mínima y enseguida vienen a la cabeza ejemplos que ponen esa realidad de manifiesto (11). A veces la tendencia a ir progresivamente agravando la respuesta penal puede conllevar efectos perversos al generar una reluctancia en los juzgados y tribunales a imponer penas desproporcionadas con la gravedad de los hechos y buscar subterfugios y abrir agujeros para vaciar el tipo penal.

En esa línea se manifestaba también la Fiscalía General del Estado en el informe que evacuó sobre el Anteproyecto de Ley: "Es indudable que la lacra social que se pretende erradicar requiere una contundente respuesta del ordenamiento jurídico y que una decidida acción en esta materia es imprescindible por parte de los agentes encargados de su cumplimiento. La nitidez del mensaje de "tolerancia cero" aparece en esta solución de una manera palmaria. Sin embargo, la observación de indudables beneficios en esta solución no debe ocultar la percepción de los riesgos que entraña, pues cabría suscitar serias dudas sobre la proporcionalidad de esta opción, que puede posibilitar una reacción no acorde con la entidad en esencia del hecho, por cuanto no se deja resquicio a un tratamiento como infracción leve de ningún tipo de maltrato de obra aún producido de una forma episódica o aislada. En dicha medida,

(11) En idéntico sentido MERLOS CHICHARRO, J.A., *Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre en materia de violencia doméstica*, ponencia presentada al curso celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en octubre de 2003 dentro del plan de formación continuada para Fiscales, págs. 48 y ss. del texto mecanografiado facilitado por el autor y que ha sido una guía inestimable a la hora de afrontar este trabajo. Apunta el mismo autor alguna eventual vía de escape como el uso del art. 154 del Código Civil –derecho de corrección– para evitar castigar como delito una ligera bofetada que el padre puede propinar al hijo. Desde luego de considerar que el derecho de corrección no puede justificar un maltrato físico, a castigar como delito todo exceso media un abismo y el legislador parece haber dado el salto.

puede resultar aconsejable, y así se sugiere, modular la respuesta, introduciendo algún tipo de objetivación de la conducta constitutiva de delito que vaya más allá de la referencia a la recepción de la acción por la condición del sujeto pasivo de la misma, concediendo, en suma, un campo aplicativo a una falta residual".

El círculo de posibles sujetos activos es idéntico al del art. 173. Más adelante abordaré este tema común a ambas infracciones.

Tres son las conductas castigadas:

a) Acciones que produzcan *un menoscabo psíquico o lesiones que no sean constitutivas de delito*, es decir, que no exijan tratamiento médico o quirúrgico más allá de la primera asistencia facultativa. La conducta consistente en causar lesiones no plantea problemas que no existiesen anteriormente. La reforma se ha limitado a convertir la falta del art. 617.1 en delito cuando el agresor tiene unas relaciones especiales con el sujeto pasivo. Resulta desde luego incoherente y paradójico que las lesiones constitutivas de delito causadas entre ese círculo de personas permitan imponer una pena más leve, por el camino que abre el art. 147.2 (12) Sí está necesitada de una interpretación la novedosa expresión "menoscabo psíquico". Ha de ser un menoscabo psíquico no definido como delito (así se deriva del plural que emplea el precepto: *definidos*). Por tanto cuando se trate de lesiones psíquicas susceptibles de integrar el delito del art. 147 habrá que calificar como tal con la correspondiente agravante de parentesco. En mi opinión el menoscabo psíquico hace referencia al resultado y no a la acción. Ahí radica la distinción básica frente a la violencia psíquica descrita en el art. 173.2. No cualquier vejación o maltra-

(12) Aunque se aprecie la agravante de parentesco del art. 23, la pena puede quedar reducida a una multa. Eso lleva al absurdo de que el agresor puede ver recompensada la mayor entidad de las lesiones con penas inferiores o, al menos, con la posibilidad de penas inferiores. Eso por no mencionar las incoherencias que derivan de la inaplicabilidad de las agravaciones del art. 153.2 o de las penas especiales de privación del derecho a la tenencia y porte de armas o inhabilitación especial que contempla el nuevo art. 153, pero no están previstas en los delitos de lesiones comunes cometidas frente a familiares.

to "psíquico" o "espiritual" produce menoscabo psíquico. Éste exige un resultado, una efectiva merma de la salud "psíquica", del bienestar de tal naturaleza. Excluidas por arriba lo que son lesiones psíquicas del art. 147 que precisan tratamiento médico; y por abajo lo que es un simple maltrato psíquico, la causación de un menoscabo psíquico del art. 153 se queda en un estrechísimo terreno intermedio muy difícil de detectar (13).

c) La acción de *golpear o el maltrato de obra* cuando no lleven aparejada lesión alguna. La conducta es equivalente a la descrita en el art. 617.2.

d) Las *amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos*. Las amenazas leves sin exhibir arma, meramente verbales o mediante gestos, no tienen cabida en el tipo y continuarán persiguiéndose como falta del art. 620.2.º en iguales condiciones que con anterioridad a la reforma. Recuérdese a este respecto que esa infracción venial adquirió la categoría de perseguible de oficio en virtud de las reformas de 1999. El empleo de la copulativa "y" en lugar de una disyuntiva (como hacen los arts. 620.1.º, 148.1.º, 242.2 o 552.1.º) es una errata poco disculpable en un tipo penal. Parece que la lógica lleva inequívocamente a pensar que basta con que se use un arma o un instrumento peligroso y no es necesario el empleo simultáneo de un arma y otro medio peligroso. Las abundantes aclaraciones jurisprudenciales recaídas sobre los tipos preexistentes que incluyen agravaciones similares es trasladable a la exégesis del nuevo art. 153. Particularmente la que se ha producido en torno al art. 242.2 en sede de robos con violencia o intimidación. No puede olvidarse que los términos del art. 148.1.º son

(13) MERLOS CHICHARRO sin embargo apunta que podría identificarse la vejación injusta con el menoscabo psíquico, lo que llevaría a ensanchar todavía más el ámbito de aplicación del art. 153 en perjuicio de la falta del art. 620 (ob. cit., pág. 50). No creo que pueda entenderse así, también por interpretación sistemática: no sería lógico que unas amenazas verbales escapen del art. 153 y no así una vejación injusta cuya entidad, *prima facie*, parece ser menor.

más restrictivos al exigir un peligro concreto que no se requiere aquí. Es obvio –y aquí con más claridad que en el art. 242.2 donde reiteradamente lo tiene proclamado la doctrina jurisprudencial– que la simple exhibición es "uso". Si a la amenaza prosigue la agresión, aquélla queda embebida en ésta con la paradoja ya anotada de que si la curación requiere tratamiento médico, el marco penológico inferior –no así el superior– queda reducido por mor de las facultades discrecionales que otorga el art. 147.2. El subtipo agravado de uso de armas del art. 153.2 no es aplicable a esta modalidad.

En cuanto a la penalidad, llama la atención el establecimiento de una pena de prisión por debajo del mínimo legal en el momento en que entró en vigor la reforma, aunque la deficiencia se corregirá con la entrada en vigor de la modificación más amplia del Código Penal a punto de ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. Por otra parte se impone como preceptiva la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, lo que puede ser también excesivo en algunos casos. Cuando fuere adecuado para el interés del menor o incapaz, podrá el Juez o Tribunal acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un tiempo comprendido entre seis meses y tres años.

Se establece una agravación específica, en el caso de que cualquiera de aquellas acciones se realicen por el autor en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o quebrantando las penas de residir en determinados lugares, aproximación a la víctima o comunicación (art. 48), o medidas cautelares.

V. LAS FALTAS DE AMENAZAS LEVES O VEJACIÓN INJUSTA E INJURIAS

Como se deduce de lo expuesto en el ámbito familiar que luego se definirá sólo subsisten algunas faltas muy concretas. El

resto han pasado a integrarse como delito en el nuevo art. 153. Son las faltas de amenazas leves, sin uso de armas, coacción o vejación injusta y la injuria. Subsisten para estas faltas cuando se cometen en el ámbito doméstico las especialidades introducidas en 1999. Por una parte, la supresión de la necesidad de denuncia con la única excepción de la falta de injurias. El art. 620 del Código Penal, en efecto contempla desde 1999 un subtipo agravado cuando estemos ante faltas inferidas a alguna de las personas contempladas en el art. 153, convirtiéndose en estos casos la falta en perseguible de oficio, salvo que se trate de injurias. Esto arrastra la ineficacia del perdón y la intervención obligada del Fiscal en esos juicios. La ampliación del círculo de posibles sujetos activos verificada en los arts. 153 y 173 repercute indirectamente en la esfera de aplicación de esta falta agravada que también se ve ampliada.

Esta modificación a mi juicio incurría en un claro exceso intervencionista que se viene paliando mediante su funcionamiento práctico como faltas perseguibles a instancia de parte. No es lógico que cualquier exceso en una discusión matrimonial o una amenaza leve o nimia que se escapa en el curso de una riña familiar pueda –y deba en teoría– ser denunciada por unos vecinos y dar lugar a un juicio de faltas pese a la voluntad contraria de los afectados ya pacificados (14).

VI. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL (ART. 173): EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de malos tratos habituales aparece en la actualidad recogido en el art. 173.2 del vigente Código Penal, incardinado

(14) Una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco pretendió mantener el carácter semipúblico de estas infracciones para evitar que "cualquier vecino se inmiscuya en la vida de una familia". Al final sólo se aceptó por el resto de los grupos devolver a las faltas de injurias ese carácter privado: otra cosa, como se puso de manifiesto, hubiese supuesto un despropósito a la vista del carácter privado de los delitos de injurias.

dentro del título VII de las Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Su tenor literal es el siguiente: "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 domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza".

El número 3 del precepto contiene la definición legal de habitualidad.

El primer interrogante a plantear es el del bien jurídico que se trata de tutelar. Este tema ha sido objeto de discusión por su indudable repercusión práctica pues condiciona la solución de los problemas concursales.

Al hilo del anterior art. 153, en la doctrina se produjeron múltiples posiciones. Desde los que ceñían el bien jurídico a la propia

integridad física o psíquica, a los que se referían a bienes tan genéricos como la dignidad humana (15).

La sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de febrero de 1999, muy citada, hablaba de un bien jurídico de naturaleza mixta: "...junto a la salud o integridad física de las personas, se tutela también, la pacífica convivencia ya armonía en el seno del grupo familiar, estando configurado por figuras reiteradas que, aisladamente consideradas, no son constitutivas de lesiones o no van a constituir un menoscabo a la salud física o mental".

Por mi parte, pienso que situar el objeto de protección en el ámbito familiar, como bien supraindividual, era la tesis que permitía resolver satisfactoriamente los problemas concursales y que hubiese propiciado un espacio definido a esta figura penal. Sólo en esa necesidad de protección de la institución familiar (art. 39 de la Constitución) puede encontrarse un fundamento sobre el que asentar sólidamente la doble sanción en los casos de habitualidad. En esos supuestos no sólo se está violando el bien jurídico "integridad física", sino también un auténtico deber jurídico afirmado por el art. 67 del Código Civil (16), o por los deberes especiales frente a parientes. Cuando ésto se enturbia, comienzan los problemas, las divergencias doctrinales, y la imposibilidad de hallar un acomodo claro para ese tipo.

(15) Una síntesis acertada de las distintas posturas doctrinales puede encontrarse en CUENCA i GARCÍA, ob. cit., en bibliografía, págs. 633 y 634. Destacable por mantener una postura sólida y original es la tesis de GRACIA MARTÍN que considera que estábamos ante un delito de peligro que prevenía estados graves de desequilibrio psíquico y emocional (*Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 428). Por su parte GARCÍA ARAN habló también de la dignidad e integridad de la persona, pero en cuanto ubicada en la familia ("Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor" en *Protección de Menores en el Código Penal*, obra colectiva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XII, 1998, pág. 68).

(16) Vid. sobre este punto las interesantes reflexiones que se contienen en el trabajo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES que se cita en la bibliografía. Aunque el trabajo no aborda este delito, sus sugerencias y observaciones pueden trasladarse a este ámbito.

A este respecto me parecen de tremendo interés, y creo que aciertan las reflexiones que se hacen en la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, hablando del antiguo art. 153: "La ubicación sistemática de este delito en el Título III del Libro II del CP, dedicado a los delitos de lesiones, ha suscitado un erróneo entendimiento de algunas cuestiones que afectan al tipo.

Debe repararse, pese a dicha sistemática, en que el art. 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de la condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39). El bien jurídico que se protege con el art. 153 es, por consiguiente, distinto al que se tutela en los restantes preceptos penales a que antes se hizo referencia. En éste se trata de la paz y convivencia familiar, en aquellos, según los casos, la vida, la integridad física, la libertad, etc. (en este sentido STS 1060/1996, de 20 de diciembre).

A esta consideración conducen los siguientes argumentos:

a) La habitualidad en el ejercicio de actos violentos sólo se castiga cuando recae sobre determinadas personas en las que confluyen determinadas características de pertenencia a un grupo familiar. Fuera de tales supuestos, la conducta violenta que por reiterada sea reputada de *habitual* no merecerá otro castigo que el que corresponda por la suma de las penas de cada uno de los actos individualmente considerados, sin perjuicio de que en los posteriores quepa valorar, por ejemplo a través de la apreciación de la agravante de reincidencia, la mayor peligrosidad del reo evidenciada en la reiteración de hechos similares que aconsejaren la fijación más elevada de la pena, o la negativa a determinadas posibilidades como la suspensión o sustitución de las penas que, de no mediar habitualidad (art. 94 CP), brindaría la ley para la mitigación del rigor en la ejecución de la sentencia.

b) El propio tenor literal del art. 153 que, a diferencia del texto del antiguo art. 425, señala que el reo de este delito 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*".

Es claro que no ha sido esa la opción del legislador de 2003 al situar el delito entre los que atentan contra la dignidad e integridad moral, y ampliar el círculo de sujetos activos desbordando lo que es el ámbito estrictamente familiar y contemplando también los ataques provenientes de personas con las que ha cesado esa relación marital (lo que parece responder a razones de política criminal, más que a motivos dogmáticos que justifiquen esa asimilación).

Las consideraciones de la Fiscalía General del Estado inspiraron algunos pronunciamientos jurisprudenciales. En particular la sentencia 927/2000, de 24 de junio, recoge, a veces casi literalmente, algunas de las argumentaciones de la citada Circular. "Puede afirmarse –explica la sentencia– que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquél ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes". Por su parte la STS 414/03 estima que el bien jurídico protegido, "trasciende y se extiende, más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15–, y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los

hijos del art. 39". En este mismo sentido se expresa la STS 662/2002, de 18 de abril.

La reiteración de actividades de violencia, hasta crear una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, se debe castigar en mi opinión no por lo que comporta de ataque a la incolumidad física, sino por lo que tiene de violación de deberes especiales de respeto al cónyuge y a los hijos y familiares; por lo que supone de afectación del sentimiento de seguridad; por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de protección a la familia (17). Poner el punto de mira en la protección de la integridad física y considerar que estamos ante un delito especial de lesiones agravado por la reiteración o por las relaciones con el sujeto pasivo lastrará la interpretación del tipo. El acierto no acompañó al legislador al elegir la colocación sistemática del precepto. La reforma de 2003 supone un avance en la medida en que desvincula el tipo de los delitos de lesiones. Pero creo que tampoco atina al ensanchar de forma tan desmesurada los posibles sujetos activos y al poner como referente más la integridad moral que la institución familiar.

VII. VIOLENCIA PSÍQUICA

Como ya se ha dicho, tras la reforma de junio de 1999 el delito de maltrato habitual contempla junto a la violencia física, la de carácter psíquico. Con esa configuración persiste el delito en el vigente art. 173.

Qué sea la violencia física es tema ya tratado clásicamente que no suscita especiales complicaciones.

Fijar el perímetro de la violencia psíquica sí que origina problemas exegéticos. Estamos ante una expresión poco nítida y la

(17) Con esas palabras, sentencia de la Sala 2.^a del TS 1366/2000, de 7 de septiembre.

interpretación ha de buscar un equilibrio entre una amplitud desmesurada que produjese una panjudicialización convirtiendo en diligencias previas por maltrato habitual toda vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas; o una interpretación tan restrictiva que exigiese la producción de resultados lesivos y que casi redujese a la nada la ampliación del tipo llevada a cabo en 1999.

La interpretación gramatical ayuda bien poco pues el término "violencia" significa justamente la fuerza física (18), por lo que es evidente que está utilizado en un sentido figurado. En el Código Penal la palabra violencia tiene ese contenido de *vis física* y se suele oponer a la intimidación. Aunque en los casos en que el Código habla exclusivamente de violencia, la jurisprudencia suele incluir también la *vis moralis* (19).

Los actos de intimidación suponen ya una primera aproximación enumerativa: han de ser considerados violencia psíquica.

Los actos idóneos para causar lesiones de carácter psíquico, aunque no conlleven contacto físico, y aunque de hecho no lleguen a producir esa alteración de la salud psíquica, también han de encuadrarse en el concepto de violencia psíquica (20).

(18) Así aparece caracterizado en el art. 1267 del Código Civil: "fuerza irresistible". Y la acepción básica de violento en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es "lo que obra con ímpetu o fuerza".

(19) Por ejemplo en la interpretación que se daba a ese término utilizado por los antiguos arts. 337 –realización arbitraria del propio derecho– o 496 –coacciones–.

(20) Puede citarse la sentencia 785/1998, de 9 de junio que castiga como lesiones psíquicas unos hechos espeluznantes: sometimiento de un niño de 11 años a la escena del asesinato de su hermana de tres años. No obstante es interesante observar como esa sentencia niega que lesión se identifique con menoscabo de la salud y exige siempre para la apreciación de los tipos de lesiones una cierta incidencia corporal que concurrirá también "cuando junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles", concepto a partir del cual "se ha considerado que constituye una lesión corporal escupir a otro, someterlo continuamente a fuertes ruidos, el aterrorizar a otro mediante la amenaza con un arma, etc."

Fuera de estas iniciales precisiones no es sencillo apuntar más criterios apriorísticos y habrá que estar a situaciones concretas que han de juzgarse a la vista de todo el contexto y en especial de las circunstancias sociales, culturales, ambientales e individuales de los protagonistas, que nos darán razón de sus resortes personales para reaccionar. En ambientes más elevados o entre personas de cierto nivel cultural o educativo, una prohibición de salir o gritos o insultos podrán carecer de idoneidad para alterar o perturbar gravemente a la víctima que encontrará en los mecanismos civiles una respuesta asequible para su defensa y protección. La misma actitud frente a una mujer que no trabaja y depende económicamente del marido puede tener una relevancia totalmente distinta.

La hostilidad verbal crónica en forma de insulto, las burlas reiteradas, la actitud despótica traducida en prepotencia y actos de anulación de la personalidad del otro, las amenazas explícitas o larvadas, el cinismo patológico, el desprecio exteriorizado en actitudes o palabras degradantes, las palabras zahirientes... suponen actos de violencia emocional, entre muchos otros, que podrían integrar el concepto de violencia psíquica. En cualquier caso es preciso llamar a la prudencia para mantener el precepto en sus justos términos pues una inflación de procesos por este delito puede traer como efecto contraproducente su inaplicación práctica: el principio de intervención mínima obliga a rechazar de plano todo intento de solucionar rencillas familiares o discusiones matrimoniales a través de unas diligencias previas.

A esos fines, para afirmar la habitualidad, entiendo que será preciso exigir una mayor reiteración, repetición o continuación de los actos cuando se trate de violencias psíquicas.

Por otra parte es igualmente (21) exigible por ser casi connatural al concepto de violencia psíquica en este ámbito que se detec-

(21) Dos pronunciamientos jurisprudenciales sobre condenas basadas en violencias psíquicas. En primer lugar la sentencia del Juzgado de lo penal n.º 1 de Sevilla de 9 de septiembre de 2001: "las expresiones insultantes, vejatorias, las amenazas y el reiterado control sobre las actividades del cónyuge, la perjudicada, por parte del acusado, *constituyen el maltrato psíquico* del que habla el

te una cierta relación de superioridad o de dominio. La violencia psíquica implica esa posición dominante.

La introducción de la "violencia psíquica" permite contestar afirmativamente a la cuestión de la posibilidad de comisión por omisión del delito del art. 173.2 del Código Penal. Determinadas conductas omisivas –falta de asistencia o cuidado; ignorar despectivamente la existencia del otro...– pueden encajar en esta modalidad típica.

precepto penal analizado, que al ser reiterado o permanente, habitual, conforma los elementos típicos necesarios de la infracción penal, desde el punto de vista subjetivo y objetivo. Esto es, dirigido a alguna de las personas a las que alude el tipo penal (en este caso al cónyuge, como se ha dicho), de forma habitual, reiterado y generando un clima de violencia permanente, que no es aislado, proyectándose de forma sucesiva y en cortos espacios de tiempo. Es decir, el acusado cada vez que ha tenido oportunidad (antes, cuando convivía en el domicilio conyugal, y ahora cuando la aborda en la calle u otro lugar) ha llevado a cabo los actos de violencia psíquica expuestos, que en la perjudicada generan una enorme ansiedad y temor, así como una disminución de la autoestima, sentimiento de desesperanza y frustración, como se analizará en el fundamento siguiente (indicadores éstos de maltrato psíquico). Por tanto, una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones (aunque este extremo no es pacífico ya que algún sector doctrinal excluye la posibilidad de comisión por omisión), así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 19 de septiembre de 2000, por su parte, establece: "Y si bien es cierto que, no existe certificación facultativa, acreditativa de la secuela psíquica que haya podido dejar en la perjudicada, lo cierto es que hay que deducirlo por las actuaciones de la misma: el hecho de sentirse amenazada y la posibilidad de que se pudiera cumplir esa amenaza; las continuas comunicaciones con la Guardia Civil, en busca de protección y el estar temiendo por la vida de su hija, hacen que este Tribunal estime la existencia de ese quebranto psíquico en la perjudicada. Que, de haberse probado la existencia de una gravedad del quebranto psíquico, podría pensarse como delito autónomo".

VIII. LA HABITUALIDAD COMO REQUISITO TÍPICO

Estamos ante un concepto fáctico (22) que no coincide ni con el contenido en el art. 94 del Código Penal (23) ni, desde luego, con la reincidencia. Como escribió RUIZ VADILLO (24) la habitualidad ha de ser "entendida como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal". Tampoco guarda ninguna relación con las nuevas modalidades delictivas basadas en la reiteración durante un año de cuatro faltas (por ej.: art. 147).

La Circular 1/1998 habla de concepto resbaladizo y precisa que la habitualidad aquí se predica no del sujeto, sino de la acción (25).

Para limar dificultades exegéticas, la reforma de junio de 1999 quiso proporcionar cierta orientación para delimitar la noción introduciendo una definición legal que ha sido trasladada al art. 173.3: "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".

Analizaré en posteriores epígrafes la problemática derivada del posible doble enjuiciamiento aludido al final de la norma. Ahora interesa destacar tres aspectos que perfilan el concepto de habitualidad:

(22) GARCÍA VARELA, 183.

(23) Aunque no faltan autores que apuntan a ese criterio (por todos TAMARIT SUMALLA en la obra colectiva *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 745 y 746.

(24) *Las violencias físicas en el hogar*, cit., en bibliografía pág. 3.

(25) Pese a ello, como afirma MORENO VERDEJO, la interpretación de todo el tipo ha de estar presidida por la atención a un componente subjetivo cual es "la inclinación del sujeto activo al empleo en sus relaciones familiares de la violencia física o psíquica" en *Problemas jurídicos derivados de la noción de habitualidad*, ponencia presentada a la primera reunión de Fiscales encargados del servicio de violencia familiar ya reseñada.

a) Un factor insoslayable es el *número de actos de violencia* que son exigibles para que se hable de habitualidad. En principio creo que habrían de exigirse ineludiblemente más de dos (26). La jurisprudencia recaída sobre los antiguos delitos de hábito que exigía tres o más actos (27) es un punto de referencia, aunque insuficiente y ya superado por la jurisprudencia. No es aceptable un mimetismo irreflexivo. En primer lugar por el factor cronológico que se introduce ahora. Pero, sobre todo, porque en este delito lo que se castiga es la creación de un clima de violencia permanente o sostenida. Por eso si en un mismo día hay tres actos de violencia física espaciados en diversos momentos, pero no se vuelve a repetir esa situación, no puede hablarse de habitualidad, aunque hayan existido tres actos. El ejemplo es extremo, pero con él se entiende lo que intento decir. La cuantificación numérica es importante, pero no suficiente y el problema interpretativo no se soluciona fijando una cifra. Hay que atender a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por esos episodios de violencia reiterados que, aunque sean espaciados, están presentes de una forma latente en todo momento. Para la cuantificación hay que sumar tanto los actos de violencia física como aquellos que supongan violencia psíquica. Y, en todo caso, la habitualidad es algo más que una suma de actos aislados. Lo que, por otra parte, significa que se podrá apreciar la habitualidad aunque no puedan concretarse los distintos actos de violencia de forma total: puede bastar la referencia a que la situación se repite con frecuencia realizada por la víctima para llegar a la convicción determinante de un pronunciamiento condenatorio. Por eso no me parece acertado que se hable en el precepto de "actos de violencia" "acreditados", expresiones que parecen sugerir que cada uno de los episodios violentos aparezca perfectamente descrito en sus circunstancias.

(26) Una enmienda del Grupo Mixto en el Senado pretendía que se hablase de "dos o más actos de violencia".

(27) Especialmente en materia de receptación habitual: sentencias de 28 de febrero de 1997, 20 de mayo de 1997 o 14 de junio del mismo año, entre muchas otras.

A este respecto, la sentencia del TS 1208/2000, de 7 de julio ha afirmado que "lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el tracto violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual" (28). De una especial plasticidad se me antoja la imagen a que acude CUESTA SÁNCHEZ (29): "la representación gráfica del tipo del art. 153 sería semejante a la luz que brilla a distintas intensidades pero que nunca llega a apagarse. Habrá momentos en los que se atacan todos los bienes jurídicos protegidos (un episodio violento concreto y determinado, individualizado en hora y día) y otros en los que, si bien no existe un ataque contra la integridad física o la salud, sin embargo se mantiene la situación de miedo de la víctima (la luz se mantiene más o menos tenue, pero no llega a apagarse)".

b) Ha de apreciarse también un *elemento cronológico*: cierta cercanía temporal entre los distintos episodios de violencia. El transcurso de largas temporadas de convivencia en el respeto mutuo rompe la habitualidad. Tampoco pueden establecerse criterios apriorísticos. Pero, por ejemplo, un acto de violencia cada año no es ni puede ser habitualidad, si efectivamente durante ese período el suceso ni se repite, ni existe un clima propicio a la reiteración. Las conclusiones de los Fiscales encargados del servicio de violencia familiar intentaron apuntar un cierto criterio orientador: "no cabe negar

(28) La sentencia explica a continuación que no se trata de dos simples agresiones, sino de dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente. Con esto la cuantificación de acciones violentas pasa a un segundo plano.

(29) *La prueba en los delitos de violencia familiar*, pág. 6 del texto mecanografiado.

la proximidad temporal, como regla general, entre aquellos actos violentos constitutivos de falta distanciados por plazo no superior a seis meses, ni entre los actos violentos constitutivos de delito si el lapso temporal no excede de un año" (30). Evidentemente, aunque no exista habitualidad, los hechos merecerán ser castigados con arreglo a los tipos de lesiones, amenazas... En la jurisprudencia tenemos ya varios pronunciamientos específicos sobre este punto. En un caso la afirmación de los hechos probados de "palizas" en "varias ocasiones" dentro de un mismo año se considera suficiente para que pueda hablarse de malos tratos habituales. Y se da a entender que si se tratase de hechos cometidos en años distintos, el espaciamiento temporal impediría hablar de habitualidad (sentencia 645/1999, de 29 de abril). Por otro lado, la sentencia de 20 de diciembre de 1996 entiende por habitualidad la "repetición de actos de idéntico contenido, *con cierta proximidad cronológica*, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas (31)". El criterio de esta sentencia cuantitativo debe considerarse ya superado. En la jurisprudencia menor la sentencia de 24 de julio de 2000 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona se absuelve del delito del art. 153 pues "es cierto que se ha producido una repetición de actos violentos, pero estos no son reveladores de la habitualidad, dado que no se da el requisito de proximidad cronológica. Así y de acuerdo con los hechos probados... tales actos violentos datan de 12 de marzo de 1992 y 24 de junio de 1998 (habiendo transcurrido entre ellos un periodo de seis años y tres meses), así como el que ha dado origen a las presentes actuaciones que data de 13 de septiembre de 1998; que si bien se encuentra próximo en el tiempo con el hecho por el que el imputado fue condenado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de esta Ciudad; dos hechos de acuerdo con los expuesto anteriormente no pueden ser calificados como de habitualidad a los efectos de aplicar el art. 153 del Código Penal (actual art. 173.2)".

(30) IV, 8).

(31) Sic, aunque parece intuirse que quería ponerse la cifra de tres agresiones, no se hace. No se sabe si consciente o inconscientemente.

c) Por último el precepto aclara que la habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos *sobre distintos sujetos pasivos*. Ahora bien, la mención legal merece una ineludible puntualización: ha de tratarse de violencias generadas dentro de un mismo marco convivencial (32). Se ha hablado de la necesidad de una "unidad de contexto" (33). Así no será habitualidad si se repiten actos de violencia con el cónyuge y con el ex-cónyuge. De ahí se derivará que cada entorno familiar dará lugar a una infracción del art. 173.2. Si se están ejerciendo reiteradas violencias sobre varios hijos y el cónyuge habrá un único delito del art. 173.2. Pero si simultáneamente se producen maltratos respecto del ex-cónyuge, tendremos dos delitos del art. 173.2 en concurso real.

Sobre la habitualidad existe ya un relevante número de pronunciamientos jurisprudenciales. La STS 414/03 explica que "la habitualidad se vertebrada alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujetos pasivos siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica, viene a constituirse en el elemento configurador del tipo y aparece definida por la concurrencia de los elementos citados, que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza, en cada caso, sobre su concurrencia o no; por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada. Reiteradamente ha precisado esta Sala que al concepto de habitualidad, considerado como elemento valorativo en el art. 153 no le afecta la definición legal del art. 94 CP que desvuelve su eficacia exclusiva respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad".

(32) En este sentido, Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado que en este punto rectificaba la interpretación que sostenía la Circular 2/1990 para la que no se podían acumular malos tratos ejercidos sobre sujetos pasivos diferenciados.

(33) GARZENMÜLLER y otros, cit., núm. 360.

La Sentencia 662/2003 de 18 de abril, por su parte, expresa que es preciso para la habitualidad, "un ámbito temporal de proximidad" y que "la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido". La Sentencia 907/2002, de 16 de mayo, recogiendo doctrina anterior, refiere que "habitualidad necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del art. 153 del CP –y antes el 425 CP de 1973– es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual".

IX. SUJETOS DEL DELITO

El círculo de posibles sujetos activo y pasivo del delito ha ido ampliándose progresivamente. El tipo abarca ya casi todas las situaciones imaginables dentro de un círculo doméstico. Sujeto activo y pasivo han de estar unidos por alguna de las relaciones expresamente contempladas en el precepto que son las siguientes:

a) *Cónyuge o ex-cónyuge*. Atendiendo a las sugerencias que había formulado el Defensor del Pueblo en 1999 se introdujo la mención al ex-cónyuge para dar respuesta a un fenómeno nada infrecuente: la continuación de los tratos vejatorios cuando el matrimonio ha sido disuelto. En esos casos lo que debiera ser la *ratio* última del precepto (protección institución familiar) no concurre, aunque debe admitirse que la realidad criminológica exigía alguna previsión *ad hoc*. De cualquier forma creo que se desnaturaliza el precepto con ese aditamento. Es indispensable en el caso de ex-cónyuges que los malos tratos o violencias traigan su causa precisamente en esa previa relación matrimonial. Eventuales supuestos en que las violencias surjan con motivo de otro tipo de relaciones (piénsese en discusiones laborales, en el caso de que trabajen juntos) no serán trasladables a los arts. 153 o 173.

b) *Personas ligadas con análoga relación de afectividad a la del matrimonio o que lo hayan estado*. Cabe hacer idénticas precisiones que las formuladas en el punto anterior. Siendo los cónyuges el referente, es lógico que se exigiese una cierta estabilidad en la relación y así se expresaba antes de la reforma. En la redacción actual se aclara de manera explícita que no es necesario que haya convivencia lo que abre la posibilidad de que se incluyan determinadas relaciones de noviazgo. No obstante en mi opinión el noviazgo —en su acepción tradicional— no tiene el componente de compromiso más o menos definitivo que comporta el matrimonio por lo que no queda abarcado por el tipo ni siquiera en su nueva redacción [sentencia de 11 de mayo de 1995 (34)], aunque no cabe excluir que algunos casos especiales que pudieran genéricamente catalogarse como "noviazgo" puedan asimilarse a esa relación análoga de afectividad.

(34) En algún momento se ha reclamado la inclusión expresa de las relaciones de noviazgo: en mi opinión es perturbador (XII Congreso de Mujeres Abogadas celebrado en Sevilla entre los días 23 a 25 de octubre de 1998, citado por ARANGÜENA FANEGO, 240). En cambio considera que ya pueden considerarse incluidas las relaciones de noviazgo, alabando la modificación, MERLOS CHICHARRO, ob. cit., pág. 15.

c) *Los descendientes*. Como el Código no hace distinción alguna, es indiferente que sean o no mayores de edad, aunque sí parece exigirse la relación convivencial o, alternativamente, la sujeción a la patria potestad.

d) *Los descendientes del cónyuge o del conviviente* en iguales términos. No se incluyen en cambio los hijos del ex-cónyuge o del ex-conviviente.

e) *Los ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente*, exigiéndose igualmente, según la mejor interpretación, que exista relación de convivencia. Se incluyen ya los suegros con claridad. Los malos tratos de hijos a padres o abuelos quedan también incluidos. La referencia a los hermanos es una novedad, que se había reclamado.

f) *Los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno –el autor– u otro –su cónyuge o conviviente–*. En cuanto a los incapaces no es necesaria una relación de parentesco. Tampoco es precisa la declaración judicial de incapacidad (art. 25 del Código Penal). En relación con los pupilos, no se exige relación de parentesco. Cuando la tutela está asumida por una persona jurídica tal y como permite la legislación civil (art. 242 del Código Civil), no parece viable la aplicación del art. 31 del Código Penal que está pensado para delitos y relaciones típicas muy distintas a éstas, aunque la laguna se subsana en la nueva redacción con otra adición que enseguida se consignará.

g) *Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar*. Con esta fórmula se abre todavía más el círculo de posibles sujetos pasivos (en la medida en que en este punto no puede hablarse de reciprocidad) hasta llegar a comprender a sobrinos, a ancianos acogidos en una familia e incluso a la interna que presta en la casa servicios de tipo doméstico.

h) *Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

En las conclusiones elaboradas por los Fiscales encargados del servicio de violencia familiar tras su reunión de marzo de 2000, se especifica con acierto que aunque el sujeto pasivo del maltrato sea uno, ello no excluye la posible condición de víctimas o perjudicados de otras personas distintas de aquél que sufre directamente las violencias. Ello es importante a la hora de adoptar decisiones en materia de responsabilidad civil, medidas de protección de víctimas y alcance de las medidas cautelares (35).

X. PENAS Y SUBTIPOS AGRAVADOS

Son reflejo de las previstas en el art. 153 ya comentadas.

En materia de penología la única diferencia es el incremento en la duración de las previstas, lo que conlleva la supresión de la posibilidad de trabajos en beneficios de la comunidad: prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, facultativamente en atención al interés del menor o incapaz, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento entre uno y cinco años.

Se erigen en subtipos agravados la realización de una sola de las acciones integrantes de la habitualidad en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio común o en el de la víctima, o quebrantando las penas de residir en determinados lugares, aproximación a la víctima o comunicación (art. 48), o medidas cautelares.

El plural "menores" suscita la duda de si basta un menor para que la agravación concurra. Creo que sí. En todo caso resulta absurdo que no se dé la agravación cuando la víctima es justamente el menor.

(35) Punto III.1) de las Conclusiones.

Los problemas concursales que se derivan de la contemplación de estos subtipos se examinarán más adelante.

XI. LA COMPATIBILIDAD DEL DELITO DE MALTRATO HABITUAL CON LOS PREVIOS DELITOS O FALTAS DE LESIONES

Cuando se suscitó la necesidad de tipificar estas conductas ante la insuficiencia de la respuesta penal basada exclusivamente en el castigo individualizado de cada acto de agresión, algunos abogaron por resucitar una vieja técnica: la virtualidad de la reincidencia para convertir una falta en delito por su simple repetición. Así se hacía antes de las reformas de 1978 y 1983 (36) con algunos delitos contra la propiedad, en modalidad que pervivió en cierta legislación especial (37) y que el legislador de 2003 acaba de resucitar para hacer frente a la multirreincidencia en faltas contra la persona o la propiedad.

Ese tipo de legislación hubiese abortado muchos de los problemas interpretativos que se han generado en torno al delito de maltrato habitual, pero en su contra jugaba la dudosa constitucionalidad de la reforma –problema que hoy parece haberse evaporado respecto de los nuevos delitos compuestos por varias faltas– y, en su momento, se hubiese presentado como un paso atrás en lo que aparecía como una reivindicación generalizada en pro de la desaparición de la capacidad de la reincidencia para provocar la mutación de una falta en un delito.

La opción por el delito de hábito trae consigo problemas. Ha de evitarse la tentación de intentar resolverlos acudiendo de forma camuflada a soluciones que valdrían para una infracción basada en la reincidencia pero no para un característico delito de hábito.

La compatibilidad entre el delito de maltrato habitual y los posibles delitos o faltas de lesiones ha sido siempre uno de los

(36) El último vestigio en el Código Penal Común fue el art. 534 –delitos contra la propiedad industrial e intelectual– que fue suprimido en 1987.

(37) Ley de Caza de 4 de agosto de 1970.

puntos más discutidos de esta norma. En el Código de 1995 el legislador intentó salir al paso de la interpretación que negaba el concurso de delitos, aclarando en el precepto que las penas previstas en el art. 153 se impondrían "sin perjuicio de las que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare". La aclaración persiste en el tipo actual del art. 173.2 que declara a salvo, "las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".

La cuestión es en todo caso compleja y no basta el voluntarismo del legislador para solventarla con una mera declaración. Aparecen imbricados problemas constitucionales –*non bis in idem*–; sustantivos –concurso– y procesales –acumulación y cosa juzgada–.

Toda solución que no pase por diversificar los bienes jurídicos protegidos por cada una de esas infracciones está condenada a conducir a claras inconsecuencias o dislates donde los datos para que exista condena o no serán tan ajenos a la culpabilidad del autor, como el hecho de que anteriores conductas hayan sido denunciadas o no, o el sentido de la sentencia que haya recaído. Por tanto el punto dogmático de partida ha de ser la proclamación de que en el art. 173.2 se protege un bien jurídico distinto de los tutelados en los restantes delitos y faltas de lesiones. La afirmación, tras la reforma de 2003, cuenta con el respaldo de la dispersión sistemática de los delitos de lesiones y de maltrato habitual.

Con anterioridad el tema se presentaba como más dudoso. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 645/1999 de 29 de abril llegaba a insinuar que la doble condena violaría la prohibición del *bis in idem* (38). Sin embargo la más reciente jurisprudencia ha encaminado sus pasos por otros derroteros. La sentencia 927/2000, de 24 de junio, tras insistir en la autonomía del delito del art. 153 frente a los delitos o faltas de lesiones basándose en la diferencia-

(38) Muy críticamente en relación con la fórmula legal, considera que la compatibilidad de sanciones vulnera el *non bis in idem*, DOLZ LAGO (cit., págs. 314 y ss.).

ción de bien jurídico protegido, se decanta claramente por la compatibilidad de sanciones (39).

Corolario de esa autonomía del bien jurídico frente a los delitos de lesiones, será también que las agresiones a distintos destinatarios dentro de un mismo ámbito familiar serán constitutivas de un único delito del art. 173.2 y no tantos como agredidos.

La jurisprudencia en la actualidad es ya contundente en este punto. La STS 968/2003, de 4 de julio, analiza en su fundamento tercero la alegada vulneración del principio *non bis in idem* que rechaza con la siguiente argumentación: "En principio, ningún inconveniente habría en considerar que una sucesión de hechos constituyen un delito de violencia doméstica, que por su estructura típica es un delito de hábito, y al mismo tiempo un delito de coacciones si se entiende que ha sido precisamente la pluralidad de los hechos enjuiciados la que ha perturbado gravemente la libertad personal de la víctima. El delito de violencia doméstica se encuentra castigado en el art. 153 CP ... 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. E igual puede decirse del delito de amenazas cuando es la reiteración con que se profieren las amenazas lo que les otorga seriedad y capacidad para amedrentar a la persona a la que van dirigidas".

La Sentencia 687/2002, de 16 de abril, por su parte, admite con claridad la toma en consideración de hechos aislados ya enjuiciados para construir la habitualidad del art. 173.2 (153 en las fechas de la sentencia): "No es posible admitir el argumento de la cosa juzgada, pues la conducta típica es compatible también con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de reconocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad, y no cabe alegar infracción del

(39) Esa es la tesis mayoritaria en las Audiencias Provinciales (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 254/2000, de 15 de mayo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 295/2000, de 6 de abril o sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 468/1999, de 7 de diciembre). Aunque no falta algún pronunciamiento aislado en sentido diverso.

principio *non bis in idem* tan estrechamente vinculado con la cosa juzgada (sólo en el caso de que los mismos episodios hubiesen sido ya subsumidos en el delito del art. 153), puesto que son hechos distintos". Igualmente expresiva en esa dirección es la sentencia 932/2003, de 27 de junio.

La posible prescripción de hechos constitutivos de falta no impide su valoración cuando se aplica el art. 173.2. Por eso, dice la STS 662/2002, de 18 de abril y reiteran otras, "los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito –se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77 y no de normas–, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dado por la LO 14/99 de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas".

Los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados (STS 687/2002, de 16 de abril).

Con los nuevos tipos penales el problema se suscitará ya entre los arts. 153 y 173.2, dado el carácter tan residual con que han quedado las faltas cometidas en el ámbito familiar.

XII. COORDINACIÓN ENTRE LOS PROCESOS POR DELITO DE MALTRATO HABITUAL Y LOS SEGUIDOS POR DELITOS O FALTAS DE LESIONES

La afirmación de la compatibilidad entre ambas infracciones no soluciona todos los problemas, sino que trae de la mano otros derivados de la necesidad de coordinar los procesos por unas y otras infracciones, pues el enjuiciamiento no necesariamente será

conjunto. Esos problemas han estado presentes en la mente del legislador cuando en junio de 1999 al dar nueva redacción al art. 153 se preocupó de establecer que la habitualidad exigida por el delito se apreciará con independencia "de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

La problemática derivada del posible doble enjuiciamiento aludido al final de la norma representa un auténtico campo de minas para el intérprete y el práctico y exige distinguir supuestos.

a) *Valor de las condenas previas por faltas de lesiones o maltrato.*—Que hayan recaído ya sentencias condenatorias por delitos (art. 173) o faltas (art. 620) de lesiones o vejación o amenazas no excluye la sanción por el delito del art. 173.2 aunque para integrar éste se tomen en consideración también las faltas o delitos ya enjuiciados.

Pero está plenamente abierta en el segundo proceso la posibilidad de discrepancia valorativa: el juez puede apartarse de las conclusiones fácticas plasmadas en las anteriores sentencias. No existirá eficacia material o positiva de cosa juzgada.

Al enjuiciarse los hechos desde su globalidad para dilucidar la condena por el delito del art. 173.2 deberán ser nuevamente probados todos los hechos: la existencia de una previa sentencia condenatoria será un elemento importante de convicción, pero no definitivo o incontestable (40). El que existan ya sentencias condenatorias por algunos de los hechos aislados de violencia no excusa de que tengan que volver a ser probados en juicio. No basta con el testimonio de la sentencia o de todas las actuaciones de la causa anterior, que en todo caso será conveniente aportar. Ni la existencia de varias sentencias condenatorias exime de prueba: será necesario reproducir la actividad probatoria en el proceso por el delito del art. 153. Así se infiere además del art. 173.3 que habla de actos de violencia "que resulten acreditados". Esto me parece especialmente importante para no descuidar la actividad probatoria.

(40) Aunque presenta matices diversos, puede citarse en apoyo de esa tesis la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1999, de 10 de mayo.

b) *Enjuiciamiento en un solo proceso de los resultados lesivos y la violencia habitual.*—Cuando no se ha interpuesto denuncia por los episodios individualizados de violencia, todos los hechos —tanto los constitutivos de falta como lo que en su caso pudieran dar lugar a un delito de lesiones— podrán ser valorados para conformar la tipicidad del art. 173.2, originando un concurso de delitos que arrastrará, en su caso, las correspondientes sanciones por esas faltas o delitos. Se exceptúa el supuesto de que las faltas pudiesen estar prescritas: en esos casos, en principio, no sería imponible la sanción por la falta, pero nada impide valorar esas agresiones a los efectos del art. 173.2 (41). En ese terreno se mueve la sentencia del Tribunal Supremo 645/1999, de 29 de abril: no se castigan las faltas por estar prescritas, pero se tienen en cuenta esos hechos para apreciar el delito de violencia habitual (vid. igualmente sentencia 927/2000, de 24 de junio).

c) El tercer y último supuesto posible es el del *enjuiciamiento por un delito del art. 173.2 cuando previamente han recaído sentencias absolutorias o autos de sobreseimiento* por las faltas o delitos de lesiones o vejación o maltrato psíquico individualizados. Es una hipótesis que era frecuente. Se van interponiendo denuncias que finalizan en archivo o en sentencia absolutoria por falta de pruebas derivada de la incomparecencia de la víctima. En una enésima denuncia la víctima, habiendo superado ya el temor o abandonada la falsa ilusión de que la situación se podría solucionar sin intervención judicial, comparece y no sólo relata con detalle la última agresión sino que da cuenta de la retahíla de

(41) De acuerdo con el principio establecido en el art. 132.1 del Código Penal el delito del art. 173.2, según ya se ha dicho incidentalmente en el texto, no empezará a prescribir sino desde el momento de la última acción violenta.

Es dudosa la aplicabilidad a estos supuestos de la jurisprudencia a tenor de la cual en casos de infracciones conexas, las más leves no pueden prescribir hasta que lo haga la más grave. ¿Significa ésto que aunque hayan transcurrido más de seis meses hasta la interposición de la denuncia, sería factible la condena por las faltas?

denuncias que luego no fueron sostenidas o que no pudieron finalizar en sentencia condenatoria.

No cabe obviamente volver a enjuiciar esos hechos salvo que se tratase de autos de sobreseimiento provisional. En ese caso sí procederá la reapertura y acumulación.

Cuando lo que existen son sentencias absolutorias, creo factible que en el nuevo proceso por el delito del art. 173.2 se discrepe de la valoración de la prueba hecha en las sentencias anteriores y considerar a los únicos efectos de integrar la noción de habitualidad, que esas conductas de violencia –ya enjuiciadas desde su perspectiva individual– existieron. Lo que no sería dable es condenar por esas previas faltas o delitos por impedirlo la eficacia negativa de la cosa juzgada. Pero considero que no se puede hablar aquí de eficacia material o positiva del efecto de cosa juzgada. En el ámbito jurisdiccional penal la cosa juzgada carece de eficacia prejudicial o positiva (sentencias de 19 de octubre de 1970, 5 de mayo de 1988 o 1284/1999, de 21 de septiembre). Es decir lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores (42). La absolución por un delito o falta de lesiones o amenazas, o maltrato, no implica necesariamente la absolución por el delito de maltrato habitual en el que lo que se enjuicia no es cada acto aislado, sino la situación creada. Si la absolución no impediría el ejercicio de acciones civiles posteriores por los mismos hechos, salvo que la sentencia declare probada su inexistencia (art. 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tampoco veda que posteriormente se vuelva sobre los mismos hechos no para su castigo individualizado –repelido por la cosa juzgada–, sino para estimar si existía o no una situación de maltrato habitual y condenar por el delito del art. 173.2. La cosa juzgada penal sólo cumple la función negativa o excluyente y no la positiva o pre-

(42) Cosa distinta es que un precepto penal tome como base una previa sentencia condenatoria: en ese caso lo que se prueba no es lo afirmado en la sentencia condenatoria, sino su misma existencia. Así la reincidencia no exige que el autor haya cometido otros delitos previamente, sino que aparezca condenado.

judicial (43). La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre de un proceso previo cuyo objeto fuese un concreto caso aislado de lesiones —especialmente si en ella no afirma taxativamente la inexistencia del hecho— impedirá un nuevo enjuiciamiento de esos hechos, pero no su valoración a los fines de considerar que ha existido habitualidad en un proceso abierto posteriormente por el delito del art. 173.2. En la medida en que en el segundo proceso se está valorando una situación permanente y se evita condenar específicamente por cada episodio individualizado, no se está vulnerando el principio de la cosa juzgada.

Entiendo, pues, que no existe obstáculo dogmático alguno para que el órgano llamado a enjuiciar el delito del art. 173.2, pese a la existencia de sentencias absolutorias, entienda probados algunos episodios particulares ya enjuiciados de violencia a los solos efectos de condenar por el delito de maltrato habitual (44).

En esa dirección parece apuntar la sentencia de la Sección 23.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2000: "...las razones que lleven a poner fin a esos otros procedimientos pueden ser variadas, ya que, incluso si hubieren concluido con sentencia absolutoria, la misma pudiera responder a cuestiones procesales que no afectasen a la realidad de fondo, por cuyo motivo el concepto de habitualidad hay que construirlo desprovisto de eventuales incidencias de otros procesos. El resultado y los efectos de ese resultado en el proceso de que se trate serán los que, en relación con el mismo, deban ser, pero, a salvo los efectos de cosa cosa juzgada, no deben ir más allá, ya que lo contrario supondría supeditar el proceso por malos tratos habituales a lo que en otro se dijese, con lo que de limitación para el principio de libre valoración

(43) DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal*, obra conjunta, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, págs. 532 y ss., que, por otra parte, no hace más que recoger una opinión pacífica entre los procesalistas. En las consideraciones que siguen en el texto he tenido igualmente a la vista la exposición que de este punto hace el citado catedrático y de ahí tomo algunas de las referencias que se consignan.

(44) En términos generales estas ideas han sido acogidas en las primeras conclusiones de los Fiscales de violencia familiar tantas veces aludidas: apartado V.

de la prueba ello supone. Resumiendo, pues, el tema de la habitualidad es cuestión de prueba ajena a cualquier avatar judicial que pueda interferir en el concepto con el riesgo de producir una disfunción de ese concepto naturalístico que entendemos debe serle dado".

Muy distintas son las conclusiones de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña 60/1999, de 11 de noviembre: "...una cosa es que el art. 153 (art. 173.2 actual) no exija una condena previa para apreciar la habitualidad, aunque sí han de ser hechos condenables... en otras palabras: la absolución anterior por tales hechos es cosa juzgada con todas sus consecuencias, no pudiendo revisarse, ni ser contradicha después en otro proceso".

Esa es en el fondo la objeción que puede hacerse a este planteamiento: si con este entendimiento se está no sólo negando la eficacia positiva de la cosa juzgada, sino violando su mismo efecto negativo: ¿se están juzgando de nuevo los mismos hechos? Como es bien sabido el cambio de calificación no permite un nuevo enjuiciamiento. En mi opinión en la medida en que la perspectiva es distinta no puede hablarse de los mismos hechos: se está contemplando una situación permanente y no episodios aislados.

En la jurisprudencia existen dos pronunciamientos contradictorios sobre esta cuestión. Por una parte la STS 805/2003: "Es cierto que las denuncias por supuestos malos tratos que concluyeron en sentencia absolutoria no pueden ser tomadas en consideración para apreciar la habitualidad. El principio de presunción de inocencia establece que toda persona es inocente mientras no se acredite lo contrario, y en el caso de que una acusación concluya en sentencia absolutoria por no haberse acreditado los hechos, sea por incomparecencia de la denunciante sea por otra razón diferentes, lo cierto es que la sentencia firme dictada impone la consecuencia de que el denunciado debe ser a todos los efectos considerado inocente de los referidos hechos, por lo que no pueden valorarse posteriormente esos mismos hechos en contra del acusado tomando en consideración".

La Sentencia 687/2002, de 16 de abril, ofrece, sin embargo, aunque de manera incidental, la respuesta contraria: "es aplicable

la doctrina según la cual en el proceso penal no se da el efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada (excepto quizá cuando un pronunciamiento anterior ha declarado la inexistencia del hecho), por lo que igualmente un Tribunal distinto puede valorar de forma diferente hechos archivados con anterioridad conforme a la prueba desarrollada a su presencia".

De cualquier forma una buena práctica, aunque quizás no del todo ortodoxa desde el purismo procesal, sería optar por el sobreseimiento provisional cuando la falta de prueba de estas agresiones denunciadas se debe a la incomparecencia de las partes –supuesto harto frecuente–. Evitando la sentencia absolutoria y sin perjuicio de que el sobreseimiento provisional a los seis meses se transforme en definitivo por mor de la prescripción, se sale al paso de una penosa situación: quien denuncia un maltrato habitual plenamente acreditado a través de la comprobación de asistencias médicas, pero que ve rechazada su denuncia con el argumento de que no cabe la condena por cuanto las sentencias recaídas en los anteriores juicios de faltas acabaron en absolucón por su incomparecencia. La práctica apuntada impediría jugar con la eficacia material de la cosa juzgada para dificultar o hacer imposible la condena por el delito del art. 173.2 pese a que exista constancia de que tal infracción se ha llegado a perpetrar efectivamente.

XIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS Y PROBLEMAS DE COSA JUZGADA

En materia de cosa juzgada, de manera similar a lo que sucede con los delitos permanentes o de tracto continuado, la existencia de una sentencia condenatoria rompe la unidad delictiva y permitirá a partir de ella construir una nueva infracción del art. 173.2 con los actos violentos posteriores que, no podrán acumularse con los ya juzgados o los coetáneos a ello a la hora de dar contenido a la habitualidad.

Por otra parte la eficacia de cosa juzgada de una sentencia condenatoria cubrirá con su manto todos los episodios comprendidos

entre las fechas contempladas. Pero la eficacia de cosa juzgada de una sentencia absolutoria sólo alcanzará los hechos que hayan sido conocidos y juzgados (45).

No es fácil precisar en los delitos de hábito cuándo acaba un delito y empieza una infracción nueva. Este problema unido al ya apuntado de los concursos en el terreno procesal repercute a la hora de decidir la acumulación o no de distintos procesos. A estos temas se dedican las siguientes líneas.

La formación de causas aisladas por cada una de las denuncias interpuestas, sin proceder a la acumulación tal y como es preceptivo, era una tendencia que se apreciaba sobre todo en las grandes capitales. La ausencia de un seguimiento coordinado o la falta de mecanismos que pusiesen en relación todos los datos impedían apreciar globalmente una situación constituyéndose en una grave carencia que vino handicapado la operatividad del delito que estamos examinando. Al paso de ese grave defecto salió la Circular de la Fiscalía General del Estado tantas veces citada a través de los registros de cada Fiscalía de que ya se ha hablado y mediante los que se pretende controlar esas denuncias. A esa inicial herramienta se han venido uniendo otras entre las que destacan las normas del Consejo General del Poder Judicial que propugnan un específico sistema de reparto para estas infracciones (Instrucción 3/2003, de 9 de abril del Consejo General del Poder Judicial sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica) y que responde a alguna de las recomendaciones que se vertían en el informe sobre malos tratos del Consejo General del Poder Judicial aprobado el 22 de marzo de 2001 (46).

(45) Vid. CORTES DOMÍNGUEZ, cit., págs. 139 y 140.

(46) Se menciona expresamente en el informe la norma de reparto aprobada en Barcelona en Junta de 6 de julio de 2000: "Toda denuncia por hechos susceptibles de ser calificados dentro del tipo penal del art. 153 del CP e imputables a un mismo autor será competencia, por antecedentes, del Juzgado que haya conocido o esté conociendo de los anteriores hechos en que se base la habitualidad. Si no consta ninguna denuncia anterior, serán aplicables las normas generales de competencia. Se reiniciará nueva cadena de antecedentes cuando hayan transcurrido tres años desde la primera denuncia".

Prescindiendo ahora de un examen más detenido de los problemas de acumulación, de tipo predominantemente procesal y por tanto no propios de esta ponencia, relacionados con ellos, aparece la cuestión sustantiva de la necesidad de delimitar en qué momento acaba un delito de maltrato habitual y da comienzo otro. El problema es rabiosamente endiablado, aunque no es exclusivo de esta figura penal. Se presenta con términos muy semejantes en todos los delitos en que la actividad típica se despliega en tramos más o menos largos de tiempo: los delitos continuados, los delitos permanentes (como los delitos contra la Salud Pública), los de tracto continuado (como la tenencia de armas o el impago de pensiones). ¿Cuándo finaliza un delito y comienza otro distinto?

En algunos casos, como el tráfico de drogas o la tenencia ilícita de armas, parece que la intervención policial —o judicial, en su caso— frente al autor rompe la unidad de delito. Quien venía dedicándose a la venta de drogas y se le detiene imputándoseles un número grande de actos de venta, será autor de un único delito del art. 368. Pero si al día siguiente a la detención comienza nuevamente a vender estará cometiendo otro delito distinto. Igual criterio parece que debe jugar en los delitos de tenencia ilícita de armas. O incluso en los delitos continuados: la unidad de delito se quiebra con la intervención policial o judicial. O, mejor, con el conocimiento por parte del autor de que se ha incoado una causa por esos hechos. La insistencia en la actividad delictiva a partir de ese conocimiento parece presuponer una renovación del dolo.

Existiendo unidad de delito no será factible la tramitación separada de las causas. Pero no concurriendo la misma la necesidad de acumulación o no se determinará con arreglo a criterios de conveniencia en atención al estado procesal de cada causa y las relaciones entre unos y otros hechos.

Sin embargo en el delito del art. 173.2 creo que las soluciones han de aproximarse más a las que vienen dándose en la práctica para el delito de impago de pensiones. Hay que fijar un momento a partir del cual nuevos episodios de maltrato habrán de dar vida a otro posible delito del art. 173.2... Y otro momento a partir del cual como regla general de niegue la acumulación de nuevos epi-

sodios de maltrato, aunque puedan quedar integrados en la unidad delictiva.

El tema merece un estudio reposado. Me atrevo a sugerir dos criterios como punto de referencia:

— En principio a partir del momento de la calificación del Ministerio Fiscal deberían excluirse nuevas acumulaciones.

— También por vía de principio parece que sólo a partir de la sentencia o, preferiblemente, del acto del juicio oral podrá decirse que nuevas acciones de maltrato podrán dar vida, siempre que se reiteren, a un nuevo y distinto delito del art. 153 del Código Penal. Criterios posibles alternativos a éste serían fijar ese momento en la comunicación al imputado de la existencia del proceso; o, del auto de apertura del juicio oral.

En teoría el cauce procesal de los juicios rápidos reducirá estos problemas. Pero creo que todos somos conscientes de que la práctica desmentirá la idoneidad de ese procedimiento acelerado para el enjuiciamiento de la mayoría de estas figuras penales. Pero con eso me estoy adentrando también en territorio de otras ponencias corriendo el riesgo de un *bis in idem* que también ha de estar proscrito en el ámbito de un curso de formación.

XIV. OTROS PROBLEMAS CONCURSALES

Si ya con anterioridad a la reforma de 2003 los problemas concursales dentro del campo de la violencia doméstica encerraban un sinfín de interrogantes que no siempre encontraban respuestas unificadas, los perfiles de los nuevos tipos han engrandecido hasta límites insospechados tal problemática, que parece llamada a ser uno de los puntos donde surjan mayores discusiones dogmáticas y más variopintas soluciones prácticas.

Se hace imprescindible una exposición diferenciada de esos diferentes problemas:

a) *Maltrato habitual y tratos degradantes (art. 173.1)*. La posibilidad de concurso entre estas dos infracciones se debatió antes de la última reforma. Dos Sentencias de la Sala Segunda abordaron el problema. La primera de las sentencias contemplaba una sucesión de actos dirigidos contra la mujer y los hijos del matrimonio consistentes en amenazas con un martillo, arrancamiento de un mechón de pelo, golpes, amenazas verbales y con una carabina. La secuencia acabaría en la muerte de la esposa. El Tribunal de Jurado condenó por un delito de asesinato y un delito contra la integridad moral y le absolvió del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. La STS de 2 de abril de 2003 niega el delito del art. 173.1 por razones conceptuales: "los hechos declarados probados refieren actos de violencia causantes de un menoscabo a la salud física de miembros de la familia y de amenazas que bien podrán ser subsumidas en el 153 CP pero carecen de la nota de envilecimiento y humillación que corresponde al tipo penal del art. 173". Por su parte la STS de 5 de junio de 2003, admite el concurso entre ambos tipos penales. El encierro de una mujer por parte de su pareja en una habitación, con ataduras y con numerosas vejaciones dio lugar a una condena por delitos de detención ilegal, agresión sexual, violencia en el ámbito familiar y contra la integridad moral. La sentencia fue confirmada en casación: "la víctima S, tras ser atada de pies y manos durante el curso del encierro, es reiteradamente golpeada, usando cinturones para ello, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua" y se le "untó la cara con heces". Episodio, pues, de más humillación y vejación que atenta contra la integridad moral, como concepto derivado de la dignidad humana, no puede ofrecerse fácilmente en la realidad". Y se admite la compatibilidad entre el antiguo art. 153 y el art. 173.1: "el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el art. 177 del Código penal, a cuyo tenor" si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víc-

tima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley". Tras la reforma de 2003, y apareciendo el delito de maltrato habitual en el mismo precepto que el delito contra la integridad moral, se subraya la unidad de bien jurídico protegido y ya no será posible tal solución concursal. Estaremos ante un concurso de normas.

b) *Maltrato habitual y lesiones psíquicas*. Al delito del art. 173.2 puede considerarse inherente un cierto menoscabo psíquico de la salud. Por eso entiendo que incide en este punto el reciente acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2003 que ha considerado que "las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del Código Penal sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil". Con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo con el criterio, creo que es indudable su incidencia en esta materia. Bien es cierto que el art. 173.2 salva en su inciso final la penas que pudieran corresponder por "los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica". Pero si las lesiones psíquicas no son consecuencia de un episodio o acto concreto, sino de toda la secuencia integrante de la habitualidad no será factible el doble castigo de conformidad con esa doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (47).

(47) Nótese que con anterioridad la solución ha sido la contraria. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia de 21 de enero de 2003 de la Sección 2.^a de la Audiencia de Navarra. El Juzgado de lo Penal negó la condena por lesiones psíquicas, además de maltrato habitual, por considerar que era una consecuencia necesaria del maltrato. La Audiencia, sin embargo, al conocer del recurso de apelación tras proclamar que comparte la existencia de secuelas psíquicas y que se pueden considera derivadas del maltrato, entiende que "configuran una secuela autónoma, calificable de lesión psíquica y que debe tener un tratamiento

c) *Subtipos agravados y quebrantamiento de condena, allanamiento de morada y tenencia ilícita de armas.* Algunos de los subtipos agravados que se contemplan tanto en el art. 153 como en el art. 173 con idéntica redacción pueden ser por sí mismos constitutivos de delito. Me parece fácil concluir que es factible la concurrencia del subtipo correspondiente con el delito de tenencia ilícita de armas cuya condición de delito de tracto continuado lo permite sin problemas. Incluso cuando la tenencia haya sido instantánea, la jurisprudencia recaída en torno al art. 242.1 apoya de manera clara la posibilidad de un concurso de delitos (48). Creo que igual solución se impone en relación con el delito de allanamiento de morada, desde el momento en que la agravación es compatible con una introducción consentida en ese domicilio, al menos en teoría. Si a la ubicación, se une la manifestada previamente –de manera explícita o tácita– voluntad contraria de la víctima a la entrada o permanencia en el domicilio el desvalor de la acción se incrementa y consiente la doble punición, normalmente como concurso ideal. Aunque soy consciente de que la antigua y atormentada jurisprudencia sobre las relaciones entre la desaparecida agravante genérica de morada y los delitos de allanamiento de morada puede servir de sostén para un entendimiento distinto en virtud del cual prevalecería la calificación por allanamiento de morada que repelería la apreciación conjunta de la agravación específica (49). Por fin, en cuanto al quebrantamiento de condena o medida cautelar considero que puede afirmarse rotundamente que la agravación excluye la condena separada por el delito del art. 468, aunque esa solución en el caso del delito del art. 153 se traduzca en un intolerable y no buscado privilegio penológico. El

tipológico y punitivo asimismo independiente del delito de maltrato familiar del art. 153 del Código Penal, concretamente con un delito de lesiones del art. 147.1 del citado texto legal, en relación concursal.

(48) Que en esos casos algún autor no excluye que pueda ser ideal.

(49) MERLOS CHICHARRO se pronuncia por la apreciación exclusiva del delito de allanamiento de morada que impedirá la agravación específica. Desde luego la posición no es desdeñable (ob. cit., págs. 43 y 44 del texto mecanografiado).

principio de especialidad (art. 8.1) conduce a esa solución (50). Cuestión diferente es que puedan concurrir otras de las agravaciones –presencia de menores, domicilio, tenencia de armas– en cuyo caso cabrá construir con una de ellas el subtipo y castigar separadamente por el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar.

d) *Coordinación entre los subtipos agravados de los arts. 153 y 173.* Si se parte de la compatibilidad de las condenas por los delitos de los arts. 153 y 173, ya sobradamente razonada, y la identidad de las circunstancias que determinan una agravación en ambos preceptos, se vislumbrarán enseguida las dificultades presentes en el momento de establecer engranajes que, sorteando las prohibiciones del *bis in idem*, arrojen soluciones claras. Presente uno de esas circunstancias cualificadoras, ¿la agravación se extenderá a los arts. 153 y 173 simultáneamente, o sólo a uno de los preceptos? Las combinaciones posibles son muchas. Piénsese en que la agravación aparece en varios de los episodios integrantes del art. 173; en casos en que haya ya recaído condena por el art. 153.2 antes del proceso por el delito del art. 173; en los supuestos en que la agravante de uso de armas no sea apreciable en el art. 153 por tratarse de la conducta consistente en amenaza con armas; o en supuestos que por ser constitutivos de falta –amenazas leves, vejaciones injustas– no comportan subtipo agravado... Un primer criterio de solución sería acudir a la jurisprudencia que ha considerado compatible la agravación doble e idéntica en relación con los delitos del art. 148.1.º y 242.2.º. No convence esa solución para unos tipos tan estrechamente emparentados como son los de los arts. 153 y 173, lo que hace que la cuestión aparezca con unos perfiles diferenciados. No parece factible el doble juego del elemento agravatorio. En ocasiones las vicisitudes procesales pueden

(50) En igual sentido MERLOS CHICHARRO que invoca el art. 8.4 para reclamar la prevalencia del subtipo agravado sobre la punición autónoma como quebrantamiento de condena (ob. cit., pág. 44), aunque el argumento sólo vale para el art. 173.2.

imponer una solución: si se enjuicia con anterioridad el delito del art. 153 agravado, en el posterior proceso por delito del art. 173 no podrá apreciarse el subtipo agravado, lo que redundará en una menor onerosidad de la condena, especialmente si en otra de las conductas integrantes de la habitualidad concurre la circunstancia agravatoria. En los casos de enjuiciamiento conjunto de la conducta concreta y la habitual la lógica parece conducir a apreciar la agravación sólo en el delito del art. 173, lo que vendría impuesto por el art. 8.4 del Código Penal. Otro entendimiento llevaría a la ilógica conclusión de que la agravación nunca jugaría en el art. 173 en la medida en que normalmente aparecería también en una de las conductas concretas, salvo que se llegue al dislate de estimar que en los casos menos graves (ninguna de las conductas integrantes de la habitualidad alcanza el rango de delito del art. 153 por tratarse de faltas), es cuando jugaría el efecto agravatorio más oneroso (art. 173.2.2.º). Como se puede ver estamos en un terreno abierto a muy diversas soluciones. Como premisas creo que puede partirse de estas dos: en principio el subtipo agravado sólo jugará en una de las infracciones y en principio será la del art. 173.2. Eso no empece que en caso de concurrencia de varias agravaciones pueda llegarse a la aplicación de los dos subtipos agravados de manera simultánea utilizando agravaciones diferentes para construir cada una de las tipicidades.

e) *Lesiones del art. 148.1 y art. 173.* Aquí la cuestión radica en dilucidar si es compatible la agravación derivada del uso de armas del art. 173 con la de similar factura del art. 148.1.º, cuando concurren ambas infracciones. Tampoco es fácil decantarse por una solución clara. En principio parece que la aplicación simultánea supondría un *bis in idem* pues, con independencia de que el bien jurídico sea distinto y se permita el castigo conjunto por ambos delitos, el subtipo agravado del art. 173 contempla justamente la misma situación: empleo de un arma en un acto concreto de agresión. Aunque la jurisprudencia antes aludida sobre la compatibilidad de los arts. 148.1 y 242.2 del Código Penal podría abonar la solución contraria, considero más razonable la solución

que propone MERLOS CHICHARRO y que pasa por la aplicación del art. 8.4 del Código Penal (51): la agravación sólo será aplicable en uno de los dos tipos y la opción operará con arreglo al criterio de la mayor penalidad resultante. Como antes se dijo al hablar del art. 153, el inconveniente que arrastra esta solución en que en ocasiones la cronología de los procesos, sujeta a azares imprevisibles, se superpondrá a la solución estrictamente dogmática.

XV. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES

En este terreno las soluciones son más fáciles.

Por una parte, es obvio que la *circunstancia mixta de parentesco* –cuyo radio de acción por cierto se ha ampliado al abarcarse también los casos de desafecto acreditado y persistente– es incompatible, por inherente (art. 67 CP) con los tipos penales recogidos en los arts. 153 y 173.2 (sentencia TS de 26 de junio de 2000, 164/2001, de 5 de marzo o 22 de enero de 2002).

Igual afirmación cabe hacer respecto de la agravante de *abuso de superioridad* aunque en este caso en relación exclusivamente al art. 173.2. Es connatural con el delito de maltrato habitual –es casi uno de sus elementos criminológicos definitorios– el establecimiento de una situación de dominación que es equivalente al abuso de superioridad definido como agravante. No sucede así con el nuevo delito del art. 153 en el que no habrá inconveniente para la estimación de esa agravación genérica.

Las cuestiones relacionadas con la agravante de *alevosía* se presentan en términos idénticos, aunque por razones diferentes. El cambio sistemático del delito de maltrato habitual que sale del Título destinado a los delitos contra las personas convierte ya en clara la respuesta negativa a la posibilidad de apreciar esa agravante (52).

(51) Ob. cit., pág. 43.

(52) De hecho también antes de la reforma el TS se mostró reticente a la aplicación de la alevosía al antiguo art. 153 argumentando entre otras cosas que no estábamos propiamente ante un "delito contra las personas: la STS 20/2001 de 22

Por el contrario, nada empeece a su aplicación al delito del art. 153, al menos dogmáticamente, por cuanto en la práctica la levedad de las conductas ahí reprimidas no hace fácil que aparezcan supues-

de enero de 2002, desestima un recurso del Ministerio Fiscal en el que se interesaba la aplicación de la alevosía al delito de maltrato habitual "El delito de malos tratos familiares constituye un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, afirmando también que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Asimismo hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*), sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática. También hemos destacado que esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad. Aplicando esta doctrina a la cuestión controvertida es claro que las agravantes referidas a los medios, modos o formas con los que se ejecuta cada agresión concreta, como lo es la alevosía, deben ser apreciadas en la sanción separada de cada una de dichas agresiones como delitos o faltas contra la integridad física, pero no reproducirse al sancionar adicionalmente el delito contra la paz familiar integrado por la habitualidad del comportamiento violento, pues en primer lugar este delito no es propiamente un delito contra las personas –únicos en los que resulta aplicable la agravante de alevosía, conforme al art. 22.1 del CP– sino contra la pacífica convivencia familiar y en segundo lugar si el modo de ejecución de una agresión concreta se utilizase repetidamente tanto como agravante del delito de lesiones como del delito de maltratos habituales, se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*. Ello no quiere decir que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta. Asimismo, en los delitos de violencia doméstica el Tribunal *a quo* podrá tomar en consideración en cada caso las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar la pena, pudiendo recorrer la pena prevenida para el tipo en toda su extensión (art. 66.1.º del CP), si el caso lo justificase y la sentencia lo motivase expresamente, sin necesidad de que dichos modos de ejecución integren circunstancias modificativas específicas propias de los delitos contra las personas".

tos con esas características. Por fin en lo atinente a la *reincidencia* es de advertir el cambio de ubicación sistemática del delito de maltrato habitual: ha sido trasladado al título destinado a los delitos "contra la libertad" con los que guarda un parentesco muy lejano que hace difícil que pueda darse la semejanza de naturaleza que exige el art. 22.8.º para apreciar esa agravación. Por tanto, en principio, puede sentarse como premisa general que sólo procederá la reincidencia cuando las previas condenas sean también por un delito del art. 173.2. Y no será apreciable en ningún caso cuando se trate de condenas previas por delitos del art. 153, aunque sea por conductas excluidas de la secuencia de ataques comprendidos en la condena del art. 173.2. La diferenciación de *ubi* sistemático conduce inexorablemente a esa conclusión que no es lógica. El legislador seguramente no advierte que la colocación de un precepto en un lugar u otro del Código no es una mera cuestión estilística. Tiene relieve interpretativo en materia de concursos y una innegable y evidente repercusión en la agravante de reincidencia.

¿Será posible aplicar la reincidencia a quien condenado por un delito del art. 153 derogado es enjuiciado tras la reforma por una conducta similar pero ubicable ahora en el nuevo art. 173.2? La lógica impondría una indudable respuesta afirmativa que, sin embargo, no está nada clara si nos aferramos a la ortodoxia interpretativa de las leyes penales. El diferente lugar de ubicación sistemática se erige en un obstáculo no sorteable, ni siquiera usando como herramienta la disposición transitoria 7.^a del Código Penal de 1995. Su dicción es demasiado coyuntural como para proyectar su aplicabilidad a derogaciones o modificaciones parciales del Código de 1995, y la aplicación analógica está vedada si va contra *reo*.

Por fin quedarían por examinar las relaciones entre reincidencia, delitos de los arts. 153 y 173.2 y el nuevo delito del art. 147.1.2.º (comisión de cuatro faltas del art. 617 en el plazo de un año). El tema es endiabladamente complejo (53): conscientemente lo mar-

(53) Lo aborda en sus puntos básicos, aunque sin pretensión de dar soluciones definitivas y totalmente elaboradas, FERNÁNDEZ VALCARCE, *Violencia en el ámbito familiar. Tipos penales. Análisis jurisprudencial*, ponencia presentada al

gino de esta ponencia. Sólo alguien que combine sus conocimientos penales con la afición por los jeroglíficos será capaz de afrontarlo con solvencia. Y yo, que ando ya "justito" de lo primero, carezco absolutamente de la segunda de las condiciones.

XVI. DELITOS SEXUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR (54)

Para cubrir el elenco de temas que se me había encomendado, es necesario incluir un epígrafe destinado a esta materia, aunque sea tan sólo para espigar algunos problemas específicos y eludiendo todo intento de exposición más o menos completa.

Hablando de entorno familiar, este tipo de infracciones suele tener como víctima a menores. En primer lugar es obligada una referencia al art. 192 del Código Penal. Su número primero –en el que no se exige prevalimiento– sólo es aplicable cuando no estemos ante una circunstancia ya prevista en el tipo, como sucede en el art. 180.1.4.º. Sin embargo la previsión del n.º 2 se extiende a todos los casos.

El parentesco es también tomado en consideración como subtipo cualificado en el art. 181.4 en relación con el art. 180.1.4.º. Algunos han criticado el precepto por considerar que estaríamos ante un *bis in idem* en cuanto que el parentesco sería el fundamento del prevalimiento que es lo que configura los tipos de abusos sexuales. Ahora bien creo que cabe una visión distinta: el prevalimiento es ciertamente el presupuesto de esos tipos, pero cuando el prevalimiento se basa justamente en esa relación de

curso celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en octubre de 2003 dentro del plan de formación continuada para Fiscales, págs. 6 y 7 del texto mecanografiado pendiente de publicación. Un solo apunte como botón de muestra: ¿Una condena del art. 153 puede servir para ser contabilizada a los efectos de provocar el delito del art. 147.1 cuando se han cometido tres faltas del art. 617 con personas no contempladas en el art. 173?

(54) Sobre el tema puede verse, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial" en *Actualidad Penal*, n.º 14 de 2000, semana del 3 al 9 de abril, rf. 331.

parentesco se considera que es más grave. No se trata de considerar dos veces el mismo elemento, sino de graduar la gravedad de las distintas clases de prevalimiento. Como no es violación de tal principio que preceptos como el 242 o 180.1.5.º establezcan una pena superior cuando la intimidación –base del tipo– adopte una determinada modalidad –uso de armas u otros instrumentos peligrosos (55).

En cuanto a los abusos sexuales, especialmente respecto de menores, parece que tampoco es descartable su posible asimilación a las "violencias psíquicas" integrantes de la tipicidad del art. 173 pese a que lo característico de ese delito frente a las agresiones sexuales, es precisamente la ausencia de violencia o intimidación. En el caso, no infrecuente, de abusos sexuales reiterados ejercidos sobre hijos menores, ¿sería dable aceptar un concurso con el delito previsto en el art. 173.2? La respuesta debe ser negativa: el bien jurídico afectado –la paz externa familiar– no está directamente atacado por ese delito y cuando se habla de violencia psíquica parece que se está exigiendo una cierta alteración del mundo externo, de la apariencia de convivencia pacífica y en orden.

Aunque sea un tema procesal, resulta de ineludible referencia en un campo como éste, la cuestión de la forma y valoración de las declaraciones del menor (56). Es seguramente en el ámbito de los abusos sexuales –muchas veces llevados a cabo en el ámbito doméstico– donde suele aparecer con toda su crudeza esta temática que el legislador abordó en 1999 con la modificación, poco ati-

(55) En lo relativo a la aplicación de la agravación específica de "especial vulnerabilidad" derivada de la edad en el delito del art. 181.2 (abusos sobre menores de trece años) puede verse la respuesta negativa de la STS 224/2003, de 11 de enero y la fundada crítica de ESCOBAR JIMÉNEZ en *SEPIN, Revista Práctica Penal*, n.º 4, comentario a la sentencia 224/2003, de 11 de enero de la Sala Segunda del TS, págs. 79 y ss.

(56) Sobre esta materia, vid., POU I FERNÁNDEZ, *Protección de menores en el Código Penal* y GIMENO JUBERO, "Menores Maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso" en la obra colectiva *Protección de menores en el Código Penal* ya citada.

nada, de los arts. 448, 455, 707 y 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En principio debe afirmarse sin paliativos que el testimonio del menor es plenamente valorable en los procesos y en particular en el proceso penal tiene aptitud para destruir la presunción de inocencia (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992, 5 de abril de 1994 o 379/1997, de 23 de marzo). La inhabilidad prevista en el art. 1246 del Código Civil es un anacronismo que queda subsanado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que deroga ese precepto incluyendo nuevos criterios (art. 361). La declaración del menor es una fuente de información. Algunas resoluciones del Tribunal Supremo (sentencia de 23 de junio de 1999) insisten en la necesidad de que esa declaración se lleve a cabo en presencia del representante legal del menor o del Ministerio Fiscal.

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados. No es lógico que los operadores jurídicos trabajen sin contar con esos datos de enorme interés. Debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. Es este un aspecto muy necesitado de potenciar. Es preciso contar más con el apoyo de los expertos (57). Frente a iniciales posturas reticentes, en los últimos años se ha producido un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

(57) Entre otros, DIGES JUNCO y ALONSO-QUECUTY, "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores" en *Poder Judicial*, n.º 35, septiembre 1994, págs. 43 y ss.; ALONSO-QUECUTY, "Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal" en *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 1997; o GODOY RUIZ, "Reflexiones sobre abuso sexual infantil" en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º monográfico *El menor ante el Ordenamiento Jurídico*, n.º 19, 3.ª época, septiembre, 2001, págs. 213 y ss.

dencial sobre la validez de este tipo de pruebas periciales sobre la credibilidad de las declaraciones de un menor, sin perjuicio de que el criterio último queda en manos del juzgador. La reciente sentencia 1131/2002, de 10 de septiembre es un buen botón de muestra de esa doctrina: "...la credibilidad de un testigo uno es un hecho científico aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata, atento al contenido de la declaración, tanto en lo referente a lo relatado por el testigo, como a la seguridad de su afirmación, reacciones que provoca... En esa función no puede ser sustituido por un perito aunque los criterios que proporciona pueden ser tenidos en cuenta...". Y con mayor profundidad y extensión, la sentencia 705/2003, de 16 de mayo, se expresa así: "Aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que en esta materia le encomienda el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrollo penal del art. 117 de la Constitución, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su manera de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica practicadas con todas las garantías (entre ellas, la de imparcialidad y la de fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de verosimilitud del menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo de saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual. No basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración,

informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá que tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión probatoria". En términos más o menos similares, sentencias 255/2002, de 18 de febrero o 1229/2002, de 1 de julio (58).

Esa colaboración de psicólogos sirve igualmente para asesorar y lograr así que los efectos de la victimización secundaria en los menores (el maltrato institucional derivado de su paso por el Juzgado) se minimicen. En este sentido se cuenta también con elocuentes estudios que demuestran como las alteraciones conductuales y el stress del menor víctima se acentúa con el seguimiento de un proceso y la reiteración de declaraciones. Junto a ello está demostrado que determinadas actuaciones de preparación –como explicación de lo que es su papel, visita a la Sala de Vistas previamente...– disminuyen las lacras de esa victimización secundaria.

Es una necesidad sentida la indagación y creación de los soportes legales necesarios para facilitar la grabación videográfica de las manifestaciones del menor como forma de conjugar la necesidad de no perturbar su desarrollo con reiteraciones de declaraciones y la obligación de volver a recordar los hechos, con los derechos de defensa y los principios de inmediación y contradicción. La grabación de la entrevista con el psicólogo es un instrumento que ya es utilizado en otros países donde se han debatido desde varias perspectivas sus pros y sus contras. En Canadá, Dinamarca o USA se han utilizado esas técnicas. El Comité "Pigot" propuso la combinación de varias grabaciones.

En cuanto a la forma de realizar esas declaraciones, hay que evitar en la medida de lo posible condiciones que perjudiquen al menor. La Ley 14/1999, de 9 de junio introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal unas modificaciones que intentaban salir al paso de la supuesta necesidad de enfrentar a la víctima menor de edad con el autor del delito. La sentencia del Tribunal Supremo 827/1998, de 16 de junio provocó una cierta polémica sobre este

(58) En esta sentencia parece llegar a admitirse la sustitución en el juicio oral de los testimonios de la menor por el testimonio de referencia de los psicólogos.

punto e indudablemente estaba en la mente del legislador al realizar esta reforma. La citada sentencia contemplaba unos supuestos abusos sexuales a una menor (8 años) por parte de su padre quien, condenado en la instancia, acudía a la casación denunciando que la menor no había declarado en presencia del acusado y que se le había denegado una pericial psicológica solicitada. El Tribunal Supremo le daba la razón en la sentencia de casación con las siguientes consideraciones: "El acusado tenía derecho a que se practicara la prueba pericial que propuso y que constituía una forma de obtener una visión conjunta e integrada por la observación de todos los miembros de la familia por un mismo perito, lo que no se había hecho en esta forma en la causa y, desde luego, la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (art. 9.1), ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2 d). La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, primar sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probara, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido. Por todo ello se observa que el recurrente sufrió indefensión tanto al no admitirse una prueba cuya evaluación por el juzgador pudo ser determinante de una distinta resolución, así como por no permitirse lo que el recurrente ha llamado careo, y

que consistía en una real contradicción en la práctica de la prueba testifical que también podía haber determinado una distinta resolución...".

El criterio de la sentencia no resulta asumible: el principio de contradicción no padece en lo más mínimo por el hecho de que la testigo menor declare sin necesidad de tener a la vista al acusado, en este caso, su padre. Conocida su identidad, y estando plenamente facultada la defensa para formular todo tipo de repreguntas, no se alcanza a entender qué merma del derecho de defensa se sigue de la confrontación visual directa con el padre, salvo que se quiera ver en la posible presión psicológica derivada de esa situación un mecanismo de defensa aceptable.

Secuela de esa sentencia fue la reforma que de los arts. 448, 455, 707 y 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1999.

A los careos con menores se les otorga un marcado carácter excepcional (arts. 455 y 713). Para que pueda llevarse a cabo será necesario que concurren dos presupuestos:

— Su indispensabilidad, a juicio del juez.

— La no lesividad para el interés del menor, a cuyo fin deberá reclamarse un informe pericial.

No cabe inferir de esta reforma gran incidencia práctica. Si ya los careos son excepcionales en la praxis judicial, aquellos que cuentan como uno de sus protagonistas a un menor son casi insólitos, dado el buen sentido de los jueces. No parecía necesaria una previsión tan específica como la señalada. Aunque, tampoco sobra, por más que no vaya a modificar lo que ya es la práctica habitual.

En lo atinente a la forma de las declaraciones de menores se introdujo una previsión tendente a evitar la confrontación visual con el inculcado, utilizando cualquier tipo de técnica (no sólo las audiovisuales especialmente mencionadas, sino también algunas otras muy sencillas y muy frecuentes como la retirada a un lugar no visible del inculcado durante la declaración). Pero esa medida exigirá dos condiciones: una resolución judicial motivada así como un

informe pericial (arts. 448 y 707). En la actualidad las previsiones de esos preceptos han quedado superadas y desbordadas por las que con carácter más general contemplan los nuevos arts. 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma operada por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre permitiendo con ciertos presupuestos el uso de videoconferencia u otro sistema similar que suponga la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido.

No sobraría tampoco la incorporación de algunas previsiones del Derecho Comparado más valientes y que para nada se ha considerado que puedan afectar al derecho de defensa. Puede servir de botón de muestra la prescripción del parágrafo 247 de la Ley Procesal Alemana que en los casos de declaración de menores obliga a ausentarse al acusado del juicio, sin perjuicio de que luego es informado de los términos de las manifestaciones del menor. Los textos procesales internacionales de nuevo cuño incluyen también normas que admiten ese tipo de medidas (59). Pueden recordarse también aquellos ordenamientos donde se regula la sustitución de la declaración directa por la grabación videográfica una sola vez. Esta práctica, que en principio no sería admisible pues se exige la reiteración de la declaración en el juicio oral, ha sido admitida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo con la base del art. 730 de la Ley Procesal Penal. La previsibilidad de perjuicios para la menor es equivalente a la imposibilidad que se recoge en ese precepto y es totalmente correcta la práctica de recoger una sola vez con pleno respeto al principio de contradicción la declaración de la menor y reproducir la grabación en el acto del juicio oral: sentencia 1229/2002, de 1 de julio.

XVII. LAS PROHIBICIONES DEL ART. 57 DEL CÓDIGO PENAL

El art. 57 del Código Penal contempla, como es sabido una pena accesoria en la que se ha querido ver una buena respuesta

(59) Por ejemplo el art. 68 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

para el fenómeno del maltrato doméstico. Sin duda estamos ante una medida de claro sabor victimológico. El texto del precepto se vio enriquecido en las reformas de 1999 extendiéndose la posibilidad de prohibición de la comunicación o aproximación con la víctima, familiares o terceras personas. También la reforma del Código Penal pendiente de ser publicada en el Boletín Oficial del Estado remodela esta pena.

Así como en su redacción originaria el art. 57 obligaba a atender conjuntamente a la gravedad del hecho y al peligro que pueda representar el delincuente, desde la modificación de 1999 basta uno de esos parámetros para justificar la imposición de la medida, lo que acentúa su vinculación con fines de protección de la víctima. Esa tendencia se acentúa en la inminente reforma del Código Penal que entrará en vigor en 2004 al preverse en algunos casos de violencia familiar la imposición obligatoria de esa pena.

Creo que la medida es aplicable aunque no haya sido objeto de solicitud expresa, aunque algún autor extiende las exigencias del principio acusatorio a esta medida y desde luego hay que reconocer que en la jurisprudencia existen pronunciamientos que respaldarían esa posición (60).

El art. 48 del Código Penal se ha completado, en un intento, que no deja de ser algo parecido a poner puertas al campo, de delimitar el contenido de las prohibiciones de aproximarse a la víctima o de comunicar con ella o sus familiares:

"La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que se haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia si fueren distintos.

La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impi-

(60) Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, *Tratamiento de la violencia familiar en el orden civil. Medidas cautelares e intervención del Fiscal*, Ponencia presentada al curso sobre violencia familiar celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en abril de 2000, dentro del plan de formación de Fiscales. Pág. 11.

de al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (61)".

Entiendo que las prohibiciones son autónomas y admiten gradación, de forma que la prohibición de comunicación por ejemplo, podría concretarse en la sentencia (o en su caso en el auto si se adopta provisionalmente) en alguna modalidad (permisión sólo de la comunicación telefónica, v.gr.). La medida habrá de ser concretada. Hubiese sido deseable mayor claridad en este punto, así como admitir que en fase de ejecución cupiese cierta flexibilización o atenuación de la medida, siempre previa audiencia de la víctima y en virtud de resolución judicial. Las circunstancias pueden cambiar.

En todo caso sí deben considerarse posibles autorizaciones judiciales puntuales expresas para actos que podrían constituir quebrantamiento de la medida.

Durante la tramitación parlamentaria se propuso en aras de la seguridad jurídica suprimir los términos lugares "que sean frecuentados por ellas", por la inconcreción que conlleva la locución. La enmienda no se aceptó. La sugerencia era acertada. Pero si se interpreta que en la sentencia o auto han de indicarse expresamente los lugares que se consideran frecuentados se ganará en certeza y se evitarán problemas ulteriores para aclarar si un determinado lugar donde pudo ser visto el condenado es frecuentado o no por la víctima. Con esa interpretación se acogería así de hecho la filosofía que inspiraba la enmienda.

(61) Como ya he indicado, esta materia es objeto de modificación en la próxima reforma del Código Penal que perfecciona la redacción de este precepto, creando mecanismos de coordinación para evitar la incoherencia entre la imposición de esta pena y las medidas que hayan podido ser acordadas en un procedimiento civil matrimonial.

La sentencia de 2 de octubre de 1999 entiende que la peligrosidad a que se refiere el art. 57 es la objetiva derivada del hecho mismo. No se precisa pronóstico de futuro. La de 23 de febrero de 1999 recalca su finalidad protectora de la víctima y considera que se señale como día de inicio de cumplimiento la finalización del cumplimiento de la pena principal, prescindiendo de hipotéticos permisos penitenciarios. Igual orientación maneja la sentencia de 23 de marzo de 1999: habrá de iniciarse su cumplimiento al finalizar la pena privativa de libertad, comprendiéndose también el tiempo en que pueda disfrutar de beneficios penitenciarios.

La suspensión de condena podrá igualmente ser acompañada de alguna de esas medidas (art. 83.1) cuyo incumplimiento daría lugar a las alternativas establecidas en el art. 84, incluida la revocación de los beneficios.

El incumplimiento de la medida supondrá un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 (sentencia del Tribunal Supremo 496/2003, de 1 de abril).

XVIII. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

A diferencia de lo establecido para los delitos sexuales (art. 192 del Código Penal) y para otros delitos contra las relaciones familiares (arts. 220, 226 y 233) en otros delitos cometidos por padres contra hijos (como, eventualmente, los delitos de maltrato habitual) no se preveía como posible sanción penal de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad o tutela (arts. 39, 40 y 46). La cuestión ha sido subsanada en la reforma de 2003 que contempla ya en los arts. 153 y 173 la imposición de esa pena.

No obstante la solución no es total en la medida en que delitos de lesiones del art. 147, escapan del ámbito del art. 153 y no podrán ser castigados con tal pena. No es congruente esa asimetría, aunque de cualquier forma, sería factible una interpretación del art. 56 que permitiese imponerla como pena accesoria, pero en todo caso con un límite temporal.

Alguna jurisprudencia había considerado procedente que la jurisdicción penal acordase tal privación, aunque no estuviese específicamente prevista en el Código Penal como consecuencia anudada al delito, basándose en el art. 170 del Código Civil (sentencia de 20 de diciembre de 1993) (62). Pero la más reciente doctrina del Tribunal Supremo se ha distanciado de esa interpretación (sentencia 1744/1994), habiéndose llegado a fijar criterio en ese sentido en Sala General. Eso conduce inexorablemente a tener que emprender las correspondientes actuaciones en la jurisdicción civil para llegar a ese tipo de consecuencias. No faltan fundadas opiniones doctrinales que comparten la interpretación de la vieja jurisprudencia (63).

Curiosamente el art. 189 (pasiva anuencia en la prostitución de un menor) y pese a la previsión global del art. 192, da a entender que en esos casos la jurisdicción penal no podrá acordar esa privación de los derechos de patria potestad sino que es el Fiscal el llamado a emprender esa acción ante los tribunales del orden civil.

Para los casos de privación de la patria potestad la disposición adicional 2.^a del Código Penal contiene una previsión complementaria.

XIX. NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARANGÜENA FANEGO, C., "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis", en *Actualidad Penal*, n.º 11, 2000.

CERVELLO DONDERIS, V., "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección" en *Poder Judicial*, 2.^a época, n.º 33. Marzo de 1994, págs. 45 y ss.

(62) Idéntica doctrina sostiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 1999.

(63) Vid OCAÑA, cit., págs. 8 y ss. Sobre esta materia puede verse el trabajo de ZURITA MARTÍN, "La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal" en *Actualidad Civil*, n.º 32, 1 a 7 de septiembre de 2003.

- CUELLO CONTRERAS, J., "El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad" en *Poder Judicial*, 2.^a época, n.º 32. Diciembre de 1993, págs. 9 y ss.
- CUENCA Y GARCÍA, María Josep, "La violencia habitual en el ámbito familiar" en *Revista Jurídica de Cataluña*.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *La violencia Doméstica contra las mujeres*, INFORME, Madrid, 1998.
- DEL ROSAL BLASCO, "El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar" en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XIV, vol. 1.º, Madrid, pág. 370.
- "Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar" en *Mujer y derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- DOLZ LAGO, M.J., *Las violencias familiares*, ponencia presentada al Curso sobre "delitos contra la integridad física: lesiones aborto, eutanasia", celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en septiembre de 1999. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, V-1999, págs. 293 y ss.
- GARCÍA ARÁN, M., "Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor" en *Protección de Menores en el Código Penal*, obra colectiva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XII, 1998).
- GARCÍA VARELA, R., "Los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar", en *Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vellido*, Colex, Madrid, 1999, págs. 177 y ss.
- GARZENMULLER ROIG, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, "La violencia doméstica. Respuestas Jurídicas desde una perspectiva sociológica" en *Actualidad Penal*, n.º 16, 19 a 25 de abril de 1999.
- LAMO RUBIO, "La nueva Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio" en *Actualidad Penal* n.º 42, semana del 10 al 16 de noviembre de 2003.
- MARCHENA GÓMEZ, "La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal" en *Revista General de Derecho*, n.º 603, págs. 12470 y ss. Valencia, diciembre de 1994.

- MONGE FERNÁNDEZ y NAVAS CÓRDOBA, "Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer" en *Actualidad Penal*, n.º 9, 2000.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, "Consecuencias Penales de los procesos familiares", en el tomo IV de 1998 de *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* (págs. 103 y ss.).
- ONECHA Y SANTAMARÍA, C., "El deber de socorro mutuo entre cónyuges" en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 27, septiembre de 1992, págs. 171 y ss.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., "Prevención y tratamiento en la violencia doméstica", ponencia presentada al curso desarrollado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en abril de 1999. Publicada en *Estudios sobre Violencia Familiar y Agresiones Sexuales*, obra colectiva citada *infra*, vol. I, págs. 279 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, "Infracción penal y prognosis de peligrosidad", en "OTROSI", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 1999, n.º 4, abril de 1999, págs. 12 y ss.
- "Los delitos de lesiones a partir de la ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III de 1989, septiembre-diciembre. Págs. 915 y ss.
- RODRÍGUEZ VELASCO, M.ª Gracia, "La violencia de género: su tratamiento por la jurisdicción penal en *Revista Práctica Penal* de Sepín, n.º 5, págs. 19 y ss.
- RUIZ VADILLO, "Las violencias físicas en el hogar" en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 326, 22 de enero 1998.
- SÁNCHEZ AYALA, "Violencia dentro de la familia. Consideraciones Generales. Regulación legal: tipos" en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, 1998-1999, págs. 67 y ss.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Deberes de Socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal" en *Actualidad Penal*, n.º 11 de 1999, 15 al 21 de marzo de 1999.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial" en *Actualidad Penal*, n.º 14 de 2000, semana del 3 al 9 de abril.

- TIRADO ESTRADA, J.J., "Violencia en el Hogar y medidas cautelares en el proceso penal" en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de mayo de 1998, n.º 1820, págs. 5 y ss.
- VARGAS CABRERA, "Incumplimiento de los deberes asistenciales respecto del cónyuge e hijos", en *Estudios sobre violencia Familiar y Agresiones Sexuales* obra colectiva, vol. I, págs. 149 y ss.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, tres volúmenes que recogen los cursos celebrados entre 1998 y 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, tres volúmenes que recogen los cursos celebrados en el año 2000 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, dos volúmenes que recogen los cursos celebrados en 2001 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, dos volúmenes que recogen los cursos celebrados en 2002 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia en colaboración con el Instituto de la Mujer.
- VARIOS AUTORES, *Mujer y violencia (Jornadas Internacionales sobre derechos humanos)* Universidad de Navarra, noviembre de 1997.
- VARIOS AUTORES, "La violencia doméstica". *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 21, 3.^a época, mayo de 2002.

**MEDIDAS CIVILES PARA EL CESE
DE LA VIOLENCIA. COORDINACIÓN
ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL**

Carmen Tirado Garabatos
Fiscal

MEDIDAS CIVILES PARA EL CESE DE LA VIOLENCIA. COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. IV. PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES. CUESTIONES PROCESALES. 1. Intervención del Ministerio Fiscal. 2. Facultades del Juez. A) Medidas provisionales en los procesos matrimoniales. a) Medidas provisionales previas. a') Medidas previas urgentes. a'') Medidas previas de régimen ordinario. b) Medidas provisionales coetáneas. V. MEDIDAS Y MEDIOS PARA PREVENIR LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. VI. MEDIDAS CONCRETAS DE COORDINACION ENTRE LA JURISDICCIÓN PENAL Y CIVIL.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica se ha convertido en realidad insoslayable que hiere las conciencias y causa terribles daños individuales y sociales. Exige una respuesta en primer lugar en la organización de medios materiales y personales para hacerle frente. De otra en

el diseño de instrumentos normativos específicos dirigidos a proteger a las víctimas y a prevenir y poner fin a los episodios violentos. Nos ocupamos en este trabajo de los instrumentos jurídico-civiles con que se cuenta en nuestro ordenamiento.

La exposición de Motivos de la ley 27/2003 reguladora de la Orden de protección de la violencia doméstica resalta en su calidad de trasfondo ideológico la consideración de los malos tratos como realidad lacerante, lacra que excede el marco privado y afecta a toda la ciudadanía. La gravedad de los problemas de la llamada violencia de género ha generado –se añade– una inquietud generalizada traducida en informes e iniciativas de organismos nacionales y supranacionales. Frente a ello surge la ley para articular una respuesta que de acuerdo con la *mens legislatoris* tiene una doble finalidad. En primer lugar prevenir y evitar la realización o repetición en el futuro de estas graves conductas. De otra parte ofrecer un adecuado marco de protección para las víctimas.

La naturaleza de la respuesta se atiene a los principios de coordinación, globalidad y celeridad. De conformidad con el primero se trata de aunar los recursos jurídicos, sociales e institucionales de que se dispone para afrontar la realidad de los malos tratos. De otra parte se ofrece una protección que pretende ser integral o total y abarcar remedios civiles, penales y administrativos. Baraja el legislador la idea de diseñar medidas concebidas desde el prisma del ordenamiento jurídico en su totalidad. Por eso se habla de estatuto integral de protección y en art. 544 ter.5 se alude expresamente a medidas "establecidas en el ordenamiento jurídico...". Finalmente sin rapidez en la tramitación y resoluciones de aplicación de los medios previstos nada puede conseguirse en relación con los objetivos que se proponen.

La manera de hacer efectivos estos designios es la centralización o unificación de la respuesta en el órgano que se estima más idóneo para ello, el Juez de Instrucción en funciones de Guardia. Se elige así el proceso penal concebido bajo las ideas de sencillez y accesibilidad a las víctimas de la violencia doméstica, aprovechando los propios trámites y cauces de los diversos procedimientos para hacer efectiva en ellos la orden de protección regulada.

Estudiaremos los apartados 5 y 7 del nuevo art. 544 ter LECrim. El comentario del primero de ellos nos servirá para situar las medidas civiles en el estatuto de protección integral a las víctimas que configura la nueva ley. En el apartado 7 se regula la vertiente civil de la orden de protección.

Nos ocuparemos también de las medidas civiles de protección de menores en los casos de violencia, tanto las que permite la ley 27/2003 como las que pueden acordarse al margen de ella, con específica referencia a las situaciones de desamparo y riesgo apreciadas por la Administración y a las previsiones del art. 158 CC. Junto a ello recordaremos los procedimientos de familia y examinaremos las posibilidades de diseñar desde ellos una respuesta a la llamada violencia de género.

Aunque esta ponencia se concibe en su totalidad bajo el prisma de la coordinación, dedicaremos un último apartado de orden específico a recoger sugerencias concretas en esta materia que puedan ayudar a una mayor eficacia de las medidas que se adoptan.

II. LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Como expresábamos en el apartado introductorio anterior examinaremos los apartados 5 y 7 de la ley 27/2003 que contiene la regulación general de las medidas y las civiles en concreto que pueden acordarse cuando concurren los presupuestos del art. 544 ter.1.

En el apartado 5 reza el precepto "...la orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública".

La norma confiere a las víctimas de las infracciones contempladas en el apartado 1 "un estatuto integral de protección". La palabra estatuto carece de un preciso significado jurídico y el que tiene despliega su eficacia en los ámbitos colectivos e institucio-

nales. Creo que con ella se trata de expresar en primer lugar la voluntad legislativa de otorgar una tutela completa en los casos de violencia doméstica. La finalidad es abordar la preservación de los graves riesgos derivados de estas situaciones. También conseguir la recuperación de las secuelas y daños de toda índole que originan. La tutela mencionada se ofrece desde el ordenamiento jurídico contemplado en su totalidad.

Esta perspectiva globalizadora permite acordar medidas previstas en cualquier rama del Derecho, o al menos eso se deriva de la expresión reseñada, aun cuando la norma acota la remisión al orden civil y penal y a la legislación asistencial. En este último caso el reenvío debe referirse al orden laboral y administrativo. Las medidas de orden civil y penal son "las contempladas en este artículo", en concreto en los apartados 6 y 7 a que posteriormente nos referiremos con diferentes niveles de concreción.

Las de asistencia y protección social son las "establecidas en el ordenamiento jurídico". El reenvío aquí carece de toda determinación. Legitima al Juez para acordar las expresamente previstas en esta legislación asistencial. Estimo que también aquellas que sin tipificarse específicamente para la hipótesis del apartado 1 están incluidas en conceptos más amplios referidos a situaciones de desprotección o riesgo social en que sea posible subsumir los casos de violencia doméstica. La norma autoriza al juez para aplicar preceptos de las leyes laborales y administrativas referidos a estas materias.

Considero que el alcance del precepto es aún mayor y dimana del inciso "podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública". La orden de protección legitima no sólo para que las administraciones y autoridades estén obligadas a cooperar en la ejecución de lo acordado por el juez de guardia sino también para decretar otras medidas no decididas por el órgano judicial y que puedan ser complementarias de lo resuelto. Ha de tratarse de aquéllas que sean exigidas por las circunstancias del caso y la situación de riesgo en que se encuentre la víctima. También es preciso que se hallen dentro del ámbito de competencias de la autoridad o funcionario.

El estatuto integral de protección a que nos venimos refiriendo es de carácter personal. Su titularidad, por emplear una palabra gráfica, es sólo de la víctima, con exclusión de otros familiares o personas a ella vinculadas, salvo que también sean sujetos pasivos del delito según los datos de que se disponga. O que concurra para ellos una situación de riesgo durante la tramitación del procedimiento penal en los términos del apartado 11 a que más adelante nos referiremos.

En el apartado 7 se dice " las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 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".

La primera observación que hemos de hacer es que las medidas de naturaleza civil sólo pueden acordarse a instancia de parte, matizando así la declaración contenida en el apartado 2. La actuación de oficio del Juez de Guardia queda así reservada a las medidas penales y las que pueda decretar con fundamento en otras ramas del Derecho de acuerdo con el apartado 5. La legitimación se restringe en relación con la regulada en los apartados 2 y 4, pues se excluye al solicitante, persona que tiene con la víctima alguna de las relaciones del art. 153 CP.

Requisito para su adopción es que no hayan sido acordadas por un órgano de la jurisdicción civil, en cuyo caso hay que atenerse a la resolución que éste haya dictado. Ningún obstáculo habrá cuando el juez civil haya dictado resolución denegatoria sobre las medidas que van a decretarse ahora en la orden de protección. Recordemos además que la decisión judicial civil sobre las mismas no tiene el valor o efecto de cosa juzgada. Tampoco hay inconveniente en que el juez de guardia complemente las ya acordadas en la jurisdicción civil.

Entiendo que el espíritu de inmediata protección que anima la ley debe llevar a admitir sin dudas que quepa la modificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales civiles, por ejemplo alterando el régimen de visitas o de guarda vigente hasta entonces. No es preciso decretarlas cuando ya estén decididas por el juez civil y el de guardia estime que son las procedentes y que no es necesario completarlas o modificarlas.

Atendiendo a la finalidad de la ley sí creo que al juez penal han de reconocérsele competencias para la ejecución inmediata de las medidas acordadas por el civil cuando sean imprescindibles para preservar la situación objetiva de riesgo para la víctima a que se refiere el apartado 1.

Las medidas que pueden adoptarse están reguladas con una enumeración concreta que finaliza con una expresión de carácter general que trataremos de interpretar: "cualquier disposición que se considere oportuna...". No hay una remisión a todas las de los arts. 90 y 103 CC sino a algunas de ellas. Es claro que el legislador se refiere a la de los arts. 90.A y 103.1 así como a las de los arts. 90.B y 103.2 cuando alude a "la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos...".

Considero que el reenvío ha de entenderse al contenido normativo diseñado en los citados artículos y así aunque no se cite expresamente el juez penal si lo requiere la situación de riesgo y la finalidad tuitiva de la ley podrá adoptar decisiones sobre los bienes del hogar familiar y acerca de la posibilidad de encomendar al menor a tercero o institución idónea (art. 103.1 y 2 CC). La cuestión se

plantea en relación con la vivienda familiar en el sentido de si más allá de la remisión mencionada puede aplicarse a otras situaciones en que el sujeto pasivo afectado no es el cónyuge.

Merecen ponderarse en particular los supuestos de las parejas de hecho y de los discapacitados víctimas de las infracciones del apartado 1. El espíritu de los nuevos preceptos y el designio de otorgar un estatuto integral de protección a las víctimas debe llevar a admitir decisiones sobre la vivienda familiar en favor de los discapacitados o pareja de hecho sin hijos, a pesar de la carencia de previsiones en la legislación civil. Creo que es de aplicación por las mismas razones a los discapacitados con carácter general el art. 216 CC con la posibilidad de ésta y de las demás medidas del art. 158 CC. En cualquier caso debe resaltarse la falta de previsiones expresas respecto de ellos, especialmente necesarias tras las nuevas estadísticas sobre incremento de malos tratos a personas de la tercera edad y con discapacidad.

La norma alude también a a determinar "el régimen de prestación de alimentos...". Desde luego se refiere a las previsiones de los arts. 90.C y 103.3 CC. Estimo que también habrán de incluirse los que conforme a los arts. 143 y ss. CC puedan corresponder a los parientes víctimas de los hechos. La aplicación de estas medidas supone un reenvío al contenido normativo de los preceptos citados.

Finalmente la norma comentada se refiere a "...cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios...". Con anterioridad la prescripción estudiada dispone que las medidas de naturaleza civil se adoptan sin perjuicio de las previstas en el art. 158 CC. Creo que se trata de una fórmula redundante que confiere al Juez de Guardia un amplio título legitimador para acordar medidas protectoras de los menores en las situaciones de riesgo contempladas en el apartado 1.

Tales medidas protectoras no sólo pueden acordarse cuando el menor sea sujeto pasivo o víctima de los hechos sino cuando se halle en situación de riesgo a consecuencia de los mismos. Esta inteligencia deriva del texto del apartado 11 a que posteriormente

nos referiremos. El riesgo entiendo que no es el del art. 17 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor sino el definido en el apartado 1 del precepto estudiado que se formula con mayores intensidades.

Las medidas que pueden adoptarse son las del art. 158 CC. Las de los números 1 y 2 en realidad tienen similar contenido al de las ya examinadas en los conceptos anteriores (art. 90.A y B). La novedad la constituye la del número 3 introducida por LO 9/2002 conectada a los delitos del art. 224 in fine y 225 bis CP creados por la misma. Recordemos que entre los delitos contra la seguridad a que se refiere el apartado 1 del art. 544 ter LECrim objeto de nuestro estudio, figuran los reseñados.

El supuesto legal de mayor amplitud es de todos modos el del art. 158.4 CC recogido literalmente en el precepto comentado. Supone una habilitación in genere al Juez para que adopte cualquier medida protectora del menor en evitación de riesgos o perjuicios. Creo que implica la facultad de acordar no sólo las expresamente normadas en el CC (arts. 172 y ss.) y legislación foral y autonómica sino también las que deriven de los principios inspiradores de la legislación protectora de menores. Así el juez de guardia podrá decretar por ejemplo el ingreso del menor en centros de protección o la suspensión o modificación provisional de las facultades de guarda, encomendándola a un tercero. Sobre ello volveremos en el apartado siguiente.

El Juez sólo puede suspender la guarda ínsita a la patria potestad, tutela o acogimiento de menores, pero no otras facultades, entiendo que por el carácter provisionalísimo de la medida, que han ventilarse en el correspondiente procedimiento de familia. Como comentábamos existe un vacío legal en relación con los discapacitados. Creo que la fuerza expansiva de la regla y principios del apartado 5 deben llevar a reconocer al juez facultades de suspensión y modificación provisional de la guarda de discapacitados víctimas de violencia doméstica, aplicando los arts. 762 y 763 LEC.

Las medidas tienen un plazo limitado de vigencia que es el de 30 días, dentro del cual es preciso incoar el correspondiente pro-

ceso de familia ante la jurisdicción civil en cuyo caso se prorroga su vigencia por otros 30 días a partir de la presentación de la demanda. Se impone al juez civil la obligación de resolver sobre ellas dentro de este plazo. La norma revela la naturaleza provisoria de estas medidas a que nos venimos refiriendo ligadas en su nacimiento a una situación de urgencia que requiere una respuesta inmediata. También hay quizá en ella una concepción restrictiva sobre las medidas cautelares que el juez penal puede dictar para proteger a la víctima. En la LECrim sólo se cuenta con el genérico art. 13 LECrim y con el art. 544 bis.

Digamos por último que la restringida legitimación que se otorga a la víctima o su representante legal parece ir en contra de la finalidad de la propia ley y de la realidad de la violencia doméstica en que son frecuentes los cambios de actitud procesales de aquella debido al temor, las carencias de todo orden, traumas psíquicos o falsas reconciliaciones. Desde luego cuando hay hijos menores o discapacitados ha de reconocerse legitimación al MF.

Creo que en todo caso las medidas del art. 158 CC no requieren ratificación por el juez civil. No son medidas que surjan al proceso penal por la ley estudiada. El art. 158 CC in fine las prevé también en el proceso penal. Antes de la ley 27/2003 el juez penal las podía acordar sin sujeción a límites temporales y la intención de la nueva ley no puede ser restringir el ámbito del precepto. Añadamos que el juez civil debe requerir testimonios de las actuaciones penales antes de decidir sobre la ratificación y que será precisa, en todo caso, comparecencia previa.

III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Abordamos seguidamente la problemática de las medidas civiles en el ámbito de protección de menores, desarrollando las ideas que acabamos de exponer en el apartado anterior. Vamos en concreto a referirnos a la normativa de mayor relieve, la relativa a las situaciones de desamparo y riesgo y a las medidas civiles protec-

toras dimanantes de las mismas. Examinaremos las previsiones que en ellas se puedan contener para afrontar el problema de los malos tratos y su aplicación en el cauce del apartado 5 de la ley estudiada así como la relación entre procedimientos administrativos y judiciales, civiles y penales.

El concepto de desamparo introducido por la ley de 11-11-87 supuso el comienzo de la asunción por las CCAA de relevantes tareas en el ámbito de la protección de menores. El desamparo se convirtió en un título jurídico que otorga amplia legitimación para articular inmediatas respuestas tuitivas ante las necesidades del menor desamparado. El art. 172.1 CC define un concepto jurídico relativamente indeterminado estructurado en base a los incumplimientos de los deberes de protección previstos en la ley para la guarda de menores unidos en relación causal con la situación de privación para ellos de la necesaria asistencia material o moral.

Las consecuencias jurídicas del desamparo están previstas en los arts. 172 a 174 CC y en la legislación foral y autonómica de protección de menores. Se contraen a las llamadas tutela automática y guarda que asumen las entidades públicas. La primera exige una constatación y declaración de la situación de desamparo que ha de notificarse a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas con una información presencial y de modo claro y comprensible, tras la cual *ex lege* la entidad se convierte en tutor del menor, produciéndose la suspensión de la patria potestad y tutela ordinarias en los términos previstos en el art. 172.1 p. 3.º. Sólo conservan validez los actos de contenido patrimonial beneficiosos para el menor.

La guarda se asume a petición de los padres o tutores cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor que les está encomendado. Son los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección previstos en la definición de desamparo antes reseñada y que se extraen de ella para asignarle efectos jurídicos de menor entidad. No hay una suspensión generalizada de facultades tuitivas sino una distribución, en interés del menor, de ellas entre los titulares de los deberes tuitivos y la entidad pública.

Se requiere formalización escrita con concreción de las responsabilidades que asumen la entidad y los familiares o tutores, atribuyéndose un *ius variandi* a la administración con adecuada motivación y notificación a los interesados y MF. El CC no prevé una decisión judicial constitutiva de la tutela pública, pero sí una guarda acordada por el Juez "en los casos en que legalmente proceda", precepto de indudable utilidad exegética para la orden de protección como posteriormente veremos.

La tutela pública implica la atribución a la entidad de todas las facultades de la tutela, también la guarda, concebida con tintes personalistas y constreñida a decidir con quien va a estar el menor y en qué condiciones el propio tutor o terceros van a asumir el ejercicio de los deberes tuitivos de orden personal contemplados en el art. 269 CC. Tanto esta guarda intitulada en el art. 172.3 "como función de la tutela por ministerio de la ley", como la antes comentada del art. 172.2 se ejercen por la entidad mediante el acogimiento familiar y el residencial, inspirados en los principios de interés del menor y reinserción en la propia familia.

El art. 173 regula el régimen normativo del acogimiento familiar que puede articularse a través de un hogar funcional, hallándose huérfano de disciplina legal el residencial. Tanto uno como otro se constituyen en el ámbito administrativo. El primeramente citado exige el consentimiento de la entidad, el del menor de 12 años y el de los padres o tutores. De oponerse estos últimos es precisa decisión judicial tras preceptiva propuesta del ente público. Para el residencial sólo parece exigirse decisión administrativa.

El acogimiento familiar formalizado en el plano administrativo con los requisitos del art. 173.2 y sin intervención judicial cesa a petición de padres o tutores o por la voluntad de los acogedores o de la entidad (art. 173.4). Respecto del residencial sólo se cuenta con la confusa previsión del art. 172.3, que no clarifica el régimen de extinción... El art. 173 bis introducido por LO 1/96 regula las modalidades de acogimiento familiar, simple, permanente y pre-adoptivo en una gradación de menor a mayor en la atribución de facultades a los acogedores. Por su parte el art. 173.3 prevé la posibilidad de un acogimiento familiar provisional.

Además de los acogimientos el art. 172.1 y el 174.2 aluden a medidas de protección in genere. Estimo que bajo este amparo normativo el juez puede en los supuestos reseñados acordar otras medidas de protección de menor entidad en cuanto a los efectos jurídicos pero de igual eficacia en la atención de los menores desamparados.

El régimen procesal de impugnación de las actuaciones administrativas está regulado en el art. 172.6 CC y en los arts. 779 y 780 LEC. La amplitud de la fórmula legal da pie a entender que tanto puede revisarse judicialmente las decisiones administrativas en que se asumen las facultades tuitivas como aquéllas en que se rechaza. La cuestión es discutible en particular en lo referente a la tutela automática, dada el automatismo legal con que se le configura y el sentido desjudicializador con que se concibió en la ley introductoria de 11-11-87.

Junto al desamparo la LO 1/96 reguló en su art. 17 la situación de riesgo, convertido en título habilitante complementario para la adopción de medidas protectoras sobre menores necesitados. El precepto dice "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar, en todo caso, los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social en que se encuentre y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia".

La fórmula es residual o subsidiaria en relación con la del desamparo del art. 172 CC. Se trata en todo caso de supuesto de menor relevancia tanto en la carga de riesgos y perjuicios para el menor como en la entidad de las consecuencias jurídicas subsiguientes. Repárese en que el legislador no requiere aquí el incumplimiento de deberes tuitivos, pues la situación se conforma sea cual fuere su origen "de cualquier índole...". Tampoco exige el resultado carencial al

que nos referíamos cuando comentamos el precepto definidor del desamparo. Basta en efecto con que concurra una situación de riesgo para el desarrollo personal o social del menor sin que se exija una especial inminencia o intensidad en el mismo.

Se requiere una declaración administrativa que supone la obligación en la entidad de intervenir para paliar el citado riesgo. Las medidas son en consonancia con el principio de proporcionalidad de menor fuste como se decía que las dimanantes del desamparo. La norma no las individualiza sino que utiliza una fórmula genérica. La única especificación es la relativa a la medida de seguimiento que está obligada a llevar a cabo la Administración.

El precepto debe completarse con la legislación foral, administrativa y autonómica de protección de menores en la que se hallan previstas medidas asistenciales de las que aquí no podemos ocuparnos. Entre otras medidas de carácter educativo y formativo del menor y su familia, ayuda sanitaria, control y evaluación del entorno familiar y social, ayuda a domicilio, asistencia a centros de unos y otros, etc.

Proyectaremos ahora estas consideraciones sobre los supuestos contemplados en el apartado 1 de la ley comentada y examinaremos las medidas que pueden adoptarse frente a ellos en el ámbito estrictamente civil y administrativo. Comencemos por decir que las situaciones descritas en la norma definitoria de la ley 27/2003 son subsumibles en las hipótesis de desamparo o riesgo expuestas.

Los malos tratos habituales a menores del art. 173 CC son un caso paradigmático de desamparo. Se incumplen los deberes tuitivos sometiendo al menor a conductas de violencia física o síquica y se le priva de esta manera de la necesaria asistencia material y moral. Se cumplen los requisitos que recordamos de la definición del art. 172 CP. En efecto el incumplimiento es grave, de orden general o esencial en cuanto a afecta a esferas elementales de la atención a los menores. La gravedad de la repercusión en el ámbito asistencial es clara y también la urgencia y necesidad de respuesta. La legislación autonómica protectora en muchos casos expresamente los incluye en fórmulas ejemplificativas. Así el art. 5 de la ley 7/95 de Protección de Menores de Baleares.

Los mismos razonamientos pueden hacerse respecto de los demás delitos contra los menores contemplados en el apartado 1 del art. 544 ter LECrim nuevo. En cuanto a las faltas en algún caso podría pensarse que nos encontramos en una situación del art. 17 LO 1/96. El supuesto es de difícil concurrencia, pues en todo caso el citado apartado 1 exige la situación de riesgo con la relevancia que propusimos. Ha de tenerse en cuenta además que la ley orgánica 11/2003 ha creado un nuevo tipo, el del art. 153 en que se elevan a la categoría de delito en realidad, casi todas las faltas antes contempladas en la norma habilitante.

El desamparo puede producirse en los casos en que el menor no es víctima directa de los delitos del art. 544 ter.1, pero los presencia y vive en el entorno en que se realizan. La ley 11/2003 ha mostrado específica sensibilidad frente a estos fenómenos al construir tipos agravados en los delitos de los arts. 153 y 173 CC. En la mayoría de los casos nos encontraremos ante supuestos de desamparo subsumibles en el art. 172 CC y en otros en todo caso en la situación de riesgo del art. 17 de la LO 1/96. Forzoso es realizar un comentario sucinto del art. 544 ter.11.

La norma prescribe que: "En aquellos casos en que durante la tramitación del procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores".

El precepto obedece a una concepción expansiva de la orden de protección más allá de las actuaciones en el Juzgado de Guardia. Ya comentábamos que conduce a interpretar que la tan citada orden puede dictarse en cualquier momento del procedimiento penal por violencia doméstica de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 544 ter. Al mismo tiempo extiende el ámbito personal de los sujetos protegidos.

Creo que se contemplan dos hipótesis. De un lado la del procedimiento tramitado por delitos no incluidos en el apartado 1 en los que se detecta una novedosa situación de peligro de las previstas

en el art. 544 ter.1 para personas vinculadas con el imputado por las relaciones del art. 173. En estos casos creo que aun cuando no haya conexión del art. 17 LECrim el juez con fundamento en las disposiciones sobre competencia territorial ya comentadas, estará legitimado para intervenir, siempre que no constriñamos la expresión "imputado" al que lo sea por los delitos del citado art. 544 ter.1. De otro aquellos que sí se incoan por tales infracciones y en el curso de la instrucción el riesgo se concentra en persona que no es la víctima inicialmente considerada, o se presenta para aquélla una situación arriesgada que había desaparecido. En ambos casos podrá dictarse la orden de protección.

La cuestión es si basta con la situación de riesgo para el familiar o conviviente del art. 173 CP del imputado, o es preciso además que concurren todos los supuestos del apartado 1 del art. 544 ter y entre ellos el de indicios fundados de la comisión de delito contra la persona en cuyo favor se interesa la orden. La dicción literal del precepto parece conformarse con la referida situación de riesgo sin más exigencias, aunque habrán de cumplirse los requerimientos de intensidad y objetividad del citado apartado 1 y afectar a los bienes jurídicos protegidos. En definitiva se contemplarían no sólo los riesgos o peligros para la víctima de la violencia doméstica sino también para los demás inmersos en la situación de convivencia, especialmente menores y discapacitados.

Cuando la Administración tiene noticia de datos que apuntan a una hipótesis fáctica de violencia doméstica sobre menores de edad de uno y otro signo, podemos plantearnos a la vista de las reflexiones anteriores, cuál debe ser su actuación. Desde luego la ley que examinamos le impone concretos deberes de colaboración judicial. El art. 544 ter apartado 2 obliga a los organismos asistenciales públicos a una puesta inmediata en conocimiento del juez y del Ministerio Fiscal.

En el apartado 3 se prescribe que la solicitud de la orden de protección se puede formular ante los servicios sociales o instituciones asistenciales quienes la remiten de forma inmediata al juez. En definitiva las entidades públicas cuando vengan por cualquier medio en conocimiento de los hechos contemplados en el aparta-

do 1, de oficio o a instancia de parte han de dar cuenta con toda celeridad a la autoridad judicial.

La cuestión es si tras la comunicación al juez, los entes públicos pierden su capacidad de actuación frente a la realidad de los malos tratos detectados. Entiendo que no. En primer lugar porque nada dice la ley 27/2003 al respecto. De otra parte porque aún no se ha iniciado el procedimiento judicial. Finalmente porque la declaración de desamparo es una obligación legal para la Administración en el art. 172.1 y ella y las medidas y actuaciones que comporta no quedan impedidas por la tramitación de la orden de protección como se desprende del apartado 8. Los entes protectores están llamados legalmente a intervenir más allá de los límites de vigencia de la orden en materia civil señalados en el apartado 7 y de la suerte de los procesos que ante la jurisdicción de este orden se entablen.

Al margen de consideraciones hermenéuticas lo deseable y a ellos nos referiremos más adelante es que el mandato general de coordinación que se desprende de la nueva ley se cumpla en la realidad y que la Administración protectora actúe en estrecho contacto con el MF (art. 174 CC) y con el Juez de Guardia. La elaboración de protocolos de alcance general (disposición adicional 2.^a) será una herramienta indispensable para diseñar un plan eficaz de respuesta urgente y coordinada ante los malos tratos a menores, en especial en estos primeros momentos en que se tiene noticia de ellos y se requiere una rápida actuación.

En definitiva la entidad debe declarar el desamparo en los términos del art. 172.1 CC, con la notificación a los guardadores en él previstas. Ministerio legis asume la tutela del menor, originándose la suspensión de la patria potestad y tutela ordinaria del modo en que lo recordábamos al comentar el art. 172.1 in fine. La tutela implica la guarda como función de ella según exponíamos al hilo del art. 172.3 y por tanto las facultades para decidir sobre el cuidado personal del menor.

Nada impide iniciar la tramitación del acogimiento familiar conforme al art. 173 CC ni acordar el acogimiento provisional del art. 173.3 ya citado. Tampoco hay obstáculo para decidir con

carácter inmediato el acogimiento residencial y ejecutarlo ingresando al menor en centro adecuado. Decíamos que además de los acogimientos las entidades públicas pueden acordar otras medidas de protección a que se refiere el art. 172.1 y el 174.1. Así la vigilancia y seguimiento de la situación, apoyo familiar, sanitario, etc. Pues, bien, nada se opone a que sean éstas la respuesta que en el ejercicio de su guarda dé la Administración.

Las decisiones de las entidades sobre guarda del menor sólo cederán ante la resolución de signo contrario que adopte el juez de guardia ejerciendo las facultades de los apartados 6 y 7 del art. 544 ter. Puede también suceder que al darle cuenta a éste de conformidad con los deberes de colaboración examinados venga ya la Administración ejerciendo la tutela y guarda del menor y tenga formalizados los acogimientos del art. 172 y 173.

Las reflexiones en este último caso han de ser las mismas y las concretas medidas adoptadas se supeditarán a las que acuerde órgano judicial penal. No obstará a la prevalencia de la decisión de éste que el juez civil al conocer del desamparo por la vía de los arts. 780 LEC y 1828 LEC 1881 haya dictado resoluciones sobre la cuestión. Debe tenerse en cuenta que tales resoluciones no tienen el valor de cosa juzgada y que ha de darse preferencia a la competencia del juez de guardia que está examinado una situación urgente y posterior a la enjuiciada por el juez civil. Los principios subyacentes en los arts. 3 y 114 LECrim abonan la solución que proponemos.

Veamos por último cuales son las facultades del juez de guardia en materia de protección de menores, examinando las hipótesis de que haya o no haya habido actuación administrativa previa. El apartado 7 del art. 544 ter cita entre las medidas civiles que el juez puede adoptar "cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios". De otra parte de la enumeración de posibles medidas se salvan expresamente las del art. 158 "sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 CC". La norma es confusa y obliga a una exégesis equilibrada.

La primera conclusión que ofrece su lectura es que el fundamento jurídico civil de las medidas protectoras que puede decretar

el Juez de Guardia es el art. 158 CC. No sólo se deja a salvo expresamente toda su virtualidad aplicativa, sino que se recoge literalmente en la enumeración el número 4 del precepto "cualquier disposición...". Creo que esta última deja claro al menos en lo que a los menores de edad se refiere que la orden –en lo que atañe a medidas civiles– puede dictarse para protegerlos de riesgos aun cuando no sean sujetos pasivos directos de las conductas de violencia doméstica.

Hemos de empezar por decir que el art. 158 CC desde la reforma introducida por la LO 1/96 se ha convertido en un instrumento procesal de protección de menores de general aplicación y eficacia constatada. Sobre todo porque las medidas en él previstas pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria. Su dictado no queda en exclusiva encomendado al procedimiento de jurisdicción voluntaria que tenga por objeto exclusivo pronunciarse sobre ellas sino que pueden acordarse en el seno de cualquier otro proceso.

De otra parte la norma aún cuando está inicialmente configurada y ubicada (título 7 libro 1 CC) para resolver cuestiones atinentes al ejercicio de la patria potestad, ha desbordado su cauce normativo tras la LO 1/96 para convertirse en mecanismo protector del menor en todos los ámbitos como lo revela el modificado art. 216.2 CC. El art. 544 ter apartado 7 responde a los mismos principios.

La ley 27/2003 nada ha innovado sobre la virtualidad del precepto. De no haberlo mencionado ni recogido el número 4, no habría obstáculo para su aplicación por el Juez de Guardia en virtud del mandato contenido en el art. 158 in fine. La norma se ha vuelto a modificar y alcanzar mayor amplitud en virtud de la ley orgánica 9/2002 como veíamos.

Las medidas que puede acordar el órgano judicial penal son en primer lugar las cautelares para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo en casos de incumplimiento de este deber por los padres. Están emparentadas con las de los arts. 90.C y 103.3 CC. Quizá el matiz diferencial radique en que las del art. 158 están pensadas para paliar los riesgos del incumplimiento de ambos progenitores desde la perspectiva del

hijo y no de uno respecto de las posibles infracciones del deber alimenticio del otro.

En segundo lugar el juez penal puede acordar "las disposiciones apropiadas" para proteger a los hijos en los casos en que acuerde cambios en la potestad de guarda. Se trata de una cláusula general innominada que permite acordar medidas protectoras en los casos que más adelante examinaremos en que decida modificar el status de guarda del menor. Se trata de fórmulas complementarias de apoyo de cualquier índole que palien los perjuicios que en su esfera personal, psicológica y puedan producirse. Aquí se acudirá a la entidades públicas con competencias en la materia y a la legislación y medios específicos con que cuentan.

La LO 9/2002 ha añadido en el art. 158 medidas protectoras en los casos de riesgos de sustracción del menor por progenitores o por terceras personas. La enumeración es ejemplificativa y no cerrada y contiene prohibiciones de salida, prohibición de expedición del pasaporte del menor o su retirada y autorización previa para los cambios de domicilio de este último. Son los casos en que el juez de guardia constata riesgos para la libertad del menor y para la interrupción de su marco legal asistencial a través de la comisión de delitos del art. 163 y 224 y 225 bis a los que nos referíamos al comentar el ámbito del apartado 7 del art. 544.

El art. 158.4 creo que es el que puede tener mayor virtualidad aplicativa y el que plantea mayores problemas exegéticos. Contiene una fórmula genérica también innominada bajo la que el Juez puede decretar medidas sin que sean necesarias como apuntábamos ni una especial intensidad en el riesgo o peligro ni en los perjuicios que se están produciendo o se pueden producir. Es ejemplificativa o enumerativa, representando el número 4 una cláusula de cierre omnicomprendensiva como lo revela la propia dicción de la norma "En general..." expresiva de que en el tan citado art. 158.4 están incluidas también las medidas de los números o apartados anteriores.

Examinemos ahora qué concretas decisiones puede adoptar el juez de guardia al amparo del art. 158.4. Desde luego deben reconocérsele amplias facultades para decidir sobre la guarda del

menor. Es una exigencia elemental de la finalidad de la regulación estudiada que no es otra que otorgar una respuesta integral e inmediata en nuestro caso a los menores de edad, víctimas directas o indirectas de la violencia doméstica. Tales facultades incluyen la de modificar el status de guarda, entregando al menor a terceros que le presten la asistencia necesaria o ingresándolo en centro público o privado, todo ello para evitar los riesgos derivados de la situación violenta objeto de las diligencias penales.

Creo que también ha de reconocérsele al órgano judicial penal facultades dimanantes del art. 158.4 para organizar los contactos, visitas y comunicación de los padres, tutores y guardadores con el menor víctima de malos tratos en los casos en que se decide entregar su guarda a tercero. El art. 544 ter.7 prevé expresamente estas medidas conectadas a la patria potestad y así se refiere a "determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos". Bajo esta fórmula legal debe incluirse la aplicabilidad del art. 103.1.2 CC y se ofrece así un argumento más para que admitamos en todos los casos la posibilidad que tiene el Juez de Guardia de atribuir la guarda a terceros y organizarla. En la misma línea argumentativa y de acuerdo con la finalidad tuitiva de los nuevos preceptos el Juez tiene asimismo facultades para suspender visitas y todo contacto con el menor maltratado de los padres, tutores y guardadores.

El art. 172.2 CC permite al órgano judicial además decretar la guarda administrativa "en los demás casos en que legalmente proceda...". Este precepto de acuerdo con la doctrina más autorizada contiene una remisión a todos aquellos supuestos normativos en que se prevé genérica o específicamente la atribución a terceros de todo el contenido personal de la patria potestad o tutela. Uno de ellos es sin duda el del art. 158.4 reseñado en el 544 ter LECrim. Lo que ocurre es que el ejercicio de esta guarda habrá de acomodarse a su régimen legal que es el de los arts. 172 y 173 CC.

Además de las decisiones de modificación del régimen de guarda el juez al amparo de los arts. 158.4 y 172.2 CC puede acordar otras medidas complementarias o sustitutivas de ésta como la de control, vigilancias y seguimiento de la situación, apoyo a domicilio, ayuda médica, etc.

Estimo que el precepto del CC que comentamos no le permite al juez declarar el desamparo del art. 172 CC ni constituir los acogimientos residencial y familiar del art. 172 y 173 CC. Estamos ante competencias conferidas por el CC a las entidades públicas protectoras respecto de las cuales sólo se otorgan a los jueces civiles funciones revisoras de lo por ellas actuado. Citamos con anterioridad a estos efectos los arts. 172.6 CC y 780 LEC.

En los acogimientos familiares la formalización judicial sólo cabe cuando faltan los consentimientos de padres y tutores y siempre con propuesta de la entidad y consentimiento del mayor de 12 años, requisitos estos últimos que no pueden obviarse ni entenderse modificados por la ley 27/2003. En todo caso el Juez debe dar cuenta a la entidad de los hechos a efectos de las normas mencionadas, arts. 172 y ss. CC y cumplir el mandato legal de coordinación para ofrecer respuestas integrales y coordinadas. En definitiva, como apuntábamos, el órgano judicial podrá decretar la guarda a favor de la administración, pero el ejercicio de ésta se halla sujeto a los tan citados arts. 172 y 173 CC

Decíamos que la intervención de las entidades por la vía de los preceptos últimamente citados no se suspende por la incoación del procedimiento del art. 544 ter. De todos modos las medidas acordadas por el juez como también expresábamos son preferentes a las decretadas por la Administración protectora con anterioridad y a las que posteriormente a la orden pueda acordar en el ejercicio de sus competencias.

Entre las medidas administrativas y judiciales debe regir el principio de complementariedad, explicitado en el art. 544 ter.8 en el que se prescribe la notificación a las Administraciones públicas de la orden para "la adopción de de medidas de protección social, sean éstas de asistencia social, jurídica, sanitaria, sicológica o de cualquier otra índole...". En efecto decretadas las medidas civiles por el Juez de guardia, la entidad está obligada a continuar aplicando o aplicar ex novo las previstas en el CC y legislación foral, autonómica y administrativa de protección de menores.

Respecto de los menores no sometidos a la patria potestad será de aplicación lo previsto en el art. 216.2 CC que se remite en un

todo al art. 158 CC. El art. 544 ter 7 explícitamente permite la exégesis apuntada al recoger literalmente como veíamos el art. 158.4. que alude al menor y no al hijo.

Recordemos por último que las medidas dictadas por el órgano judicial penal al amparo del art. 158 CC no está sometidas a plazo de vigencia ni a necesidad de ratificación en proceso civil como exponíamos. En realidad son medidas cautelares del orden penal (también del orden civil y de la jurisdicción voluntaria) y como éstas no están sometidas a plazos de vigencia sino a la evolución y estado probatorio y jurídico del proceso penal. Aún cuando se hallan prescritas para el proceso penal en un precepto del CC, lo cierto es que el juez de instrucción las puede decretar sin limitaciones de vigencia. Como comentábamos no puede ser designio legislativo el restarle vigor procesal a este régimen protector de menores precisamente en materias tan sensibles y necesitadas de tutela como la violencia doméstica.

IV. PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES. CUESTIONES PROCESALES

En este apartado abordaremos con un recordatorio del panorama legislativo el problema de la violencia doméstica detectada en los procedimientos matrimoniales. Examinaremos las posibilidades de respuesta con las que se cuenta en los actuales cauces procesales. Dejamos de lado la perspectiva exclusivamente exegética de los apartados anteriores y exponemos las principales cuestiones que se plantean a jueces y fiscales en la realidad diaria de estos procedimientos de familia. Finalmente nos ocuparemos con el mismo enfoque de las pautas con las que se está actuando en los citados procedimientos ante los casos del apartado 1 del nuevo art. 544 ter LECrim.

La disciplina normativa de los procesos matrimoniales y de menores se encuentra ubicada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en el Libro IV, "De los Procesos Especiales", siéndoles de aplicación las Disposiciones Generales

(Capítulo I, arts. 748 a 755), y más específicamente las contenidas en el Capítulo IV, arts. 769 a 780. Novedad importante es la regulación legal de las relaciones paterno-filiales en los supuestos de parejas de hecho con hijos comunes, cuando se solicite por uno de los progenitores la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores o se reclamen alimentos al otro progenitor en nombre de aquéllos, a los que se aplicarán los trámites previstos en la Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio (ex art. 770.6.º).

Antes de entrar a examinar los procedimientos y las medidas que en el ámbito del D.º de Familia se pueden seguir y adoptar y su eficacia para prevenir o poner fin a las situaciones de violencia tanto física como psíquica que existan en el núcleo familiar matrimonial o no matrimonial, considero que es necesario hacer alusión a dos presupuestos previos: de un lado la intervención del M.º Fiscal en estos procesos, y de otro, las amplias facultades que se le conceden al Juez civil en este orden jurisdiccional como consecuencia del principio inspirador del mismo: el del "favor filii".

1. Intervención del Ministerio Fiscal

El art. 749 de la LEC prevé la intervención preceptiva del M.º Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento (procesos de nulidad, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos –ex art. 748.3.º– y procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores –ex art. 748.4.º LEC) sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

En definitiva, el M.º Fiscal interviene en el procedimiento siempre que en la unión matrimonial o no matrimonial existan hijos menores o incapacitados en virtud de sentencia judicial de incapacitación, o alguno de los progenitores sea menor o haya sido judicialmente incapacitado, o declarado en situación de ausencia legal, ejerciendo, por consiguiente, una legitimación no sustituti-

va de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido.

En efecto, el Fiscal actúa siempre en interés del menor, y solicitará que se acuerden las medidas oportunas para el adecuado desarrollo social y psico-afectivo del mismo, sobre todo en los supuestos en que sea el sujeto pasivo de los malos tratos o bien observador de los infligidos a uno de sus progenitores con el consiguiente deterioro de su situación emocional. Por lo expuesto, considero que es imprescindible su presencia en todas las comparecencias y vistas en las que por existir hijos menores, deban de adoptarse medidas relacionadas con ellos, realizando con el Juez una labor coordinada y encaminada a llegar a la convicción de que la medida a decidir va a ser la más beneficiosa para el menor.

2. Facultades del Juez

En lo que respecta a los principios inspiradores de este tipo de procesos, debemos resaltar que se debilita el principio dispositivo. En garantía de cualquiera de los cónyuges (art. 90.2 C.ºc), de los hijos o del interés más necesitado de protección (art. 103 C.ºc), se incrementan notablemente las facultades de actuación de oficio del Juez, el cual se ve investido de potestades de tutela que ha de ejercitar en defecto e incluso en lugar de las propuestas y peticiones de los litigantes.

Es cierto que existen pretensiones sobre cuestiones de las que las partes pueden disponer libremente. Ahora bien, en los aspectos indisponibles, el Tribunal detenta un amplio poder de configuración del proceso que no queda abandonado al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Así en materia probatoria, el órgano judicial podrá acordar la práctica de todas aquellas pruebas que estime son precisas para llegar a conocer mejor la verdadera situación familiar, tanto personal como patrimonial, supliendo incluso la inactividad de las partes (arts. 752.1.º, 770.4.º.2, 771.3.º.1 y 774.2 de la LEC). De otro lado, tiene y goza de libertad de apreciación de los hechos ya que no está vinculado por la

conformidad que exista entre la partes y dictará la resolución que proceda. Asimismo tampoco está sometido a las disposiciones establecidas en la LEC sobre fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2.º de la LEC).

Pues bien, en los casos de violencia doméstica el Derecho de Familia cuenta con medios eficaces para prevenir y tratar de terminar con los episodios violentos, buscando soluciones que lleven, en interés de los menores y de la mujer maltratada, a ir preparando y abonando el camino de la ruptura definitiva que puede llevar aparejada el cese de la violencia. Es cierto, sin embargo, que son precisas las ayudas procedentes de otros órganos jurisdiccionales, así como de la Administración del Estado y de la Comunidades Autónomas para poner fin a estas situaciones. Seguidamente vamos a analizar los procedimientos previstos en la vigente LEC en los que pueden acordarse medidas para intentar prevenir y cortar de raíz la violencia en el seno de las uniones matrimoniales y de las parejas de hecho.

A) Medidas Provisionales en los procesos matrimoniales

A su vez, dentro de las mismas vamos a distinguir entre:

A) Medidas provisionales previas a la interposición de la demanda (art. 771 LEC).

B) Medidas provisionales derivadas o coetáneas a la interposición de la demanda (art. 773 LEC).

a) Medidas provisionales previas

En el art. 771 la Ley prevé dos supuestos, a saber: las medidas previas urgentes (medidas inaudita parte) y las de régimen ordinario. Características comunes a ambas son:

— *Competencia territorial.* Como excepción a las reglas de competencia generales establecidas en el art. 769, en este tipo de Medidas la competencia corresponde al Juez del domicilio del solicitante. Entendemos que el legislador ha querido, de acuerdo con la naturaleza propia de las mismas, dar una mayor facilidad a la persona que se proponga solicitarlas y que puede estar necesitada, por la situación personal o patrimonial en que se encuentra, de una rápida solución para su situación de crisis matrimonial.

— *Legitimación.* Sólo los cónyuges están legitimados para solicitarlas (art. 771.1.º). En cuanto al M.º Fiscal carece de ella, si bien al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del C.ºC podrá instar las medidas necesarias con el fin de dar protección al menor. Sin embargo, y como ya hemos visto sí que cuenta con legitimación expresa para pedir las en la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica (Ley 27/03, de 31 de julio).

— *Solicitud.* Cualquiera de los cónyuges puede formularla mediante escrito dirigido al Juzgado sin que sea precisa la asistencia de Abogado ni la representación de Procurador.

a') Medidas previas urgentes

Dispone el párrafo 2.º del n.º 2 del art. 771 de la LEC que "En la misma resolución (es decir aquella en que se cita a las partes a comparecencia una vez recibida la solicitud) podrá (el juez) acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares".

Este es el cauce legal que favorece la celeridad exigida por las situaciones de violencia familiares para poder poner fin al estado de riesgo permanente al que se ven sometidos todos los integrantes del núcleo familiar. Es evidente la naturaleza tuitiva de estas medidas pensadas para proteger los intereses de cualquiera de los

cónyuges o los de sus hijos menores o incapacitados ante una situación de grave crisis familiar que requiera una intervención judicial inmediata: supuestos de alcoholismo, drogadicción, abusos sexuales, violencia doméstica, etc. En cuanto al contenido del precepto ha de destacarse:

1. *Adopción de oficio por el juez.* Una vez recibida la solicitud, si estima que existe una situación familiar grave que demanda una solución urgente, puede, sin oír a la otra parte, dictar la resolución pertinente. Nótese que tampoco dice nada la Ley respecto a la audiencia del M.^o Fiscal, si bien estimo que sería conveniente darle cuenta a fin de que pudiera tener conocimiento de los hechos motivadores de la previsión legislativa estudiada y emitir informe sobre las medidas que considere necesarias para la protección del menor o para la aplicación de los efectos jurídicos de la ley 27/2003.

2. *Urgencia del caso.* Dada la redacción del precepto, la resolución sobre estas medidas inaudita parte está supeditada a la existencia de una situación familiar de riesgo que justifique su adopción. Los supuestos de violencia doméstica, entre otros, fundamentan la intervención judicial inspirada en la regla de celeridad.

Ahora bien debe exigirse una previa comprobación del supuesto mediante actuaciones judiciales rápidas, que pongan de manifiesto que la demora en decidir supondría consecuencias perjudiciales para algún miembro de la familia. Al ser las medidas provisionales previas medidas cautelares especiales, les son aplicables los presupuestos de estas últimas, es decir, el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho del solicitante) y el *periculum in mora* (peligro derivado del retraso).

Así, además del examen de la documentación aportada (denuncias, informes sociales, psiquiátricos, psicológicos, etc.) entendemos que nada se opone a la posibilidad de oír de modo inmediato tanto al cónyuge que sostiene la urgencia como al demandado a fin

de poder comprobar la veracidad de lo alegado. Todo ello, sin que sea precisa la intervención de Abogado ni Procurador, dada la necesidad de resolver de inmediato en pro de la estabilidad familiar.

3. No recurribilidad. Dispone la Ley que contra la resolución que se dicte "no se dará recurso alguno", lo cual es coherente con la urgencia y pendencia procesal o subordinación al trámite de comparecencia en la que se salva el principio de contradicción.

Las medidas acordadas por el Juez en esta vía son inmediatamente ejecutables. El principio de contradicción queda salvaguardado mediante la comparecencia posterior a la que son citadas las partes. Establece el n.º 2 del art. 771 que se celebrará en los diez días siguientes al de la citación, plazo que deberá ser escrupulosamente cumplido y en ella tras la práctica de las pruebas y audiencia de los litigantes con asistencia letrada las medidas urgentes adoptadas serán confirmadas o sustituidas por las medidas provisionales previas procedentes.

4. Medidas urgentes a adoptar. Son las del art. 102 del C.ºC esto es:

— Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

— Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

— Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Y además: medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos menores, a la vivienda y al ajuar familiares. Cabe plantearse si el juez puede pronunciarse también sobre el régimen de visitas y la prestación de alimentos. Parece que la hipótesis legal es taxativa, no obstante siempre está la posibilidad de utilizar la vía del

art. 158 CC. Más adelante desarrollaremos el contenido de cada una de ellas.

Hasta aquí el régimen normativo del art. 771.2 y sus posibilidades de aplicación a los casos de violencia antes de la entrada en vigor de la ley 27/2003. A partir de la vigencia de esta norma hemos de plantearnos cómo actuar en el procedimiento de familia ante la noticia de que nos hallamos ante un supuesto de malos tratos.

Deben ponderarse en primer lugar las prescripciones de los apartados 2 y 3 del art. 544 ter.a) Si hay solicitud de orden de protección por parte de las personas para ello legitimadas –a las que es preciso instruir de sus derechos– habrá de trasladarse de inmediato al Juez de guardia ante el que también está legitimado para solicitarla el MF. Mientras se tramita el procedimiento de la ley reguladora de la orden protectora nada se opone a que el Juez Civil decrete las medidas del art. 771.2 citado y las demás a que haremos referencia de los arts. 773 y 774 LEC, orientándolas a la prevención de la violencia.

a) Si no hay solicitud y se trata de procesos en que no es parte el MF, entiendo que el órgano judicial civil habrá de instruir a la víctima de sus derechos y de la manera de formular la solicitud. Al margen de ello habrá de dar cuenta al MF cuando se trate como ocurrirá en la mayoría de los supuestos del art. 544 ter.1, de delitos perseguibles de oficio. En los delitos y faltas perseguibles a instancia de parte sólo procederá en su caso la puesta en conocimiento del MF (arts. 191 y 620 CP).

También en este último caso el Juez civil acordará las medidas que estime procedentes sin ninguna limitación utilizando como veremos los trámites del procedimiento de familia con las finalidades tuitivas y preventivas de los malos tratos a que hacíamos referencia. En una y otra hipótesis la única constricción proviene de la preferencia que ha reconocerse a las decisiones del juez de guardia conforme al art. 544 ter.6, siendo lo deseable que se opere con el principio de complementariedad y coordinación entre una y otra jurisdicción a los que posteriormente aludiremos.

a") Medidas previas de régimen ordinario

La LEC regula en sus arts. 771 y 772 el procedimiento a seguir para acordar las medidas contempladas en el art. 104 del C.ºC. Así, dispone en el n.º 1.º del art. 771 que "el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los arts. 102 y 103 del Código Civil ante el Tribunal de su domicilio".

1. *Intervención de Abogado y Procurador.* Como expusimos anteriormente, el procedimiento se inicia mediante solicitud dirigida por uno de los cónyuges al Juez de su domicilio sin que sea precisa la intervención de Abogado ni Procurador, si bien la Ley reputa necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior, y más concretamente, en el n.º 2 del art. 771 establece que a la comparecencia "deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador". Así pues, la solicitud no requiere ningún formulismo, lo que tiene como finalidad el hacer más accesible el trámite a personas con dificultades. Sin embargo, una vez presentada, la postulación y asistencia letrada es preceptiva para evitar desequilibrios entre las partes en el proceso en aras del principio de igualdad.

Ciñéndonos a los casos de maltrato familiar en los que se solicite por alguna de las partes el nombramiento de profesionales de oficio, no es infrecuente que se produzcan dilaciones contrarias al principio de celeridad y a la prevención de la violencia. Como solución a este problema se acordó aprobar como conclusión en las I Jornadas de Jueces de Familia y Jueces con competencia en materia de incapaces, celebrada en Madrid los días 30 de junio a 2 de julio de 2003, hacer uso del art. 21 de la Ley 1/1996, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita que dispone que: "si, conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté conociendo del asunto estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de manera inmediata el derecho de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una

resolución motivada requiriendo a los Colegios de profesionales el nombramiento provisional de abogado y procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad. Dicha resolución se comunicará por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en los artículos precedentes".

2. *Comparecencia.* Como dispone la Ley, debe celebrarse en los diez días siguientes a la citación, debiendo acudir las partes asistidas por su letrado y representadas por su procurador así como el M.º Fiscal. En la comparecencia rige la oralidad y los principios que derivan de ella de inmediación, concentración y publicidad. El Juez y el Fiscal deben asumir una postura activa y una atención constante, tanto en lo relativo al examen de las pruebas propuestas y admitidas (documental aportada, etc.), como en las preguntas que ambos puedan dirigir a los progenitores tendentes a indagar la verdadera situación familiar (verosimilitud de los malos tratos alegados, situación patrimonial del núcleo familiar, etc.), y a adoptar las medidas que sean precisas para regular la situación de crisis matrimonial, y en los casos de violencia las necesarias para poner fin a la misma. Puede suceder:

— Que las partes lleguen a un acuerdo, en cuyo caso el Fiscal informará si está conforme con las medidas que los progenitores hayan acordado respecto a sus hijos. Evidentemente este consenso es difícil que se logre cuando existen situaciones de violencia en el seno familiar.

— Que no se llegue a un acuerdo, y entonces se procede a practicar las pruebas propuestas por las partes y MF, así como las que el Juez acuerde de oficio (art. 771.3 LEC) y a oír las alegaciones de las mismas.

3. *Auto.* "Finalizada la comparecencia o en su caso, terminado el acto que se hubiese señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el Tribunal resuelve-

rá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno" (art. 771.4 LEC). Igualmente se pone de manifiesto en estas medidas, de un lado, la urgencia de su adopción para regular lo antes posible la situación de ruptura matrimonial y poner fin, en su caso, a los episodios de violencia de que pueden ser objeto alguno de los integrantes de la familia, y de otro, su naturaleza cautelar ya que las mismas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771.5).

— *Integración o modificación.* El Juez puede completar o modificar estas medidas, una vez presentada la demanda principal, cuando lo estime necesario, en cuyo caso convocará a las partes a una comparecencia que se celebrará con arreglo a lo señalado anteriormente, y contra este auto tampoco se dará recurso alguno (art. 772 LEC). Dar al Juez la opción de abrir un nuevo debate para la modificación o integración de las medidas previas acordadas tiene una justificación fácilmente comprensible cuando ha sido otro Tribunal distinto quien las ha adoptado. Sin embargo la Ley no circunscribe esta posibilidad sólo a los casos de rectificación por un órgano judicial de lo resuelto por el otro. No hay obstáculo legal para que sea el propio Tribunal que adoptó las medidas como previas quien convoque a una nueva comparecencia al Fiscal y a las partes, cuando alguna de ellas fuera perjudicial para el interés de los menores, incapacitados o ausentes, o cuando sea contraria al interés más necesitado de protección. Esta percepción puede provenir de datos nuevos o de datos no debidamente contrastados en el procedimiento preliminar, como por ejemplo la manifestación posterior de parte o la comprobación por otros medios de la existencia de malos tratos que haga inviable el cumplimiento del régimen de visitas acordado.

La Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado señala a este respecto que el M.^o Fiscal, debe promover una nueva comparecencia cuando lo hasta el momento acordado no satisface las necesidades mínimas de protección de los intereses de los hijos

menores, o bien cuando aparezcan datos nuevos cuyo conocimiento revela exigencias distintas en el tratamiento de la situación familiar de estos hijos.

b) Medidas provisionales coetáneas

1. *Solicitud*: De modo preclusivo ha de formularse en la demanda y en la contestación.

a) *Solicitud por el demandante*. En este caso debe realizarse en el mismo escrito de demanda y una vez admitida la misma, el Juez convocará a las partes y al M.^o Fiscal a una comparecencia que se celebrará conforme a lo previsto en el art. 771 LEC.

b) *Solicitud por el demandado*. En este supuesto, se sustanciará en la vista principal siempre que se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, y el auto contra el que no cabe recurso, se dictará una vez acabado el acto cuando la sentencia no pueda pronunciarse inmediatamente después de la citada vista. Si ésta no puede celebrarse en el plazo señalado, tiene lugar la comparecencia del art. 771.

2. *Acuerdo de las partes*. Se prevé la posibilidad de que sometan a la aprobación del Tribunal el acuerdo a que hubieran llegado, con la matización de que no será vinculante para sus pretensiones ni para la decisión que el Tribunal pueda adoptar en lo que respecta a las medidas definitivas (art. 773.1).

3. *Duración de las medidas*. Subsistirán durante la tramitación del pleito principal, quedando sin efecto al ser sustituidas por las que se establezcan en la sentencia, o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

En todos los casos que venimos examinando ante la noticia de malos tratos se procederá de la forma que apuntamos al analizar las medidas urgentes. Ha de reconocerse que a medida que avanza el

proceso de familia se cuenta con más datos probatorios sobre la realidad de la violencia en el ámbito familiar y su entidad y por tanto hay mayor conocimiento de causa para actuar en consecuencia.

En todo caso el juez que conoce de los procedimientos que acabamos de recordar con las matizaciones expuestas puede y debe orientar la adopción de las medidas previstas en los arts. 90 y ss CC a la prevención de la violencia de género. También y en cualquier momento puede en los casos que examinamos aplicar las previsiones del art. 158 CC en los términos que ya comentamos

4. *Medidas provisionales en las uniones de hecho.* Como señalábamos anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 770.6 LEC para acordar las medidas cautelares que sean adecuadas a estos procesos que versan exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de aquéllos, "se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio". Por consiguiente existe una remisión directa a los preceptos reguladores de las medidas de los procesos matrimoniales (art. 771 a 775 LEC). La norma competencial es la del art. 769.3, a saber: El Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores, y en el caso de residir éstos en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

Por otra parte estimamos que son posibles las medidas previas urgentes en aquellos supuestos en que existan situaciones de riesgo inminente, con un contenido limitado a la guarda del menor, al uso de la vivienda familiar y también, como decíamos, al régimen de visitas.

Legitimados para solicitarlas están ambos progenitores, y en cuanto a la prueba tampoco existe limitación a las facultades del Juez para acordar las que crea necesarias (art. 752.1).

En los casos de violencia objeto de nuestro trabajo el Juez tiene las mismas opciones de respuesta ya examinadas en el apartado

anterior, con idéntica aplicabilidad del art. 158.3 CC y pautas de actuación ante la noticia o detección de tales casos durante la tramitación del procedimiento.

V. MEDIDAS Y MEDIOS PARA PREVENIR LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Como venimos comentando en el ámbito del Derecho de Familia, procesal y sustantivo se pueden generar respuestas relevantes en materia de violencia familiar, no sólo en el ámbito preventivo sino también una vez que los hechos ya se han producido.

Todo ello pasa por una pronta y coordinada actuación de todos los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de familia (Jueces, Fiscales, Abogados, Secretarios y Personal auxiliar, equipos técnicos), ya que una rápida intervención hará posible adoptar las medidas oportunas para conseguir el cese de la situación de violencia existente en el seno familiar e ir preparando la ruptura definitiva cuando la misma está directamente relacionada con la agresión psíquica o física continuada en el tiempo.

Para conseguirlo es importante que exista en todos los intervinientes una concienciación de la gravedad del problema, de la realidad de su existencia y de las posibilidades que proporciona la Ley para afrontarlo y solucionarlo. En este sentido, y como ya apuntábamos anteriormente, se deberá hacer uso del art. 21 de la Ley 1 / 1996, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, para la designación de abogado y procurador de oficio.

Exigencia imprescindible es la especialización de todos ellos en materia de familia, así como la unificación de criterios procesales y de praxis judicial. Por otra parte ha de destacarse también la necesidad de impulsar la actividad de mediación pre e intra judicial, pudiéndose utilizar las comparecencias y vistas para ejercer labores de mediación y conseguir un acuerdo definitivo que será más difícil cuando las relaciones están muy deterioradas. Siempre acordando la práctica de las diligencias y medidas oportunas para evitar que el cumplimiento del régimen de visitas, o la retirada de

los efectos personales, o el abandono de la vivienda familiar puedan originar la aparición de nuevos episodios de violencia.

Es igualmente relevante la claridad y concreción del fallo de la sentencia o de la parte dispositiva del auto, evitando con ello interpretaciones interesadas y abusivas de cualquiera de los progenitores. Así para facilitar la ejecución relativa al lanzamiento del cónyuge que ha de abandonar el domicilio familiar, es conveniente que en la resolución judicial se fije el plazo o el día, e incluso la hora, en que se ha de producir ese abandono. Y en cuanto al régimen de visitas, si bien es cierto que el Juez no puede recoger en la parte dispositiva de su resolución todos los puentes escolares, la fecha de comienzo de las vacaciones, etc., sí debe establecer un régimen subsidiario, para el caso de que no haya acuerdo entre los padres, lo más concreto posible, sobre todo en los puntos de mayor conflictividad puestos de manifiesto en la comparecencia.

— *Patria potestad*. Está configurada en nuestro ordenamiento jurídico (art. 154 C.º: "velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), como un conglomerado de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear a un hijo o a quienes le adoptan con identidad de consecuencias jurídicas (art. 178 CC). Y tan importantísima función en orden al cuidado y formación del hijo menor se confía a ambos progenitores conjuntamente, y ello no sólo para consagrar el principio de igualdad de derecho de los padres, sino también y fundamentalmente, con el fin de lograr una mejor protección del interés preponderante del hijo.

Ahora bien, puede ocurrir que las circunstancias concurrentes en determinados casos hagan necesario privar del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores. El supuesto legal en el procedimiento de familia está previsto en el art. 92.3.º y 4.º C.ºc, que dispone que "en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá acordarse también, cuando así convenga a los hijos, que la

patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges...". El régimen general se halla disciplinado en el art. 170 C.ºc que establece que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial".

De la interpretación de ambos preceptos se desprende (y así se ha confirmado por constante jurisprudencia) que la privación de la patria potestad se ha de limitar a supuestos fácticos acreditados, basados no en meras sospechas o alegaciones de una de las partes, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa, del perjuicio que para el hijo implica el que uno de sus padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida potestad.

Uno de estos supuestos es sin duda la violencia familiar.

Ante una situación probada de malos tratos (mediante declaraciones de la víctima, testigos, denuncias, informes médicos, partes de lesiones, informes periciales, exploraciones judiciales, etc.), la respuesta judicial debe ser contundente, no sólo cuando la violencia se ha ejercido sobre los menores (supuestos claros de privación de la potestad), sino también cuando aquélla se ha infligido a la madre en presencia de los hijos provocando en los mismos situaciones de temor y ansiedad con trastornos psicológicos, procediendo, en consecuencia, y en su beneficio e interés, privar al maltratador de la potestad sobre ellos.

En todo caso, la singularidad del Derecho de familia, su dependencia de las realidades personales y la complejidad de las mismas, exigirá siempre apreciaciones ad casum.

— *Guarda y custodia*. En los casos de malos tratos a uno de los progenitores o a los menores, la guarda y custodia de éstos debe ser atribuida al otro progenitor. En muchas ocasiones la mujer objeto de malos tratos, huyendo precisamente de ellos, se refugia junto con sus hijos en casas de acogida o en centros especializados de atención, recuperación y reinserción de mujeres maltratadas. Consideramos muy importante todo el material de conocimiento que pueden aportar estos centros a los Juzgados.

Es necesario potenciar las aportaciones de los servicios de protección a mujeres maltratadas, sobre todo en aquellos casos en que el Juzgado carezca del equipo técnico especializado en la elaboración de los informes periciales, para así poder contar con el informe psicológico de la madre y los hijos, previa realización de entrevistas, test y sesiones, elaborado por los profesionales que trabajan en el centro, y ratificación de su dictamen en presencia judicial. Todo ello con la imprescindible reserva de los datos que puedan servir para localizar el lugar donde se encuentra la mujer.

Es evidente la importancia de que los órganos judiciales cuenten con un equipo técnico especializado en materia de familia constituido por un psicólogo y un trabajador social. El desideratum sería que cada Juzgado tuviera su propio equipo. La realidad es bien distinta y con ello se priva al Juez de contar con una prueba fundamental dada la información que proporciona de todo el grupo familiar: perfil psicológico de los miembros de la familia, posibles adicciones alcohólicas o farmacológicas, drogodependencias, verosimilitud de los malos tratos o abusos alegados, relaciones paterno y materno –filiales, adaptación social, rendimiento escolar, orientación, teniendo en cuenta la necesaria estabilidad psicoafectiva de los menores, acerca de cual de los progenitores se encuentra más capacitado para ejercer la guarda y custodia, régimen de visitas con el progenitor no custodio, etc. Debe exigirse a los organismos competentes que doten a todos los Juzgados de los equipos pertinentes, o del refuerzo de los adscritos a otros órganos. La realidad diaria pone de manifiesto la necesidad de que los Gabinetes Psicosociales elaboren sus informes en el plazo legalmente establecido, sobre todo en los casos en que existan sospechas de violencia doméstica.

En esta línea debemos aludir a la exploración judicial de los menores. La Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, consagra en su art. 9 el derecho del menor a ser oído. Dispone el art. 92. 2.º C.º que "las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años". Y, por su parte la LEC vigente, establece en su art.

770.4.º que "cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años". En esta diligencia el menor puede aportar información trascendente sobre la situación familiar y sobre la realidad y entidad de los malos tratos físicos y psíquicos a la madre o a él mismo y percibir y analizar pericialmente el impacto que tienen los episodios violentos en su personalidad y proceso de formación.

Debemos ponderar asimismo los supuestos en que la custodia de los hijos menores se encomienda a terceras personas. Dispone el art. 103.1 p.º 2.º C.ºc que "excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez". La doctrina ha sostenido, con diversos argumentos, que se trata de una tutela *sui géneris*, de la institución del defensor judicial y algunos, con más acierto, de un supuesto de guarda legal o jurídica. Lo cierto es que hay un ejercicio provisional por terceros de las facultades tuitivas, (bien de orden personal o patrimonial al no excluirse éstas últimas), asumiéndose en todo caso las estrictamente personales y muy particularmente el deber de tener a los hijos en su compañía (éste parece el sentido de la expresión "encomendándolos"). El poder de decisión ordinaria que exige el ejercicio de estos deberes se atribuye a los terceros. Ante el interés del menor el Juez determinará según los casos, el modo en que los padres se relacionarán con ellos, pudiendo reservarles la toma de decisiones básicas y la participación circunstancial en el proceso de atención de sus hijos. Esta óptica de flexibilidad creemos que es la más adecuada al espíritu del precepto y a su ubicación en sede de medidas cautelares o provisionales y desde luego es un útil instrumento para abordar los casos de malos tratos objeto de nuestro estudio. El Juez puede así extraer al menor del medio familiar y encomendar su guarda a un particular o a institución pública o privada alejándolo del clima de violencia familiar que directa o indirectamente perjudique su normal desarrollo.

— *Régimen de visitas*. Dispone el art. 94 del C.ºc que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados

gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". El denominado derecho de visitas se configura como un complejo derecho-deber cuya finalidad no es primordialmente la de satisfacer los deseos de los progenitores, en especial los de aquél que no ostenta la custodia diaria del hijo, sino la de proteger los derechos y el interés del menor, a los cuales deben subordinarse cualesquiera otras consideraciones, exigiéndose, como norma general, unos contactos lo más racionales y amplios posibles con aquel de sus padres de cuya compañía cotidiana se le ha privado. Es cierto que el cumplimiento del régimen de visitas acordado en la resolución judicial es el que mayores problemas plantea en la fase de ejecución. Ya aludíamos anteriormente a la conveniencia de que en el fallo se realizaran las mayores precisiones sobre el sistema de comunicaciones con el progenitor no custodio.

Es evidente que en los casos de malos tratos deberán establecerse las cautelas precisas a fin de preservar en todo momento a la mujer y a los menores de cualquier riesgo para su integridad física o psíquica y que los denominados Puntos de Encuentro desempeñan un papel fundamental en la disminución del conflicto familiar. En efecto, el esfuerzo por evitar la coincidencia de ambos progenitores en aquellos casos en que existe conflictividad familiar, es una forma de prevenir o evitar situaciones de violencia. Los referidos puntos de encuentro deberían existir en todos los partidos judiciales, y cuando no se cuente con ellos ha de pensarse en otras precauciones como por ejemplo la entrega y recogida de los menores en el centro escolar, o a través de una tercera persona, etc.

Cumplen tales centros también una importante labor mediadora, y los informes que remiten periódicamente sobre el desarrollo de las visitas aportan una información decisiva sobre el cumplimiento del régimen acordado y acerca de conductas reveladoras de violencias en la familia.

Desde la perspectiva de los medios no es ocioso volver a insistir en la necesidad de que el Juzgado cuente con el equipo técnico necesario para que le asesore. Los trabajadores sociales también desempeñan un relevante papel mediador, y sus informes son muy

ilustrativos a la hora de concretar el régimen de comunicaciones y de vigilar su desarrollo.

Establece el art. 94 C.ºc que "el Juez determinará el tiempo y lugar del ejercicio de ese derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen...".

Si el derecho de visitas y comunicaciones tiene por finalidad establecer relaciones estables de los progenitores no custodios y sus hijos permitiendo la estancia y convivencia de los mismos durante periodos de tiempo, en aras de un equilibrado desarrollo emocional y afectivo de los menores, solamente podrá ser reducido o limitado con carácter restrictivo, en atención a razones fundadas. Es evidente que la violencia familiar grave ha de ser causa inmediata de la suspensión del régimen de visitas ya que, como dijimos, la víctima no es sólo quien sufre directamente la violencia, sino también los demás integrantes del núcleo familiar que, como espectadores de los episodios violentos pueden desarrollar graves patologías. Todo ello requerirá una ponderación ad casum valorando el material probatorio de que se dispone.

— *Pensión de alimentos.* Uno de los deberes fundamentales de la patria potestad es el de alimentar a los hijos, de acuerdo con lo que dispone el art. 154 C.ºc, deber que permanece más allá incluso de la subsistencia de la patria potestad de acuerdo con lo establecido en el art. 110 C.º c. Por su parte el art. 93 C.ºc preceptúa que "el Juez, en todo caso, 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".

Por alimentos debemos entender todo aquello que es indispensable para satisfacer las necesidades de los hijos de acuerdo con la posición social de la familia. Por ello, ambos progenitores deben contribuir de acuerdo con sus capacidades económicas. Existe pues un deber de contribución proporcional, e indisponible. Son los hijos los titulares del crédito por alimentos y quienes pueden reclamar su efectividad, si bien cuando son menores o incapaces

deberán actuar por medio de su representante legal. De lo expuesto se deduce que el hecho de que el progenitor no guardador carezca de ingresos actuales para poder hacer efectiva una pensión no extingue, por sí sólo, el derecho del hijo, que en todo caso debe ser reconocido, sin perjuicio de su futura cuantificación. No cabe la renuncia del padre custodio a recibir del otro prestación de alimentos a favor del hijo, y de haber pactos al respecto son nulos.

La forma usual de hacer efectiva la pensión alimenticia es la aportación de una cantidad de dinero mensual. También puede contribuirse con el trabajo que cada uno de los padres dedica a la atención de los hijos sujetos a la patria potestad. Asimismo, cuando existen hijos menores o incapaces, la asignación de la vivienda familiar al progenitor bajo cuya guarda y cuidado queden, debe considerarse como supuesto de contribución al deber de prestar los alimentos.

De acuerdo con el criterio de proporcionalidad anteriormente referenciado (art. 146 C.ºc), habrá que valorar el status económico-familiar en cada caso concreto y realizar un trabajo comparativo de los ingresos de todo tipo de los progenitores y las necesidades de los hijos, a la hora de fijar la pensión alimenticia. Ha de destacarse la importancia por el valor orientativo que proporciona a todos los intervinientes en el proceso de familia, de contar con tablas orientadoras para la fijación de la pensión de alimentos. En las I Jornadas de Jueces de Familia se acordó instar al CENDOJ para la elaboración de unas tablas de estas características. Mientras tanto en la comparecencia se deberá examinar toda la prueba practicada (documental, interrogatorio de las partes, etc.), y solicitarse por el M.º Fiscal y acordarse por el Juez en el fallo de la resolución, cuando ello sea posible, el importe exacto de la pensión alimenticia. Siempre conviene recordar la prescripción del apartado n.º 3 del art. 771 (medidas previas) sobre la falta de asistencia sin causa justificada de una de las partes a la comparecencia, lo que podrá "determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial".

Todo lo que venimos exponiendo es de aplicación a las previsiones del apartado 7 del art. 544 ter. En los casos de malos tratos debe resaltarse que esta medida que comentamos deberá orientarse a su prevención. También desde luego una adecuada cobertura alimenticia es mecanismo protector de la posición personal y procesal de los miembros más débiles de la familia y en situación de especial vulnerabilidad ante los episodios de violencia.

— *Ejecución.* No es aplicable a las ejecuciones de los procesos de familia el trámite específico de la ejecución provisional. Todas las medidas son ejecutables desde que se dicta el auto (provisionales previas o provisionales coetáneas, dada la firmeza del mismo, ex arts. 771.4 y 773.3 LEC) o la sentencia en primera instancia (ex art. 774.5 LEC). En los supuestos de violencia doméstica es de suma relevancia para los fines de prevención o protección, el cumplimiento efectivo de lo acordado en la resolución judicial: abandono inmediato de la vivienda, cumplimiento estricto del régimen de visitas, pago puntual de la pensión por alimentos, etc. El art. 776 contiene una serie de reglas destinadas a reforzar la ejecución forzosa de las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales, de específica aplicabilidad en las hipótesis de malos tratos.

1. *Ejecución dineraria.* Las pensiones se pueden reclamar desde el momento en que existe una resolución judicial que las establece. En los procesos contenciosos, la exigencia se puede retrotraer, en caso de alimentos, al momento de presentación de la demanda (ex art. 148 C.ºc) si así se solicita y se recoge en la sentencia. Toda demanda ejecutiva de reclamación de cantidad, líquida y determinada judicialmente, dará lugar a que se dicte Auto despachando ejecución por la cantidad principal que se reclame y la presupuestada para intereses y costas (sin determinar). Cuando la Sentencia no contenga una condena dineraria por cantidad líquida y determinada, la determinación y liquidación se efectuarán en el trámite previo al despacho de ejecución, y, una vez que se concreten, se dictará Auto por la suma correspondiente, devengándose

se intereses y pudiendo embargarse bienes del deudor a partir de ese momento de integración del título (art. 713 LEC).

— *Medidas civiles para el caso de incumplimiento.* Dispone el art. 776.1 LEC que "al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérseles multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas". Así pues, el citado precepto admite, además de las medidas persecutorias ordinarias sobre el patrimonio del padre incumplidor (orden de retención de parte de la nómina, embargo de bienes, etc.), la posibilidad de imponer multas pecuniarias coercitivas y periódicas, de manera que si no paga la pensión alimenticia se le deberá de requerir para que cumpla, bajo apercibimiento de incurrir en una multa, que efectivamente se le impondrá si el incumplimiento es reiterado. No obstante, deberá examinarse en cada caso la situación económica familiar tanto para adoptar la decisión sobre la procedencia de imponer la multa, como para fijar la cuantía de la misma. A estos efectos habrán de tenerse en cuenta las previsiones del art. 711 LEC, esto es, las multas mensuales podrán ascender a un 20% del precio o valor y la multa única al 50% de dicho precio o valor.

Todo ello al margen de que los hechos puedan constituir delito de impago de pensiones y pueda incoarse el oportuno procedimiento penal conforme al art. 227 CP.

2. *Cuestiones de ejecución no dineraria.* Sería conveniente que para los supuestos de incumplimiento del régimen de visitas acordado en la resolución judicial se regulara un procedimiento ágil y específico de ejecución. Mientras tanto estimamos que el trámite más adecuado para resolver los incidentes planteados, tanto por el progenitor custodio, como por el no custodio, es el siguiente:

— Despacho de la ejecución requiriendo personalmente a la otra parte el cumplimiento del régimen acordado.

— Traslado para oposición por término de 10 días, con cinco días para impugnación.

— Celebración de vista, en su caso, con asistencia de ambos progenitores y del M.º Fiscal. Asimismo cuando proceda, exploración del menor

— Si no hay vista, pase a informe del M.º Fiscal.

Resolución acordando mantener o no el requerimiento y adoptando medidas adecuadas en garantía del interés del menor, con respecto a la naturaleza y finalidad del fallo.

Dispone el n.º 2 del art. 776 LEC que "en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto". En definitiva, en caso de incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio se puede acudir a la imposición de multas e, incluso, a la fijación de una indemnización a favor del custodio perjudicado.

Ya hemos resaltado anteriormente la importancia de que todos los Juzgados cuenten con Puntos de Encuentro, dada su labor fundamental en la ejecución del cumplimiento de las visitas.

Establece el n.º 3 del art. 776 LEC que "el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas". Estamos ante un supuesto de modificabilidad de las circunstancias que faculta para variar el régimen establecido en resolución anterior (ex art. 775 LEC). La solicitud puede provenir de uno de los progenitores o del M.º Fiscal, si bien la redacción del artículo permite la iniciación de oficio, siempre que el Juez tenga conocimiento de la reiteración en el incumplimiento.

Todo ello al margen de que mediante un incidente de ejecución se pueda modificar también el régimen de visitas y comunicacio-

nes por la vía del art. 158.4 C.ºc. En todo caso sería conveniente que, con carácter previo al dictado de la resolución, se contara con el informe de los peritos adscritos al Juzgado favorable al cambio por ser más beneficioso para el menor.

Ya comentábamos que el art. 158 C.ºc otorga al Juez de familia unas amplias facultades de intervención de oficio, o bien a instancia del propio hijo, o del MF.

Ha de señalarse que se sigue echando en falta un precepto similar al del art. 158 C.ºc en el que la persona protegida sea la mujer maltratada, si bien en aquellos casos en que la guarda y custodia de los hijos se ha otorgado a la madre y la misma es objeto de malos tratos por parte de su cónyuge o pareja, las resoluciones de protección de los menores se proyectarán igualmente sobre ella en tanto en cuanto se mantengan las circunstancias. El art. 544 ter 7 sólo regula concretas medidas como la pensión alimenticia o el uso de la vivienda familiar. Carecemos de una norma que garantice un elenco amplio de medidas protectoras al modo del art. 158.3, aplicable en todos los procedimientos.

Lo cierto es que en la práctica se recurre en múltiples ocasiones al art. 158 C.ºc a fin de poder adoptar, en cualquier tipo de procedimiento o fase del mismo, o modificar, en su caso, las medidas que, por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto, sean necesarias para asegurar el beneficio del menor o para apartarlo de un peligro o evitarle un perjuicio. La amplitud de la norma es evidente y podemos plantearnos si con fundamento en ella, pudiera acordarse por el Juez civil la prohibición de acercamiento del progenitor que ha ejercido violencia grave en el núcleo familiar.

Recordemos el supuesto de pareja con hijos menores en que la mujer es objeto de malos tratos continuos en presencia de aquellos, causando además de problemas psicológicos, temor y miedo en los menores a la figura paterna, y en que la guarda y custodia de los hijos se ha concedido a la madre y el uso de la vivienda familiar a los mismos. ¿Podría acordarse por el Juez, como medida de protección de los hijos, la prohibición de acercamiento del padre a éstos y a la madre en un radio de distancia? Es dudosa la

respuesta afirmativa ante la falta de previsión expresa y el tratarse de restricciones de derechos reguladas en las normas penales. En todo caso es precisa una reforma legal en la línea que apuntamos

VI. MEDIDAS CONCRETAS DE COORDINACION ENTRE LA JURISDICCION PENAL Y CIVIL

Ya decíamos que la ley 27/2003 en su Exposición de Motivos formula el principio de coordinación que debe presidir la respuesta global que los malos tratos han de merecer en el ámbito administrativo y jurisdiccional y que inspira el nuevo art. 544 ter. De modo particular el apartado 10 y las disposiciones adicionales 1.^a y 2.^a traducen fórmulas concretas para lograr este objetivo, por lo que nos ocupamos seguidamente de comentar estos preceptos.

En el apartado 10 se indica que "la orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica".

El citado Registro es un novedad en nuestro Derecho en cuanto en él se anotan no sentencias firmes sino resoluciones provisionales. A pesar de la inclusión de la norma en la LECrim, no puede tener otro significado y finalidad que convertirse en instrumento para una más eficaz investigación y coordinación ante el gravísimo fenómeno de la violencia doméstica. También para la acumulación de procedimientos depurando y precisando la calificación jurídica y para ajustar la respuesta que haya de darse a los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento.

La disposición adicional primera prescribe que "El Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo general del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad".

La regulación de este novedoso Registro se confía a la vía reglamentaria. La única ordenación es la del apartado 10 en el que se señala como materia inscribible las órdenes de protección. Entiendo como apuntaba que no es preciso se trate de resoluciones firmes dada la finalidad perseguida con el mismo y que para la cancelación sí será necesaria la firmeza.

El acceso a la información contenida en el mismo corresponderá, bajo el principio de confidencialidad o secreto a los jueces civiles y penales y a las autoridades administrativas con competencias en las materias atinentes o relacionadas con la violencia doméstica. Los jueces de guardia encontrarán en sus datos una relevante información para ajustar la respuesta que deba darse en la orden de protección y valorar la situación de riesgo del art. 544 ter.1. En su caso, para proceder a la acumulación de procedimientos. Los jueces de familia contarán con mayores datos para decretar medidas que prevengan la violencia y para actuar coordinadamente con los jueces penales.

En la disposición adicional 2.^a se ordena que: "El seguimiento de la implantación de esta ley se llevará a cabo por una comisión integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado, de las profesiones jurídicas y de los Ministerios de Justicia, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales, así como por una representación de las comunidades autónomas y de las entidades locales. Corresponderá a esta comisión la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección regulada en esta ley, así como la adopción de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los jueces y Tribunales y las Administraciones competentes".

El precepto está inspirado en el reiterado designio de coordinación, de conjuntar ordenadamente todos los medios de que se dispone para combatir la violencia doméstica, de lograr la eficacia y efectividad en las respuestas que deben merecer hechos tan graves. En realidad se trata de norma organizativa en la que se crea una comisión mixta judicial-administrativa y con representación

estatal, local y de las CCAA. Se ha buscado para lograr estos fines que estén presentes todos los organismos con competencias en la materia. Se prevé la elaboración de protocolos que son desde luego instrumentos de máxima eficacia para las actuaciones primeras que han de seguirse si se quiere lograr la efectividad en la investigación de los hechos y en los mecanismos de protección de las víctimas. Tal eficacia se ha demostrado ya en la materia de malos tratos a menores.

Descendiendo al modo concreto de operar en las jurisdicciones civil y penal en los supuestos de violencia, centrémonos en primer lugar en las actuaciones del Juzgado de Guardia en el procedimiento del art. 544 ter LECrim. Entiendo que además de recabar los antecedentes al Registro ya estudiado, es necesario que en la audiencia del apartado 4 de dicho precepto se interrogue a las partes acerca de si hay procedimiento de familia. Ante las noticias o sospechas de que se halla en trámite, ha de intentarse que se unan o recaben los testimonios oportunos y que la decisión se adopte, previo su conocimiento. Recordemos que el apartado 4 permite extender en 72 horas el plazo de la audiencia, que puede ser suficiente para saber cuales son las medidas adoptadas por el juez civil (el art. 544 ter 7 obliga a tener constancia de ellas) y en base a qué pruebas.

Si no es posible contar con los testimonios del procedimiento civil para el dictado de la orden sí que es imprescindible que se aporten lo antes posible a las diligencias penales tramitadas por los malos tratos.

Tras la resolución del Juez de Guardia, el Fiscal adscrito a la misma debe dar cuenta a los Fiscales de Civil y Menores. También antes de tal resolución ha de comunicarse con ellos a efectos de recabar los antecedentes que pudieran existir. Los Fiscales de Menores con los testimonios de las actuaciones del art. 544 ter , completados en su caso por diligencias de investigación, promoverán el ejercicio de acciones de privación de patria potestad, remoción de tutela y en general de la adopción de medidas de protección que sean procedentes. Ya decíamos de todos modos que las del art. 158.4 CC no necesitan ratificación. En cualquier caso

cuando se produzca sentencia absolutoria o el Juez penal deje sin efecto lo acordado con fundamento en el citado precepto, será necesario si persiste una situación de riesgo para el menor, instar de nuevo la aplicación de sus previsiones ante la jurisdicción civil.

Los Fiscales adscritos a los Juzgados de Familia o de 1.^a Instancia –que pueden según el organigrama de la Fiscalía tener competencias en los asuntos antes reseñados de protección de menores– en los procedimientos matrimoniales con los testimonios del procedimiento penal promoverán medidas tendentes a prevenir y evitar las situaciones de violencia en el seno de la familia. Todo ello además de que tales testimonios figuren en la comparecencia que para la ratificación prevista en el art. 544 ter.7 ha de celebrarse conforme a lo que exponíamos. El MF ha de procurar, en todo caso, el trasvase de información de los procesos penales a los civiles y viceversa. La prosecución en la instrucción puede aportar nuevos datos que interese conocer al Juez Civil y éste acordar medidas o contar con informaciones que sea preciso que consten en las actuaciones penales.

Cuando es en el procedimiento de familia donde aparecen por vez primera indicios de malos tratos ya decíamos que ha de instruirse a los perjudicados de sus derechos a solicitar la orden de protección. El MF, presente en los procedimientos puede asimismo solicitarla a través del Fiscal de Guardia entregándole los testimonios oportunos del proceso civil. Si no es parte también comentábamos que el Juez habrá de poner en su conocimiento la información de que disponga para los mismos fines.

No podemos olvidar la necesaria coordinación que debe existir también entre las jurisdicciones civil y penal y las entidades públicas con competencia en protección de menores. En el trámite del art. 544 ter y cuando se detecte una situación de riesgo para ellos o sean víctimas directas de malos tratos ha de indagarse si existen actuaciones previas de la Administración y en su caso aportarse antes del dictado de la orden.

El Juez de instrucción si estima que nos hallamos ante un situación de desamparo o riesgo a las que antes nos referimos deberá comunicarlo a la entidad para que ejerza sus competencias descri-

tas en los arts. 172 y 173 CC, a más de la específica obligación de comunicación en los casos de dictado de la orden de protección (art. 544 ter.8).

Todo ello requerirá un obligado contacto entre el Fiscal de Guardia y el de Menores, a fin de que éste ejercite las facultades de superior vigilancia de la entidad y de accionar para que se adopten medidas de protección conforme al art. 174.1 y 2 CC. Podrá instar la declaración de desamparo o riesgo y en todo caso buscar con la Administración las fórmulas de coordinación con el Juzgado de Guardia para que antes y después de las actuaciones del art. 544 ter se ofrezca una respuesta jurídica y de medios global y coordinada. Las mismas pautas han de seguirse por los Fiscales adscritos a los Juzgados que tramitan procedimientos de familia.

En definitiva corresponde al MF la tarea de impulsar la tan citada coordinación entre las jurisdicciones civil y penal y la Administración. A ello le obliga su función de promover la unificación de criterios ante los Tribunales, sus relevantes competencias en materia de protección de menores y las que ha venido específicamente asumiendo ante el fenómeno de la violencia doméstica.

LA ATENCIÓN PRIMARIA COMO MEDIO
DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.
ASPECTOS MÉDICO-LEGALES

Luis Juan Segura Abad
Médico Forense de Madrid
Doctor en Medicina
Licenciado en Derecho

LA ATENCIÓN PRIMARIA COMO MEDIO DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. ASPECTOS MÉDICO-LEGALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN CIFRAS. III. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. ASPECTOS MÉDICOS. 1. Preliminares de la agresión física. 2. La agresión física y psíquica. A) Agresión física. B) Agresión psíquica. 3. Perfil psicológico de la mujer maltratada. IV. LA ATENCIÓN PRIMARIA COMO MEDIO DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. V. EL AGRESOR. CUESTIONES MÉDICAS. 1. Rasgos de personalidad frecuentes. 2. Trastornos mentales en el agresor. A) Trastornos de personalidad. B) Trastornos depresivos. C) Otros trastornos mentales. 3. El alcohol y los malos tratos. A) Etilismo agudo. B) Dependencia alcohólica. Etilismo crónico. C) Trastornos por consumo de alcohol. a) Dependencia del alcohol. b) Abuso de alcohol. c) Trastornos inducidos por el alcohol. d) Patología orgánica asociada al alcohol. 4. El tratamiento médico del agresor. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno conocido como Violencia Doméstica recibe también otras denominaciones: malos tratos en la familia, violencia de

pareja, violencia en el ámbito familiar, e incluso se ha usado el término "terrorismo" en el hogar (1). El uso de una concreta denominación obedece, por lo general, a la intención de destacar un aspecto específico de este grave problema social. En ocasiones el interés recae sobre la violencia contra la mujer en la pareja, de manera que independientemente del estado civil que une a agresor y víctima el nexo común en estos casos es la relación afectiva de pareja. En otros supuestos la violencia objeto de estudio recae sobre los menores, los ancianos, los enfermos incapaces que sufren malos tratos en el medio doméstico por sus familiares o cuidadores.

Aunque en cada situación de violencia doméstica aparece una víctima primaria hay que considerar que todos los miembros de ese núcleo familiar van a ser víctimas en alguna medida. Son numerosos los autores que relacionan las vivencias infantiles de violencia doméstica con el comportamiento violento en la edad adulta dentro de la familia (2). No se puede hablar de una sola víctima en la familia, cuando la violencia recae sobre la mujer los hijos y otros (abuelos) miembros de la misma sufren psíquicamente las consecuencias; a su vez el maltrato infantil por un progenitor ocasiona afección psicológica en los otros miembros de la familia. Así pues, existe un elemento determinante en la violencia dentro de la familia que es el carácter expansivo y global del sufrimiento que afecta a todos los miembros que la componen. Además, en ocasiones, el modelo de organización familiar de tipo autoritario basado en la amenaza y el miedo al "cabeza de familia" hace que entre los distintos componentes de la familia se genere un tipo de comportamiento basado en esa misma dinámica, así

(1) La autora americana Isabel MARCUS (1994) ha sugerido el empleo del término terrorismo en el hogar.

(2) Una de las hipótesis que explica la violencia en la pareja indica que los maltratadores fueron víctimas de agresiones en su infancia o bien fueron testigos presenciales de la violencia entre sus padres. Algunos estudios han verificado esta hipótesis: WIDOM en USA (1988), HOTALING y SUGARMAN (1986), HOLTZWORTH-MUNROE (1997).

que no es extraño que el hermano mayor maltrate a uno menor o el hijo adolescente ejerza violencia sobre la madre.

Existe otro elemento común y propio de la violencia en el hogar que viene definido por la naturaleza y connotaciones del lugar en donde se produce. La casa, el domicilio, el hogar es el lugar donde la persona desarrolla su intimidad, donde siente la seguridad y protección de su pequeño universo vital. En el hogar se descansa de las tensiones del mundo exterior y se expanden los vínculos afectivos con los otros miembros que comparten el mismo espacio doméstico. Cuando la violencia asienta en este ámbito la víctima queda desposeída de un entorno seguro en el que desarrollar su vida más íntima, la casa es una pesadilla de la que con frecuencia es imposible escapar porque el maltratador impone la "reclusión" de la víctima. El riesgo de sufrimiento físico se convierte en una constante durante todo el día y el sufrimiento psíquico es permanente porque la víctima está ligada al lugar de su tortura, a su casa; puede salir temporalmente (al trabajo, a la compra...) pero siempre vuelve a su hogar. En definitiva, lo que en un momento fue un lugar de felicidad se transforma ahora en un odioso entorno lleno de obligaciones y peligros. En este sentido y de forma muy gráfica se ha definido el dormitorio conyugal como una "cámara de torturas" en la violencia de pareja.

La protección social y jurídica del domicilio hace de él un lugar reservado en el que la actividad violenta pueda quedar oculta y con escasa trascendencia al exterior. El ambiente del maltrato se realiza en la intimidad del hogar y parte del abuso incorpora un pacto –obligado– de silencio entre víctima y victimario. Para "facilitar" el mantenimiento de este pacto el sujeto violento tiende a propiciar poco las salidas de la víctima, lo justo para hacer la compra o las actividades más perentorias, evitando así que el sujeto de maltrato "caiga" en la tentación de compartir su dramática experiencia. Esta situación se expresa adecuadamente en la frase de LORENTE (3) "a las mujeres les queda prohibido lo público (amigas, cine, teatro, incluso trabajo) y lo privado las va matan-

(3) En *Mi marido me pega lo normal*. Ed. Ares y Mares. 2001.

do". Esta visión de la privacidad ligada al domicilio se extiende en la sociedad de modo que a veces las personas del entorno –vecinos y familia– se amparan en ella para "mirar a otro lado" o bien para justificar lo injustificable.

El vínculo familiar, afectivo, no es elemento común a todo tipo de maltrato doméstico; con frecuencia se conocen violencias reiteradas sobre ancianos o enfermos que están a merced de unos cuidadores violentos y maltratadores.

La mayor parte de los casos de violencia doméstica que nos ocupan cotidianamente en el ámbito sanitario y en la actividad del médico forense son los que podríamos llamar violencia en la pareja y especialmente violencia sobre la mujer a manos de su pareja. Será a este tipo de violencia doméstica a la que me refiera en adelante, lo que no significa que me parezca irrelevante la violencia sobre los niños o los ancianos, al contrario, cabe pensar que se trata de un problema extenso que aún no ha aflorado lo suficiente ni cuantitativa ni cualitativamente.

II. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN CIFRAS

La Fiscalía General del Estado subraya el notable aumento de las medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica adoptadas en 2002 respecto a 2001, y destaca el incremento de más de un 600 por ciento en las detenciones judiciales y de un 172 por ciento en las medidas de prisión provisional. Así se desprende de la Memoria anual de la Fiscalía, hecha pública con motivo de la apertura del año judicial, y en la que también se pone de manifiesto el incremento del número de procedimientos abiertos por malos tratos en el ámbito doméstico.

Respecto a la adopción de medidas cautelares, la memoria del ministerio público revela que las de detención judicial han aumentado de 69 en 2001 a 487 a 2002 (un incremento del 607 por ciento), mientras que las de prisión provisional alcanzaron el pasado año los 238 casos (un 172 por ciento más que en 2001). Respecto a la adopción de medidas cautelares, la memoria del ministerio

público revela que las de detención judicial han aumentado de 69 en 2001 a 487 a 2002 (un incremento del 607 por ciento), mientras que las de prisión provisional alcanzaron el pasado año los 238 casos (un 172 por ciento más que en 2001).

Asimismo, la aplicación de medidas de prohibición de residencia, de acudir a determinados lugares y de aproximarse o comunicarse se incremento en un 61%, pasando de las 834 del 2001 a las 1.350 del año pasado. También aumentaron de forma significativa, según la Fiscalía, las medidas de intervención de armas (62) y de internamiento psiquiátrico (24). Por otra parte, el número de procedimientos por delito incoados en 2002 por violencia doméstica ascendió a 11.117, por las 8.573 de 2001, un incremento del 29 por ciento, mientras que los juicios de faltas pasaron de 5.255 a 6.776 y los sumarios de 29 a 67. Destaca el incremento de las causas incoadas por maltrato habitual (4.397 por 2.784 de 2001) y el de los asuntos denunciados en relación a lesiones (pasa de 3.044 a 3.232) y amenazas (2.885 a 3.110), si bien ha descendido un 19 por ciento el número de causas incoadas por faltas (de 17299 a 14091). Las causas calificadas como delito alcanzaron las 1.438, por las 1.158 de 2001, lo que supone un incremento del 24 por ciento. Según el apartado sociológico del informe, el 88 por ciento de las víctimas (25.752) fueron mujeres y el 12 por ciento hombres (3.700), mientras que en el 90 por ciento de los casos el agresor fue un varón (25.690) y en un diez por ciento quien agredió fue una mujer (2.508), datos que coinciden con la tendencia general de los últimos años. El 55 por ciento de las agresiones se registraron entre cónyuges o ex cónyuges (15.247), mientras que en parejas o ex parejas de hecho se produjeron 8.634 (un 28 por ciento del total). El 7,4 por ciento de las agresiones se realizó sobre los hijos y un 5 por ciento sobre los ascendientes, datos muy semejantes a los del año 2001.

La violencia doméstica es objeto de estudio por instituciones de ámbito internacional, así la OMS recomienda planes multisectoriales en el ámbito estatal y la mejora de la información para prevenir la violencia doméstica durante la clausura de la XXI reunión de las Sociedades Española y Europea de Epidemiología, expertos

internaciones han abordado el papel preventivo de la Salud Pública frente a este tipo de violencia. En el transcurso de la sesión de clausura de la XXI reunión científica de la Sociedad Española de Epidemiología y la Federación Europea de la Asociación Internacional de Epidemiología, que tuvo lugar del 1 al 4 de octubre en Toledo, se debatió sobre el papel de la epidemiología y la salud pública en la prevención de la violencia. En este acto de clausura intervinieron los prestigiosos doctores Klaus Peter Strohmeier, de la Facultad de Sociología de la Universidad de Ruhr (Bochum, Alemania), Alexander Butchart, de la oficina de la Organización Mundial de la Salud de la región europea y Jonathan Shepherd, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Gales (Reino Unido). Las principales líneas de exposición se centraron en el importante papel preventivo que deben poseer las políticas sociales y las infraestructuras sobre el factor de riesgo que constituye el propio entorno de las áreas urbanas en función del diferente nivel de peligrosidad identificado. En este sentido, los expertos reunidos en la capital toledana, expusieron las principales recomendaciones de la OMS para la reducción de la violencia, entre las que cabe destacar el desarrollo de planes nacionales de acción multisectorial, la mejora de los servicios de información, la promoción de la prevención primaria, el fortalecimiento de los servicios destinados a víctimas, la integración de las estrategias de prevención en las políticas sociales y de educación, y la búsqueda de alianzas consensuadas frente al consumo de drogas y el comercio de armas.

En cuanto a víctimas de violencia de género la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas (4) aporta las siguientes cifras:

- Año 1999: 58 casos.
- Año 2000: 65 casos.
- Año 2001: 70 casos.
- Año 2002: 69 casos.
- Año 2003: 89 casos (al 24 de noviembre).

(4) Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas (<http://www.separadasydivorciadas.org>).

III. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. ASPECTOS MÉDICOS

La violencia contra la mujer, la denominada violencia de género, tiene sus raíces en la propia situación de discriminación que presenta la mujer en la sociedad. La desigualdad de la mujer frente al varón, aún en las modernas sociedades, hace de ella una víctima social que ha de conformarse con peor remuneración por su trabajo que sus compañeros varones, con realizar tareas domésticas en horario suplementario al propio del trabajo fuera del hogar, con la responsabilidad de la atención a los niños y mayores mientras el hombre rehuye estas actividades, etc. Muchos autores consideran que la violencia en la pareja, en el hogar, no es más que la exageración llevada al límite de la victimización social de las mujeres. De alguna manera, en nuestra sociedad, se puede asegurar respecto a las mujeres que aún permanecen bajo el esquema de las "virtudes que deben adornar a la perfecta casada" de FRAY LUIS DE LEÓN (5).

La participación de cada uno de nosotros en el mantenimiento de ese tratamiento diferencial según género se observa en pequeños detalles cotidianos, de los que las propias mujeres participan y tienen bien asumidos. A modo de ejemplos: las hijas adolescentes tienen horarios de asueto más controlados que sus hermanos de similar edad, las chicas han de ayudar a la madre en tareas domésticas y los muchachos no, las niñas adolescentes han de "controlar" sus experiencias sexuales mientras los chicos "pueden" practicar abundantemente para hacerse verdaderos hombres.

Participo de la misma hipótesis que otros autores sobre la naturaleza de la agresión a la mujer, la mujer sufre agresiones por el hecho de ser mujer y ello propiciado por la misma sociedad que trata con frecuencia de minimizar la importancia del fenómeno y

(5) FRAY LUIS DE LEÓN publicó *La perfecta casada* en 1583. Originalmente había escrito el libro para una parienta suya María Varela Osorio como una guía de comportamiento para la mujer casada y cristiana. En realidad de eso trata el libro: es una guía para las mujeres casadas y cómo deben desenvolverse en la casa, en el mundo y con relación al marido, la familia y el trabajo.

tiende a justificarlo sistemáticamente. En este sentido me parece muy acertada la exposición que hace Miguel LORENTE (6) sobre este punto: "No es una violencia doméstica porque es salvaje, ni es familiar porque no sólo se produce en las relaciones o en el ambiente familiar. A la mujer se la arremete por ser mujer, no por ser esposa, madre, ama de casa; por eso muchas de las agresiones se producen cuando aún no se ha iniciado la relación familiar o doméstica, durante el noviazgo de la pareja, y no terminan cuando sí lo ha hecho la relación doméstica o familiar; de modo que los que un día fueron maridos y compañeros siguen agrediendo, acosando y amenazando a las mujeres con las que han compartido la relación". Esta forma de entender el origen y causa de la violencia sobre la mujer explica que no pueda considerarse como un fenómeno puntual o un rosario de casos aislados, se trata de un fenómeno global que requiere una solución conjunta en la que los elementos productivos de la violencia se traten de manera completa.

1. *Preliminares de la agresión física*

No es frecuente que el maltrato a la mujer comience con un golpe, físicamente hablando. Los inicios de la agresión son sutiles y probablemente más efectivos que una agresión física, que originaría en la víctima un rechazo frontal. Se comienza con una actitud hacia la mujer, con la que se comparte teóricamente una relación de afecto, que contiene como ingredientes básicos la frialdad afectiva teñida de menosprecio y falta de consideración. Progresivamente se añade un claro rechazo hacia la mujer con actos intimidatorios que incluyen violencia verbal y sobre los objetos, también a veces violencia física sobre animales domésticos y sobre otros miembros de la familia, generalmente los hijos pequeños. Esta situación mantenida en el tiempo genera un malestar psíquico en la mujer que se siente rechazada, menospreciada y perma-

(6) Ob. cit. *Mi marido me pega lo normal*, pág. 38.

nentemente amenazada. Durante un cierto tiempo considera que su marido, o en general su pareja, tiene un problema y con frecuencia adopta una actitud de "comprensión" e intenta ayudarlo pero pronto se da cuenta de que quien tiene realmente el problema es ella.

La evolución temporal de la situación de maltrato psíquico en la pareja lleva a la mujer a una posición de entrega y sumisión al agresor, la mujer está a merced del violento. Esta renuncia, la mujer "tira la toalla", conlleva un alto precio de adaptación con rasgos psicopatológicos de gran interés para un diagnóstico precoz del maltrato:

- La mujer tiene un cuadro constituido por falta de autoestima, tristeza, bajo tono vital, ausencia de proyectos o ilusiones, apatía. También se aprecia ansiedad como producto de la situación adaptativa que a veces se expresa como crisis de angustia o trastorno de estrés agudo.

- La somatización del conflicto interno se produce con frecuencia en grados variables. Son frecuentes las cefaleas a última hora de la tarde, las afecciones de vías respiratorias altas, dolores osteoarticulares difusos, dolorimientos musculares con fatiga y astenia.

Este estado físico y psíquico coloca a la mujer en una situación en la que se ve incapaz de tomar decisiones frente al agresor e incluso se encuentra imposibilitada de llevar adelante su vida habitual, sus ocupaciones cotidianas. En esta etapa de adaptación al inicio de la violencia de pareja se empiezan a resentir las obligaciones de la mujer, tanto las que tiene fuera del hogar –su trabajo– como las que abarcan sus tareas domésticas. La pérdida de bienestar psíquico y las alteraciones psicósomáticas que llevan a la apatía y debilitamiento de la mujer se compaginan mal con las obligaciones de la mujer, esto se expresa con disminución del rendimiento laboral y absentismo laboral (bajas por depresión, por estrés laboral, cuadros infecciosos no bien filiados, alteraciones

osteomusculares, etc.) que no en pocas ocasiones terminan con despidos del trabajo. La mujer puede buscar en la actividad laboral algo de "respiro" a la situación que vive en casa además de obtener un rendimiento económico que en el futuro le pueda ayudar a emprender una nueva vida independiente; pero el maltratador no es amigo de la independencia económica y social de su pareja, al contrario la tendencia de estas situaciones es a lo que se ha descrito como "secuestro doméstico" alejando a la víctima de cualquier posibilidad de promoción.

Así pues, la propia adaptación inicial de la mujer a su situación de maltrato la conduce a un estado psico-físico inapropiado para el desarrollo de una actividad laboral normal y también al normal desempeño de sus tareas en el hogar lo que conlleva un motivo de agravamiento de los malos tratos, además de la justificación y la progresiva asunción de culpas por la mujer que comprende el "lógico" malestar del marido ante esta situación de dejación.

2. La agresión física y psíquica

Buena parte de las mujeres que sufren maltrato y que han superado la fase expuesta anteriormente adoptan una actitud de justificación de la conducta violenta de su pareja. La víctima tiene una vida reducida, el maltrato rompe los lazos familiares y laborales de la mujer, de manera que su contexto vital se reduce al ámbito doméstico por lo que –como mecanismo de adaptación en la supervivencia– la víctima adquiere una adherencia anómala a su verdugo, se trata de una especie de síndrome de Estocolmo.

La identidad de la mujer es atacada por el maltratador y destruye en ella las aficiones, las iniciativas personales e incluso la autonomía de pensamiento que ha de adaptarse al de él para evitar desencadenar la violencia. Así pues, durante un largo periodo de tiempo la víctima adapta su vida, su comportamiento al del agresor y ello unas veces por convencimiento (asumen la culpabilidad de tareas mal realizadas) y otras para sortear la liberación de la furia de su compañero.

A) *Agresión física*

Y es en este periodo evolutivo cuando, a pesar de la aparente "sintonía" entre agresor y víctima, se produce el primer golpe físico, directo. Antes pudo haber empujones, movimientos bruscos, pero ahora es un golpe dirigido y consciente para producir daño físico inequívoco. También las agresiones físicas tienen una evolución temporal, al principio más leves van cobrando mayor intensidad y lesividad. Al inicio es un golpe aislado con el paso del tiempo son palizas en todo su significado y amplitud.

- Se observan en los primeros momentos hematomas, a veces hematomas formes con la huella de digitaciones (7) que expresan una forma violenta de agarrar con la mano y con fuerza extrema, también erosiones/excoriaciones cutáneas que explican un mecanismo de fricción intenso sobre la zona lesionada que ocurren cuando la víctima tiende a liberarse de una sujeción.

- Las heridas suponen una pérdida de la continuidad de los tejidos cutáneos. Las más frecuentes son las de tipo contuso en las que un objeto romo incide sobre el organismo venciendo la resistencia de la piel, el objeto golpea sobre una zona bajo la que subyace un plano o saliente óseo de manera que los tejidos ceden entre dos elementos de elevada consistencia (arma y hueso). Este tipo de lesiones son frecuentes al empujar a la víctima y golpear ésta sobre un objeto duro (borde de la bañera, muebles, paredes, suelo, etc.) o bien al agredirla directamente con un objeto contundente. Las heridas incisivas, producidas por objetos cortantes, son menos frecuentes; pueden observarse dos modalidades las ocasionadas por arma blanca con intención claramente lesiva u homicida.

(7) El maltratador, al menos en las primeras etapas evolutivas del fenómeno, necesita agredir de propia mano, no le sirven objetos intermedios, precisa sentir con sus manos la violencia que ejerce directamente. Con el paso del tiempo utiliza instrumentos (arma blanca, arma de fuego) con fines intimidatorios o con finalidad claramente lesiva u homicida.

da y aquéllas otras poco profundas, de trayectoria amplia que en lugares especiales (generalmente en el cuello) nos sugieren el uso del arma como mecanismo intimidatorio, a la manera que se encuentran en algunas agresiones sexuales.

A diferencia de los hematomas y las lesiones erosivas de la piel, que pueden ser curadas en casa o no requieren asistencia médica, las heridas constituyen un elemento de alarma y diagnóstico de malos tratos pues en general precisan de ayuda sanitaria profesional. La víctima no acude a un servicio de urgencias tras ocurrir la agresión, es típico que cuando el médico atiende a la lesionada han pasado varias horas de la agresión y la herida ha intentado ser tratada de forma infructuosa e inapropiada en casa, otras veces la evolución es de días por lo que la herida está infectada y supurando con los bordes tumefactos y precisa de tratamiento médico y quirúrgico. A la consulta médica va la víctima con su agresor y relatan la forma en que sucedió la lesión intentando explicar lo inexplicable o imposible desde un punto de vista médico.

- Las lesiones osteoarticulares (ligamentos, tendones, músculos, huesos) se ocasionan por tracciones de las extremidades al intentar huir la víctima o por traumatismos directos, a veces de tal intensidad que son capaces de producir fracturas óseas. También este tipo de patología traumática requiere asistencia médica, que también suele estar derivada en el tiempo de forma inexplicable y con complicaciones derivadas de un inadecuado tratamiento inicial.

La exploración física de una víctima de malos tratos habituales ofrece algunos hallazgos peculiares que nos permiten orientar el diagnóstico: de un lado es frecuente encontrar lesiones de distinta data, de manera que coexisten equimosis de distinta evolución asociadas a erosiones/excoriaciones e incluso heridas de cicatrización tórpida por haber sido abandonadas a su curso natural. La explicación de la paciente cuando es preguntada por el origen de las lesiones difiere, si está en presencia de su maltratador contará un relato poco espontáneo y previamente aprendido (y probablemente pac-

tado con él), si el médico a la vista de las lesiones y sospechando la situación de violencia hace salir de la sala de exploraciones al acompañante es probable que la mujer relate parte de su vivencia, aunque la negativa a reconocer su situación de maltrato (8) puede mantenerse aún en esta situación. El médico experimentado podrá afianzar aún más la sospecha diagnóstica si la negación y el silencio son la única justificación al cuadro lesivo evidente.

Otra peculiaridad de las lesiones en malos tratos habituales es su localización. La paciente acude al médico y en los prolegómenos de la entrevista médica previos al examen físico no encontramos en las zonas visibles habitualmente nada que nos llame la atención: la cara, el cuello, las extremidades superiores e inferiores que son áreas expuestas generalmente no presentan lesiones; cuando la enferma se desnuda para la exploración el contraste es muy llamativo: se aprecian equimosis en los pechos (típicamente de mordedura humana), erosiones lineales (arañazos), pequeñas quemaduras (cigarrillos), etc., también en región dorsal y abdominal. El abdomen es un lugar especialmente lesionado cuando se trata de mujeres embarazadas, considerando además que el embarazo puede ser un factor de especial riesgo de malos tratos según se ha documentado en numerosos estudios (9). La exploración cuidadosa del cuero cabelludo puede descubrir la presencia de cefalohematomas (vulgarmente "chichones") o cicatrices correspondientes a peque-

(8) La negación del maltrato ha sido amplia y acertadamente tratada por Blanca VÁZQUEZ MEZQUITA, psicóloga de la Clínica Médico Forense de Madrid, en la ponencia "El perfil psicológico de la mujer maltratada" que se publicó en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I*. 1998-1999 por el Centro de Estudios Jurídicos y el Instituto de la Mujer. Se explica en esta ponencia: "En primer lugar, la mujer niega el abuso porque la negación es un mecanismo básico de defensa, normal, adaptativo, dirigido a protegernos de aquellas experiencias que nos son en exceso penosas o incluso insoportables. Es una forma de economía psíquica, una forma de defendernos contra contenidos desagradables en la conciencia. Pero la mujer maltratada tiene más motivos aún para negar. La mujer que ha sufrido violencia física de forma reiterada, pone en juego también otro mecanismo de defensa cual es la disociación".

(9) KLEIN Y WHITE, 1996. Gelles, 1990.

ñas heridas contusas de diverso grado evolutivo. Las lesiones en el maltrato hay que buscarlas en lugares poco visibles, con frecuencia en regiones genitales o paragenitales.

Un elemento clave y característico en la exploración física de estas mujeres está referido al profesional sanitario, al médico. La actitud del paciente respecto al médico asistencial es, por lo general, de colaboración para la consecución de los medios que promocionen su salud. La anamnesis que precede al examen médico configura la relación de confianza asistencial que ha de establecerse entre médico y paciente, es un primer paso primordial para obtener información muy valiosa respecto a la patología consultada y para establecer una comunicación con empatía. La mujer maltratada no está en disposición de hablar, no desea expresar parte de lo que considera su intimidad o no puede hacerlo, de forma que el médico encontrará una paciente encerrada en sí misma con escasa capacidad de comunicación y tendrá que ser él, el médico o la médica, quien se esfuerce en encontrar los datos objetivos para el diagnóstico de maltrato. La actitud de búsqueda del profesional sanitario con frecuencia choca frontalmente con la oposición del acompañante-maltratador y resulta difícil convencer a la mujer de que se desnude completamente para ser explorada pues la oposición de ésta y de su pareja ponen al médico en la difícil situación de atentar contra la "libertad" de la paciente, de igual forma se intentan eludir exploraciones radiológicas o analíticas que son esenciales para el diagnóstico. La exploración física de estas pacientes se aconseja que al menos en parte se realice a solas con la mujer.

También cabe la posibilidad de agresiones físicas con escasa o nula lesión externa, así cuando las contusiones se producen de manera que la piel y los tejidos más superficiales del cuerpo no sufren directamente la fuerza viva sino que se amortigua por un elemento elástico intermedio es posible que el examen externo no muestre suficiente atricción cutánea mientras los tejidos y órganos profundos sufren graves lesiones. Esto explica que la actitud diagnóstica del médico ha de ser activa en la búsqueda de lesiones porque tal vez la paciente niegue haber sufrido la más leve contusión

cuando su hígado está comenzando a sangrar abundantemente con gran riesgo para su vida.

B) Agresión psíquica (10)

La agresión psíquica comienza en la primera fase en la que aún no se ha iniciado la agresión física y según la amplitud temporal de esa etapa las repercusiones en la esfera mental pueden ser de mayor o menor entidad, pueden ir desde una reacción vivencial moderada hasta constituir un profundo trastorno. Pero en esta segunda etapa del modelo de maltrato que expongo la agresión psíquica se consolida y adquiere generalmente tal grado que se manifiesta con claros signos de sufrimiento psíquico intenso. Indudablemente la agresión física conlleva una agresión psíquica asociada pero también en esta fase el maltratador mantiene el "cerco psicológico" de su víctima, así que el sufrimiento psíquico se ve reforzado.

Cuando se habla de alteraciones psíquicas en las mujeres maltratadas se deben diferenciar tres situaciones distintas, de un lado existen las respuestas o reacciones psicológicas, de otro los trastornos psíquicos o lesiones psíquicas y finalmente las secuelas psíquicas que son estados residuales del padecimiento que van a mantenerse en el tiempo y dificultan el desarrollo futuro de la mujer. No se puede separar siempre de forma nítida lo que constituye una reacción emocional frente a la violencia de lo que es un trastorno psicológico que precisa atención médica y puede considerarse incluso secuela psíquica.

- *Las respuestas o reacciones psicológicas* que con frecuencia se ponen en marcha ante la situación de violencia de pareja se incluyen las reacciones emocionales de miedo, inseguridad, sen-

(10) Los criterios diagnósticos expuestos en este trabajo se ajustan a los contenidos en el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-IV-TR*. Ed. Masson. 2002, aunque en algunos cuadros psicopatológicos se han resumido o adaptado a un lenguaje sencillo para hacerlo más comprensible al lector ajeno a la medicina y específicamente al diagnóstico psiquiátrico.

sación de abandono y humillación, frustración. Cuando estas reacciones son anormalmente intensas o muy duraderas caben incluirse no ya entre las reacciones vivenciales normales sino como alteraciones psíquicas determinadas.

- *Trastornos de ansiedad*: La ansiedad es la manifestación más importante en situaciones de amenaza para la vida o la seguridad. La forma de expresarse es múltiple habiéndose descrito como cuadros asociados al maltrato de la mujer: crisis de angustia, trastorno por estrés postraumático, trastorno por estrés agudo y trastorno de ansiedad generalizada.

La característica principal de una *crisis de angustia* es la aparición aislada y temporal (habitualmente dura unos 10 minutos) de miedo o malestar de carácter intenso, en ausencia de peligro real, que se acompaña de síntomas somáticos (palpitaciones, sudoración, temblores, sensación de falta de aire, opresión torácica, molestias digestivas, mareo, parestesias, miedo a morir, miedo a perder el control, sensación de irrealidad).

El *trastorno por estrés postraumático* viene determinado porque la persona que lo sufre ha estado expuesta a un acontecimiento traumático con amenaza para su integridad física o la de los demás y ha respondido con temor desesperanza o un horror intensos de manera que el acontecimiento es reexperimentado persistentemente (recuerdos, sueños) y genera situaciones evitativas, síntomas de irritabilidad, trastornos del sueño, falta de concentración, hipervigilancia y respuestas exageradas de sobresalto.

El *trastorno por estrés agudo* es similar al anterior y su diagnóstico lo sitúa cercano al evento que lo origina. Trastorno de ansiedad generalizada que a la mujer le resulta difícil controlar incluye alguno de los siguientes síntomas: inquietud o impaciencia, fatigabilidad fácil, dificultad para concentrarse, irritabilidad, tensión muscular, alteraciones del sueño.

- *Trastornos del estado de ánimo*: Los estados depresivos son formas habituales de manifestar el conflicto de violencia familiar.

Los trastornos de este tipo que se observan en situaciones de maltrato doméstico son fundamentalmente el denominado trastorno depresivo mayor y el trastorno distímico.

El *trastorno depresivo mayor* se caracteriza por estado de ánimo depresivo y/o pérdida de interés o de la capacidad para el placer durante un periodo de al menos 2 semanas. Los síntomas que se producen en este cuadro de forma cotidiana incluyen: estado de ánimo depresivo la mayor parte del día (se siente triste o vacío), disminución del interés o de la capacidad para el placer en todas o casi todas las actividades del día, pérdida o ganancia importante de peso (>5% del peso corporal en un mes) por pérdida o aumento significativo del apetito, insomnio o hipersomnia, agitación o enlentecimiento psicomotores, fatiga o pérdida de energía, sentimientos de inutilidad o de culpa excesivos o inapropiados, disminución de la capacidad para pensar o concentrarse o indecisión, pensamientos recurrentes de muerte, ideación suicida recurrente sin plan específico o una tentativa de suicidio.

Trastorno depresivo menor tiene una duración similar al anterior, 2 semanas, pero los síntomas depresivos que presenta el paciente son menos numerosos (menos de cinco síntomas) que en la forma mayor.

Trastorno distímico es un estado de ánimo crónicamente depresivo la mayor parte del día, la mayor parte de los días durante al menos 2 años. Los síntomas que puede presentar la enferma son: pérdida o aumento del apetito, insomnio o hipersomnia, falta de energía o fatiga, baja autoestima, dificultades para concentrarse o tomar decisiones, sentimientos de desesperanza.

- *Trastornos disociativos*: se trata de alteraciones psíquicas en las que se afectan las funciones integradoras de la conciencia, la identidad, la memoria y la percepción del entorno. Según explica CARRASCO GÓMEZ (11) haciendo referencia a VÁZQUEZ

(11) CARRASCO GÓMEZ, J.J., y MAZA MARTÍN, J.M., *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. 2.^a Ed. La Ley, pág. 1472.

MEZQUITA "la mujer maltratada, además de la negación, pone en marcha otro mecanismo de defensa que es la disociación", que favorece la minimización del daño, el alejamiento de la experiencia traumática, "un no estar presente psíquico" durante la agresión, que supone una especie de amortiguamiento y una suerte de anestesia ante el dolor físico, separando la experiencia física de la experiencia cognitiva de estar siendo agredida y dañada. Esto a la larga provoca un distanciamiento entre el "sentir" y el "pensar", siendo la víctima incapaz de integrar emoción y experiencia. En este ámbito de trastornos psíquicos los de mayor interés aquí son la amnesia disociativa y el trastorno de identidad disociativo.

Amnesia disociativa consiste en uno o varios episodios de incapacidad para recordar información personal importante, por lo general se trata de un acontecimiento de tipo traumático o estresante y que no se explica, dada su amplitud, por el olvido ordinario.

Trastorno de identidad disociativo se explica por la presencia de dos o más identidades o estados de personalidad, cada una con un patrón propio y relativamente persistente de percepción, interacción y concepción del entorno y de sí mismo. Estas identidades controlan de forma recurrente el comportamiento del sujeto y se asocian a una incapacidad para recordar información personal importante que es demasiado amplia para ser explicada por el olvido ordinario. Según CARRASCO GÓMEZ en este tipo de trastorno "la etiología se pone en relación con una historia de maltrato y especialmente con abuso sexual". Hay que tener en cuenta que independientemente de estos dos cuadros, bien delimitados en el campo de los trastornos disociativos, existen síntomas disociativos en los criterios establecidos para el diagnóstico de trastorno por estrés agudo y en el trastorno por estrés postraumático.

- *Trastornos adaptativos*: son respuestas psicológicas a uno o varios estresantes identificables que comportan la aparición de síntomas emocionales o comportamentales que tienen significación clínica. Los síntomas se presentan durante los tres meses siguientes al inicio del factor estresante. Se diferencia este trastorno de las reacciones psíquicas normales en que es de tal intensi-

dad que ocasiona un acusado malestar, superior al esperable, y con un deterioro significativo de la actividad social o laboral.

De acuerdo con los síntomas predominantes el trastorno adaptativo pueden diferenciarse las formas que contienen ánimo depresivo, ansiedad, forma mixta (ansiedad y estado de ánimo depresivo), trastorno del comportamiento, con alteraciones mixtas (emocionales y del comportamiento).

- *Disfunciones sexuales*: se plantea este diagnóstico en situaciones de maltrato de pareja, con o sin agresiones sexuales. Los trastornos más frecuentes son los trastornos por disfunción sexual y específicamente el trastorno orgásmico femenino (12) que se describe como ausencia o retraso persistente o recurrente del orgasmo tras una fase de excitación sexual normal ocasionando un malestar acusado o dificultad en las relaciones interpersonales. A su vez este trastorno ha de ser concretado de acuerdo con su evolución temporal (adquirido o desde siempre), situacional (en cualquier situación o en situaciones concretas) y respecto a los factores que lo generan (psicológicos o combinados). No son infrecuentes otros tipos de trastornos sexuales asociados a la agresión en pareja, así se aprecian: aversión al sexo, de la excitación sexual, dispareunia, vaginismo, deseo sexual hipoactivo.

- *Trastornos alimenticios*: los trastornos de la conducta alimentaria se relacionan en ocasiones con la ansiedad que se produce en situaciones de maltrato en la pareja de manera que la mujer come de forma compulsiva y en ocasiones pone en marcha conductas compensatorias (provocación del vómito, laxantes, diuréticos, etc.). Asociado al trastorno depresivo mayor del estado de ánimo la mujer, por lo general, pierde al apetito.

(12) Este trastorno se encuentra frecuentemente en mujeres víctimas de agresiones sexuales, así ROJAS MARCOS (1995) demostró en un estudio que el 55% de las mujeres víctimas de agresión sexual fueron incapaces de reanudar relaciones sexuales con normalidad durante dos años y muchas sufrieron frigidez (trastorno orgásmico femenino) durante más tiempo.

- *Consumo de sustancias*: la ansiedad facilita el abuso de sustancias entre las que caben destacar los fármacos (ansiolíticos, hipnóticos, analgésicos), el alcohol y otras drogas de abuso que incluyen el tabaco, café, chocolate, etc.

3. *Perfil psicológico de la mujer maltratada*

Muchos autores se plantean la posibilidad de establecer un perfil psicológico común a las mujeres que son objeto de malos tratos. La mayoría asegura que cuando se analiza la situación de salud psíquica de la mujer maltratada lo que estamos evidenciando es fundamentalmente el efecto que sobre la mujer han producido los malos tratos y que por tanto se confunde una estructura psíquica anterior con los mecanismos ocasionados de su vivencia traumática. A pesar de todo, hay autores que describen ciertos rasgos en la estructura psicológica de la mujer "predispuesta" a sufrir malos tratos por su pareja. Así describe FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (13) citando a CASTELLANO ARROYO que en las víctimas de maltrato se aprecian:

1. Mujer de baja puntuación en afectividad. Baja estabilidad emocional, inmadura poco responsable y dependiente.
2. Se muestra tímida, con poco interés por el sexo opuesto o por conocer gente nueva, descuidada y superficial.
3. Tendencia a la dramatización preocupada por su cuerpo y con poco ánimo para enfrentarse a sus obligaciones y tareas.
4. Desconfiada, insegura, reservada e introvertida.

(13) En "Aspectos médico-legales de la violencia doméstica" I-2002 dentro de los *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, publicación auspiciada por el Ministerio de Justicia (CEJAJ) y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer).

5. Deprimida, angustiada y que manifiesta graves sentimientos de culpa.

Desde mi experiencia profesional tengo que manifestar un total desacuerdo con los autores citados. Se producen agresiones de pareja en mujeres con muy distintas estructuras de personalidad y en ocasiones muy alejadas de los modelos de "dependencia emocional de su pareja" que propugnan PIZZEY (1974) y ROUNSAVILLE (1978) o de baja autoestima que describen CARLSON (1977), MARTIN (1976), RIDINGTON y STAR (1978). Por supuesto que también hay mujeres maltratadas con las características que establecen los autores mencionados pero probablemente la frecuencia en este tipo de mujeres sea la misma que la frecuencia que se observa entre la población general. De acuerdo con YLLÖ (1988), las investigaciones que sólo se centran en las características personales tienden directa o indirectamente a culpar a las víctimas de malos tratos por permitir que el maltrato ocurra, por no detenerlo, o por último, por haber buscado una relación de malos tratos. Por ello en los últimos años los estudios se han centrado en las reacciones psicológicas de las mujeres ante los malos tratos y no en las posibles características personales o psicológicas que causa la violencia (DUTTON, 1992; WALTER, 1994). Por tanto, una cosa es verificar casos aislados en los que la estructura psíquica de la mujer la haga más vulnerable en la violencia de su pareja (e incluso de otros) (14) y otro es justificar la violencia por una "forma de ser".

Aún se encuentra en algunos profesionales de la salud, del derecho y en agentes de los cuerpos de policía la creencia de que la mujer maltratada tiene que padecer alguna enfermedad mental

(14) En este sentido, tuve que valorar médicamente el caso de una mujer que había sufrido agresiones de su padre en la infancia, se casó con un sujeto que la maltrató durante años hasta que se separó de hecho y conviviendo con su único hijo varón de 17 años padecía los malos tratos de éste por los que el juzgado seguía un procedimiento que ella estaba empeñada en que se cerrara por que no quería hacer daño a su hijo.

que explique el origen de esta situación violenta; confundiendo con frecuencia los efectos psicopatológicos con la causa. Algunos autores (WALTER, 1994) señalan que los trastornos de personalidad son los que con frecuencia se imputan a mujeres maltratadas, así el trastorno límite de personalidad y la personalidad por dependencia; de manera que las que piden atención a gritos son catalogadas como "histéricas".

Como elementos relacionados con la vulnerabilidad a padecer alteraciones psíquicas a causa de la violencia doméstica se han enumerado los siguientes:

- Presencia de trauma infantil.
- Rasgos de personalidad de tipo paranoide, dependiente, anti-social y límite.
- Sistema de apoyo poco adecuado.
- Vulnerabilidad genética constitucional para la enfermedad psiquiátrica.
- Cambios estresantes recientes en la vida del sujeto.
- Alexitimia que es la incapacidad para identificar o verbalizar estados emocionales.

En general se puede resumir la mayor sensibilidad a padecer alteraciones psíquicas a causa de vivencias traumáticas violentas por la existencia de: factores predisponentes constitucionales, antecedentes psicotraumáticos sensibilizantes y un entorno personal (familiar, socio-laboral) poco favorable al apoyo de la víctima.

Desde la acción de los servicios sociales parece que poco se puede hacer para minimizar los efectos psicopatológicos dado que la actuación sobre el entorno social constituye un elemento de consideración marginal en el padecimiento; pero aunque el elemento "entorno" no constituya el núcleo fundamental como pro-

ductor del daño psicofísico en la violencia de género la actuación social tiene dos grandes vías de interés en este complejo problema: de un lado la capacidad de ir generando medidas preventivas a medio y largo plazo (educativas, sensibilización social) y de otro detectar con prontitud los casos de violencia que permita una actuación en las primeras fases y evite graves lesiones, muerte y secuelas físicas y psíquicas.

III. LA ATENCIÓN PRIMARIA COMO MEDIO DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La estructura del Estado social ha de ocuparse, por mandato constitucional, de la protección de la vida y la integridad física y moral de todos (art. 15), también ha de velar por el derecho a la libertad y seguridad (art. 17) y por el derecho a la protección de la salud (art. 43). Son numerosos los ámbitos de organización social que prestan servicio en situaciones de violencia de género y las distintas instituciones juegan papeles esenciales a lo largo del proceso evolutivo de este fenómeno. Desde la organización sanitaria, que básicamente se estructura en nuestro país como Servicio Nacional de Salud, pasando por los cuerpos policiales y finalmente la estructura judicial hay un desarrollo de actividades sociales profesionales en la atención a la violencia doméstica que no siempre se encuentran bien interrelacionadas y ello en quebranto de la eficacia de soluciones a este problema.

La asistencia sanitaria cobra un especial protagonismo en esta cadena de servicios sociales y ello porque puede ser el instrumento de alarma en la verificación de nuevos casos de violencia doméstica y porque puede actuar de manera preventiva realizando detección precoz en la evolución del proceso violento involucrando a otros órganos de atención a las víctimas. Como es bien sabido, la violencia en la pareja se enmarca en un entorno personal protegido por la intimidad del tipo de relación afectiva y en un espacio doméstico amparado por la inviolabilidad. La actuación profesional de los sanitarios goza del privilegio de desenvolverse

en la esfera de intimidad personal de los pacientes y en este sentido cabe esperar una mayor eficacia en la detección de las víctimas que tienen su origen en las propias relaciones íntimas. La capacidad de los profesionales de la salud de indagar en los aspectos físicos y psíquicos de las personas ha sido tradicionalmente "aprovechada" para detectar comportamientos delictivos y en ello se basan algunas normas procesales (arts. 262, 355 LECrim).

¿Cómo pueden los médicos detectar la violencia doméstica? y ¿cómo pueden los médicos ayudar a las mujeres para que informen del maltrato recibido? Es un hecho que muchas veces es muy difícil lograr que las mujeres informen, existen varios motivos:

— Relacionados con el agresor: las mujeres tienen miedo a las represalias.

— Motivos personales de las víctimas: sentimientos de culpa y de vergüenza. Muchas pueden llegar a considerar hasta normal que pueda haber cierta agresión por el poder que ejerce el marido.

— Relacionados con el médico: piensan que el médico no dispone de información, interés ni tiempo.

Se han realizado diversos manuales informativos con el fin de orientar a los médicos sobre cómo tratar este problema, así se elaboró por el Grupo de Trabajo de Atención a Mujeres Maltratadas del Colegio de Médicos de Barcelona (15) un manual informativo que consta de cuatro partes: la detección activa del maltrato intrafamiliar a las mujeres; la documentación de los hallazgos; los recursos sociales y judiciales de que se disponen; y el análisis del problema.

(15) Este manual fue incluido en la publicación de las Cortes Generales de 4 de diciembre de 2002 sobre la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y fue presentado por Don Santiago Tomás Vecina, Coordinador del Grupo de trabajo de atención a mujeres maltratadas del Colegio de Médicos de Barcelona y de la Sociedad Catalana de Urgencias, y Jefe del Servicio de Urgencias del hospital Mutua de Terrassa.

La detección activa del maltrato familiar debe incluir la observación de algunos indicadores clínicos:

- Lesiones (hematomas, erosiones, heridas contusas, fracturas) variadas en una misma mujer (presentan conjuntamente equimosis con erosiones y otras lesiones).
- Lesiones que no se explican por un mismo mecanismo lesivo sino que se aprecian dos o más.
- El conjunto de lesiones tampoco tiene la misma data de producción de manera que se encuentran en distinto momento evolutivo.
- La ubicación de las lesiones puede ser poco habitual, en lugares no accesibles a la mano de la víctima y en regiones que ocultan los vestidos o el cabello.
- Lesiones evolucionadas, así: heridas contusas infectadas, fracturas con inicio de consolidación, derrames articulares posttraumáticos, etc.
- Especial interés diagnóstico aportan las lesiones producidas por agresión sexual: lesiones en genitales externos e internos, heridas contusas de mordedura humana en las mamas, lesiones ocasionadas por armas utilizadas para amedrentar a la mujer en la violencia sexual.

La detección de las alteraciones psíquicas incluye la comprobación de los trastornos propios de ansiedad y especialmente el trastorno por estrés posttraumático, trastornos depresivos, alteraciones en las conductas alimenticias y en el sueño, reacciones psicológicas de tipo adaptativo. De forma general hay que prestar atención a los siguientes indicadores:

- Ansiedad con estado depresivo y alteraciones del sueño y del apetito.

- Inhibición psicomotriz asociada con temor, intranquilidad, sentimientos de culpa.
- Pérdida de la atención, memoria y concentración.
- Disminución en el rendimiento laboral y en las tareas domésticas.
- Sentimiento de incapacidad para afrontar los problemas.
- Ideas o tentativas de suicidio.

Los hallazgos han de ser documentados en la historia clínica con descripción de los síntomas y signos clínicos, anotando cuidadosamente las lesiones sobre un dibujo anatómico y describiendo la opinión facultativa respecto al mecanismo lesivo, tiempo evolutivo de las lesiones y otros extremos de interés clínico. El material fotográfico es muy útil y se puede incorporar a la historia clínica con el consentimiento de la víctima.

En cumplimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el médico ha de participar al juez las lesiones detectadas detallando la naturaleza de las mismas, las causas de su producción de acuerdo a la información de la lesionada y el pronóstico clínico evolutivo. Se ha argumentado por algunos la inconveniencia del parte judicial de lesiones porque: "a consecuencia de éste ocurre con frecuencia que el juzgado manda una citación al domicilio que puede ser recogida por el agresor y ello agravar más la situación". Considero que no es adecuado ese argumento ya que la policía y el juez toman las medidas adecuadas para asegurar la integridad de la víctima, así en ocasiones se acuerda directamente la detención del agresor, y de otra parte recordar que no se puede incumplir un mandato legal.

En la actividad clínica existen ciertas prácticas de riesgo que pueden agravar la situación de maltrato a la mujer entre ellas:

- Facilitar un informe de asistencia médica revelador de la causa violenta de las lesiones que puede llegar a manos del agresor.

- Entregar una copia de la historia clínica de la paciente cuando está acompañada de su pareja.
- Guardar la historia clínica en lugares accesibles que pueda ser conocida por el entorno del agresor.
- Hacer constancia en la historia clínica de un padecimiento del hijo los malos tratos que sufre la madre y a los que tiene acceso el padre por el ejercicio de la patria potestad.

Existen algunas circunstancias inherentes al propio sistema sanitario que dificultan el adecuado tratamiento del fenómeno de maltrato de la mujer, entre ellas cabe citarse:

- La falta de formación de los médicos en la enseñanza de estos síndromes o enfermedades.
- La falta de tiempo en las consultas y en los servicios de urgencia para tratar como requieren estas mujeres.
- El miedo de los médicos a ofender a la mujer si le dicen que sospechan que puede ser una mujer maltratada.
- Falta de habilidades en comunicación para ayudar a la víctima a la liberación de su angustia.
- Se debe informar siempre a la víctima de los recursos disponibles, facilitando el contacto con ellos.

IV. EL AGRESOR. CUESTIONES MÉDICAS

El agresor de la violencia de pareja es tratado de forma muy diversa, e incluso contradictoria, según los distintos autores y también según la perspectiva desde la que parte el análisis. Aquí ana-

lizaremos algunas cuestiones relacionadas con los aspectos médicos que pueden afectar al maltratador.

Hay que partir del principio general de que el agresor no tiene, por el hecho de serlo, interés médico. Es decir, *a priori*, el agresor no tiene ninguna patología específica que le haga serlo, no se ha descrito un cuadro psicopatológico común a los maltratadores (16).

Se han aportado algunos rasgos comportamentales que pueden ser compartidos por la mayoría de estos sujetos. La imagen que tienen del maltratador sus compañeros de trabajo o sus vecinos es la de un hombre correcto, buen padre, buen vecino y buen compañero, de forma que cuando se enteran que ha sido denunciado por violencia contra su pareja no lo entienden y generalmente se prestan a disculparlo achacando la culpa a la mujer que –a diferencia de él– se muestra tan hosca, reservada y con mal carácter. El comportamiento del agresor en su medio laboral y en general fuera de su familia es correcto, no tiene altercados con sus compañeros ni vecinos, maneja adecuadamente sus habilidades de relación social. El trato que dispensa a la mujer fuera de la casa y ante desconocidos o poco conocidos es exquisito, no ocurre igual cuando el entorno es de personas de confianza (familiares, amigos íntimos) en donde puede haber un trato desconsiderado aunque lógicamente sin agresión física que queda reservada al ambiente más íntimo. Esta imagen de normalidad, incluso de bondad (simpatía, seductor, con actitudes de ciudadano modelo), en su medio de relación (trabajo, vecindario) es la mejor aliada para ofrecer credibilidad cuando se practica su declaración a presencia judicial y contrasta claramente con la situación de ella: insegura de sí misma, autoculpabilizada, lábil emocionalmente, deprimida, desadaptada, enfermiza, negligente en tareas domésticas, ... en fin, el producto de los malos tratos mantenidos durante meses o años.

Hoy sabemos que aquel prototipo de hombre violento, pobre, borracho y enfermo ha dejado paso a un modelo de agresor que se

(16) Como dice el Dr. Miguel LORENTE ACOSTA en su libro *Mi marido me pega lo normal*. En su pág. 81: "Si hay algo que define al agresor es su normalidad...".

sitúa en cualquier sector social y educativo, pueden ser o no bebedores y las patologías mentales que sufren no se dan en porcentaje superior al de la población general. Se han abandonado las asociaciones sistemáticas del maltratador con trastornos de personalidad (sádica, pasivo-agresiva, paranoides, borderline).

1. Rasgos de personalidad frecuentes (17)

- Tienen historia como testigo o víctima de maltratos.
- Son hombres con discrepancia entre su comportamiento público y privado.
- Consideran que el problema no es suyo, trasladan la responsabilidad a factores ajenos (familia, esposa, hijos, problemas económicos).
- No asumen la responsabilidad de sus actos violentos, ni consideran el problema como propio. Racionalizan sus conductas violentas, las justifican y las atribuyen a la responsabilidad de la víctima. Alegan violencia cruzada en la que ambos miembros de la pareja emplean conductas agresivas.
- Se apoyan en valores y definiciones rígidas de la masculinidad y la feminidad con actitudes machistas, sexistas (posesión de la mujer, se considera superior a ella, admite la violencia como necesaria para que la mujer funcione adecuadamente).
- Minimizan, justifican o niegan sus actos violentos, subestimando la vida doméstica y no esperan que su comportamiento violento sea tomado en cuenta ni condenado.

(17) Son enumerados por Carrasco en *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*, ed. 2003 (pág. 1456) haciendo referencia a M.L. DOMEN (1995).

- Es habitual la baja autoestima con sentimientos y rasgos de inseguridad y dependencia. La violencia doméstica expresa la insuficiencia o incapacidad de otros ámbitos, laborales por ejemplo en donde se comportan como sumisos, tolerantes, callados.
- Tienen inhibición emocional con racionalización de sentimientos por imposibilidad de expresar sus propios sentimientos.
- Sufren celos infundados, no patológicos, y actitudes posesivas sobre la mujer. Los celos se extienden a que la mujer tenga relaciones con otras personas en un plano de convivencia social estricta lo que le lleva a limitarlas las salidas a la calle o las llamadas telefónicas.

2. Trastornos mentales en el agresor

En muchos casos de violencia doméstica que terminan con la muerte de la víctima y en ocasiones con el suicidio del agresor tienen un soporte psicopatológico, es decir, son la expresión de una enfermedad mental o son la consecuencia directa de la existencia de graves alteraciones mentales.

A) Trastornos de personalidad

Son patrones permanentes de comportamiento que se apartan claramente de lo esperado para ese sujeto según su cultura y se expresan en diversas situaciones personales y sociales afectando a la cognición (conciencia de sí mismo, del entorno), a la afectividad, a la actividad interpersonal y al control de los impulsos. Entre los tipos que con mayor frecuencia se asocian a maltrato caben destacarse:

- Trastorno paranoide de la personalidad: que posee los elementos de desconfianza, rigidez, suspicacia, rencor, sentimientos vengativos, sospecha de los demás, ideas de celos y de sentirse

atacado. Es un trastorno grave y con elevado riesgo de actuar de forma agresiva, calculada y premeditada.

- Trastorno antisocial de la personalidad: se expresa por desprecio y trasgresión de los derechos ajenos, impulsividad, irritabilidad, agresividad, falta de responsabilidad familiar, abandono de obligaciones familiares, carecen de valores como la solidaridad, el humanismo.

- Trastorno límite o borderline de la personalidad: contiene inestabilidad emocional y afectiva, cambios marcados del estado de ánimo, explosiones de ira, enfados, peleas, impulsividad, hetero y autoagresividad. Los conflictos con la pareja son frecuentes y la relación está presidida por comportamientos patológicos de agresividad y violencia.

B) Trastornos depresivos

A veces se asocia auto y heteroagresividad con conductas muy violentas que pueden conducir a la muerte de las personas de su entorno más cercano y posteriormente terminan con el suicidio del enfermo ("homicidio por compasión" o "suicidio ampliado").

C) Otros trastornos mentales

También pueden ser producto de agresiones en la pareja los trastornos adaptativos y otros cuadros psicopatológicos graves (psicosis), aunque lo característico en ellos es la propia enfermedad mental y la agresión lo accidental y ocasional.

3. El alcohol y los malos tratos

El consumo de alcohol se ha asociado tradicionalmente a la violencia doméstica. Aquí hay que diferenciar de un lado la into-

xicación aguda (embriaguez aguda) en la que el alcohol actúa como un desinhibidor de los impulsos agresivos, a veces consumido a propósito para conseguir este efecto, y de otro el alcoholismo (dependencia alcohólica) con sus propias alteraciones comportamentales y neuropsiquiátricas.

A) *Etilismo agudo*

Alteraciones comportamentales.—Se conoce desde antiguo que el alcohol ingerido en dosis excesivas produce trastornos neurológicos, específicamente en el ámbito motor y en el cognitivo. Hay modificaciones comportamentales, cognoscitivas y del estado de ánimo que han sido estudiadas por científicos de distintas áreas. Las manifestaciones de este deterioro agudo están influenciadas por diversos factores ajenos al alcohol entre los que caben mencionarse: motivacionales, situacionales, orgánicos y farmacológicos. Así se explica la variabilidad de la afectación entre distintas personas e incluso las variaciones intraindividuales en situaciones diferentes.

En las modificaciones del comportamiento del etilismo agudo participan las alteraciones del control motor y de las funciones cognitivas. La actividad depresora del etanol sobre el sistema nervioso central afecta a un amplio abanico de funciones neurológicas, una de las más interesadas es el control motor, especialmente en los comportamientos que requieren coordinación motora fina. También se origina una disminución del control cognitivo, del funcionamiento del comportamiento, especialmente en la habilidad para realizar y coordinar múltiples actividades simultáneas. Estas tareas incluyen tanto un componente cognitivo como otro de control motor y se pueden evidenciar mediante determinados tests específicos.

En la intoxicación aguda se pueden describir distintas etapas evolutivas que se van sucediendo a lo largo de la progresiva y creciente impregnación del sujeto:

- La primera fase o etapa se caracteriza por un estado de *EUFORIA*.

El sujeto se muestra locuaz y con buen humor, pierde algunas inhibiciones por lo que se facilitan las relaciones sociales, se siente seguro de sí mismo y capaz de emprender complejas y arriesgadas tareas. En este primer periodo se puede detectar, por medio de pruebas adecuadas, una disminución de la atención para algunas tareas (especialmente las que requieren de atención dividida), la capacidad de juicio para la valoración de los hechos y circunstancias del entorno se encuentra disminuida y el control de algunos impulsos se relaja (hay autores que hablan de "disparo de los impulsos"). Como es fácil deducir, esta euforia alcohólica con desinhibición de impulsos facilita conductas antisociales y delictivas que se concretan en nuestra experiencia en lesiones, amenazas, agresiones sexuales y delitos contra la seguridad del tráfico.

- Una segunda etapa se puede definir como de *EXCITACIÓN*.

Se trata de una situación protagonizada por un deterioro de la esfera psíquica que se acompaña de los trastornos neurológicos de la primera fase, que ahora son más intensos, y también por la aparición de otros nuevos. Se aprecia una gran inestabilidad emocional, el sujeto pasa del buen humor a un estado disfórico con emociones penosas y negros sentimientos que a veces dirige contra personas totalmente desconocidas. Se mantiene e incluso se incrementa la desinhibición de impulsos, que en esta etapa puede afectar a los más primarios. En estas condiciones la capacidad de juicio y valoración crítica del entorno están profundamente alteradas. Va desapareciendo la adecuada comprensión del lenguaje, de los símbolos visuales (p.e. señales de tráfico, indicaciones de agentes policiales) y de las situaciones vivenciales que presencia. Las funciones mnésicas, tanto la memoria de fijación como la de evocación, están muy dificultadas o totalmente anuladas. Este cuadro psicopatológico se manifiesta frecuentemente con conductas agresivas de gran violencia, muchas veces inmotivadas o absurdas, que es lo que ha contribuido a denominar esta fase como de "excitación" y que se sustenta en el deterioro de las capacidades cognitivas.

- La tercera etapa está presidida por la *CONFUSIÓN*.

En este periodo se va profundizando el deterioro neuropsíquico del intoxicado y observaremos desorientación en tiempo y espacio, confusión mental e intensa sensación vertiginosa. Este grado de intoxicación impide la elaboración de un pensamiento de curso normal, generalmente las ideas fluyen lentamente (a lo que se une la lenta y torpe articulación del lenguaje), también el contenido puede ser anormal con ideas sobrevaloradas y persistentes que recuerdan a las de tipo delirante. Se producen estados emocionales exagerados –ya no se trata de una sensación disfórica– ahora siente temor, enfado, tristeza; también se han descrito crisis de pánico en esta fase.

- Una cuarta etapa en la gravedad del alcoholismo agudo viene protagonizada por el *ESTUPOR*.

La situación clínica en este periodo incluye una muy escasa respuesta a los estímulos (incluidos los dolorosos), pérdida de los reflejos defensivos (osteotendinosos, tos), gran apatía e inercia que hace que el sujeto quede como inmóvil en una posición concreta. No puede mantenerse en pie, ni tampoco sentado erguido. La deambulación se hace imposible, generalmente tras realizar unos escasos pasos el sujeto cae al suelo pesadamente. En este estadio el intoxicado ha perdido la capacidad de coordinación motora, el lenguaje es escaso e incomprensible y siempre estimulado desde el entorno, nunca espontáneo. El trastorno de conciencia se va profundizando hasta alcanzar un estado estuporoso pasando por una situación intermedia de sueño profundo.

- El último tramo de esta evolución progresivamente más grave de la intoxicación etílica es la etapa de *COMA*.

En esta situación se observa al paciente completamente inconsciente, sin respuesta alguna a los estímulos externos, aún los dolorosos más intensos. La mayor parte de los reflejos se encuentran abolidos y se mantiene la incontinencia de esfínteres.

B) Dependencia alcohólica. Etilismo crónico

Se entiende por etilismo crónico el cuadro clínico que presentan los individuos que consumen bebidas alcohólicas de forma continua y abusiva. No entramos a considerar en este concepto genérico los aspectos de dependencia alcohólica, que sería el equivalente del tradicional alcoholismo crónico, ni tampoco los del abuso alcohólico que podría asimilarse al inicio de la cronicidad.

La entidad clínica del etilismo crónico puede ser estudiada desde una doble perspectiva, de un lado existen manifestaciones psicopatológicas y de otro severas anomalías somáticas. El estudio separado de los aspectos mentales y orgánicos sólo obedece a la necesidad de una exposición clara y ordenada, no siendo preciso insistir aquí que ambos cuadros se complementan fisiopatológicamente y son causa-efecto de muchos de los fenómenos que se presentan en esta grave enfermedad.

Interesa en el campo médico-legal delimitar cuidadosamente las anomalías mentales, que asociadas al alcohol, afecten a la imputabilidad penal o a la capacidad civil precisa en los negocios jurídicos. Pero también, por otro lado, se observará que muchos de los criterios impuestos para el diagnóstico de estos trastornos psíquicos hacen referencia a la incidencia familiar y laboral y ello se explica por la desadaptación que en estas áreas sufre el alcohólico y que a veces obliga a la intervención de los juzgados de familia o de lo social.

C) Trastornos por consumo de alcohol

a) Dependencia del alcohol

El diagnóstico de dependencia exige el cumplimiento de unos criterios que se aplican de forma general a todas las sustancias susceptibles de provocar este fenómeno. Se define la dependencia como una forma de consumo que asocia un deterioro o un malestar clínicamente significativos, es decir, que desde la exploración

clínica se puede objetivar el deterioro psico-físico y/o las alteraciones que subyacen a ese malestar. Requiere además que se cumplan algunas condiciones que nos permitan relacionar el deterioro/malestar con el consumo del alcohol y que el DSM-IV-TR concreta en la expresión de tres o más items de los que seguidamente exponemos:

- Tolerancia.
- Abstinencia.
- El alcohol se consume en cantidades mayores o durante un periodo más largo de lo que inicialmente se pretendía.
- Deseo persistente o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo del alcohol.
- Se emplea mucho tiempo en actividades dirigidas a la obtención de la sustancia, en su consumo o en la recuperación de los efectos que produce.
- Reducción de importantes actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo.
- Se continúa el consumo a pesar de tener conciencia de los problemas psicológicos y físicos, recidivantes o persistentes, que se asocian a dicho consumo.

Estos supuestos, que han de cumplirse en número de tres o más, se mantendrán durante un tiempo prolongado, al menos en un periodo continuado de 12 meses.

Hay que entender por *tolerancia* el fenómeno por el cual el sujeto precisa incrementar la dosis de la sustancia, de forma progresiva y a lo largo del tiempo, para mantener los efectos deseados. Si mantuviera la misma dosis de sustancia los efectos se atenuarían de forma progresiva hasta llegar a no ser percibidos. Es

necesario diferenciar la tolerancia de otro fenómeno diverso que es la susceptibilidad individual, ésta se encuentra relacionada con la capacidad metabólica, que viene determinada por la dotación genética, y por otros factores individuales (patología previa, estados fisiológicos, etc.). Mientras que la tolerancia está relacionada con la sustancia y la habitualidad de su consumo, la susceptibilidad individual se encuentra íntimamente unida a las características individuales del sujeto.

La *abstinencia* viene expresada como un cuadro clínico, fácil de objetivar y específico para cada sustancia a la que el sujeto es dependiente, que se produce por la interrupción o drástica disminución del consumo crónico. El cuadro de abstinencia desaparece con una nueva dosis de la sustancia, generalmente se consume ante los primeros síntomas de deprivación. En algunos casos, ante la dificultad para consumir la sustancia, se utilizan sustitutos de acción similar o que atenúen la disforia (ansiolíticos, tranquilizantes, etc.). La abstinencia de alcohol requiere para su diagnóstico el cumplimiento de unos criterios y condiciones:

- Interrupción o severa disminución del consumo de alcohol en un sujeto con consumo prolongado y en grandes cantidades.
- Tras cumplirse la anterior condición aparecen en horas o días dos o más de los siguientes síntomas:
 - Hiperactividad del sistema nervioso autónomo (taquicardia, sudoración).
 - Temblor distal de las manos.
 - Insomnio.
 - Náuseas, vómitos.
 - Alucinaciones visuales, táctiles, auditivas o ilusiones.

- Agitación psicomotora.
- Ansiedad.
- Crisis comiciales de gran mal (c. epilépticas).
- Los síntomas provocan un malestar significativo o un deterioro de la actividad social, laboral, o de otras áreas importantes de la actividad del sujeto.
- Los síntomas no se deben a otra enfermedad médica, ni se explican mejor por la presencia de otro trastorno mental.
- Los llamados tradicionalmente alcohólicos crónicos cumplen los criterios que quedan expuestos para la dependencia alcohólica. Frente a la dependencia se opone otro trastorno por consumo de alcohol que denominamos "abuso de alcohol", se trata de un grado menor de pérdida de libertad frente al alcohol si lo comparamos con los dependientes.

b) Abuso de alcohol

Entendemos por abuso de alcohol aquél patrón de consumo similar a la dependencia pero en el que faltan la tolerancia, la abstinencia y el comportamiento compulsivo relacionado con la bebida. Los criterios delimitadores de este trastorno son:

- Patrón de consumo que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativos que se expresa por uno o más de los items siguientes en un periodo de 12 meses:
- Consumo recurrente que da lugar al incumplimiento de obligaciones laborales u ocupacionales en general.

- Consumo recurrente en situaciones en las que hacerlo es físicamente peligroso (conducir un automóvil, manipular maquinaria peligrosa).
- Existencia de problemas legales repetidos relacionados con el consumo de alcohol (conducir bajo los efectos del etanol, agresiones...).
- Consumo continuado a pesar de tener problemas sociales e interpersonales que están causados o exacerbados por el alcohol.

La transformación evolutiva de la situación de abuso a la situación de dependencia es lentamente progresiva y en algunos casos es difícil establecer el límite entre ambas. Lo que las diferencia es una cierta capacidad de control en el consumo aunque la sintomatología, tanto física como psíquica puede ser muy similar.

La lenta evolución con progresiva adaptación en las primeras fases a los efectos del alcohol en la esfera psíquica y física hace que el diagnóstico de abuso o dependencia se retrase bastante en el tiempo, de forma que muchos de estos enfermos aparentemente no tienen desadaptación socio-laboral, que tan sólo se detectará en una entrevista cuidadosa y dirigida a detectar el problema. En las primeras fases en que se consolida el abuso de alcohol se encuentran algunas "crisis" familiares o laborales que conducen al bebedor a ponerse en manos de algún médico para "tratarse", aunque generalmente con escaso convencimiento por lo que vuelve al consumo mantenido.

Desde la situación de abuso se manifiestan algunas alteraciones físicas que van tomando mayor consistencia y frecuencia según evoluciona la cronicidad del consumo. El bebedor abusivo experimenta trastornos digestivos (náuseas, vómitos, pirosis, dolor epigástrico, hipersalivación, heces blandas, despeños diarreicos, etc.) y en poco tiempo los relaciona con el consumo de alcohol, esto en ocasiones le preocupa hasta el punto de intentar moderar el consumo alcohólico. Progresivamente, durante cierto tiempo, el organismo tiende a adaptarse al alcohol y en este

periodo disminuyen las molestias digestivas para volver a intensificarse si se continúa con el mismo régimen de ingesta. Con el tiempo se establece el cuadro clínico pluriorgánico del etilismo crónico.

En el campo psíquico se comienza con sutiles trastornos que se expresan por alteraciones bruscas del humor, estado de ánimo depresivo y con sensación de culpabilidad, irritabilidad e intolerancia. Con el paso del tiempo el cuadro psicopatológico se afianza e intensifica. Estos alcohólicos se hacen especialmente sensibles e intolerantes con las críticas que se refieren a su consumo de alcohol y reaccionan de forma exagerada, a veces violenta, si la crítica procede de las personas más cercanas (esposa, hijos, padres), así se inicia un serio deterioro de las relaciones de pareja o familiares.

Tal vez el punto de inflexión en el cuadro psicopatológico se aprecia con la aparición de los trastornos en la memoria que pueden asociarse con disfunción de la concentración y atención. La aparición de la amnesia inducida por el alcohol lleva en muchos casos a una situación de irreversibilidad a pesar de mantener la abstinencia durante meses y cabe situarla dentro de un cuadro más amplio de tipo demencial. El trastorno amnésico persistente por etanol se manifiesta por (DSM-IV-TR):

- Déficit de la capacidad para aprender información nueva, o incapacidad para recordar información aprendida previamente.
- La alteración de la memoria provoca un deterioro significativo de la actividad laboral o social y presenta una merma importante del nivel previo de actividad.
- La alteración de la memoria no aparece exclusivamente en el transcurso de un delirium o una demencia, y se mantiene más allá de la duración habitual de la intoxicación o abstinencia al alcohol.
- Demostración de que la alteración de la memoria está relacionada etiológicamente con los efectos persistentes del alcohol y

ello se llevará a efecto mediante la historia clínica, la exploración física o las pruebas de laboratorio.

c) Trastornos inducidos por el alcohol

Dentro de los trastornos inducidos por el alcohol se pueden diferenciar las siguientes entidades nosológicas incluidas en DSM-IV-TR:

- Intoxicación por alcohol.
- Abstinencia de alcohol.
- Delirium por intoxicación de alcohol.
- Delirium por abstinencia de alcohol.
- Demencia persistente inducida por el alcohol.
- Trastorno amnésico persistente inducido por el alcohol.
- Trastorno psicótico inducido por el alcohol, con ideas delirantes.
- Trastorno psicótico inducido por el alcohol, con alucinaciones.
- Trastorno del estado de ánimo inducido por el alcohol.
- Trastorno de ansiedad inducido por el alcohol.
- Trastorno sexual inducido por el alcohol.
- Trastorno del sueño inducido por el alcohol.
- Otros trastornos inducidos por el alcohol.

d) *Patología orgánica asociada al alcohol*

La patología orgánica asociada al alcohol es muy diversa, aquí exponemos algunos cuadros neuropsiquiátricos que pueden tener interés por sus comportamientos agresivos:

Cuadros demenciales: los enfermos que sufren etilismo crónico pueden alcanzar un cuadro neuro-psiquiátrico de demencia que viene caracterizado por déficits cognoscitivos múltiples que conllevan un trastorno de la memoria. Básicamente se diferencia la demencia del delirium en que en éste la alteración cognoscitiva se desarrolla en un breve periodo de tiempo, a su vez, el trastorno amnésico aislado no cursa con deterioros cognitivos significativos y ello lo distingue de la demencia.

Encefalopatía de Gayet-Wernicke: la encefalopatía descrita por Wernicke es un trastorno neurológico complejo que tiene su origen en un déficit de vitamina B1 (tiamina). Esta enfermedad no es exclusivamente producida por el alcohol, existen pacientes con déficit de tiamina por otras causas (desnutrición, vómitos mantenidos, etc.), si bien el alcoholismo es un elemento facilitador en la medida que se asocia a la malnutrición y por tanto a un déficit de vitamina B1. Se caracteriza porque el sujeto padece ataxia troncal (se manifiesta en la marcha), confusión mental y oftalmoplejia. La alteración de la movilidad ocular se debe a la paresia que afecta a los músculos rectos externos, por lo general no hay alteraciones palpebrales y es infrecuente la ptosis, también se puede observar un nistagmo horizontal asociado. La confusión mental se expresa por un nivel de conciencia generalmente disminuido, aunque con variaciones ostensibles, desorientación marcada y falta de concentración.

Síndrome amnésico de Korsakoff: se trata de un conjunto de alteraciones neurológicas siendo primordial la afectación de la memoria. Componen este cuadro además de la amnesia, la polineuritis y los trastornos psicóticos. En 1889 S. Korsakoff describió en un conjunto de pacientes de los que el 50% eran alcohólicos y todos tenían trastornos nutritivos, un trastorno de la memoria de los hechos recientes con fabulación y falsos reconocimientos,

no se asociaba amnesia de hechos antiguos ni demencia. El trastorno de la memoria anterógrada es lo característico, el paciente es incapaz de repetir una serie de 5 números o 3 nombres que se le han expuesto 5 minutos antes, tampoco es capaz de resumir un texto que acaba de leer, no se acuerda de lo que ha hecho hace unos instantes o pocos días antes. Ignoran totalmente su pasado reciente, habiendo perdido toda referencia por lo que se encuentran desorientados en el tiempo y en el espacio. El enfermo rellena su amnesia fabulando y puede constituir una especie de delirio de imaginación. Llama la atención que ciertas funciones superiores estén inalteradas, siempre que no precisen de la memoria reciente, así ocurre con la capacidad de cálculo, razonamiento, juicio y capacidad de abstracción. Estos pacientes muestran una actitud de apatía, están indiferentes ante lo que sucede a su alrededor.

Encefalopatía de Marchiafava-Bignami: aparece en alcohólicos inveterados y el diagnóstico no es sencillo por lo inespecífico de su clínica. El cuadro clínico es difícil de sistematizar, se encuentran desde signos propios de una demencia progresiva pasando por un estado confusional y estuporoso hasta una situación comatosa de instalación rápida. Esta enfermedad parece tener su mayor prevalencia en alcohólicos crónicos con severas deficiencias nutricionales y en los que padecen de cirrosis hepática.

Encefalopatía hepática: la encefalopatía hepática puede incluirse dentro de los cuadros demenciales ya que comparte con ellos los trastornos de tipo cognitivo. Se trata de una encefalopatía metabólica que puede observarse en el transcurso de afecciones hepáticas agudas (hepatitis virales) o crónicas (cirrosis hepática alcohólica). La encefalopatía de la cirrosis se presenta a causa de un factor desencadenante, así es frecuente tras hemorragia de varices esofágicas, trastornos hidroelectrolíticos severos o por la administración de sustancias neurodepresoras (opiáceos, barbitúricos, benzodiacepinas). En el curso evolutivo de una cirrosis alcohólica, la encefalopatía puede aparecer en estadios terminales del paciente o en forma de brotes que regresan pero recidivan.

Cuadros delirantes - Deprivación alcohólica - Delirium Tremens: los cuadros delirantes aparecen en individuos que padecen

consumo crónico de alcohol y son precipitados por abstinencia o disminución drástica de la ingesta enólica, bien de forma voluntaria o a consecuencia de algún proceso interrecurrente (traumatismo, intervención quirúrgica, infección severa) que obliga a su ingreso hospitalario.

Alejado de los delirios agudos, cabe mencionar aquí una entidad psicopatológica que se conoce vulgarmente por *delirio de celos (celotipia)* que tiene una forma de presentación crónica y se centra en los celos de pareja. Se da generalmente en los varones y su frecuencia es elevada, según J.J. CARRASCO la sufren el 80% de los que tienen abuso y dependencia del alcohol. Hay casos en los que las ideas de celos no están estructuradas pero en otros se instaura un verdadero delirio de celos sistematizado que puede ir paralelo a los trastornos de tipo sexual que padece el alcohólico crónico. Movidos por su celotipia, los alcohólicos ejecutan actos violentos sobre personas y parientes cercanos (hijos, padres, cuñados) que son generalmente los supuestos amantes de su pareja. Estas ideas estructuradas son persistentes en el tiempo, incluso se mantienen cuando se ha abandonado el consumo de bebidas alcohólicas.

4. *El tratamiento médico del agresor*

En los supuestos de enfermedad psico-orgánica del agresor su tratamiento médico se impone de forma independiente, aunque coordinadamente en su caso, con las medidas penales que deba sufrir (18). El fenómeno de la violencia en la pareja y su erradicación precisa de la atención primordial a la víctima pero sin olvidar la del agresor cuando éste aqueja un padecimiento médico que haya de ser tratado. El interés por el tratamiento del maltratador es acogido por actuales penalistas que se pronuncian de forma expresa y favorable admitiendo que el maltrato a la mujer "no es mínimamente resoluble sólo con intervenciones penales, ni siquiera con

(18) En algunos supuestos puede tener aplicación las medidas de seguridad privativas de libertad recogidas en el art. 96 CP.

las más drásticas que quepa pensar", así se expresa Joaquín CUELLO CONTRERAS catedrático de Derecho Penal de la Uex (19).

De forma general, la solución de la violencia doméstica en cada caso concreto necesita una valoración conjunta y multidisciplinar del problema en donde jueces, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, etc., unan sus esfuerzos. Pero considero que hay que huir de la tendencia actual de disculpar a los sujetos de sus responsabilidades y cargar toda la culpa en el entorno (vivencias traumáticas, situación socio-económica, medios de comunicación, etc.). Como en el caso de Torben de la novela de Henrik Stangerup, titulada *El hombre que quería ser culpable*, los hombres precisan que se reconozca su culpabilidad y se les castigue ya que es la única forma de poder considerarse a sí mismo como un ser libre; tratarlos sistemáticamente como enfermos, cuando no padecen anomalías, es una forma social de eliminarlos para siempre. Como acertadamente dice FERNANDO SAVATER (20) "La sociedad medicalizada y paternalista ofrece convertir en adicción o trastorno inducido cualquier transgresión de las normas vigentes: la higiene y la clínica sustituyen a la ética".

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALHAMBRA PÉREZ, M.P., y SEGURA ABAD, L.J. *El alcohol: cuestiones jurídico-médicas*. Ed. Comares. 2001.

CARRASCO GÓMEZ, J.J., y MAZA MARTÍN, J.M. *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. Ed. La Ley-Actualidad. 2003.

DSM-IV-TR. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Ed. Masson. 2002.

El maltrato familiar en el Derecho comparado. Ministerio de Justicia (CEJAJ) y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer). I-2001.

(19) Artículo publicado en apartado opinión, *Hoy, Tribuna Extremeña* el 6 de noviembre de 2003.

(20) Fernando SAVATER. *El valor de elegir*, pág. 74. Ed. Ariel. 2003.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. "Aspectos médico-legales de la violencia doméstica". En *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. Ministerio de Justicia (CEJAJ) y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer). 2002.
- LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer realidades y mitos*. Ed. Ares y Mares. 2001.
- MEDINA, J.J. *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*. Ed. Tirant lo Blanch. 2002.
- MORILLAS CUEVA, L. *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Editoriales de Derecho Reunidas. 2002.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Delitos de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. 2002.
- ROJAS MARCOS, L. *Las semillas de la violencia*. Ed. Espasa Calpe. 1995.
- SAVATER, F. *El valor de elegir*. Ed. Ariel. 2003.
- VILLAVICENCIO CARRILLO, P. y SEBASTIÁN HERRANZ, J. *Violencia doméstica: su impacto en la salud física y mental de las mujeres*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1999.
- Violencia en el ámbito familiar. Violencia doméstica*. Ministerio de Justicia (CEJAJ) y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer). II-2001.
- Violencia física y psíquica en el ámbito familiar. Apuntes para una reforma. La violencia en el ámbito familiar: aspectos jurídicos y médico-periciales*. Ministerio de Justicia (CEJAJ) y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer). I-1998-1999.

VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA
SOCIAL

José Antonio Marina Torres
Filósofo. Escritor

VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO PROBLEMA SOCIAL

1

Se entiende por violencia doméstica la perpetrada en el ámbito familiar, es decir, en el ámbito privado. Esta característica hace que resulte muy difícil estudiar y medir el fenómeno, sin violar la intimidad. Desde el punto de vista jurídico y ético plantea también el serio problema de la distinción entre lo privado y lo público. Como veremos más tarde, una de las reivindicaciones feministas motivadas por este problema consiste en convertir en político los acontecimientos privados. Consideran que la reclusión de la mujer en la esfera privada, mientras que el hombre ocupaba la esfera pública, está en el origen de gran parte de los hechos que vamos a tratar aquí. Conviene advertir que el Derecho de familia es también un dominio disputado porque muchas de sus normas son imperativas y caen, por lo tanto dentro del Derecho público. Algunos tratadistas han llegado a defender que debía incluirse dentro de este ámbito.

La protección de la infancia rompe de nuevo la clara distinción entre público y privado. Durante milenios, el niño fue propiedad del padre, que podía hacer con él lo que le viniera en gana: aceptarle, venderle, exponerle o matarle. La legislación romana hasta el siglo IV d.C. lo demuestra. En cambio, ahora nos parece que el Estado tiene que proteger al niño, ejerciendo una vigilancia sobre los padres en caso de que no se comporten debidamente.

El problema que vamos a tratar hoy es endémico en la Humanidad. Nuestra historia es cruel. Lo que ocurre es que ahora nos parecen insoportables usos a los que el ser humano estuvo habituado durante siglos. Por ejemplo, la cremación de las viudas hindúes. Hace muy pocos años se hubiera considerado impensables —y para muchos disparatado— el que se pudiera hablar de violación dentro del matrimonio. La teoría del débito conyugal lo impedía. El nivel moral de una sociedad se caracteriza por el trato que da a los débiles: las mujeres, los niños, los ancianos y los enfermos. Hoy día los problemas se hacen más visibles y, en los últimos treinta años algunos se han agravado. Entre ellos el que tratamos hoy.

Hay 4 tipos principales de violencia doméstica:

- Violencia de género.
- Violencia contra la infancia.
- Violencia contra los ancianos.
- Violencia de los jóvenes contra los padres.

No todas, evidentemente, tienen la misma gravedad. La violencia de adolescentes contra sus padre no es muy grande, se da fundamentalmente en casos de adolescentes masculinos en familias monoparentales, que se han criado sólo con su madre, y hacia la que adoptan posturas patriarcales y machistas. El 80% son chicos y, prevalentemente, entre los 15-17 años. Hay un caso que me interesa especialmente: el de reclamaciones de muchachos mayores de edad que continúan exigiendo a sus padres pensiones para estudios, que el juez suele concederlos porque la ley no ha marcado un límite para las responsabilidades de los padres.

En los cuatro casos se trata de una violencia contra las personas más débiles de la familia, lo que hace suponer que implica una situación de poder y un abuso de esta situación. La violencia de los hombres sobre otros hombres suele ser externa, en la calle, pero no en la casa. La violencia de género suele ser protagonizada en más de un 90% por hombres, la violencia contra niños también, pero no en una proporción tan desigual, la perpetrada contra los ancianos es todavía menos diferenciada, y la de los jóvenes

vuelve otra vez a ser mayoritariamente masculina. Es curioso que la palabra "criminal" sea masculina y la palabra "víctima" femenina. El carácter intrafamiliar produce complejas reacciones psicológicas. En primer lugar, porque una familia es ante todo un sistema de comunicación interactiva. Hay en ella una expectativa de felicidad y de realización personal. Un compromiso psicológico profundo y la violencia no sólo rompe esas expectativas sino que produce unos efectos emocionales destructivos, por ejemplo, sentimientos de fracaso y vergüenza que impulsan a mucha gente a ocultar los hechos.

El maltrato doméstico tanto en su origen como en su desarrollo está influido por toda una mitología familiar. Suelen constituir un "secreto de familia", que incluso las víctimas desean ocultar. La violencia física, las agresiones sexuales, los incestos, se ocultan porque se consideran deshonorosos. Todavía el honor de las personas depende del honor de la familia. "Los estereotipos sociales y muy en particular la consideración de que la violencia atañe sólo al ámbito de lo privado (los trapos sucios se lavan en casa) desempeñan un papel importante en la minusvaloración del problema" (Javier URRÁ: *Tratado de psicología forense*, pág. 378). Por eso las encuestas dan resultados dispares. Una encuesta realizada por el Instituto de la Mujer en año pasado asegura que más del 11% de las mujeres han sufrido maltrato doméstico. Sin embargo, sólo el 4% de las encuestadas reconocían haberlo sufrido.

Como muestra de los complejos elementos que intervienen, les hablaré brevemente de un caso estudiado por Aron BECK, un famoso psiquiatra norteamericano. A su consulta llegaban muchas mujeres que habían sufrido un fracaso familiar y que se presentaban con un cuadro depresivo agravado con profundos sentimientos de culpabilidad. En el origen de esta culpabilidad halló una creencia aceptada irreflexivamente por las pacientes: "Quien da amor recibe amor". Como la respuesta que recibía era: "Pues no te quieren", la conclusión era: "No he querido lo suficiente". Este tipo de creencias pasivamente asimiladas, socialmente inducidas, son una parte importante del problema, que enlaza las estructuras psicológicas con los estereotipos sociales.

¿En qué sentido es la violencia doméstica un problema social?
En tres sentidos distintos:

1. Afecta a estructuras básicas de la sociabilidad -la educación de los niños, la familia- lo que tiene después profundas repercusiones sociales.

2. Por su extensión y frecuencia se convierte en un problema social en términos cuantitativos.

3. Porque está fomentada por estructuras sociales, formas de convivencia y vigencias culturales.

2

Según los sociólogos, en los años 60 ocurrió una gran ruptura social en los países desarrollados, que se manifiesta por la aparición simultánea de tres fenómenos muy llamativos: el aumento de la criminalidad, el aumento del número de fracasos familiares, la quiebra de la confianza ciudadana. Estos tres fenómenos aparecieron al mismo tiempo, por lo que no se puede considerar que uno sea causa de otro. La hipótesis que manejo es que los tres derivaron de un complejo cambio cultural, una alteración de las normas y creencias vigentes. Algunas de las principales son:

1. Quiebra del sistema de normas sociales. La religión, que tradicionalmente había impuesto claras normas morales, pierde vigencia y deja un vacío normativo.

2. La liberación de la mujer hunde el sistema patriarcal, y produce una alteración en las pautas familiares. Desaparece una estabilidad familiar basada en la sumisión.

3. Se desarrolla un Individualismo generalizado, que se manifiesta por una pérdida de sentido social, un narcisismo rampante y un hedonismo "fun", divertido.

4. La caída de las ideologías, la obra de los maestros de la sospecha (Marx, Freud, Nietzsche) fomentan un escepticismo generalizado.

5. Se generaliza un concepto equivocado de libertad, basado en la autosuficiencia y la desvinculación, lo que fomenta el individualismo.

6. Se fomenta una mala pedagogía de los derechos, lo que produce una sociedad de la reclamación y la queja, y no de la colaboración.

7. Dependencia de las instituciones y desconfianza de ellas.

Estos elementos produjeron un descenso del *capital social* de las naciones desarrolladas. Creo que esta noción, que he tratado en mi último libro *–La creación económica–* es una buena herramienta para entender el problema y para diseñar soluciones sociales.

Capital es el conjunto de recursos acumulados que amplían las posibilidades de acción de las personas, los grupos o las naciones.

Capital social es el capital que tiene una sociedad y que amplía sus posibilidades de:

- Bienestar económico.
- Relaciones afectivas.
- Libertad y creatividad.

Está compuesto por instituciones, creencias y valores compartidos, modos de resolución de problemas, hábitos de cooperación.

El capital social puede medirse con arreglo a unos parámetros positivos (riqueza social) y negativos (pobreza social):

— *Positivos:*

- Distribución equitativa de la riqueza:
- Escolarización.

- Participación en organizaciones voluntarias.
- Pago de impuestos.

— *Negativos:*

- Delincuencia.
- Alcoholismo y consumo de drogas.
- Fracaso escolar.
- Rupturas familiares.
- Violencia de género.
- Violencia infantil.
- Corrupción política.
- Suicidios.
- Número de pleitos.
- Consumo de tranquilizantes y consultas psiquiátricas.
- Relativismo moral.

Si la ruptura social fue provocada por un cambio cultural, la solución a los problemas que causó o agravó tendrá que venir de otro cambio cultural, en el que la educación, los sistemas jurídicos, la presión social, los medios de comunicación, los sistemas de prestigios, de premios y castigos, jueguen un papel importante.

3

Como les decía, la violencia doméstica se distingue de otros tipos de violencia porque se da en el punto de unión entre lo privado y lo público. Desde el punto de vista psicológico los comportamientos violentos suelen seguir una misma pauta:

1. Una actitud de hostilidad (por múltiples razones, que cambia en cada tipo de violencia doméstica).
2. Un estado emocional de ira, que puede no estar provocado por la víctima que, en muchos casos ocupa un papel vicario.

3. Unos factores desencadenantes directos (consumo de alcohol, discusiones, actos irritantes o que se interpretan como tales, el llanto de los niños).
4. Un repertorio de conductas pobres, o una incapacidad para enfrentarse con un problema, que incita a regresar a formas muy primitivas de resolución de conflictos, como es la violencia.
5. La percepción de la vulnerabilidad de la víctima y de su incapacidad de resultar peligrosa. El 74% de los violentos lo son sólo en el hogar, manteniendo a veces una actitud sumisa fuera de él.
6. Los logros obtenidos –el disfrute del poder, el desahogo de la venganza– favorecen la repetición de estas conductas.

4

La violencia doméstica es un problema social porque afecta profundamente a los fundamentos de la sociabilidad. La sociabilidad primaria se desarrolla dentro de la familia, por lo que cuando se desestructura –y más aún cuando se convierte en profundamente perturbadora o patógena– los efectos en la sociabilidad son evidentes y profundos. El *capital social* se degrada, los problemas se transfieren a la escuela que tiene que atender a esos procesos básicos de socialización, sin estas en buenas condiciones para hacerlo. La experiencia del maltrato marca profundamente al niño, y, con frecuencia reproduce las pautas violentas. Las encuestas nos dicen que el 80% de los agresores han sufrido o presenciado agresiones en la infancia.

La violencia doméstica también es un problema social por el número de víctimas que produce. Se calcula que uno de cada 150 niños sufre maltrato. Según el Informe de Población Mundial 2000 de la ONU, una de cada tres mujeres ha padecido algún tipo de violencia. En España, de acuerdo con el Instituto de la Mujer,

sufren maltrato 2,5 millones de españolas. Y este fenómeno es causa de entre 200 y 400 suicidios. El 98% de las mujeres asesinadas lo han sido después de denunciar a sus parejas. Según la OMS se calcula que entre el 4 y el 6% de los ancianos son víctimas de violencia, aunque es un número muy difícil de comprobar.

5

La violencia de género. El dramatismo de los sucesos llama la atención del público sobre estos problemas. A veces, sobre la violencia contra la infancia, a raíz de algunos asesinatos terribles, o del descubrimiento de redes de pedófilos. En otras ocasiones, sobre la violencia de género, a raíz del número de crímenes de este tipo que se cometen en nuestro país. La violencia de género ha sido más estudiada porque es un fenómeno que obedece a patrones culturales, y que está incluido en un problema más general de discriminación de la mujer.

La Asamblea General de la ONU del 2000 concluyó: "el hecho de que no se comprendan suficientemente las causas profundas de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas obstaculiza las actividades que se realizan para eliminar dicha violencia". Rhonda COPELON escribe: "En el caso de la violencia en la intimidad, son la supremacía masculina, la ideología y las condiciones las que dan al hombre la impresión de tener el derecho y hasta la obligación de castigar a su esposa. Por consiguiente, maltratar a la esposa no es un acto individual aislado o aberrante, sino una licencia social, una obligación o un signo de masculinidad, propiamente arraigado en la cultura e inmune –completamente o en gran medida– a toda sanción legal".

En el año 1996 la Relatora Especial de la ONU para este problema afirmó que: "La violencia contra la mujer en general y la violencia en el hogar particular son componentes esenciales de las sociedades que oprimen a la mujer, ya que la violencia contra ella no sólo se deriva de los estereotipos sexuales dominantes sino que también lo sostienen. Es uno de los mecanismos sociales funda-

mentales mediante los cuales se coloca a la mujer en una posición de subordinación". Los movimientos mundiales de mujeres consideran que "atacar las causas de la violencia, es por consiguiente, atacar todas las formas individuales y colectivas del sexismo, así como los mitos y falsedades que los alimentan y perpetúan. Por su parte, la Plataforma de Beijing instaba a los gobiernos para desarrollar los conocimientos y propiciar la comprensión de las causas.

En 1998 la Comisión de la Condición Jurídica de la Mujer de la ONU se separó deliberadamente del concepto "violencia doméstica", que reduce a conflictos individuales entre "personas" lo que son expresiones concretas de las relaciones de género a escala planetaria, y opta por la expresión "violencia de género en el ámbito familiar". El informe de Amnistía Internacional critica la web del Instituto de la Mujer porque presenta la violencia doméstica como un problema familiar y no como un problema de sexismo extremo. Dirige la misma crítica a la circular del Fiscal General de 1998 que dice: "El irracional fenómeno de la violencia que se comete en el seno de la familia es sufrido ordinariamente por mujeres y niños". Las organizaciones femeninas insisten en que no es un fenómeno irracional y que el primer paso para abordarlo es comprender las razones. Quieren llamar la atención sobre los componentes sociales, los mitos y las ideologías que favorecen estas agresiones.

6

Todas las conductas discriminadoras se apoyan, por una parte, en intereses, y por otra en *mitos de legitimación*. Los que han soportado la discriminación femenina son principalmente dos:

1. La mujer es peligrosa.
2. La mujer es mentalmente inferior e incapaz por ello de dirigir adecuadamente sus comportamientos.

Ambas cosas fomentan la idea de que se la debe controlar y dirigir. Hasta 1975, estuvo vigente el artículo 57 del Código civil que decía: "El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido". El preámbulo de la ley en que se promulgó este artículo (24 de abril de 1958) lo justifica así:

"Existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges."

En la actualidad se concede gran importancia a las creencias que dirigen algunos comportamientos. Hace unos años, una encuesta mostró que cerca del 40% de universitarios norteamericanos declaraba que habrían violado a alguien si hubieran sabido que no iban a ser castigados. La razón que daban como justificación era: "A las mujeres les gusta ser violadas".

Thimoty BENEKE, en su libro *Los hombres y la violación*, enumera alguna de las ideas que los violadores tienen sobre sus víctimas:

A todas las mujeres les gusta ser violadas

No se puede violar a una mujer en contra de su voluntad

A las mujeres no hay que creerlas.

Cuando una mujer dice "no" en realidad está diciendo "sí"

Las mujeres tienen lágrimas de cocodrilo.

Se la estaba buscando.

Las mujeres están llenas de mensajes contradictorios, esto produce frustración en los hombres.

Las mujeres se exhiben y tienen poder sobre uno

Ellas provocan, ellas se la buscan

Ellas se rien de uno y eso provoca humillación.

Estas creencias sobre las mujeres van acompañadas por otras creencias acerca de los hombres:

La sociedad marca como debe ser un hombre de verdad: debe hacer el amor muchas veces y debe ser agresivo con las mujeres.

Nadie va a violar a una mujer que no lo haya provocado.

La violación es un acto de venganza contra las mujeres que envían mensajes contradictorios.

Un hombre tiene un impulso sexual fuerte y es capaz de violar.

7

La agresión es un problema psicológico complejo. Los primeros estudios sobre violencia de género se dejaron llevar por las ideologías ambientales, y buscaron algún rasgo en la personalidad o en la conducta de las mujeres maltratadas, que incitara a ese comportamiento. Leonor WALKER describió el círculo de la violencia:

1. Fase de acumulación de tensión.
2. Fase aguda (provocada por cualquiera desencadenante que lleva al descontrol).
3. Fase de calma y reconciliación, que suele ser efímera, pero que con frecuencia induce a la víctima a no cortar la relación. La película *Te doy mis ojos*, de Iciar Bollain, muestra con claridad estas etapas.

Son muy pocas las mujeres que denuncian los maltratos, por una variada serie de razones, según Patricia Villavicencio:

1. Por miedo a las represalias.
2. Por temor a que no las crean.
3. Por temor a que las acusen de ser las culpables.
4. Por vergüenza y sentimiento de culpa.
5. Por una tendencia de las víctimas a minimizar la situación.
6. Porque dudan de su capacidad para elegir bien la pareja.

Los estudios hechos sobre las personas agresivas indican que se trata de una actitud peculiar. Una persona puede ser violenta y agresiva con su familia, pero no serlo fuera de ella. Las encuestas dicen que en su mayor parte no hay personalidades patológicas. La mayoría de los expertos creen que el factor de riesgo más importante para ser agresor es que previamente haya sido testigo o víctima de violencia por parte de su padre. Esto ocurre en el 80% de los agresores.

Las motivaciones del agresor suelen ser:

1. Necesidad de control sobre la mujer.
2. Sentimiento de poder.
3. Evaluación de la independencia femenina como pérdida de control.
4. Liberación de la rabia ante un ataque a su posición patriarcal.

Creo que hay que añadir los fenómenos de desahogo vicario. La furia desencadenada por personas más fuertes suele desahogarse maltratando a personas más débiles. Las tácticas del agresor pretenden conseguir un control absoluto y suelen incluir (1) aislamiento de la víctima, que al principio se puede exigir por amor. (2) Los celos como estrategia de control. (3) Las amenazas y las coacciones.

Todas las agresiones provocan en las víctimas una percepción negativa de sí mismas, lo que favorece la cronificación del maltrato. Con frecuencia está dispuesta a fases de reconciliación en las que recuerda al hombre del que se enamoró. A partir de ese momento se produce lo que WALKER llama unión traumática: "Dependencia emocional hacia el agresor producida por la intermitencia de los malos tratos y los periodos de reconciliación. Se desarrolla entonces una serie de sistemas defensivos, que en realidad son destructivos, por los que la víctima niega el maltrato, lo

minimiza, o se siente culpable de ellos. Según las encuestas, los motivos que dieron las mujeres para no haberse separado –hay que recordar que la mayoría de las personas que denuncian malos tratos reconocen haberlos sufrido al menos 5 años– suelen ser:

1. No tengo donde ir o no puedo mantenerme sola (31%).
2. Tengo hijos pequeños (32%).
3. Tiene miedo al agresor (18%).
4. Quiere a su pareja (16%).
5. No lo sabe, lo que prueba la contradicción en que cae la víctima (40%).

8

El Gobierno español aprobó en 1998 el I Plan de Acción contra la violencia doméstica y en el 2001 el II Plan Integral que tiene vigor hasta el 2004. Según la introducción de este Plan se dirige sobre todo a la violencia de género.

Medidas inmediatas: Jurídicas, de protección, económicas.

Está comprobado que la protección social es indispensable para vencer una situación de terror.

Medidas de eficacia a largo plazo:

— Educativas: cambio de estereotipos machistas.

— Vigencias sociales: la imagen de la mujer sigue siendo instrumental: se usa de ella.

- Capacitación laboral.
- Independencia psicológica.

9

La violencia sobre los niños es otro mal endémico. Tengan en cuenta que hasta 1989 no cuajaron los movimientos en pro de los derechos del niño. Ese año, la ONU aprobó la Convención sobre los Derechos de los niños (20 de noviembre). Según el defensor del Menor de Madrid "se maltrata más a los niños que a las mujeres", pero las agresiones permanecen en la invisibilidad. Estamos traspasando a los niños modos adultos de vivir. El Código penal de 1995 admite que un niño o niña de 12 años y un día puede dar consentimiento para tener relaciones sexuales con adultos. En la actualidad se ha subido a 13.

Los elementos que favorecen la aparición del maltrato a los hijos son:

1. La transmisión intergeneracional de la violencia.
2. El estatus socioeconómico, pues ocurre con más frecuencia en entornos económicamente deprimidos.
3. El estrés provocado por los hijos, el desempleo, problemas económicos o ser padre único.
4. La falta de habilidades y recursos personales para ejercer su rol.
5. Incapacidad para canalizar la frustración.
6. Planteamiento de expectativas y metas relativas a los hijos no adaptadas a la realidad.

7. El aislamiento de los sistemas de apoyo social "avitualamiento psicológico social" necesario para mantener su salud psicológica y emocional

8. El egoísmo y la ausencia de amor.

En la escuela estamos viendo el deterioro de la socialización en la familia. Debemos intentar rearmar la urdimbre familiar, asunto de gran complejidad. El problema de la conciliación de vida laboral y de vida familiar, el cambio de algunas costumbres que afectan al doble trabajo de la mujer, el conocimiento de las responsabilidades parentales, la intolerancia social al maltrato infantil. Nuestra situación es contradictoria. Necesitamos la familia, pero no sabemos qué familia. Seguimos pensando que las relaciones amorosas y familiares son la gran vía para la felicidad, pero desconfiamos de que sea posible recorrerla. Creemos que una familia unida es beneficiosa para los hijos, pero no sabemos como mantenerla unida sin sacrificar a veces la felicidad personal. La convivencia resulta extremada difícil. Ulrick BECK dice lapidariamente: "El amor se hace cada vez más necesario, y más imposible".

Estos son los problemas con que nos toca lidiar, de la misma manera que otras épocas tuvieron que bregar con los suyos. Los problemas sociales nunca tienen una solución lineal. Responden a causas múltiples y necesitan soluciones complejas. La violencia doméstica debe ser reprimida judicial y policialmente. Pero no es bastante. Se da con frecuencia el caso de individuos que han asesinado a sus parejas y luego se han suicidado o se han entregado a la policía. Son casos de desesperación o de obnubilación pasional ante los cuales las amenazas de la ley resultan ineficaces. Es posible que las dificultades planteadas por un cambio de paradigma en las relaciones familiares –de un régimen patriarcal a un régimen de igualdad– esté exacerbando la violencia. Por ello necesitamos completar las medidas legales con medidas psicológicas y educativas. Debemos fomentar la independencia laboral de la mujer, educarla en sus derechos, desmontar los mitos del secreto familiar y los matrones machistas.

Desde la escuela, que es mi campo de acción, debemos intentar romper el proceso de perpetuación de la violencia. Tenemos que educar seriamente la inteligencia social, práctica, ética, induciendo cuatro estilos afectivos fundamentales:

- Sentimiento de seguridad y acogimiento del niño.
- Sentimiento de compasión.
- Sentimiento de indignación ante la injusticia.
- Sentimiento de respeto hacia los demás y hacia uno mismo.

Los problemas sociales deben ser resueltos por la sociedad. Eso quiere decir: por sus instituciones y por cada uno de sus miembros. Los políticos, legislando; los jueces, aplicando rápida y justamente la ley; la policía, reprimiendo los casos; los medios de comunicación, dejado de ser transmisores de patrones violentos; las religiones, ayudando a la igualdad de la mujer; los médicos de familia, detectando situaciones de riesgo; la ciudadanía, siendo intolerante con toda demostración de violencia. y colaborando con las instituciones.

ASPECTOS PROCESALES DE LA VIOLENCIA
DOMÉSTICA

Pilar Alhambra Pérez

Magistrada del Juzgado de lo Penal
n.º 27 de Madrid

ASPECTOS PROCESALES DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA VÍCTIMA ANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. 1. Incoación del procedimiento. 2. Retracciones de las víctimas. A) La contradicción entre la declaración plenaral y sumarial. B) Declaración sumarial realizada ante presencia judicial. C) Lectura de los aspectos contradictorios a petición de parte. D) Posibilidad de que el testigo explique la contradicción entre sus manifestaciones. 3. Acumulación de sucesivas denuncias. 4. La prueba en este tipo de procesos por hechos constitutivos de Violencia Doméstica. A) Ausencia de incredibilidad subjetiva. B) Verosimilitud de la declaración. C) Persistencia en la incriminación. 5. Recursos. 6. Ofrecimiento de acciones a las víctimas y notificaciones de los actos procesales. 7. Consecuencias de la incomparecencia a juicio de la víctima. 8. Derecho de defensa que asiste a la víctima. III. MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA. 1. La detención. 2. La prisión provisional. A) Competencia para acordar la prisión provisional del imputado. B) Necesidad y proporcionalidad de la medida. C) Fines a los que ha de servir la prisión provisional. D) Requisitos para adoptar la prisión

provisional. E) Duración de la prisión provisional. F) Procedimiento para adoptar la prisión provisional. G) Recursos contra el auto por el que se acuerda la prisión provisional. H) Otras medidas cautelares. 3. Las órdenes de alejamiento y no comunicación con la víctima y allegados. 4. La libertad provisional, con o sin fianza. IV. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO SUPUESTO DE TRAMITACIÓN DE "JUICIO RÁPIDO". V. EL JUICIO DE FALTAS Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, creó el tipo penal que castigaba la violencia física habitual ejercida sobre los miembros más débiles del grupo familiar han sido muchas las reformas que se han llevado a cabo en el ámbito de la violencia familiar y de género con el fin de evitar estas conductas mediante la imposición de unas penas cada vez más graves y la protección a las víctimas de las agresiones, tanto físicas como psíquicas, perfeccionándose cada vez más los tipos penales y avanzándose por la vía de la protección. Pero, frente a este desarrollo legislativo, nos encontramos con un fenómeno sorprendente: el aumento de las denuncias por maltrato familiar y el consiguiente incremento de sentencias judiciales, muchas de ellas condenatorias; lo que pone de manifiesto que gran parte de las situaciones de malos tratos que antes se vivían en la familias como habituales y, dentro de ello como "normales", ahora están saliendo a la luz mediante la denuncia, gracias a la conciencia social que en esta materia se ha desarrollado en los últimos años. Se ha pasado de un problema individual de la familia a un problema social que exige una rápida respuesta de los poderes públicos. Ahora bien, hay un segundo dato que invita a la reflexión; a saber, en los fallecimientos en el año 2001 por esta causa, en el 81% de los casos no se había pre-

sentado denuncia, y en el 75% en el año 2002 (1), lo cual ofrece una doble lectura: por un lado, que, en los supuestos de malos tratos graves, la víctima se haya en una situación de imposibilidad de acudir a los poderes públicos a pedir ayuda; y, por otro lado, que es posible que se esté dando un salto desde un maltrato leve, que hace que la víctima no sienta la necesidad de denunciar, a un homicidio. Ambos supuestos son igualmente preocupantes si lo que pretendemos es evitar el maltrato, en general, y las muertes por este motivo, en particular, como ejemplo de una situación familiar extrema. Por lo demás el 70% de las personas fallecidas por maltrato fueron mujeres en el año 2001 y el 75% en el año 2002 y el 86% de los agresores eran hombres en el año 2001 y el 88% en el año 2002, motivo por el cual hemos de hablar de violencia sobre las mujeres en mayor medida, aunque también es ejercida sobre otros miembros débiles de la familia, como los menores y los ancianos.

La violencia familiar es un fenómeno que no conoce distinciones de clase social, de ámbitos culturales, raciales, etc., si bien, es cierto que en determinadas situaciones de paro laboral, de marginalidad, de culturas que menosprecian a la mujer por su condición de serlo, es más propicio el desarrollo de estas situaciones. También hemos de desterrar el concepto de que el consumo de alcohol o de otras sustancias está en la base del maltrato. El maltrato se produce a pesar de dicho consumo, no siendo la causa del mismo, sino la propia personalidad del maltratador que luego busca la excusa en dicho consumo para alegar ignorancia e irresponsabili-

(1) Informe sobre Fallecimientos por Violencia Doméstica en los años 2001 y 2002 del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. En la conclusión primera de dicho informe se dice que "los órganos judiciales no tienen constancia de la situación de malos tratos previa en el 81% de las muertes por violencia doméstica examinados en el año 2001, y en el 75% de las referidas en el año 2002". En un periódico de alcance nacional de 18 de julio de 2003 se transmitía un informe de la Fundación de Mujeres que revelaba que desde el año 1999 ha habido 315 crímenes de género y añadía "la tendencia no baja: desde el primer semestre de 1999 hasta el último, prácticamente se ha duplicado el número de víctimas mortales por cada 100.000 residentes femeninas en España".

dad; pero, el problema no lo debemos limitar a una situación de alcoholismo o similar, sino que es preciso buscar las causas más profundas de estas situaciones que desgraciadamente se dan en numerosas familias y que a veces ignoran que lo sufren pues el maltrato psicológico es mucho más sutil, pero a la larga mucho más dañino para los miembros del grupo familiar.

Así pues, los problemas que se plantean en este tipo de procedimientos son muy variados y afectan sobre todo a la prueba y a su valoración. Por un lado tenemos la iniciación del procedimiento. En otro tipo de delitos es normalmente la Policía Judicial la que inicia el procedimiento penal, bien de oficio, o bien mediante denuncia. En los casos de maltrato familiar será siempre la denuncia o la querrela de la víctima la que iniciará el procedimiento, pues en muy raras ocasiones se actuará de oficio, o bien por desconocimiento de la situación o bien porque un procedimiento iniciado sin consentimiento de la víctima es muy difícil que vaya a conseguir un resultado satisfactorio para todos. Distinto, por supuesto, es el caso de malos tratos hacia menores o personas desvalidas, donde el Ministerio Fiscal tiene la obligación de iniciar el procedimiento; pero en los supuestos de malos tratos hacia mujeres, si no se cuenta con la colaboración de éstas es muy difícil que se inicie y se continúe el procedimiento penal. Así pues, es necesario contar con la colaboración de la víctima en este primer estadio del proceso. Pero es necesario que la víctima participe activamente en dicho proceso aportando pruebas, sobre todo, su testimonio, detallado y, a su vez, concreto.

Pero, si todo esto es complicado en el supuesto del maltrato físico, es mucho más en el caso del maltrato psicológico, pues es difícil que la víctima lo identifique y luego lo pueda probar, ya que todo el mundo sabe lo que es una agresión y la puede describir; el problema se plantea cuando nos encontramos ante unas agresiones verbales y sutiles del tipo "tú no sabes hacer nada", "no digas eso que haces el ridículo"... donde la víctima llega a creerse que son ciertas por el mero hecho de ser pronunciadas por la persona que tiene a su lado de forma repetida y con ocasión de múltiples supuestos distintos, por lo que la víctima llega a tener miedo de

hablar si no es con la autorización y el consentimiento del agresor, hasta que queda aislada sin posibilidad de salir de dicho círculo.

Por otro lado, nos encontramos con la situación del agresor donde se dan diferentes planos: en primer lugar, el agresor, normalmente hombre, siente amenazada su posición en la familia y reacciona violentamente para mantener su status. Como ve que la situación se le va de las manos aumenta la agresividad llegando a provocar a veces la muerte de la otra persona y después su suicidio (2). De ahí surge otra cuestión importante a tener en cuenta, la necesidad de actuar sobre el agresor haciéndole que modifique su conducta, pues de esta forma se habrá modificado su respuesta frente a lo que considera un ataque, consiguiendo que controle sus impulsos violentos.

Además el agresor no es una persona que en su comportamiento sea siempre igual, pues unas veces desarrollará un cariño excesivo hacia la víctima, con una actitud hiperprotectora –sobre todo después de episodios de agresiones e insultos– lo que puede provocar en ésta un rechazo que incrementará su agresividad, o, por el contrario, su aceptación en la creencia de que va a cambiar, lo que llevará a la retirada de las denuncias o las retrataciones en los testimonios de las víctimas, motivo por el cual nos hemos de enfrentar con los problemas de prueba que lleva consigo. Como telón de fondo de todo esto a veces se encuentra el consumo de alcohol, que no tiene que ser en cantidades excesivas, pero sí suficientes como para que sobre una personalidad como la descrita sirva como detonante y excusa para prolongar las situaciones de miedo y agresividad en la familia. No se agrade porque se bebe, sino que se bebe para agredir. Motivo por el cual hemos de considerar todo lo relativo a la prueba de cualquier circunstancia atenuante o eximente que pudiera concurrir.

Por último, sólo hacer referencia a que nos encontramos ante un fenómeno complejo en cuya base se encuentran los profundos

(2) En tres casos en el año 2001 y en 6 casos en el año 2002. Informe sobre Fallecimientos por Violencia Doméstica en los años 2001 y 2002 elaborado por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial.

cambios sociales y estructurales que está sufriendo nuestra sociedad y que hallan su origen en la emancipación de la mujer, tanto en el ámbito profesional, como sexual y familiar, motivo por el cual los roles atribuidos tradicionalmente al hombre han ido cambiando, pero muchos de ellos no se han adaptado a este cambio, por lo que reaccionan agresivamente ante estas situaciones que consideran de peligro para su status, todo lo cual explica el incremento de muertes violentas y de malos tratos más graves; pues, los malos tratos han existido siempre ya que son un resultado de las relaciones de dominación que se establecen entre los sexos, pero no se denunciaban y se consideraba que estábamos en presencia de un problema particular de la familia y la propia mujer y los hijos maltratados adoptaban una actitud sumisa ante estas situaciones, lo cual ahora cada vez ocurre menos, por la propia emancipación de la mujer, su mejor formación, su aumento de la autoestima, la conciencia social sobre el problema, etc., lo que provoca que el agresor amenazado reaccione más violentamente.

Así pues, el incremento de la autoestima en la mujer, la adaptación del hombre a las nuevas situaciones sociales, la persecución de estos hechos, etc., está en la base de los procesos penales por estos delitos y en la base de las soluciones a adoptar en un futuro para erradicar esta lacra social. No hay peor cosa que tener miedo a la persona con quien se convive.

II. LA VÍCTIMA ANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

La posición de la víctima en el procedimiento penal por violencia doméstica es muy diferente a la de cualquier otra víctima por otro delito, incluidos los delitos contra la libertad sexual, pues en el supuesto de la violencia ejercida en el seno de la familia, la convivencia y el conjunto de lazos familiares y sentimentales que se entrelazan entre todos sus miembros hace que la posición de la víctima y el agresor no sea la misma que en otro tipo de delitos donde no se conocían anteriormente y tampoco continúan viéndo-

se con posterioridad a la denuncia y al juicio. Desgraciadamente la víctima del maltrato familiar tendrá que seguir relacionándose con su agresor cuando haya hijos o por otros varios motivos. Esto hace que el testimonio vaya unido a una carga emocional que nada tiene que ver con el relato de hechos objetivos que pueda realizar la víctima de otro delito.

Vamos a utilizar el concepto de víctima como concepto comprensivo de todos los perjudicados y ofendidos por este delito ya que víctimas del maltrato familiar son todos los miembros que conviven en la familia con el agresor, desde los menores hasta los hermanos de alguno de los cónyuges, los pupilos, los ascendientes, etc.

1. Incoación del procedimiento

Centrándonos en el aspecto procesal, el primer problema que plantea este tipo de procedimientos es que sólo se incoan por iniciativa de la víctima, pues salvo en los supuestos de malos tratos a menores que salen a la luz por partes hospitalarios o en los casos de malos tratos muy graves, en el resto de supuestos tendrá que ser la propia víctima la que denuncie los hechos, pues normalmente ocurren en la intimidad del hogar y no hay otros testigos. Así pues, en la mayoría de las ocasiones será la víctima la que en un acto de valentía acuda a denunciar a la persona con la que convive en una situación extrema de confusión y miedo. Difícil será encontrar procedimientos por maltrato familiar no grave –me refiero a los que no acaban en muerte de la víctima– que se inicien de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o por atestado, sin denuncia previa de la víctima, a diferencia de lo que ocurre con el resto de delitos donde es muy posible que junto a la denuncia se inicien de oficio por la policía.

Por tanto ya partimos de una situación en la que la víctima tiene que vencer una serie de luchas y miedos para acudir a denunciar y todo ello conviviendo con la persona a la cual denuncia. En la comprensión de estas circunstancias personales y familiares es

donde debemos ver el origen de las múltiples retrataciones de las víctimas y el hecho de no acudir más a los Juzgados, una vez que la denuncia se ha presentado. Es necesario comprender que la persona denuncia unos hechos y luego tiene que volver al domicilio y tiene miedo a la reacción del agresor o en otros casos que dicho agresor la convenza con promesas de cambio que nunca se cumplen, motivo por el cual en una gran mayoría de ocasiones los Juzgados y Tribunales se encuentran con las retractaciones de las víctimas y el hecho de quitar importancia a lo sucedido, sobre todo en juicios de faltas.

Así pues, es fundamental que cuando una víctima de malos tratos se decide a denunciar y acude a una Comisaría o al Juzgado de guardia se le recoja la denuncia de la forma más detallada posible, haciendo hincapié en situaciones anteriores y en todas y en cada una de las circunstancias que han concurrido en el hecho que denuncia, así como el estado en el que se encontraba el agresor, es decir, si había bebido o había consumido cualquier otra sustancia, amén de informarla de todos los servicios sociales a su alcance.

Si la denuncia se relata detalladamente va a ser mucho más fácil identificar la situación de habitualidad que se pueda estar dando en esa familia y continuar el proceso sin los inconvenientes propios de fallos de memoria de la víctima por el transcurso del tiempo.

Una vez que se ha presentado la denuncia, es necesario incoar el procedimiento de violencia doméstica lo más rápidamente posible por parte del Juzgado al que corresponda, debiendo poner en la carpetilla de la causa una llamada al hecho de que se trata de un caso de violencia doméstica y dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal, tanto al del Juzgado como al encargado del Servicio de Violencia Doméstica, si no le hubiera entregado la Policía copia del atestado. También se dará cuenta al correspondiente registro, si lo hubiera, sobre violencia doméstica.

Incoado el procedimiento, procede llamar a la víctima lo antes posible –si lo fuera en el propio servicio de guardia, mucho mejor y luego remitir todo lo actuado al Juzgado que corresponda, si no fuera competente el de guardia– para recibirle declaración. Esta

urgencia viene motivada por dos cuestiones: la primera, comprobar si se encuentra en una situación de riesgo de la cual la punta del iceberg es la denuncia presentada, y, la segunda, procurar una declaración judicial con todas las garantías y lo más próxima posible a la fecha en que ocurrieron los hechos y todo ello porque será mucho más difícil una retractación en estos primeros momentos y la víctima recordará mucho mejor lo sucedido.

2. Retracciones de las víctimas

Así pues, en estos primeros estadios del procedimiento –no estamos hablando de juicios rápidos ni de detención de denunciados, que trataremos a continuación– es muy importante que la víctima y el agresor sean llamados al Juzgado para tomarles declaración por parte del Juez de Instrucción, quien oír de primera mano todo lo sucedido en la dos versiones y citará para ello al Ministerio Fiscal y hará que la víctima sea examinada por el Médico Forense para acreditar algún tipo de lesión, tanto física como psíquica, ya que el informe que el Médico Forense pueda emitir en ese primer momento es muy importante a la hora de dar una primera idea acerca de las lesiones psíquicas que pueda presentar la víctima y probar las físicas, sin perjuicio de los informes posteriores que fueran necesarios. El Médico Forense también deberá examinar al imputado para acreditar cualquier tipo de anomalía psíquica que pudiera presentar o consumo de alguna sustancia que potencie su peligrosidad en cuanto a falta de control de sus impulsos.

La declaración de la víctima y del agresor debiera ser en presencia del Ministerio Fiscal y de los abogados de las partes, si estuvieran personados. En cualquier caso, el abogado de la defensa debiera estar presente para favorecer la contradicción y si se le ha tomado declaración en calidad de imputado o está citado en este sentido debe ser oído en presencia de su letrado, por lo que éste debe asistir a la declaración de la víctima. No se trata de buscar una prueba anticipada de la declaración de la testigo favoreciendo la contradicción como si se tratara de un testigo extranjero

o en peligro de muerte, pues no estamos en ninguno de estos dos supuestos, lo que se trata es de asegurar una declaración con todas las garantías de intermediación por parte del Juez de Instrucción y de contradicción de todas las partes en el proceso para que si se produce una retractación en el juicio oral se pueda dar lectura a esta declaración y hacerle ver las contradicciones en las que ha incurrido y poder fundamentar una sentencia condenatoria en base a una declaración sumarial (3) –art. 714 LECrim–. No olvidemos

(3) La Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1988, de 7 de julio (Ponente: Sr. Leguina Villa), considera que la posibilidad de someter a contraste la declaración plenarial con la sumarial, tal y como se regula en el art. 714 LECrim, está perfectamente ajustada al texto constitucional, y que es lícito que el tribunal sentenciador pueda inclinarse por otorgar valor probatorio pleno a la declaración sumarial si ésta le merece mayor credibilidad que la declaración plenarial contradictoria. El Tribunal Supremo mantiene resueltamente esta línea interpretativa. Así la Sentencia 1059/1995, de 20 de octubre (Ponente Sr. De Vega Ruiz) dice: "La reproducción de las demás pruebas en el juicio oral y su libre valoración por los Jueces de la instancia, no comportan en modo alguno que, en orden a la íntima convicción, haya de negarse toda eficacia a los actos de la instrucción y en concreto a las declaraciones prestadas ante la Policía y ante el propio Juez cuando tuvieron lugar con respeto a las formalidades de la Carta Magna y el ordenamiento procesal, ya que el art. 714 LECrim permite la lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario, si no son conformes, en lo sustancial, con las efectuadas en el plenario, con el propósito de que así se pondere la mayor o menor verosimilitud de lo que se dice. Cuando el medio de prueba se reproduce en el juicio oral, con intermediación, oralidad y publicidad, permitiendo la contradicción, adquiere en todo caso valor probatorio aunque su resultado sea distinto, pudiendo entonces el órgano judicial sentenciador fundar su convicción no sólo en el sentido de lo manifestado en ese juicio oral, sino también en las versiones anteriores, debidamente documentadas, según la mayor o menor verosimilitud que unas y otras le merezcan".

También y a modo de reseña, es preciso traer a colación el Auto del Tribunal Supremo 1127/1997, de 4 de junio (Ponente: Sr. Martín Pallín), que establece lo siguiente: "1.º Las diligencias sumariales (y procesales) son simples actos de investigación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad no es la fijación definitiva de los hechos para que trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio por el juzgador, por lo que para que tengan

que conforme pasan los meses las posibilidades de que la víctima olvide lo sucedido, le quite importancia y el agresor haga su labor de reconquista prometiendo un cambio, así como otros familiares y allegados hagan ver a la persona que los hechos entran dentro de la normalidad y que es una tontería denunciarlos son mayores. Lo cierto es que todo esto va quebrando el carácter de la víctima y es muy normal que llegue a juicio y no recuerde o se retraiga de lo dicho, por lo que en el acto del juicio oral se le puede dar lectura a su declaración sumarial, someterla a contradicción de acuerdo con el art. 714 LECrim, preguntarle por dichas contradicciones y basar la sentencia en la declaración que prestó ante el Juzgado de Instrucción con todas las garantías. E incluso, aunque la víctima no se retraiga, puede ocurrir que simplemente no recuerde todo lo sucedido, lo cual es muy normal puesto que partimos de muchos hechos repetidos a lo largo del tiempo, por lo que bastará dar lectura a su declaración sumarial y la ratificación de la misma, puntualizando alguna cuestión que deseen las partes o que el Juez o Tribunal considere oportuna, sin necesidad de someter a la víctima a un esfuerzo de memoria que en la mayoría de los casos será infructuoso, dadas las circunstancias en las que se produce.

valor probatorio, además de haberse practicado con las formalidades que la Carta Magna y el ordenamiento procesal establecen, deben tener entrada en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, bien integradas como prueba documental (art. 730 de la Ordenanza Procesal Penal), si bien en el caso de que un presente en el juicio haya declarado con anterioridad en sentido opuesto mediante la puesta de manifiesto de las contradicciones (art. 714 de la misma Ley Procesal) o bien, incluso a través del contenido de las preguntas y repreguntas formuladas en el plenario (no apareciendo de modo sorpresivo en la sentencia).

2.º Supuesto el anterior en que el Tribunal se halla en condiciones de optar por una u otra versión, pues no ha de olvidarse que las manifestaciones sumariales (y preprocesales) practicadas con las garantías marcadas en el art. 520 de la Ley de enjuiciar, pueden ser confrontadas con las llevadas a cabo durante el plenario y por ello, puede y debe el Tribunal llegar a formar su convicción teniendo en cuenta las razones convincentes o no en su caso de retractación del dicho anterior, las reglas de la lógica, del buen juicio, máximas de experiencia y las consecuencias obtenidas del acervo probatorio".

Los requisitos para valorar la declaración sumarial en detrimento de la declaración plenarial contradictoria son los siguientes: que exista una contradicción entre ambas declaraciones y que medie una petición de parte a fin de que se dé lectura a la declaración sumarial que es contradictoria con la plenarial.

Según CLIMENT DURÁN (4), los requisitos de que ha de estar adornada la declaración sumarial para que pueda ser valorada por el tribunal como prueba de cargo son los siguientes:

A) *La contradicción entre la declaración plenarial y sumarial*

Es preciso que se aprecie una falta de conformidad entre lo declarado en el sumario y lo declarado en el juicio oral, bien porque se advierta alguna contradicción, bien porque se detecte alguna divergencia, o incluso porque el declarante diga no recordar algún extremo sobre el que declaró en fase sumarial.

B) *Declaración sumarial realizada ante presencia judicial*

Para que la declaración sumarial sea valorable, en caso de contradicción con la declaración plenarial, es preciso que aquélla haya sido "regularmente obtenida", esto es, a condición de que haya sido producida ante la presencia del Juez de Instrucción o, en otras palabras, bajo el control y la supervisión del mismo (5).

(4) CLIMENT DURAN, C.: *La prueba penal*. Valencia 1999. Págs. 221-222.

(5) La STC 51/1995, de 23 de febrero (Ponente: Sr. Cruz Villalón), dice lo siguiente: "las declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara concluida la ins-

C) *Lectura de los aspectos contradictorios a petición de parte*

El art. 714 LECrim dispone que la lectura se hará a petición de cualquiera de las partes. Aunque la jurisprudencia ha admitido la aplicabilidad de dicho precepto aunque la lectura no se formalice expresamente, pero de la pregunta realizada al testigo se evidencie que se le ha puesto de relieve la contradicción o divergencia entre la declaración sumarial y la plenarial. Basta, por tanto, con que en el desarrollo del juicio se contengan referencias a lo expresado por testigos o acusados en sus comparecencias ante el Juez de Instrucción, lo que puede deducirse, incluso, del propio contenido de las preguntas o respuestas reflejadas en el acta del juicio (6).

D) *Posibilidad de que el testigo explique la contradicción entre sus manifestaciones*

Una vez leída o puesta de manifiesto la declaración sumarial contradictoria con lo manifestado por el testigo en el juicio oral, podrá éste explicar las razones de tal divergencia o contradicción y así quedarán satisfechas todas las garantías procesales y podrá el Tribunal sopesar la credibilidad de dicho testigo y decantarse por lo manifestado en la fase sumarial o por lo declarado durante el juicio oral.

trucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 de la LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial".

(6) STS 819/1996, de 5 de noviembre (Ponente: Sr. Soto Nieto).

3. *Acumulación de sucesivas denuncias*

Nos encontramos ante un delito que por el propio concepto de habitualidad normalmente se extiende en el tiempo, por lo que los actos aislados de violencia se repiten y pueden llegar a dar lugar a múltiples denuncias que se acumulan o debieran acumularse en un solo procedimiento para evitar la dispersión. El problema que plantea en muchas ocasiones la acumulación de denuncias es que los procedimientos se hacen interminables y jamás podrían ser enjuiciados los hechos si continúan presentándose denuncias y acumulándose a la primitiva, y, por tanto, no se podría dictar una sentencia, absolutoria o condenatoria, con la consiguiente inseguridad y perjuicio para todas las partes. En estos casos es preciso poner un límite a las acumulaciones en un solo proceso para evitar procedimientos que duren varios meses e incluso años –lógicamente, no estamos hablando de juicios rápidos– y el límite no puede ser otro que el auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado y el consiguiente traslado a las acusaciones para formular sus escritos de calificación. Hasta ese momento todo lo que llegue al Juzgado y que haga referencia a estos hechos tendrá que ser acumulado, con la obligación legal de citar al imputado a que preste declaración sobre los hechos nuevos relatados en la denuncia posterior y, de acuerdo con la praxis antes esbozada para evitar que las retractaciones en juicio provoquen sentencias absolutorias, habría que citar a la víctima a declarar. El problema que se plantea es que si practicamos todas estas diligencias con cada una de las denuncias que se acumulan nos podemos encontrar que cuando se han practicado haya una nueva denuncia, de ahí que en estos casos de múltiples denuncias, casi diarias, baste la declaración del denunciado con todas las garantías y sería conveniente que la víctima estuviera debidamente asesorada para que en estos casos, salvo que se trate de hechos graves, dejara que el procedimiento continuara su curso, sin perjuicio de relatar en una denuncia posterior todos los hechos acaecidos desde la última, para conseguir que las diligencias previas incoadas con motivo de la anterior denuncia puedan tener un fin y puedan ser juzgados

esos hechos. Si el acusado es juzgado y condenado (7) por un delito de malos tratos familiares, posteriormente dicho antecedente penal dará lugar a la aplicación de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP (8) si vuelve a cometer los hechos y a dictarse una nueva sentencia condenatoria (9).

4. La prueba en este tipo de procesos por hechos constitutivos de Violencia Doméstica

Hemos hecho referencia antes a las retractaciones de las víctimas en el juicio oral, e incluso, en el Juzgado de Instrucción, moti-

(7) La Memoria de la FGE de 2001 dice que en las Fiscalías se han contabilizado hasta un total de 654 retiradas de denuncia, cifra inferior en la mitad a la del año anterior y a propósito de esto hace el siguiente comentario: "la retractación o retirada de denuncia es un fenómeno que se presenta con una variada gama de formas a lo largo del procedimiento. Desde la manifestación expresa de que se retira la denuncia (cuya virtualidad es casi nula dado el carácter público de la perseguibilidad de tales infracciones delictivas), hasta la mera incomparecencia a las citaciones o la declaración con un contenido de rebaja de los hechos acaecidos".

(8) La nueva redacción dada al art. 66 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, establece un nuevo apartado 5.º que dice: "Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido".

(9) En las Conclusiones Aprobadas en la Primera Reunión de Fiscales Encargados de los Servicios de Violencia Familiar celebrada en Madrid los días 27 a 29 de marzo de 2000, se estableció lo siguiente: Una sentencia condenatoria por el delito del art. 153 CP impide tomar en consideración nuevamente cualquier acto comprendido en el periodo de tiempo contemplado para fundamentar una nueva condena por tal infracción. Por tanto, una ulterior condena por delito de maltrato habitual exigirá la prueba de nuevos actos de violencia posteriores reiterados. En tal caso habría de tenerse en consideración la agravante de reincidencia. Hay que buscar un criterio uniforme para definir cuándo se rompe la unidad de delito en el art. 153 CP. En principio puede propugnarse fijar el momento del

vo por el cual los mayores problemas que se plantean en este tipo de procedimientos son los relativos a la prueba y ello por varios motivos: el primero, que los hechos ocurren normalmente en la intimidad del hogar o de la pareja; el segundo, que salvo las lesiones físicas, el resto no deja ningún vestigio; y, el tercero, que las víctimas por todos los condicionantes de miedo, promesas de cambio, intervenciones de familiares y allegados, baja autoestima, etc., es muy fácil que se retraigan de lo manifestado en un primer momento o simplemente no recuerden lo sucedido con exactitud porque son hechos muy reiterados. Si a todo ello unimos que muchas veces la única testigo es la víctima, nos encontramos con varios problemas relativos a la prueba relacionados directamente con el derecho a la presunción de inocencia que ampara siempre y en todo caso a toda persona a la que se impute un delito o falta, es decir, hemos de partir de dicho principio y de aquél que establece que es a la acusación y no a la defensa a la que le corresponde probar los hechos para tratar que estos no queden impunes por el mero hecho de producirse en la intimidad del hogar. Entre estos dos límites hemos de actuar y a veces no es fácil, pues nos encontramos con versiones contradictorias perfectamente coherentes y elaboradas ambas, de ahí que la motivación de la sentencia en cuanto a valoración de prueba haya de ser mucho más exigente en estos supuestos de escasez probatoria que en otros donde la prueba es abundante o la flagrancia delictiva acredita por sí sola los hechos.

La primera cuestión que se plantea es si el testimonio de la víctima por sí solo sirve para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado, pues sobre la víctima, en cuanto perjudicada por el delito, recae una sospecha de parcialidad. Junto a esto,

enjuiciamiento. A partir de ahí cualquier otro acto de violencia servirá para integrar, siempre que se repita suficientemente, una nueva infracción del art. 153.

En materia de acumulación hay que atender a criterios no estrictamente rígidos. La agilidad y la celeridad y las exigencias probatorias han de ser dos pautas orientadoras primordiales. Sin olvidar no agravar la condición de la víctima obligándola a múltiples compareencias".

nos encontramos que, en la mayoría de los procesos por estos delitos, el único testigo es la víctima.

En nuestro Derecho ha desaparecido, como principio inspirador del proceso, el viejo adagio latino del derecho romano-canónico, *testis unus, testis nullus*, y la declaración de la víctima, como única prueba de cargo, sirve para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado siempre que reúna ciertos requisitos.

Precisamente por esto, dice CLIMENT DURÁN (10), se hace preciso apurar el análisis valorativo de su testimonio, a fin de comprobar si es realmente cierto lo que afirma o si, por el contrario, su declaración está impulsada por algún motivo espurio de resentimiento, odio, venganza, enemistad, etc. Si en todo tipo de delitos, donde la única prueba de cargo es el testimonio de la víctima, se hace necesario el examen y la comprobación de los móviles de la misma para descartar otros que no sean los puros para la averiguación del delito y de su autor, en los malos tratos se mezclan tanto los sentimientos, que el testimonio de la víctima puede ser claro y contundente, pero puede ser vago, por dificultad a la hora de recordar lo sucedido o en apoyo incondicional del acusado o cargando las tintas sobre lo sucedido, de ahí que sea tan difícil enjuiciar e instruir estos hechos, pues el Juez de Instrucción habrá de acordar, en pocas horas y con pocos datos, la adopción o denegación de medidas que van a afectar al futuro de las personas y de la familia en su conjunto y el órgano enjuiciador tendrá muchas veces que buscar entre dos declaraciones cuál de ellas es la más convincente y coherente para fundamentar una sentencia condenatoria o absolutoria con las consecuencias futuras de una y de otra.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha admitido la declaración de la víctima como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado, dejando a los órganos de la jurisdicción ordinaria la valoración de dicho testimonio. Así la STC 229/1991, de 28 de noviembre (P: Sr. López Guerra), dice lo siguiente:

(10) CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal*. Valencia 1999. Pág. 129.

"Como hemos manifestado reiteradamente, en ausencia de otros testimonios, la declaración de la perjudicada, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene consideración de prueba testifical, y como tal, puede constituir prueba válida de cargo en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso".

La STC 173/1990, de 12 de noviembre (P: Sr. Gabaldón López), establece que "dicha declaración constituye prueba a los efectos del art. 24.2 de la Norma Fundamental. Su valoración compete, pues, exclusivamente a los órganos judiciales sin que este Tribunal pueda corregir la decisión por éstos adoptada".

Así pues, admitida por el Tribunal Constitucional la validez de la declaración de la víctima como única prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia que ampara al acusado y habiendo dejado el Alto Tribunal a la jurisdicción ordinaria todo lo referente a su valoración, hemos de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para examinar los requisitos y condiciones que ha de reunir dicha declaración para ser considerada prueba de cargo válida y apta para fundamentar por sí sola una sentencia condenatoria. La jurisprudencia procede sobre todo de los delitos contra la libertad sexual y de los delitos de robo con intimidación, pues este tipo de delitos normalmente se cometen en la intimidad de la víctima y el agresor y eliminar la declaración de la víctima como prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia sería tanto como caer en la más absoluta impunidad de estos tipos penales. Por el contrario creer a pies juntillas todo lo que la víctima declare sería tanto como invertir la carga de la prueba de tal manera que haríamos recaer sobre la defensa la necesidad de argumentar y probar hechos relativos a su propia inocencia, cuando la acusación no ha probado el hecho y la autoría. En ese justo medio se ha de mover la resolución judicial, tanto en el ámbito de las medidas cautelares dictadas por el Juez de Instrucción como, por supuesto, a la hora de dictar la sentencia. A este respecto hemos de recordar la STS 849/1998, de 18 de junio (P: Sr. Martínez-Pereda), cuando dice: "la víctima, que puede constituirse en parte procesal como acusación particular, no puede ser en sentido

técnico testigo, tercero imparcial, pero no impide que pueda prestar declaración en los mismos términos que un testigo, con lo que a los efectos prácticos tales testimonios se identifican, requiriendo por ello que la Sala de instancia pondere y valore con toda mesura y discreción las concurrentes circunstancias del caso, añadiéndose, asimismo, en dicha línea doctrinal, que con sólo el testimonio de la víctima puede destruirse la presunción de inocencia siempre y cuando no parezcan razones objetivas que provoquen en el Tribunal de instancia una duda que impida su convicción, porque lo que veda el principio fundamental a la presunción de inocencia, es la condena por impresiones íntimas del juzgador, por sospechas o conjeturas sin una prueba inequívocamente acusatoria, advenida al proceso de una manera regular y de acuerdo en todo con lo dispuesto en la Ley Fundamental y en las Leyes Procesales".

En cuanto a la condición de parte de la víctima, la STS 693/1997, de 20 de mayo (P: Delgado García), dice que "no podemos compartir la afirmación de que la víctima de un delito por el hecho de actuar en el proceso penal como parte ofendida ejercitando las correspondientes acciones civil y penal no puede ser testigo. Quien es parte en el proceso civil no puede declarar como testigo sino por medio de la llamada prueba de confesión; pero esto no ocurre en el proceso penal en el que a tales efectos sólo hay una parte: aquélla contra la que se ejercita la acción penal, única que no puede declarar como testigo. Todas las demás personas que pueden aportar algún dato de interés al proceso han de actuar en el mismo prestando su testimonio con sometimiento a las normas procesales que regulan esta clase de prueba".

Así pues, la víctima puede prestar su declaración en el acto del juicio oral en calidad de testigo, con las obligaciones que establece la Ley para los testigos y con todos los requisitos y garantías que fija la ley procesal penal. Puede actuar como único testigo y como única prueba de cargo y basta por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado de acuerdo con el principio de libertad de prueba y libre valoración de la misma recogido en el art. 741 LECrim.

Ahora bien, sobre la víctima recae una sospecha de parcialidad y además en el caso de los malos tratos pueden entrar en juego los sentimientos de amor-odio, así como la existencia de un proceso civil de separación o divorcio paralelo, todo lo cual puede llevar a la víctima a realizar una declaración en el juicio a favor o en contra del acusado, cuya veracidad se ponga en tela de juicio. De entre esta dificultad ha de extraer el Juez todos los elementos necesarios para dictar una sentencia condenatoria o absolutoria, de ahí la necesidad de motivar las sentencias valorando y ponderando todas las pruebas practicadas en el juicio oral con todas las garantías. La dificultad es menor cuando a la declaración de la víctima se une la de otros testigos imparciales, bien directos o bien de referencia, o cuando tenemos datos objetivos como partes de asistencia o informes médico-forenses que acreditan por sí solos la realidad de las lesiones físicas o psíquicas, si bien acreditar la acción y la relación de causalidad, así como la autoría, tendrá que basarse en otro tipo de pruebas, pero tendremos unos datos objetivos en que apoyar la declaración de la víctima, de tal manera que si se retracta de su declaración anterior en apoyo del acusado, tendremos prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, siempre que se le lea en el acto del juicio oral la declaración sumarial y se le pregunte por las contradicciones y contemos con el dato del resultado lesivo acreditado desde el momento de la denuncia.

El problema se plantea cuando los hechos no dejan huellas o vestigios y se producen en la intimidad del hogar en presencia del agresor y de la víctima y como mucho de los hijos menores. En este caso el control de la credibilidad de la víctima ha de pasar por una serie de requisitos:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva

Es decir, que a la víctima no la muevan móviles espurios, como ánimo de venganza, resentimiento, fabulación, etc. En los procedimientos penales por malos tratos donde el único testigo es la víctima es necesario analizar muy detenidamente su declaración

inculpatoria, pues pueden concurrir muchas veces móviles ajenos al proceso penal, como las implicaciones personales y económicas, propias de un proceso de separación y divorcio. De ahí la necesidad de examinar y valorar en la sentencia y en cualquier otra resolución judicial dictada en un proceso penal por malos tratos, sobre todo que afectan a derechos fundamentales, como los autos de prisión del imputado, cada uno de estos requisitos para saber si concurre en la víctima algún móvil que no sea el puramente declaratorio de una situación de malos tratos familiares. No olvidemos que en este clima de violencia familiar en la que pueden vivir todos los miembros de la familia con sentimientos muy arraigados y contradictorios, la víctima y cualquier testigo no imparcial de estos hechos puede declarar sin tener en cuenta la objetividad del testimonio y será necesario entrever en el mismo aquellos hechos que realmente son objetivos de los que son meras apreciaciones subjetivas o deseos de venganza que pueden aparecer después de un episodio violento vivido en la familia.

A su vez es necesario ver las condiciones personales de la víctima como su edad, su desarrollo personal, la concurrencia de alguna circunstancia como enfermedad mental o alcoholismo. De ahí que sea muy importante un análisis médico forense y psicológico, siquiera en un primer estadio del procedimiento, para analizar si concurre alguna de estas circunstancias y poder valorarla, sobre todo si es para dictar un auto de prisión o de alejamiento o una Orden de Protección, por ello sería deseable que los Juzgados de Instrucción, llamados a dictar las órdenes que protegen a las víctimas desde un punto de vista integral, tuvieran un buen equipo asesor compuesto por psicólogos y el médico forense del Juzgado que pudieran ya en estos primeros momentos otorgar al Juez una visión de la víctima, del agresor y de la familia en su conjunto, para evitar que se dicten resoluciones con desconocimiento de la realidad familiar y que a la larga sean perjudiciales para todos los miembros de la familia o que, por el contrario, no se dicten dichas resoluciones y supongan igualmente un perjuicio, a veces irreparable, para la víctima. Por supuesto, a lo largo del procedimiento será necesario contar con dichos análisis psicológicos, personales, del agresor

y de la víctima, para conocer realmente la situación de ésta y de aquél y las medidas más adecuadas para poner fin a la situación, amén de la pena que corresponda. Existe la pena de alejamiento y de no comunicación con la víctima, con lo que ello implica sobre el régimen de visitas de los hijos, y estas medidas, tanto cautelares como definitivas impuestas en sentencia, se han de dictar con un conocimiento de dicha realidad familiar.

B) Verosimilitud de la declaración

La declaración de la víctima ha de ser lógica. El hecho de que se admita el testimonio de la víctima como única prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado, no significa que dicha víctima haya de ser creída a pie juntillas, sino que es necesario que ese testimonio reúna una serie de requisitos que estamos analizando ahora, y uno de ellos y muy importante es que dicha declaración sea lógica, pues en caso contrario o habrá de ser rechazada de plano dicha declaración o entrever la parte que sea cierta de la que no lo sea o se trate de una mera fabulación. Normalmente en las declaraciones de víctimas de malos tratos, es tal la concurrencia de sentimientos contradictorios, que es difícil distinguir lo que ha ocurrido realmente de lo que la víctima ha sufrido en su autoestima y en su interior, y cómo lo ha percibido, de ahí que sea muy importante, si contamos con ello en el proceso penal, que concurren corroboraciones periféricas objetivas de la declaración de la víctima, es decir, que exista algo más que la sola declaración para estimar acreditados los hechos. En este caso son muy importantes los partes de lesiones de la víctima, en el caso de agresión, pues nos sirven para acreditar el resultado lesivo con la acción que es la denunciada por la propia víctima. También, si existen declaraciones testificales de policías que hubieran acudido al lugar de los hechos ante el llamamiento de la víctima, vecinos o allegados y que, aunque no los hayan presenciados, sin embargo, pueden declarar acerca de lo que hayan observado cuando llegaron al lugar, para ver si concuerda más con la declaración

de la víctima que con la del agresor y es también muy valioso en este aspecto su testimonio de referencia, acerca de lo que les relató la víctima, el agresor u otros testigos y observar si concuerda con las declaraciones prestadas por unos u otros.

Todos estos requisitos es muy importante tenerlos en cuenta y valorarlos tanto en supuestos de retractaciones de las víctimas, pues pueden servir para fundamentar una sentencia condenatoria, incluso en contra del testimonio de la perjudicada, si se estiman estos elementos de prueba; como en supuestos de declaraciones encoñadas en contra del agresor.

C) Persistencia en la incriminación

Es muy común que en los delitos de malos tratos nos encontremos con declaraciones contradictorias de la propia víctima. Observamos muy a menudo que éstas acuden al Juzgado en repetidas ocasiones a denunciar unos hechos y al cabo de unos pocos días cuando se las cita para ratificar y aportar más datos dichas declaraciones son desmentidas por las propias víctimas o son eliminados los elementos más incriminatorios de su propia declaración (11). Evidentemente en estos supuestos no concurre este requisito y la sentencia, si solo contamos con la declaración de la

(11) Como hemos dicho antes, en la Memoria de la FGE del año 2001 se dice lo siguiente: "por las Fiscalías se han contabilizado hasta un total de 654 retiradas de denuncias, cifra inferior en la mitad a la del año anterior. Sin embargo, dicha cifra tiene difícil traducción estadística habida cuenta varios factores:

— Al no contestar todas las Fiscalías dicho dato se ignora en relación al número de procedimientos en que se produce.

— La retractación o retirada de denuncia es un fenómeno que se presenta con una variada gama de formas a lo largo del procedimiento. Desde la manifestación expresa de que se retira la denuncia (cuya virtualidad es casi nula dado el carácter público de la perseguibilidad de tales infracciones delictivas) hasta la mera incomparecencia a las citaciones o la declaración con un contenido de rebaja de los hechos acaecidos. Pues bien: no resulta fácil encauzar tan diversas formas de manifestación de la voluntad de apartarse del proceso penal por la víctima en un simple dato estadístico".

víctima como prueba de cargo, ha de ser absolutoria, de ahí el gran número de sentencias absolutorias, sobre todo en los juicios de faltas. Este efecto se va incrementando conforme transcurren los meses desde que el hecho ocurrió hasta que es juzgado, de ahí la importancia de que sea juzgado lo antes posible, si bien con todas las garantías y acumulando el mayor número de hechos para acreditar elementos tan importantes como la habitualidad, si bien evitando que los procedimientos sean interminables como consecuencia de dichas acumulaciones.

No olvidemos que en estos casos la concreción a veces es muy difícil pues se trata de hechos repetidos y, a veces constantes, donde a la víctima le es muy difícil individualizar y recordar cada uno de estos episodios. Es muy distinta esta situación a la que se encuentra la testigo-víctima de un delito de robo que sufre una única vez y que normalmente recuerda cada uno de los detalles, transcurridos a veces varios años. En estos casos de malos tratos, recordar todos y cada uno de los detalles de agresiones físicas o psíquicas sufridas a lo largo del tiempo es muy complicado y difícil, de ahí que la persistencia en la incriminación se cumple con el hecho de que el/la perjudicado/a recuerde esencialmente lo sucedido y luego aporte algún detalle sobre los hechos, pues si el juicio se celebra al cabo de un tiempo con acumulación de denuncias, es muy difícil que la víctima pueda recordar todos y cada uno de los hechos acaecidos, de ahí que la persistencia en la incriminación se cumple con la ratificación de la denuncia y la declaración sumarial prestada con todas las garantías y con todo lujo de detalles —ésta sí, porque normalmente se toma cuando acaban de suceder los hechos— y con la respuesta a las preguntas que formulen las partes de acuerdo con el más estricto principio de contradicción donde la víctima declare sobre detalles, circunstancias, momentos especialmente graves, etc., teniendo en cuenta que existirán otros hechos u otras circunstancias que no recordará, lo cual es lógico, de ahí que sea tan necesario valorar todos y cada uno de estos elementos que estamos analizando (12).

(12) A este respecto la primera Reunión de los Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Doméstica, celebrado en Madrid los días 27 a 29 de marzo

5. *Recursos*

Cuando se dicta una sentencia basada en el solo testimonio inculminatorio de la víctima dicha resolución es susceptible de recurso –al igual que ocurre con el resto de supuestos– de apelación, cuando es el Juzgado de lo Penal el que ha dictado la sentencia, y recurso de casación cuando se trata de las Audiencias. El recurso de apelación permite un examen completo de la causa, pero como la sentencia se dicta en base a la inmediación que asiste al Juez a quo será muy difícil rebatir los argumentos utilizados por éste para dictar la misma, cuando se basa en la inmediación, en la presencia en el juicio de los testigos y del acusado y en la valoración de los testimonios de unos y de otro, de ahí que sea muy importante que se haga una motivación exhaustiva en la sentencia de los elementos de juicio que han llevado a dictar una resolución condenatoria, pero también una absolutoria, en este tipo de procesos. Igualmente sucede en los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales cuando las mismas se han basado en el testimonio de la declaración de la víctima. A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 1029/1997, de 29 de septiembre (P. Conde-Pumpido Tourón) dice que "la prueba producida en el juicio oral es inmune a la revisión casacional en lo que depende de la inmediación y es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valo-

de 2000 decía en una de sus conclusiones referentes a las frecuentes retractaciones de las víctimas: "Ha de prestarse especial atención a agotar la búsqueda de pruebas diferentes al testimonio de la víctima, cuya colaboración es incierta y variable a lo largo del proceso. En este sentido son pruebas valiosas:

— El reconocimiento parcial de hechos que por lo general suele efectuar el agresor.

— Testigos de referencia: familiares, vecinos, amigos, personal de asistencia social...

— Pericial: se estima de singular importancia la existencia de fotos que evidencien las lesiones.

— Documental: minutas policiales, denuncias archivadas, incomparecencias de la víctima a citaciones".

rativo, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del cauce casacional utilizado, haciéndose ineludible este control del proceso racional en aquéllos supuestos de mayor riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia como sucede cuando la condena se fundamenta exclusivamente en prueba indiciaria o en la declaración del denunciante". Así pues, el control que el tribunal ad quem realiza en un recurso no es sobre la inmediación, que sólo ha percibido el Juez o Tribunal a quo, sino sobre el proceso lógico que ha llevado a dictar la sentencia correspondiente y que es más exigente todavía en sentencias condenatorias dictadas con el solo testimonio de la víctima, de ahí que sea necesario valorar y motivar todo lo relativo a la prueba practicada en el juicio oral, pues sobre dicha valoración y su proceso lógico recaerá la resolución del Tribunal superior.

6. Ofrecimiento de acciones a las víctimas y notificaciones de los actos procesales

El perjudicado u ofendido por el delito, en general, y la víctima, en particular del delito de malos tratos, ha de conocer el desarrollo del procedimiento y se le han notificar las resoluciones que afecten sobre todo a su seguridad. No tenía sentido que se dictara un auto de prisión contra el supuesto autor de los hechos y luego no se notificara el auto de libertad pudiendo perfectamente regresar el imputado a su domicilio y encontrarse con la víctima y sufrir de nuevo las agresiones e incluso la muerte. Por este motivo, tanto las normas relativas a malos tratos en el seno de la familia, como las normas genéricas que regulan el status de la víctima en el procedimiento penal hacen hincapié en las notificaciones de ciertas resoluciones y en el ofrecimiento del procedimiento a los perjudicados, llegando a ser las normas del procedimiento abreviado incluso redundantes en esta materia.

Así el art. 761 LECrim regula el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado por el delito de acuerdo con los arts. 109 y 110 LECrim y la posibilidad que le asiste de mostrarse parte en

la causa sin necesidad de formular querrela. Dicha personación se ha de producir siempre antes de la calificación por el Ministerio Fiscal. Este artículo no establece quién ha de realizar dicha información de derechos a las víctimas del delito, pero ya en los artículos posteriores, al regular el procedimiento abreviado, va desglosando dicha obligación siendo a veces reiterativa, pues hace recaer la misma sobre la Policía Judicial –art. 771.1 LECrim– y establece que de forma escrita se le informará de su derecho a mostrarse parte en la causa sin presentar querrela, nombrando abogado y procurador que les defienda y represente y sin son acreedores del derecho a la justicia gratuita, se les nombrará de oficio, y el derecho a tomar conocimiento de lo actuado y en su caso a solicitar la práctica de diligencias, salvo que éstas hubieran sido declaradas secretas, y que el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones civiles que pudieran corresponderle salvo que hubiera hecho renuncia expresa a las mismas. Si se trata de víctima de malos tratos, se le informará además por las unidades especiales de la Policía Nacional, la Policía Municipal y la Guardia Civil, de todos los servicios sociales y asistenciales que pudieran corresponderle incluida la posibilidad de solicitar la Orden de Protección y dotar así de un estatuto jurídico a la víctima de malos tratos con la protección que ello lleva consigo. El art. 776 LECrim vuelve a reiterar la obligación que existe de realizar la información de derechos a las víctimas o perjudicados por el delito, pero esta vez ya en sede judicial al hacer recaer esta obligación sobre el Secretario Judicial quien informará al ofendido por el delito en la primera comparecencia de todos los derechos que le asisten (13).

Cuando estamos ya en la fase de juicio oral, la víctima ha de ser informada por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio –art. 785.3 LECrim– y se le notificará la sentencia y deberá ser informada de la vista que se celebre para la resolución del recurso

(13) La reciente reforma del procedimiento abreviado incluye una modificación del citado art. 776 LECrim al establecer que este segundo ofrecimiento de acciones al perjudicado se realizará por el Secretario Judicial, siempre que no se lo hubiera hecho previamente la Policía Judicial.

de apelación que se hubiera interpuesto contra aquélla, todo ello aunque no se hubiera mostrado parte en el proceso ni fuera necesaria su intervención. Así pues, el ofendido o perjudicado por el delito, la víctima, en suma, pues los tres términos los utiliza el legislador como sinónimos, está mucho más protegida en el proceso penal, porque se le ha de informar, de forma detallada y por escrito, de los derechos que le asisten y se le ha de notificar la sentencia y la fecha de celebración del juicio, así como la fecha de la vista de la apelación.

Si todo ello se ha de practicar con todos los ofendidos y perjudicados por el delito, en el caso de malos tratos ocurridos en el seno de la familia o entre personas unidas por ciertos vínculos, dicha obligación va más allá, pues en primer lugar las resoluciones donde se acuerden medidas cautelares como autos de prisión y órdenes de alejamiento se han de notificar a la víctima y a las personas encargadas de la protección de aquélla y se le ha de notificar el fin de dicha medida así como las salidas de los centros penitenciarios que tuviera el condenado o acusado por estos delitos, todo ello para proteger la seguridad de la víctima, pues no ha sido extraño que en una de estas salidas, con absoluto desconocimiento de la víctima, el agresor haya acudido al domicilio de ésta y le haya causado una lesión grave, e incluso, la muerte. De ahí la importancia de las notificaciones de este tipo de resoluciones para salvaguardar sobre todo la seguridad de la víctima (14).

Otra de las cuestiones muy importantes que se plantea en este tipo de delitos es lo que se ha dado en llamar victimización secundaria, es decir, el perjuicio que a la víctima le supone el propio desarrollo del proceso y la serie de comparecencias y encuentros

(14) El art. 544.ter, apartado 9 LECrim, introducido por Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica establece que la "orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria".

con el agresor. En estas causas será necesario reducir al máximo la segunda victimización, puesto que hemos de pensar que los perjudicados por estos delitos son personas que se han visto sometidas al sufrimiento del mismo durante un largo periodo de tiempo y con el agresor tienen unos vínculos familiares o sentimentales que les hacen más difícil el desarrollo del proceso, de ahí que en el caso de menores sea necesario acudir a los art. 710 y 713 LECrim y evitar, mediante resolución motivada y en interés del menor, la confrontación visual con el inculpado utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba (15). Igualmente se evitará el careo entre el testigo o víctima menor de edad y el agresor, salvo que se considere imprescindible y no lesivo para el interés del menor, previo informe pericial.

7. Consecuencias de la incomparecencia a juicio de la víctima

Por último, la víctima de malos tratos, al igual que cualquier otro perjudicado por otros delitos o cualquier otro testigo (16) ha de comparecer ante el Juzgado las veces que sea llamada para declarar

(15) Hasta ahora se venía utilizando el famoso biombo para separar a la víctima del acusado y evitar su confrontación directa y que alguna sentencia del Tribunal Supremo había declarado nula la prueba así practicada. A partir de ahora con la posibilidad de utilizar la videoconferencia o cualquier sistema que permita la comunicación bidireccional y contradictoria de las partes, el Juez o Tribunal podrá acordar que se utilice este medio técnico para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, menor de edad o especialmente vulnerable. A este respecto se ha modificado por LO 13/2003 el art. 229 de la LOPJ adicionándole un nuevo apartado 3 en el que se establece que será el Secretario Judicial que haya acordado la medida quien acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

(16) Aunque la víctima no es testigo en sentido técnico, la forma de acceder al proceso su declaración es como la de testigo, pues en el proceso penal, sólo existe una parte, que es el acusado, y todos los demás que declaren lo harán en concepto de testigos con las obligaciones que establece la Ley.

sobre los hechos que conoce y esto ocurrirá normalmente en dos ocasiones, ante el Juzgado de Instrucción, si es preciso para averiguar los hechos, sus circunstancias y el supuesto autor de los mismos, y ante el órgano enjuiciador, Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial. Si esto es una obligación genérica que afecta a todos los testigos de un hecho delictivo, incluidos los agentes de la autoridad que hayan intervenido; en el supuesto de malos tratos dicha obligación es aún mayor, pues en el caso de las víctimas por violencia doméstica este testimonio es vital para la continuación del procedimiento, en muchos casos, y para que se dicte una sentencia que resuelva acerca de lo sucedido realmente. Antes hemos visto cómo son muy frecuentes las retractaciones e incomparecencias de las víctimas a juicio y cómo los Fiscales encargados del Servicio de Violencia Doméstica se quejaban de estas actitudes de las víctimas de malos tratos y las sentencias absolutorias que ello acarrea. De ahí que sea muy importante concienciar a las víctimas por estos delitos, desde todos los ámbitos de la administración –asistentes sociales, letrados encargados de la defensa, etc.– de la necesidad que tienen de comparecer cuantas veces sean citadas y sobre todo al acto del juicio oral, tanto de juicios de faltas, como de delitos.

Así pues, a las víctimas se le han de hacer las mismas advertencias que al resto de los testigos en caso de incomparecencia y el art. 420 LECrim, redactado conforme a la Ley 38/2002, establece que en caso de incomparecencia al llamamiento judicial o de negarse a declarar incurrirá en una multa de 200 a 5.000 euros y si persistiere en esa resistencia a comparecer, podrá ser conducido por la fuerza pública y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia y, en caso de negarse a declarar, por el delito de desobediencia grave a la autoridad. Por supuesto si el testigo, cualquiera que sea, está faltando a la verdad y, así lo observa el Juez o Tribunal, podrá cometer el delito de falso testimonio o incluso incurrir en un delito de acusación o denuncia falsa si se desdice de todo lo manifestado en su denuncia o querrela inicial y que dio origen al procedimiento.

De acuerdo con lo manifestado anteriormente, nos encontramos con testigos-víctimas que no se encuentran en una situación similar a la de otras víctimas por otros delitos y como tal hay que

tratarlas; pero, si queremos que el proceso penal, por este tipo de delitos y faltas, salga hacia delante y realmente no acaben en sentencia absolutoria más que los procedimientos que realmente sean acreedores a este tipo de resoluciones y no por incomparencias de las víctimas motivadas por miedo o por hechos similares, tenemos que otorgar a dichas víctimas un clima de confianza que evite las comparencias innecesarias, que sea ágil y rápido y que no se lleve a cabo con la confrontación constante con el acusado o con unos interrogatorios muy extensos y agobiantes donde a la víctima se la pone en una situación de tensión innecesaria que nada tiene que ver con la contradicción propia del juicio oral.

8. Derecho de defensa que asiste a la víctima

Todo ofendido o perjudicado por un delito puede mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y solicitar la práctica de diligencias, ejercitando la acción civil y la penal, o una u otra. Para ello es necesario el nombramiento de abogado que le defienda y de procurador que le represente. Si el ofendido no tiene bienes, podrá solicitar el beneficio de justicia gratuita y que dichos profesionales se le nombren de oficio.

En el supuesto de procedimientos incoados por malos tratos los problemas que se plantean están relacionados con la defensa y asistencia a la víctima, pues en muchas ocasiones nos encontraremos con perjudicadas por este delito que no son acreedoras a la justicia gratuita porque la unidad familiar en la que interviene el agresor y acusado por estos hechos tiene bienes suficientes para sufragar un procedimiento penal, pero que la víctima o conjunto de víctimas que dependen económicamente del agresor no puede nombrar un abogado que las defienda porque no poseen bienes ya que los tiene el acusado, bien porque sea la única fuente de ingresos de la familia o bien porque sencillamente sea la persona que tiene el control material de los bienes, pues otra de las formas de maltrato es el económico no permitiendo a la víctima que disponga de los bienes de la familia con libertad y con normalidad. Sin embargo, en este tipo de procesos es

fundamental en muchas ocasiones el asesoramiento profesional porque la víctima ha de conocer los múltiples caminos por los que se mueve el proceso penal y las interrelaciones que existen entre el proceso penal, el civil –si desea iniciar un proceso de separación, divorcio o nulidad– y todos ellos con las medidas asistenciales acordadas por las autoridades administrativas. En este maremágnum judicial y administrativo es fundamental el asesoramiento y para ello es imprescindible el nombramiento de abogado a la víctima desde el inicio del proceso y que le asista tanto en el procedimiento penal, como en el civil y en las solicitudes que sean necesarias para obtener las medidas asistenciales. Dicho nombramiento habrá de ser realizado de forma urgente por los Colegios de Abogados de las respectivas localidades y para ello es necesario que exista un turno especial de asistencia a víctimas de malos tratos si queremos que el derecho de defensa en estos procesos sea realmente eficaz, pues no olvidemos que la tramitación puede llevarse por juicio rápido y se puede obtener una rebaja sustancial de la pena que quizá con la intervención más activa de la víctima no se obtendría ya que podría aportar más datos o solicitar la práctica de pruebas que arrojaran más luz sobre lo sucedido o simplemente solicitar una pena más elevada, con lo cual la reducción no se llevaría a cabo a partir del mínimo.

III. MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA

Las medidas cautelares que afecten a la libertad del imputado o acusado siempre se tramitarán en pieza separada –art. 544 LECrim– y cualquier modificación de las mismas habrá de ser notificada a la víctima aunque no sea parte en el proceso y no haya mostrado interés en la causa.

1. *La detención*

El Título VI del Libro II LECrim regula, como primera medida cautelar de carácter personal, la citación tanto ante la Policía

Judicial como ante el órgano judicial. Si el hecho o sus circunstancias no hacen necesaria la detención de la persona, procederá la citación para ser oída y deberá comparecer al llamamiento judicial bajo apercibimiento que en caso de no comparecer podrá acordarse su detención.

La detención que vamos a estudiar es la detención policial llevada a cabo en los supuestos de la comisión de un delito flagrante o en los supuestos de detención por sospecha.

En el caso de los malos tratos, la mayoría de las ocasiones la comparecencia de los agentes de Policía se lleva a cabo por aviso de testigos, de la propia víctima o por percepción directa de los hechos. En estos supuestos, cuando los agentes observen que se está cometiendo un delito (17) tendrán la obligación de detener al autor, sobre todo si estamos en presencia de una agresión a otra persona y persiste el peligro de continuar en la misma si no se procede a la detención inmediata del agresor.

Una vez detenida la persona, le asisten todos los derechos recogidos en el art. 17 CE y en los arts. 520 y 767 LECrim, es decir, la asistencia letrada desde ese primer momento de la detención, el examen médico, la asistencia de un intérprete, etc.

En este primer estadio, la Policía Judicial deberá valorar si nos encontramos ante un supuesto de juicio rápido de acuerdo con el art. 795 LECrim y darle la tramitación correspondiente o, por el contrario, si estima que es necesario el estudio y la valoración de la habitualidad por el órgano judicial, y en este caso seguirá los trámites ordinarios de cualquier detención. A estos efectos será de mucha utilidad el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, cuando sea creado en el Ministerio de Justicia y con alcance nacional.

Una vez detenido, si se estima que ha de continuar la detención —que no podrá durar más del tiempo mínimo imprescindible y en su caso con un límite máximo de setenta y dos horas— pasará a dis-

(17) Y a partir de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, cualquier agresión o maltrato que no sea constitutivo de delito o cualquier amenaza leve con arma se configura como el tipo penal del art. 153 CP.

posición judicial, bien como juicio rápido o bien como una detención ordinaria. Además es necesario, según el art. 292 LECrim, recientemente reformado, que el atestado vaya acompañado de un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en las bases de datos de la Policía Judicial.

2. La prisión provisional

Publicada recientemente la reforma de la prisión provisional, es difícil determinar unas líneas generales sobre cómo se ha de aplicar esta institución, que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha de tener un carácter restrictivo y ha de seguir dos fines, el aseguramiento del resultado del proceso y evitar la peligrosidad del sujeto para la comisión de nuevos hechos delictivos. Amén de que siempre ha de ser proporcionada a la gravedad del delito y necesaria, es decir, que sea la medida menos gravosa de todas las que se pudieran adoptar. Nos encontramos que en el supuesto de malos tratos hay que valorar otra serie de parámetros, como la repercusión sobre la familia y la víctima y la posibilidad de repetición de otros hechos delictivos similares e incluso más graves que puedan acabar con la vida de la víctima.

Por estos motivos vamos a estudiar la prisión provisional no desde un punto de vista estrictamente procesal sino desde el punto de vista familiar. Normalmente este tipo de conductas se dan en el seno de las familias y el agresor no es un delincuente habitual al uso por lo que el menosprecio social y la repercusión sobre su vida que supone la adopción de una medida como la prisión provisional es mucho mayor que en otro tipo de delincuentes. Hemos de pensar también que esa persona tiene hijos y padres que probablemente estén sufriendo la situación de malos tratos, pero que muchas veces no quieren que se acuerde una medida como la prisión provisional por miedo al estigma social que ello les supone. Hay veces que la propia familia depende del salario que cobra el

maltratador, por lo que la privación de libertad supone la eliminación de este tipo de ingresos.

Por todo ello es necesario valorar todas estas cuestiones antes de acordar una medida tan extrema como la prisión provisional. Hay que valorar la posibilidad de riesgo de que se vuelvan a cometer estos hechos delictivos y el riesgo que existe para la integridad física y la vida de los perjudicados, es decir, se hace necesario valorar cuestiones de futuro, amén de la gravedad del hecho cometido. Por tanto, para acordar una medida como ésta hemos de partir, en primer lugar de la gravedad del hecho ya cometido y su reiteración, de ahí que sea muy importante escuchar a las víctimas del agresor y contar con la mayor cantidad de informes médicos y psiquiátricos que acrediten la realidad de hechos anteriores e informen sobre la peligrosidad del agresor o la vulnerabilidad de la víctima respecto de éste. Y una vez que se esté en posesión de estos datos, será necesario valorar la peligrosidad criminal del agresor en orden a la repetición de nuevos hechos, incluso más graves que los cometidos (18). Para todo ello será necesario ver si no es más adecuada y menos perjudicial, incluso para todos los miembros del grupo familiar, adoptar alguna de las medidas previstas en el art. 544 bis LECrim, pues causará menos perjuicios a nivel personal y menor estigma social a los hijos y otros parientes, como padres y hermanos, todo ello claro está si los hechos por sí solos no justifican la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, pues si la gravedad del hecho o su repetición conllevan un juicio de probabilidad muy elevado que aconseje la prisión provisional para evitar la reiteración de hechos, dicha medida será la que proce-

(18) La Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional establece en el art. 503.1.3.º.c) como uno de los fines que ha de perseguir la prisión provisional evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código Penal, en estos casos no será aplicable el límite de pena de dos años como máximo que tenga señalado el delito objeto del proceso.

da acordar. Por supuesto en el caso de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento procede la detención por la Policía Judicial de la persona que está quebrantando dicha medida y, en caso de reiteración o peligro para la víctima, procederá acordar la prisión provisional (19). Para ello será necesario que el imputado o acusado o condenado sea advertido al notificarle la medida de alejamiento o no comunicación con la víctima de las consecuencias de su incumplimiento, entre otras incurrir en un delito de desobediencia y la posibilidad que existe que pueda ser ingresado en prisión provisional, si persiste en dicha conducta.

La prisión provisional ha sido reformada en muchas ocasiones, como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, pero ha sido a consecuencia de esta ley cuando la citada institución –que sirve para asegurar el desarrollo del proceso y evitar que el autor de un delito continúe cometiendo nuevos actos delictivos– ha sufrido una reforma más completa. En primer lugar, se ha pretendido adecuar su regulación a la doctrina del Tribunal Constitucional, fundamentalmente a la STC 47/2000, y en segundo lugar se ha pretendido abarcar todos los supuestos que justifican y apoyan la adopción de una medida de estas características, de ahí que la regulación sea complicada y los artículos excesivamente extensos.

No obstante, se pueden estructurar en lo que aquí importa en los siguientes apartados:

(19) La Ley de Reforma de la LECrim en materia de prisión provisional introduce un último párrafo en el art. 544 bis y dice "en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 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".

A) *Competencia para acordar la prisión provisional del imputado*

El art. 502 LECrim establece la competencia para acordar la prisión provisional del imputado o acusado en el proceso penal en los órganos de esta jurisdicción. Será el Juez de Instrucción que forme las primeras diligencias, y lógicamente el que continúe con las mismas en el curso del proceso, el Juez de lo Penal y el Tribunal que conozca de la causa, es decir, la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia, en supuestos de aforados y de recursos contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, y el Tribunal Supremo, también cuando conozca de causas contra aforados y en los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias.

B) *Necesidad y proporcionalidad de la medida*

El art. 502.2 LECrim recoge los principios generales sobre los que se apoya toda medida restrictiva de derechos fundamentales, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a saber, la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

Según el Tribunal Constitucional, no existen derechos absolutos, todos –salvo el derecho a la vida– pueden ser objeto de limitación o restricción con las garantías establecidas en la Ley, por tanto, han de ser objeto de regulación legal dichas limitaciones y si se trata de derechos fundamentales dichas limitaciones han de venir reguladas en una ley orgánica, pero además para adoptar dichas restricciones de derechos fundamentales es necesario que se acuerden por Juez competente, en el curso de un proceso penal y siempre que concurren los requisitos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad. La medida ha de ser idónea para los fines que se persiguen; necesaria, es decir, que no exista otra medida menos gravosa para alcanzar los mismos fines y que será proporcionada, es decir que esté en relación con la gravedad del delito y de la pena que pudiera ser impuesta –art. 502.3 LECrim–.

C) Fines a los que ha de servir la prisión provisional

El apartado 3.º del art. 503 LECrim recoge los fines que ha de perseguir la prisión provisional, que concreta en tres: evitar el riesgo de fuga, evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas y evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Para apreciar el primero de los fines, el legislador utiliza una expresión –"procederá acordar"– que obliga al Juez a adoptar la prisión provisional siempre que concurra dicho supuesto y, éste es, que hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En este supuesto no será necesario que la pena máxima del delito que se le imputa sea igual o superior a dos años de prisión, sino que puede ser inferior.

Respecto del tercero de los fines, el legislador hace especial referencia a la violencia doméstica, puesto que dice "especialmente cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 –debe decir 173.2 CP– del Código Penal" y en estos casos será aplicable aunque el delito que se imputa no esté sancionado con pena igual o superior a dos años de prisión y a este respecto es muy importante poner en relación este artículo con el actual art. 153 CP y con el apartado 2 del art. 502 LECrim, pues nos podemos encontrar que el hecho aislado sea constitutivo de falta, pero cometido en el seno familiar, por lo que ya se transforma en un delito de lesiones, malos tratos sin causar lesión o amenazas con arma del art. 153 CP y si existe peligro para los bienes jurídicos de la víctima, podrá acordarse la prisión provisional del imputado y si ya ha existido una reiteración o una habitualidad en la comisión de esas actividades delictivas se podrá acordar dicha medida cautelar aunque el hecho no sea en sí mismo grave y la pena señalada para el tipo penal tampoco supere el límite de dos años de privación de libertad.

D) Requisitos para adoptar la prisión provisional

Los requisitos que establece el art. 503 LECrim son los siguientes:

- La pena máxima aplicable al delito ha de ser superior a dos años de prisión. Si fueran varios delitos los imputados se estará a las reglas de aplicación de las penas y, por tanto, se estará a la pena resultante en conjunto de aplicar dichas normas. No es necesario que concurra este límite en los casos de violencia doméstica cuando exista peligro de que el imputado atente contra los bienes jurídicos de la víctima y tampoco en los casos de reiteración de conductas delictivas o de forma organizada.
- La sospecha razonable de que la persona contra la que se dicta el auto de prisión es la responsable criminalmente del delito, pues en caso contrario no podrá limitarse su derecho fundamental a la libertad
- Los fines antes analizados que habrán de constar especificados en el auto de prisión.

E) Duración de la prisión provisional

El art. 504 LECrim regula la duración de la prisión provisional y establece un principio fundamental en el primer párrafo, es decir, que no podrá durar más del tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines antes establecidos. Sin embargo, a renglón seguido establece unos límites temporales de la prisión provisional mucho más concretos para evitar arbitrariedades en esta medida limitativa del derecho fundamental a la libertad, fijando no un solo límite, como antes ocurría, sino varios límites en función del fin que persiga la privación de libertad provisional.

Así, si la medida se ha acordado para evitar la fuga del imputado o acusado o la reiteración de hechos delictivos podrá durar un año si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, y dos años, si la pena señalada al delito fuera superior a tres años. Se podrá acordar una prórroga, con comparecencia y petición de parte, de hasta seis meses en el primer caso y dos años en el segundo. Si el imputado es condenado, la prisión

provisional podrá alargarse hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta, mientras se tramita el recurso.

Si la prisión provisional se hubiera acordado para evitar la ocultación o destrucción de pruebas, la medida no podrá durar más de seis meses.

El transcurso de los plazos no impedirá que se pueda volver a acordar dicha medida si el imputado o acusado no comparece a cualquier llamamiento judicial.

Para el cómputo de los plazos se estará al tiempo efectivo que la persona ha estado detenida o privada de libertad por la misma causa, excluyéndose el tiempo que la causa ha sufrido dilaciones no imputables a la Administración de Justicia, lo cual es una cláusula muy genérica que permite ampliar el tiempo de privación de libertad más allá de lo establecido en el propio artículo, ya que habría que determinar cuáles son las causas no imputables a la Administración de Justicia.

F) Procedimiento para adoptar la prisión provisional

Se mantiene en el art. 505 LECrim la comparecencia de prisión y la petición de parte para acordar la prisión provisional, con una regulación muy similar a la del anterior art. 504, bis 2, hoy derogado.

Sin embargo, se hacen diversas puntualizaciones que son importantes y que mejoran las posibilidades de aplicar la medida, sobre todo cuando la persona detenida no es puesta a disposición del Juez o Tribunal que acordó su ingreso en prisión.

La audiencia se habrá de celebrar siempre que el Juez no acuerde la libertad provisional sin fianza. En dicha audiencia, el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes acusadoras podrán interesar la prisión provisional o la libertad con fianza. En realidad se ha de celebrar la audiencia a la que se refiere este artículo siempre que sea para agravar las circunstancias en que se encuentre una persona en libertad. Dicha audiencia hay que hacerla coincidir con la audiencia prevista para los juicios rápidos y se tendrá que celebrar en el plazo de setenta y dos horas desde que la persona es puesta

a disposición judicial, pudiendo hacer las partes las alegaciones que estimen oportunas y solicitar la práctica de pruebas para ser practicadas en dicho plazo.

Si la audiencia no pudiera celebrarse en el plazo de 72 horas, el Juez podrá acordar la prisión provisional si concurren los requisitos y los fines antes referidos y tendrá que convocar a dicha audiencia en el plazo de otras 72 horas.

Si la persona es puesta a disposición de otro órgano judicial distinto del que conozca de la causa y no pudiera ser puesto a disposición de éste en el plazo de 72 horas, el Juzgado que haya recibido al detenido procederá a celebrar la comparecencia y cuando pase a disposición del Juez o Tribunal que conozca de la causa oír al imputado asistido de su abogado, sin fijar un plazo, y dictará la resolución que proceda que podrá ser de mantenimiento de la situación de prisión provisional, si la hubiera acordado el Juzgado que practicó la comparecencia de prisión, o de libertad del imputado, es decir, ratificará o modificará la resolución que hubiera dictado el otro Juzgado, después de oír al imputado asistido de su letrado. Aunque la ley no fija un plazo para recibirle declaración, lo cierto es que no debe ser superior a 72 horas desde que el Juez que conozca de la causa reciba las diligencias y pueda efectivamente practicar esta declaración.

G) Recursos contra el auto por el que se acuerda la prisión provisional

El auto que acuerde la prisión provisional ha de ser fundamentado exponiendo el hecho imputado, los motivos y los fines que se persiguen al acordar aquélla.

En los supuestos de violencia doméstica, los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de la víctima para evitar que su seguridad pudiera verse afectada por la resolución, es decir, siempre que se modifique la situación personal del encausado, sobre todo cuando se acuerde la libertad provisional, con o sin fianza, se pondrá en conocimiento de la perju-

dicada para evitar ser sorprendida por el acusado en libertad sin adoptar las precauciones debidas o solicitar la protección que estime oportuna.

Contra los autos que se refieran a la situación personal del acusado o imputado caben los recursos de reforma y apelación en un solo efecto que establece el art. 766 LECrim, debiendo ser resueltos en el plazo de treinta días.

Para llevar a efecto la prisión de una persona se expedirán dos mandamientos, uno dirigido a la Policía Judicial o agente judicial que haya de ejecutarlo, y otro al director del establecimiento que deba recibir al preso. Para acordar la libertad se expedirá un solo mandamiento dirigido al establecimiento penitenciario.

H) Otras medidas cautelares

Se recoge en la ley el arresto domiciliario –art. 508 LECrim– como alternativa a la prisión provisional cuando la persona estuviera enferma y el internamiento en un centro penitenciario entrañe grave peligro para la salud. Dicho arresto se llevará a cabo con la vigilancia necesaria y sólo se permitirá salir a la persona de su domicilio para que se le administre el tratamiento necesario para su enfermedad, siempre con la vigilancia necesaria.

También se establece la obligación apud acta de comparecer los días que establezca el auto de libertad provisional, con o sin fianza, y para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el Juez o Tribunal podrá acordar la retención del pasaporte.

3. Las órdenes de alejamiento y no comunicación con la víctima y allegados

Antes de la publicación de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, las escasísimas órdenes de alejamiento y prohibición de aproximarse a las víctimas por estos delitos que se dictaban por los Juzgados y Tribunales tenían su apoyo en el art. 13 LECrim, que

siempre ha establecido como uno de los puntos centrales del proceso penal la protección de las víctimas. El art. 13 se ponía en relación con el art. 57 del Código Penal, y se aplicaba como medida cautelar. El problema que planteaba esta medida es que no tenía una regulación en el cuadro de medidas cautelares personales que establecía la LECrim, pues nuestra vieja ley procesal partía de las dos situaciones en las que se podía encontrar la persona del encausado, o en libertad o en prisión, pero nunca una situación intermedia como el alejamiento o la prohibición de aproximarse a la víctima. Esto además creaba una situación de inseguridad pues no se establecía un plazo máximo para que dicha medida se aplicara y tampoco unos requisitos para su adopción.

Con la introducción en la LECrim del art. 544 bis, por Ley Orgánica 14/1999, varias de estas cuestiones fueron objeto de regulación y supuso un incremento notable de las órdenes dictadas por los Juzgados de Instrucción en la tramitación de estos procesos por delitos (20). Las dudas surgían respecto a la posibilidad de adoptar estas medidas en juicio de faltas y el procedimiento para acordarlas, es decir, si era necesario petición del Ministerio Fiscal o de las acusaciones y celebración de comparecencia o, por el contrario, se podían acordar de oficio por el Juez. Normalmente en estos tipos penales, como en la mayoría de los casos, interviene el Ministerio Fiscal muy activamente desde el inicio –y así lo exige

(20) Según la estadística recogida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2001, "frente a las 173 medidas del art. 544 bis adoptadas en el año 1999, en el año 2000 han sido adoptadas un total de 592 prohibiciones de residir, acudir a determinados lugares, aproximarse o comunicarse, lo que supone un notabilísimo incremento en la adopción de tal medida". La Memoria del año 2002 dice en relación a la adopción de esta medida lo siguiente: "La comparación entre las medidas de los tres últimos años revela que frente a las 592 del año 2000, en el año 2001 se han adoptado un total de 834, lo que representa un importantísimo aumento en la adopción de medidas protectoras de la víctima. Algunos informes de Fiscalías incluso señalan un cierto mecanicismo en la adopción de la medida. Por otra parte, se aprecia una tendencia muy significativa en la preferencia por la aplicación de la prohibición de aproximarse o comunicarse respecto de las otras dos prohibiciones de residir o de acudir a determinados lugares".

la regulación del juicio rápido— y además tiene conocimiento el Fiscal encargado del Servicio de Violencia Doméstica, por lo que lo habitual es que sea el Fiscal o la acusación particular quien solicite la adopción de esta medida cautelar, o que en su caso le dé traslado el Juez para acordarla y dicha solicitud se pueda formular por escrito o en el curso de una comparecencia convocada al efecto, pues lo que no es necesario es convocar y celebrar una comparecencia como la que preveía el art. 504 bis LECrim.

La Ley Orgánica 13/2003 ha venido a apoyar esta argumentación, al establecer en el art. 539 LECrim, que sólo será necesaria la audiencia del art. 505 y solicitud de parte cuando se agraven las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o la de libertad provisional con fianza. A sensu contrario, cuando lo que se acuerde sea otra medida que no suponga la prisión o la libertad provisional con fianza, se podrá acordar de oficio por el Juez sin necesidad de audiencia.

Por otra parte, el art. 544 bis LECrim expresa que se ha de tratar de la investigación de un delito y nunca de una falta. Otra cuestión es que el proceso se haya iniciado como delito y luego se transforme en falta, en estos casos se habrá de dejar sin efecto la medida cautelar teniendo en cuenta el peligro que pueda existir para la víctima o, en su caso, celebrar el juicio de forma inmediata para aplicar la medida, no ya como cautelar, sino como pena. No obstante esta es una cuestión de menor importancia pues el ámbito de los malos tratos, salvo los de escasa importancia regulados en el art. 620.2 CP, han pasado a tener la consideración de delito de acuerdo con el art. 153 de la Ley Orgánica 11/2003. Además el art. 544 ter LECrim, que regula la Orden de Protección para víctimas de malos tratos, establece que dicha orden se puede dictar tanto en supuestos de delito como de falta abarcando la misma a las medidas del art. 544 bis LECrim y siendo mucho más amplia, motivo por el cual si se puede acordar lo más —la Orden de Protección— en el juicio de faltas, se puede lo menos, que es la medida de alejamiento o de no comunicación con la víctima y allegados. En cualquier caso si la Orden de Protección no se pudiera adoptar por incomparecencia de cualquiera de las partes o por

imposibilidad de celebrar la audiencia prevista, el Juez podrá acordar la prisión provisional de acuerdo con los arts. 502 –peligro para la víctima– y 503 LECrim u ordenar el alejamiento de la perjudicada hasta que se pueda adoptar la Orden de Protección, si fuera procedente.

En el auto que acuerde la medida cautelar se ha de poner el plazo máximo de duración de la misma y los derechos que limita de forma concreta, así pues, si es prohibición de residir en un determinado lugar, que se determine el lugar en concreto al que se refiere, si se trata de prohibición de aproximarse a la víctima que se fije la distancia y a qué lugares, como trabajo, domicilio, etc., y su relación con el régimen de visitas en el supuesto de que existan hijos menores y en el caso de comunicarse con la víctima habrá que determinar los medios a través de los cuales se limitará dicha comunicación, como teléfono, correo electrónico, etc., determinando igualmente a las personas a las que abarque, como hijos, padres, hermanos, delimitándolos de forma clara en el auto.

Esta medida cautelar habrá de ser notificada a la víctima, al imputado con las consecuencias que lleva aparejado su incumplimiento y a los órganos policiales y de la administración encargados de velar por su cumplimiento y por la seguridad de la víctima. A este efecto la Ley reguladora de la Orden de Protección determina claramente a quién se ha de notificar dicha orden para conseguir que sea realmente eficaz y consiga un verdadero estatuto jurídico de protección de la víctima.

Por último, el art. 544 bis LECrim, reformado por la LO 13/2003, establece que el incumplimiento de la medida acordada por el Juez llevará a éste –utiliza el imperativo "convocará"– a convocar la comparecencia del art. 505 LECrim para la adopción de la prisión provisional o la adopción de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad. Por lo que, la aproximación a la víctima o la comunicación con ella, incumpliendo el auto que se dictó acordando las citadas medidas restrictivas de derechos, podrá llevar aparejada la prisión provisional del encausado, para lo cual el Juez está obligado a convocar la comparecencia de prisión y allí las partes podrán formular alegaciones y

presentar pruebas, sobre todo relativas a los motivos de dicho incumplimiento.

4. La libertad provisional, con o sin fianza

Cuando un imputado o acusado por un delito de violencia doméstica es puesto en libertad, puede serlo de oficio –el art. 539 LECrim establece que los autos de prisión o libertad provisionales o de fianza serán reformados durante todo el curso de la causa–, o a instancia de parte, pues es posible que haya quedado acreditado que los hechos no revestían la gravedad que en un principio parecía –y en este caso es de vital importancia la declaración de la víctima y las retractaciones y modificaciones que puede ir sufriendo su declaración a lo largo del proceso–, o que no ha tenido participación en los mismos. Sin embargo, centrándonos en la libertad que se acuerda cuando el imputado es puesto a disposición judicial por la Policía puede ocurrir que se acuerde la libertad, con fianza o sin fianza, y para ello será muy importante tener en cuenta la situación económica de la propia familia y sobre quién va a recaer al final la carga de su desembolso pues en muchos casos serán los propios familiares que han sufrido el maltrato los que abonarán la fianza con bienes gananciales o similares.

Se puede acordar también la libertad con alguna de las obligaciones que establece el art. 544 bis LECrim, que quedarán especialmente determinadas en el auto de libertad provisional.

IV. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO SUPUESTO DE TRAMITACIÓN DE "JUICIO RÁPIDO"

La modificación del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha cambiado el panorama legislativo de los delitos y las faltas relativos a la violencia doméstica desde un

punto de vista sustantivo, pero también afecta a las cuestiones procesales, pues antes teníamos un cuadro bastante claro, por un lado teníamos el delito de malos tratos habituales tipificado en el art. 153 CP, sin perjuicio de que se castigaran de forma independiente los hechos concretos que fueran constitutivos de delitos o faltas. Y, por otro lado, teníamos los hechos aislados cometidos contra algún miembro del grupo familiar que fueran constitutivo de delito o falta y que como tal se habían de castigar, sin una distinción por el hecho de ser cometidos los delitos y, sobre todo las faltas, en el seno de la familia. Sin embargo, con la citada ley nos encontramos que todos los hechos que no sean constitutivos de delito, es decir, que lo fueran de falta, y que supongan un menoscabo psíquico o lesión o un maltrato de obra sin causar aquélla o una amenaza leve con armas sobre cualquier miembro de la familia o persona protegida por el art. 173.2 CP, es constitutiva del delito tipificado en el art. 153 CP, motivo por el cual el ámbito de aplicación de los llamados "juicios rápidos" a los hechos cometidos en el ámbito familiar se ha ampliado.

Por tanto, se habrá de tramitar como juicio rápido cualquier tipo de lesión o agresión sobre las personas protegidas en el art. 173.2 CP o cualquier tipo de amenaza con arma sobre dichas personas, sean o no hechos aislados o habituales, debiendo la Policía Judicial calificar los hechos como tales a efectos de iniciar la tramitación como juicio rápido de acuerdo con el art. 795 LECrim, puesto que ya todos estos hechos han de ser calificados como delito, por leves que sean, de acuerdo con el art. 153 CP. Así pues, la Policía Judicial lo que tendrá que tener muy acreditado es que se trata de alguna de las personas a las que se refiere el art. 173 CP que ha sido ampliado y que incluye una cláusula genérica al final. Una vez acreditado este extremo, se puede iniciar la tramitación como juicio rápido, puesto que al trámite de las faltas inmediatas del art. 962 LECrim le ha quedado reducido el campo de las coacciones, amenazas sin arma, injurias y vejaciones injustas, siempre que no integren el tipo de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, por la habitualidad o porque constituyan un supuesto de maltrato psíquico o hayan causado un menoscabo a la persona, de acuerdo con el art. 153 CP.

Los problemas que se han planteado a la hora de tramitar como "juicios rápidos" los supuestos de malos tratos familiares relativos a acreditar la habitualidad o a distinguir el delito de la falta, ya no será obstáculo puesto que la Policía Judicial le bastará con tener acreditado un hecho tan sencillo como el parentesco y una agresión, incluso aunque no se haya causado lesión, para considerar que el hecho puede ser constitutivo de delito y tramitarlo como juicio rápido, sin perjuicio de que luego el hecho pudiera ser calificado como falta (21) por el Juez de Instrucción.

Así pues, el peligro que existía con la anterior regulación relativa a que los hechos fueran calificados como falta por la Policía Judicial en un primer momento por la levedad del hecho aislado y así continuara su tramitación hasta el final y que tendía a evitar el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 (22) y la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, se han disipado en buena parte con la nueva regulación contenida en el Código Penal ya que la Policía Judicial habrá de calificar los hechos en la mayoría de las ocasiones como delito e iniciar la tramitación como juicio rápido, sin perjuicio de la transformación posterior que pudiera existir a instancia de las partes o de oficio por el Juez, de forma motivada.

Lo cierto es que los "juicios rápidos" han estado destinados más a la tramitación de delitos contra la propiedad y contra la

(21) La reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia incluye una modificación del ordinal primero del apartado 2 del art. 798 y dice: "si el Juez de guardia reputa falta el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el art. 963".

(22) El citado Acuerdo establecía la consideración como delito de los hechos constitutivos de violencia doméstica y el reenvío de las actuales faltas a la jurisdicción civil y proponía la reforma del Código Penal al objeto de que todas las agresiones que se produzcan en el seno familiar que alcancen la entidad suficiente para merecer una respuesta penal sean conceptuadas como delito y advertía del peligro de calificar los hechos como falta, considerándolos como tipos penales aislados, proponiendo la reforma de las normas de reparto en este sentido.

seguridad del tráfico, y en mucha menor medida para la tramitación de los delitos relativos a la violencia doméstica y ello por un motivo muy claro y es que el componente esencial de este delito es la habitualidad, de tal manera que si estamos en presencia de hechos repetidos en el seno de la familia o en un círculo de personas unidas por vínculos establecidos en el Código Penal ya no sería constitutivo del delito o la falta aislado, sino de un delito de malos tratos habituales, e independientemente del castigo que pudiera corresponder por cada uno de los hechos aislados, motivo por el cual no se han incoado por la Policía Judicial muchos juicios rápidos por malos tratos familiares. Si a ello unimos que la previsión de la Instrucción 3/2003 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial relativa a la creación de un registro informático de Violencia Doméstica con sede en los Decanatos no se ha hecho realidad en la mayoría de los casos, hemos de concluir que para probar la habitualidad ha sido preciso acudir a la declaración de la víctima y a las pruebas que ésta aporte y a los registros de las Fiscalías, por lo cual los hechos constitutivos de violencia doméstica no han sido tramitados en la mayoría de los casos como supuestos de juicio rápido ya que existían muchos elementos que era necesario acreditar y la Policía Judicial no tenía medios para hacerlo constar en el atestado y valorarlo, ni el Juzgado de guardia lo podía considerar acreditado en unas pocas horas, de ahí que uno de los fines de la reforma de juicios rápidos, como establecía su Exposición de Motivos (23) que era conseguir que los supuestos de malos tratos se juzgaran lo antes posible, bien como falta o bien como delito, no ha surtido sus efectos, por todos estos motivos, ya que acreditar la habitualidad y distinguir los delitos de las faltas era muy complicado y necesitaba de una instrucción previa, todo ello si no queríamos caer en la situación anterior que el citado Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial quería evitar, es

(23) La Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 decía a este respecto que se aplicará a hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana, o que repugnan gravemente a la conciencia social, como es el caso de los supuestos de violencia doméstica.

decir, que todos los hechos acabaran siendo juzgados como falta y sólo cuando la situación fuera muy evidente acabar calificándolo como delito. Sin embargo, con la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003 en materia de violencia doméstica, estos problemas de índole procesal para aplicar el procedimiento de "juicio rápido" desaparecen, pues en la mayoría de los supuestos los hechos habrán de ser calificados como delito y se tramitará de forma rápida.

Ya hemos dicho que uno de los problemas de la tramitación como juicio rápido de los hechos constitutivos de violencia doméstica es acreditar la habitualidad, pues normalmente es imposible que en un plazo tan corto de tiempo como una guardia se pueda probar que han existido hechos anteriores. Para conseguir este fin es primordial contar con un registro informático ágil donde consten las causas por violencia doméstica relativas a un mismo agresor y el estado en que se encuentran, así como las medidas cautelares que se hayan podido acordar, para que con una consulta a dicho registro quede plenamente acreditada la situación judicial del agresor en relación con las víctimas y la de la familia o grupo familiar a quien afecte. Esto se consigue con el registro informático que creó la Instrucción 3/2003, pues es cierto que un mismo agresor puede cometer hechos de violencia doméstica en varias localidades e incluso provincias, pero no es lo más habitual, de ahí que el sistema de registro iniciado en las Fiscalías con la Circular 1/1998, de 24 de octubre (24) sea el más eficaz, pues es posible conocer los procedimientos penales incoados y las resoluciones adoptadas en el curso de las mismas, así como la finalización de los procesos.

(24) La Circular de la Fiscalía 1/1998 creaba un registro especial de causas de Violencia Doméstica a cargo del Fiscal encargado del Servicio de Violencia Doméstica de cada Fiscalía, auxiliado del personal correspondiente, que se llevó inicialmente de forma manual, pero que al cabo de los años las distintas Memorias de la FGE han ido poniendo de manifiesto la aplicación informática a este servicio, permitiendo la interrelación entre las diversas Fiscalías y los diversos asuntos y registros. A este respecto ha sido loable la iniciativa de algunos Decanatos de los Juzgados de Instrucción en la creación de registros similares, siendo necesario la coordinación e interrelación entre todos ellos.

La creación del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica será único para el todo el territorio nacional y corresponde su gestión a la Secretaría de Estado de Justicia, a través de la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia y prevé la anotación de los procedimientos penales en tramitación, las medidas cautelares y Ordenes de Protección acordadas, siempre que hubieran sido adoptadas por los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción penal, y la resolución de dichos procedimientos, pudiendo acceder a dicho registro los Jueces de Familia, los Jueces de Instrucción, de lo Penal y las Audiencias Provinciales que conozcan de causas penales, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial.

En cualquier caso la existencia de un registro relativo a malos tratos, regulado de acuerdo con la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal, ágil y plenamente informatizado, así como lo más completo posible será una estimable ayuda para poder tramitar los supuestos de malos tratos habituales en el seno de la familia como juicios rápidos.

Por lo demás el hecho de que su tramitación sea más acelerada que el procedimiento abreviado y que tenga el proceso ciertas peculiaridades respecto a aquél no excluye la necesidad de garantizar todos los derechos de las partes, tanto acusación como defensa. En primer lugar, los derechos de la acusación, será necesario que se le haga el ofrecimiento de acciones, bien por la Policía Judicial (25), o bien, por el Secretario Judicial a los perjudicados u ofendidos por el delito y que dicho ofrecimiento sea bien entendido por aquéllos a quienes va dirigido, pues no basta en un procedimiento tan rápido, limitarse a firmar un simple formulario, sino que será necesario hacer una completa información de todos los derechos que le asisten en cuanto al proceso y otras medidas asistenciales que le pudieran corresponder y sobre todo hacer que la persona comprenda que si quiere personarse en la causa lo habrá de hacer de forma rápida porque la tramitación

(25) La modificación del art. 766 LECrim, apartados 1 y 2, establece que el Secretario Judicial practicará la información de derechos cuando previamente no la hubiera hecho la Policía Judicial.

es muy acelerada. No olvidemos que los mayores problemas de nulidad en este tipo de procesos pueden venir planteados por ausencia de ofrecimiento de acciones a los perjudicados, ya que puede ocurrir que cuando quieran actuar en el mismo se encuentren que ya está el delito juzgado con una reducción de la pena importante.

Igualmente el acusado y la víctima han de ser oídos acerca de los hechos, a ser posible con presencia de todas las partes, para que expliquen todo lo sucedido y si la víctima tiene antecedentes por otros hechos y no tiene a su disposición los documentos, darle la oportunidad de poderlos aportar, pues sigue siendo fundamental la prueba de la habitualidad y de cada uno de los hechos sucedidos de forma aislada que se vayan a juzgar. A veces será necesario en el Juzgado de Instrucción en esta primera fase escuchar a todos los testigos que hayan presenciado alguno de los hechos (26), pero en la mayoría de los casos no será necesario, siempre que queden suficientemente acreditados los hechos para formular la acusación, bastando con que todos estos testigos sean citados al acto del juicio oral y comparezcan, de ahí que sea necesario que se haga ver a todos los testigos, tanto por la Policía Judicial como por el Juzgado de Instrucción, la necesidad de comparecer al acto del juicio oral donde se va a practicar la prueba.

El desarrollo del juicio y la valoración de la prueba no tiene peculiaridades con respecto al procedimiento abreviado, salvo en el acortamiento de los plazos en los casos de aplazamiento o suspensión para el señalamiento de un nuevo acto, pues en este caso será el plazo de quince días. La sentencia se dictará en el plazo de tres días y la formalización del recurso de apelación contra la sentencia se llevará a cabo en el plazo de cinco días, reduciéndose igualmente los plazos para la tramitación de dicho recurso.

Por lo demás es muy difícil que existan recursos contra resoluciones interlocutorias en este tipo de procesos porque casi todos

(26) La modificación del art. 796, regla 4.^a, del apartado 1, LECrim, establece que no será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo.

los autos que dicta el Juez de Instrucción no admiten recurso y además el auto por el que acuerda la continuación de la tramitación del procedimiento por el juicio rápido es irrecurrible –art. 798 LECrim–. Sin embargo, sí se puede plantear un problema de nulidad cuando no se haya hecho el ofrecimiento de acciones a los ofendidos o perjudicados por el delito o se haya conculcado algún derecho fundamental a la hora de poder solicitar la práctica de alguna diligencia ante el Juzgado de Instrucción o la práctica de alguna prueba ante el Juzgado de lo Penal. Es muy común que por la premura del plazo para presentar el escrito de defensa, cuando no se lleva a cabo de forma oral en el propio servicio de guardia, la defensa no tenga tiempo de presentarlo y no llegue al Juzgado de lo Penal antes de la celebración del juicio y solicite la práctica de una prueba que ha de ser admitida, por lo que se debería declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer al momento en que se produjo dicha vulneración de un derecho fundamental.

V. EL JUICIO DE FALTAS Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Uno de los mayores problemas que hace constar la Fiscalía General del Estado en sus Memorias anuales y el Consejo General del Poder Judicial en el informe de fecha 13 de septiembre de 2000 son las frecuentes incomparecencias de las víctimas de malos tratos en los juicios de faltas lo que conlleva frecuentemente a una sentencia absolutoria. El citado Informe del CGPJ recoge la siguiente recomendación: "En los juicios de faltas en que la víctima de estos hechos no comparece no procede la celebración del juicio con el resultado de sentencia absolutoria. Parece preferible instar la suspensión y una nueva citación de la víctima en la Secretaría del Juzgado para notificarle la fecha del siguiente juicio y tratar de detectar las razones de su incomparecencia. Ante la persistencia en la incomparecencia cabe solicitar el sobreseimiento provisional en lugar de entrar en el juicio con la inevitable consecuencia de una sentencia de fondo absolutoria". Es decir, es preferible un auto de sobreseimiento provisional que una sentencia

absolutoria, si bien tanto la sentencia absolutoria –salvo cuando se declare que no ha existido el hecho– como la condenatoria pueden servir para integrar la habitualidad que exige el art. 173.2 CP.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2002 recoge la siguiente estadística: "las causas incoadas por faltas pasaron de 16.425 a 17.299, consignándose igualmente un aumento de sentencias condenatorias (de 1.371 a 1.502), y un descenso muy significativo de las absoluciones (de 866 a 370)", lo que pone de manifiesto que las incomparecencias de las víctimas de malos tratos a los juicios de faltas debe haber disminuido en gran medida o ha sido suplida esa falta de prueba por la existencia de otras distintas.

Por lo demás, la reforma de los arts. 153 y 173.2 CP ha supuesto una notable reducción de los juicios de faltas en materia de malos tratos ya que todas las lesiones que causen un menoscabo físico o psíquico en la persona o un maltrato sin llegar a causar lesión o las amenazas con arma son constitutivas del delito del art. 153 CP, quedando reducidas las faltas relativas a la violencia doméstica a las tipificadas en el art. 620.2 CP, siempre que no provoquen un resultado de un menoscabo psíquico apreciable en la persona. De ahí que la reciente reforma del art. 962.1 LECrim haya incluido dichas faltas, siempre que el ofendido sea alguna de las personas del art. 173.2 CP, como un supuesto de enjuiciamiento inmediato ante el Juzgado de Instrucción de guardia. Por lo demás la citada reforma ha eliminado el plazo de dos días que establecía los arts. 965 y 966 LECrim, pues en la mayoría de los casos era imposible llevarlo a cabo cuando no se había podido celebrar el juicio en la primera sesión, dejando el plazo, más proporcionado, de siete días.

Así pues, la Policía Judicial cuando se le presente una denuncia sobre un hecho que pudiera ser constitutivo de una falta de amenazas, coacciones, vejaciones injustas o injurias entre las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP y no existan antecedentes de hechos similares previos y no revista carácter de delito por su gravedad, procederá a incoar el juicio de faltas inmediato y a citar y señalar dicho procedimiento ante el Juzgado de Instrucción de guardia del partido judicial correspondiente.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones de esta ponencia podemos establecer las siguientes –si bien será el hacer diario en esta materia tan novedosa y a la vez tan antigua, así como la aplicación de las múltiples reformas legislativas habidas en la misma, la que irá fijando las conclusiones y a su vez viendo si la actuación de todos los organismos y administraciones implicadas está siendo la adecuada y seguimos el camino correcto impidiendo las muertes y agresiones diarias a las mujeres y al resto de miembros débiles del núcleo familiar–:

1. Es urgente la creación de un registro sobre Violencia Doméstica que garantice los derechos de todas las partes, pero a su vez permita a los órganos judiciales la consulta del mismo de forma rápida y eficaz para acreditar un elemento fundamental de este tipo penal, que afecta tanto a la vida de las personas y de las familias, como es la habitualidad.

2. Es imprescindible la coordinación entre la jurisdicción civil, la penal y la Fiscalía, así como con el resto de las administraciones públicas interesadas en la materia.

3. Es necesario que las medidas que se adopten para proteger a las víctimas se comuniquen de forma rápida y efectiva a los encargados de hacerlas cumplir para evitar esos tiempos muertos que tanto perjuicio causan.

4. Sería aconsejable que se desarrollaran en nuestra legislación sistemas de mediación en las familias para conseguir acuerdos extrajudiciales y evitar acudir a los tribunales por hechos que tienen un mejor arreglo mediante el acuerdo de las partes.

5. Considerar la personalidad del maltratador como alguien que, independientemente de sus adicciones o dependencias a sustancias o sus alteraciones psiquiátricas, que las puede padecer, es un todo unitario que padece una serie de complejos e ideas pre-

concebidas que le llevan a una falta total de control de sus impulsos violentos que descarga sobre el grupo familiar, por lo que es necesario tratar esa personalidad en su conjunto para evitar que dichos malos tratos se sigan produciendo en un futuro.

6. Para evitar las incomparencias y retractaciones de las víctimas hay que hacerles ver la necesidad de intervenir en el proceso para perseguir y poner fin a la situación en la que se halla, para lo cual es fundamental hacerles ver y sentir un clima de confianza, evitando para ello las confrontaciones con el agresor, consiguiendo un asesoramiento profesional adecuado y limitando los interrogatorios exhaustivos donde se pone a prueba la memoria y la resistencia de la víctima.

7. Los Jueces de Instrucción han de contar con equipos psicosociales dotados de medios que les asesoren a la hora de adoptar determinadas medidas y puedan informar antes de dictar sentencia, siendo preferible que fueran los mismos equipos que asesoran a los Juzgados de Familia para conseguir una unidad y coordinación en los mismos y en su conocimiento del grupo familiar.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T.: *El nuevo proceso abreviado*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2003.

Asociación de Mujeres Juristas Themis y el Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid. Junio de 1999. *Respuesta penal a la violencia familiar*.

Asociación de Mujeres Juristas Themis. 2003. *La violencia familiar en el ámbito judicial*.

Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número 21, monográfico sobre la Violencia Doméstica.

Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número 25, monográfico sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- CLIMENT DURAN, C.: *La prueba en el proceso penal (Doctrina y Jurisprudencia)*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN y GARBERÍ LLOBREGAT: *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*. Editorial Bosch. Barcelona, 2003.
- Cuadernos de Derecho Judicial, V, 2001. *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*.
- DE LA OLIVA SANTOS, y otros: *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, junio de 1999.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, MORENO VERDEJO y DEL MORAL GARCÍA: *Juicios rápidos. Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*. Editorial Comares. Granada, 2003.
- GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, septiembre 1999. Editorial Cóllex.
- IV Plan de Igualdad de Oportunidades de Mujeres y Hombres de la Comunidad de Madrid 2002-2005.
- Las mujeres en la Comunidad de Madrid*. Datos para abrir caminos hacia la igualdad. Dirección General de la Mujer. Consejería de trabajo. 2001.
- Manuales de Formación Continuada: *La prueba en el proceso penal*. Número 12, Año 2000, CGPJ.
- MORENO CATENA, V. (director): *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU y RICHARD GONZÁLEZ: *El proceso penal práctico. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*. Cuarta edición, editorial La Ley. Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador): *Práctica procesal de los juicios rápidos*. Editorial Sepin. Madrid, 2003.
- TENA ARAGÓN, M. F.: *El nuevo juicio de faltas*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2003.
- VEGAS TORRES, J.: *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2003.