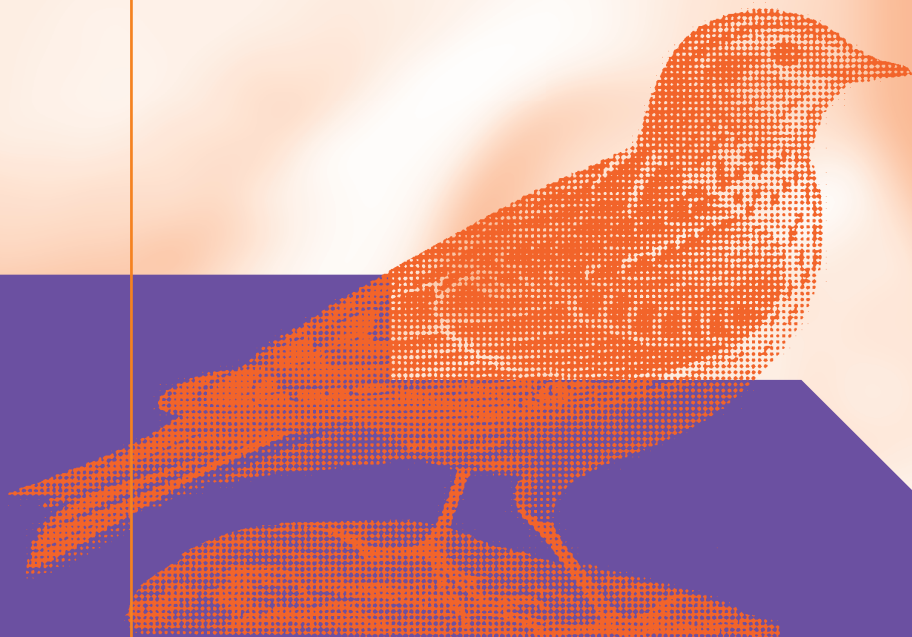


12 colección
CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
DOCUMENTOS



ANÁLISIS DE MEDIDAS
PARA MEJORAR
LA PROTECCIÓN POLICIAL Y JUDICIAL
DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Rafael Cabrera Mercado (coordinador)
Coral Arangüena Fanego
Montserrat de Hoyos Sancho



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL
E IGUALDAD

**ANÁLISIS DE MEDIDAS
PARA MEJORAR LA
PROTECCIÓN POLICIAL
Y JUDICIAL DE LAS
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA
DE GÉNERO**



© **Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad**

Centro de Publicaciones

Pº del Prado, nº 18. 28014 MADRID

NIPO: 860-11-285-6

ISBN: 978-84-7670-719-7

Depósito Legal: M-47925-2011

Correo electrónico: publicaciones@mpsi.es

<http://www.060.es>

PRESENTACIÓN

A la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género le corresponde, entre otras funciones, la realización y promoción de informes, estudios e investigaciones sobre cuestiones relacionadas con la violencia de género.

Sorprende que en los ya siete años de vigencia de la conocida como Ley Integral contra la violencia de género, se hayan buscado múltiples argumentos para dificultar su aplicación, y que por el contrario, no se hayan planteado al mismo nivel alternativas o medidas para facilitar su uso y alcanzar los objetivos que su espíritu promueve.

En un tiempo turbulento, como el actual, y con frecuencia cubierto por la penumbra de la polvareda que de forma interesada levantan al paso de la Ley quienes nunca han creído en ella, es necesario conocer con detalle algunos problemas y detener la mirada en lo que otros países de la Unión Europea hacen para combatir esta violencia. Esto no significa que tengamos que imitarlo, pero sí que amplíemos nuestra perspectiva ante lo que seguirá siendo, con toda probabilidad, una suma de obstáculos y dificultades en la aplicación de la Ley Integral. Si lo ha sido en los momentos con un mayor impacto de la violencia de género y de más consenso, lo será conforme la violencia se vaya controlando y las posiciones individuales se antepongan al consenso que ha existido en la lucha para erradicar esta violencia.

En este sentido, el presente estudio se centra en las dificultades que la implementación de algunas de las medidas de la Ley Integral tiene respecto a la legislación existente de índole sustantivo – civil y penal – procesal y orgánico, como de su adaptación a la normativa emanada de la Unión Europea, sobre todo las relativas a la protección de las víctimas especialmente vulnerables.

Se considera que los diferentes asuntos que se tratan en el estudio son del máximo interés ya que afectan a la actuación y quehacer diario de las

personas e instituciones que intervienen en la prevención y resolución de los casos de violencia de género y en la protección policial, civil, penal y judicial que ha de prestarse a las víctimas de este tipo de violencia y en la actuación contra los agresores.

Como síntesis del contenido del presente informe, los temas a debate y que pretenden mejorar la normativa actualmente existente en la materia son:

- Alternativas a la detención del autor de hechos delictivos de violencia de género: algunos expertos consideran que el sistema español adolece de algunas carencias ó deficiencias que, sin embargo, si han sido resueltas en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico-cultural como Alemania y Austria que prevén la salida del presunto agresor de la vivienda de la víctima como alternativa menos gravosa que la detención, dependiendo, claro está, de la gravedad del delito, del grado de riesgo de reiteración delictiva y del eventual peligro de fuga ú ocultamiento de pruebas.

- En segundo lugar se examina un asunto que preocupa desde hace tiempo a casi todos los operadores jurídicos y a los expertos en la tutela judicial de las víctimas de violencia de género: se trata de los derechos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a no denunciar y a no declarar en sede policial y judicial por razón de parentesco y su interpretación y aplicación en los casos de violencia de género. El problema radica en que al cometerse la mayoría de estos delitos en la intimidad, en numerosas ocasiones solo se tiene como posible prueba de cargo que pudiera enervar la presunción de inocencia, la declaración de la víctima, única testigo, y si el cónyuge ó pareja de hecho agredida se acoge a su derecho a no declarar contra su pariente agresor, éste quedará impune. Se proponen sugerencias que pudieran ayudar a la solución del problema detectado. La reforma propuesta apuesta por la limitación del ejercicio sucesivo del derecho de la dispensa a la obligación de declarar por razón de parentesco tal y como esta previsto en la actualidad.

- Se ofrece información bastante sobre los objetivos y contenido sustantivo y procesal de la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo de Europa, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre estados miembros de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, mas conocida como Orden Europea de Vigilancia, pendiente de transposición por los Estados

miembros. Se trata, entre otras cosas, de hacer efectiva la acción de la justicia asegurando que los imputados en un proceso penal estén disponibles para comparecer en juicio y debidamente vigilados por parte del sistema judicial europeo.

- Los restantes trabajos dan noticia de la tutela jurisdiccional que se ofrecen a la mujer víctima de la violencia de género ó doméstica en países como Alemania, Austria, Italia y Portugal. El último estudio presentado ofrece distintos sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal, en concreto, si éstos pudieran ser de aplicación en algunos supuestos de violencia de género, aunque nuestra legislación es clara y rotunda respecto algunas de estas posibilidades.

El estudio que presentamos pone sobre la mesa las dificultades con que la aplicación de la Ley Integral choca muchas veces con lo que en la práctica diaria sería deseable. Se avanzan diversas propuestas de modificaciones de la normativa vigente, y muy especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo Anteproyecto fue aprobado el 22 de julio de 2011 en Consejo de Ministros.

Las alternativas propuestas parecen interesantes y quizá necesarias en función de la gravedad del delito pero la Delegación de Violencia a la que represento queda al margen de las mismas a pesar de la importancia que pueden tener en legislaciones futuras en la materia.

Miguel Lorente Acosta
Delegado del Gobierno para la Violencia de Género

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
1. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN POLICIAL: ALTERNATIVAS A LA DETECCIÓN DEL SOSPECHOSO COMO MEDIDA CAUTELAR PREVIA A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL	14
2. EL DERECHO A NO DENUNCIAR Y A NO DECLARAR POR RAZÓN DE PARENTESCO. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	29
3. LA PROTECCIÓN TRANSNACIONAL DE LA VÍCTIMA POR MEDIO DE LA ORDEN EUROPEA DE VIGILANCIA EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD APLICADAS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA	74
4. ASPECTOS ESENCIALES DE LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL CIVIL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN ALEMANIA.....	87
5. PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL CIVIL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN AUSTRIA	97
6. ASPECTOS ESENCIALES DE LA TUTELA JURISDICCIONAL CIVIL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN ITALIA.....	102
7. SISTEMA DE TUTELA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN PORTUGAL.....	117
8. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO PENAL.....	127

INTRODUCCIÓN

El Informe que se presenta surge de la preocupación generalizada sobre algunos de los problemas detectados en la interpretación y aplicación de las normas relativas a la protección policial y judicial a las víctimas de violencia de género. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se han puesto de manifiesto diferentes dificultades para implementar algunos de sus preceptos con la legislación que ya existía de índole sustantivo –civil y penal–, procesal y orgánico. Además se une a ello la necesidad de adaptación de las mismas a la normativa emanada de la Unión Europea, sobre todo las relativas a la protección de las víctimas especialmente vulnerables.

Como decimos son abundantes y variados los problemas y las consideraciones que se pudieran hacer de los mismos. Por ello, hemos querido centrarnos en algunos de ellos quizá los que entendemos más relevantes en la actualidad que afectan a la tutela jurisdiccional efectiva que deben prestar nuestros jueces y tribunales y a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

1. En este sentido, el Informe comienza con un estudio pormenorizado sobre la posibilidad de alternativas a la detención del presunto autor de hechos delictivos de violencia de género. Consideran algunos expertos que en el sistema español el elenco de posibilidades de que disponen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando tienen que intervenir por la reciente comisión de un hecho de violencia doméstica, adolece en este punto de algunas carencias o deficiencias que sí han sido resueltas en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico-cultural. Por ejemplo, en Alemania y Austria las normas procesales que regulan la protección de este tipo de víctimas y las correlativas “Leyes de Policía” prevén la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que intervienen como consecuencia de una denuncia por hechos delictivos que se consideran “de violencia y acoso”,

ordenen directamente la salida o abandono del domicilio en que el agresor convive con la víctima, con entrega de las llaves de la vivienda y orden de no regresar al mismo durante el plazo legalmente establecido y en el cual se deberán acordar por el juez medidas menos interinas, y todo ello como alternativa menos gravosa que la detención –conducción a los calabozos de la correspondiente Comisaría–, pero que pueden servir igualmente para proteger a la víctima, dependiendo claro está de la gravedad del delito, del grado de riesgo de reiteración delictiva y del eventual peligro de fuga u ocultamiento de pruebas.

Sin embargo, en España, al día de hoy –con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *en la mano*–, la Policía que acude a la vivienda de la víctima alertada de la comisión de un hecho de violencia de género no tiene más opción que practicar la detención si fuere necesario para garantizar la seguridad de la víctima, si pretende evitar o enervar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de fuga, o el ocultamiento o destrucción de pruebas, que son al fin y al cabo los fines que justifican una medida cautelar privativa de la libertad ambulatoria. Ahora bien, ¿sería pertinente introducir una norma o normas con tal contenido protector/cautelar provisionalísimo y que pudieran operar de forma previa al conocimiento jurisdiccional del asunto? Y en caso afirmativo, ¿con qué garantías mínimas para el presunto agresor, sujeto pasivo de la orden de alejamiento temporal de la vivienda, al que se le atribuye por parte de la Policía la comisión de uno o varios hechos delictivos de violencia de género y/o doméstica?

A estas y otras preguntas se intenta dar respuesta, analizando los pros y los contras de las diferentes alternativas que se plantean.

2. En segundo lugar, se examina un asunto que preocupa desde hace tiempo a casi todos los operadores jurídicos y a los expertos en la tutela judicial de las víctimas de violencia de género. Se trata de los derechos, recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a no denunciar y a no declarar en sede policial y judicial por razón de parentesco y su interpretación y aplicación en los casos de violencia de género. En efecto, lo que es recogido como derecho fundamental en el artículo 24.2, *in fine*, de la Constitución española, se concreta en la Ley procesal penal en los artículos 261, 416, 418 y 707.

La práctica diaria de los órganos jurisdiccionales penales permite afirmar que en los últimos años es muy frecuente que las mujeres víctimas–testigos por propia iniciativa o, lo que parece más común, “bien asesoradas” –da igual a iniciativa de quien sea–, o intimidadas o coaccionadas, antes incluso de que el Tribunal les informe del contenido del art. 416 o del art. 707, sean ellas las que se adelanten manifestando que se acogen a su derecho a no declarar, lo que hace que en un buen número de supuestos el Ministerio Fiscal se quede huérfano de pruebas en las que sustentar su acusación y que la libre absolución sea el resultado final del procedimiento.

Incluso en supuestos en los que es palmaria la existencia de violencia de género, sin embargo, con las normas procesales relativas fundamentalmente a la prueba que tenemos en vigor, se hace poco menos que imposible dictar una sentencia condenatoria. En el enjuiciamiento de este tipo de delitos –por cometerse la mayoría en la intimidad–, en numerosas ocasiones sólo se tiene como posible prueba de cargo que pudiera enervar la presunción de inocencia, la declaración de la víctima única testigo, y si el cónyuge o pareja de hecho agredida se acoge a su derecho a no declarar contra su pariente agresor, este quedará impune.

Para evitar estos resultados, después de estudiar críticamente las disposiciones normativas vigentes, la doctrina de los autores y la jurisprudencia muchas veces contradictoria y vacilante de nuestros Tribunales (fundamentalmente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional), se profundiza sobre el fundamento de esas dispensas, sobre la obligación de advertir sucesivamente a la víctima pariente de la existencia de ese derecho por parte de la policía, del fiscal y del juez, incluso a la víctima único testigo, y de las consecuencias de esa inadvertencia y, por último, el valor y requisitos que debe tener la declaración de aquella para convertirse en prueba de cargo. Al final del trabajo, se presentan una serie de sugerencias que pudieran ayudar a la solución del problema detectado. La propuesta de reforma apuesta –fuera de otras excesivamente complejas y no acordes con el sistema procesal penal español– por la limitación del ejercicio sucesivo del derecho de dispensa a la obligación de declarar por razón de parentesco tal y como está previsto en la actualidad.

3. Posteriormente se da cumplida cuenta de los objetivos y del contenido sustantivo y procesal de la importante Decisión Marco 2009/829/JAI, del

Consejo de Europa, de 23 de octubre de 2009, *relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*, más conocida como Orden Europea de Vigilancia.

Como es sabido, en la actualidad y tras una negociación muy ardua y conflictiva, en el espacio europeo se está a la espera de la aprobación de la futura Directiva sobre la orden de protección en materia penal. El inicial intento llevado a cabo por la Presidencia española con el apoyo de otros Estados miembros, finalmente ha provocado la disección del instrumento en dos diversos dando lugar al dictado de una Directiva relativa a una orden de protección civil a la que seguirá, merced al texto de consenso logrado en el seno del Consejo, una orden de protección penal también en forma de Directiva¹. Pero mientras se está a la espera de esta nueva norma, hay que tener en cuenta la existencia de la Orden Europea de Vigilancia, pendiente de transposición por los Estados miembros, y en la que habrá que fijarse a la hora de aprobar la futura orden de protección europea, puesto que ambas coinciden en proteger de manera directa o indirecta a la víctima.

Resumidamente, se ha creado un nuevo instrumento basado en el principio de reconocimiento mutuo que permite la transferencia de medidas cautelares no privativas de libertad de un Estado a otro y cuyo funcionamiento se hace descansar una vez más en una adecuada cooperación entre autoridades judiciales siguiendo el esquema de la orden europea de detención y entrega. Y todo ello con un doble objetivo, de distinta naturaleza: el primero, al servicio de la ciudadanía europea, que verá reforzado el campo de la protección y la seguridad dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al disponer de nuevos medios tendentes a hacer efectiva la debida acción de la justicia, asegurando que los imputados en un proceso penal estén disponibles para comparecer en juicio, y posibilitando, en su caso, la eventual movilidad del sujeto por territorio europeo hasta la fecha de aquél con la oportuna y debida vigilancia por parte del sistema judicial europeo. El segundo, no menos importante, dirigido al reforzamiento del estatus del imputado en el proceso

¹ Vid. el texto resultante del acuerdo político al que se ha llegado sobre la Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Hungría, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección (Documento del Consejo nº 14923/11, de 5 de octubre de 2011).

penal, al que procurará tratar de manera que su nacionalidad no influya en la mayor o menor gravedad de las medidas cautelares que puedan ser adoptadas, algo que, siendo europeo, no debe tener lugar en un espacio sin fronteras, permitiendo la circulación y supervisión en el territorio europeo de las medidas cautelares no privativas de libertad adoptadas.

Estos extremos tienen particular importancia cuando los proyectamos sobre las víctimas en general y la víctima de violencia de género en particular. Por ello, se disecciona convenientemente el contenido de la Decisión Marco que regula la Orden Europea de Vigilancia y se insta a que el Estado español lleve a término la transposición de la misma antes del plazo previsto que vence en diciembre de 2012.

4. Los siguientes trabajos que componen el Informe dan noticia de la tutela jurisdiccional que se ofrecen a la mujer víctima de violencia de género o doméstica en países como Alemania, Austria, Italia y Portugal.

Entendemos de gran interés conocer de primera mano lo que esos países desde el punto de vista jurídico y jurisdiccional han previsto para luchar contra esa lacra tan extendida como es la violencia contra la mujer. Este estudio de derecho comparado nos puede facilitar el buscar posibles puntos de luz que ayuden a mejorar nuestra legislación y la actuación de los miembros de la policía, de los jueces, de los fiscales, abogados y de los demás profesionales que actúan en contra de la violencia de género. En concreto, por lo que se refiere a los dos países centroeuropeos citados, se estudian también los medios legales con los que cuenta la policía a la hora de prevenir y actuar en este tipo de delitos.

Con esa finalidad, se pone especial énfasis en la protección jurisdiccional civil de la mujer maltratada. En efecto, tanto en Alemania como en Austria como en Italia existe –de manera independiente a la protección jurisdiccional penal– una regulación concreta con respecto a la tutela judicial que pueden dar los Tribunales civiles. De diferentes formas y maneras, como se podrá observar, en esos países la mujer puede acudir también al juez civil para que le proteja –mediante órdenes civiles de protección complejas– del cónyuge o pareja de hecho agresor.

En este sentido puede ser un buen material de trabajo –con aspectos positivos y negativos, que se ponen de manifiesto obviamente– para plantearse, como ya se está haciendo desde distintas instancias, la posibilidad de dar alternativas a la mujer que no quiere –por muchas y diferentes razones– acudir a la tutela penal y procesal penal que le ofrece generosamente el ordenamiento jurídico español. Sin negar en absoluto la trascendencia y la visibilidad que el recurso al Derecho penal ofrece a los atentados de género, su capacidad para concienciar a los miembros de la sociedad de lo pernicioso de esos delitos que atentan directamente la dignidad, la integridad y la libertad de la mujer, para algunos sería importante repensar la idoneidad de otras fórmulas como el recurso a otras instancias jurídicas y judiciales –del ámbito civil– en búsqueda de actuaciones protectoras que no impliquen la aplicación de normas penales.

Con relación a Portugal, se analiza el marco legal que viene dado por la relativamente reciente Ley nº 112/2009, sobre el régimen jurídico aplicable para la prevención de la violencia doméstica y de género, muy avanzada en sus términos en cuanto a la protección de las víctimas tanto del punto de vista sustantivo como procesal. Destaca, por contra de lo que sucede en España y en otros muchos países, que en ella no se cierra la puerta a que pueda acudirse a la mediación cuando se han cometido delitos menos graves y con una serie de condicionantes importantes que se analizan convenientemente.

5. Esto último nos da pie para comentar brevemente el postrero de los estudios que integran este Informe, que versa precisamente sobre los denominados sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal y, en concreto, si estos pudieran ser de aplicación en algunos supuestos de violencia de género.

Partiendo de la base de que el número 5 del artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial² establece de manera rotunda que en los casos de violencia de género –está vedada la mediación– y de que no existe una regulación concreta sobre el instituto de la mediación penal en España, se profundiza en lo que opinan y abogan amplios sectores de la doctrina y de

² Este artículo, introducido por la LO 1/2004 (art. 44) en la LOPJ de 1985, establece la competencia objetiva penal y civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

la práctica judicial: una revisión de la prohibición y una posible atemperación y coonestación con una futura ley de mediación penal que pudiera hacer factible extender su aplicación a algunos casos relacionados con la violencia doméstica y de género con la idea de atajar de raíz el conflicto, posibilitando el acercamiento y evitando el que se incurra en nuevos episodios de violencia.

En este sentido se analizan los principales hitos en la evolución de la mediación penal en el ámbito de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de la Organización de Naciones Unidas y se sientan las bases de cómo debería ser regulado este sistema alternativo de conflictos con relación al Derecho penal y su aplicación restrictiva en los casos de violencia de género.

Para finalizar esta Introducción, debemos destacar que, en la medida en que los autores lo han estimado conveniente e ilustrativo, se ha hecho referencia al –Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal– presentado por el Ministerio de Justicia y aprobado el pasado 22 de julio de 2011 por el Consejo de Ministros del Gobierno de España. Evidentemente ese Anteproyecto no va a ser discutido en las Cortes que ya han sido disueltas como consecuencia de la convocatoria de Elecciones Generales. Pero, qué duda cabe que es un documento podríamos decir que –oficial– y que todo él es o constituye una propuesta de *lege ferenda*. Como quiera que en su contenido se encuentran aspectos concretos que afectan a los temas que se han estudiado en este Informe, se da cuenta de lo previsto en él mostrando nuestra conformidad o no y haciendo otros planteamientos.

Los diferentes asuntos que se tratan en el Informe son del máximo interés, pensamos, porque afectan de lleno al actuar diario de las personas e instituciones que intervienen en la prevención y resolución de los casos de violencia de género y en la protección policial, civil, penal y judicial que ha de prestarse a las víctimas de este tipo de violencia y en la actuación contra los agresores. Esperemos, desde la humildad, que estas reflexiones contribuyan a conocer mejor los problemas que se abordan y a mejorar la normativa vigente sobre el particular

Rafael Cabrera Mercado
Coordinador

1

PROPUESTAS DE ACTUACIÓN POLICIAL: ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN DEL SOSPECHOSO COMO MEDIDA CAUTELAR PREVIA A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Montserrat de Hoyos Sancho. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

Entre los operadores jurídicos y las propias víctimas se vienen alzando voces reclamando la regulación de una medida cautelar provisionalísima, vinculada al momento de la comisión de los hechos delictivos –flagrancia o cuasiflagrancia¹– que al igual que la detención policial del presunto autor de los hechos de violencia doméstica sirva para asegurar la integridad de la víctima y de su entorno, a la vez que se garantiza que estará disponible o localizado cuando sea llamado a declarar a presencia policial y/o judicial, pero que no conlleve necesariamente la privación de la libertad ambulatoria del presunto agresor en forma de detención policial, que según vienen entendiendo nuestra jurisprudencia deberá prolongarse lo estrictamente necesario para el primer esclarecimiento de los hechos y el aseguramiento de las pruebas, y desde luego para garantizar la integridad de la víctima, pero que puede prolongarse hasta un máximo de 72 horas desde el momento en que se practica la detención hasta que desde los calabozos de la Policía es puesto a disposición judicial.

Consideran algunos expertos que el sistema español de medidas cautelares policiales, el elenco de posibilidades de que disponen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando tienen que intervenir por la reciente comisión de un hecho de violencia doméstica, adolece en este punto de algunas

¹ La flagrancia en este ámbito limitativo de derechos puede definirse como la percepción sensorial directa por terceros de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, bien la totalidad o una parte del proceso de ejecución del acto delictivo, o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar poco tiempo antes, siempre y cuando exista al menos conexión material directa e inmediata –huellas, vestigios– entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible; en sentido estricto, este último supuesto se debe denominar cuasi-flagrancia. Sobre este importante concepto procesal, que habilita para la limitación de derechos y libertades fundamentales sin orden judicial previa, vid. mi trabajo: "El concepto procesal de flagrancia delictiva" en Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Eduardo Font Serra, Tomo II, Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, págs. 1661 y ss.

carencias o deficiencias que sí han sido resueltas en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico-cultural, ya que por ejemplo en Alemania y Austria las normas procesales que regulan la protección de este tipo de víctimas y las correlativas “Leyes de Policía” prevén la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que intervienen como consecuencia de una denuncia por hechos delictivos que se consideran “de violencia y acoso”, ordenen directamente la salida o abandono del domicilio en que el agresor convive con la víctima, con entrega de las llaves de la vivienda y orden de no regresar al mismo durante el plazo legalmente establecido y en el cual se deberán acordar por el juez medidas menos interinas, y todo ello como alternativa menos gravosa que la detención –conducción a los calabozos de la correspondiente Comisaría–, pero que puede servir igualmente para proteger a la víctima, dependiendo claro está de la gravedad del delito, del grado de riesgo de reiteración delictiva y del eventual peligro de fuga u ocultamiento de pruebas.

En nuestro sistema procesal penal vigente la detención policial cautelar puede definirse² como una situación fáctica de privación de la libertad ambulatoria de una persona cuando concurren motivos racionalmente bastantes para creer que ha participado en la comisión de un hecho delictivo, medida que se caracteriza por su corta duración, instrumentalidad y provisionalidad, ya que se practicará con la finalidad de que las autoridades competentes resuelvan en el tiempo estrictamente necesario, y siempre dentro de los plazos establecidos en la norma, acerca de la situación personal del personal privado de libertad.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 –LECrím en lo sucesivo– regula esta medida cautelar en los artículos 489 y siguientes, pero como acabamos de exponer no prevé una alternativa a la misma para asegurar la integridad de la víctima y/o los fines del proceso penal, salvo lo recogido en el art. 493 LECrím: el agente de Policía tomará nota del nombre, domicilio y demás circunstancias identificativas del procesado o delincuente al que no detuviere por no concurrir los presupuestos de los artículos precedentes; precepto este, por cierto, de muy escasa aplicación práctica.

El artículo y apartados de la Ley procesal que entrarán en juego generalmente en los supuestos de violencia doméstica son los siguientes, por ser los aplicables cuando la Policía acude, pongamos por caso, al domicilio de

² Un exhaustivo análisis de la medida cautelar de la detención puede encontrarse en mi monografía “La detención por delito”, Pamplona, 1998, *passim*, a la que me remito in extenso para un estudio más detallado de los presupuestos, condiciones y requisitos de esta figura en el ordenamiento español vigente. También se contienen en ese trabajo referencias a la regulación en Alemania, Austria, Francia, Italia y Portugal.

la víctima alertada por esta misma o por un tercero de la comisión actual o reciente de un acto de agresión a una mujer por su pareja, supuestos por tanto de flagrancia o cuasi-flagrancia de un delito que cae bajo el tipo de la violencia de género:

Dispone el art. 492 que “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá *obligación* de detener”, además de a los sujetos que se encuentren en los casos del art. 490 –flagrancia, fuga y rebeldía–, al sujeto sobre el que exista un pronunciamiento judicial estimando que concurren indicios racionales de criminalidad –“procesado”–, así como a aquellos sobre los que, no existiendo actuaciones judiciales incoadas por los hechos, concurren motivos racionalmente bastantes para creer que han participado en la comisión de un hecho que presenta caracteres de delito –en este caso, v.gr., la agresión a una mujer por parte de su pareja–.

El detenido por razón de delito deberá ser puesto a disposición judicial, en caso de que no procediera su puesta en libertad una vez identificado y realizadas las más urgentes averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos –identificación e interrogatorio del detenido–, sin dilación alguna, a la mayor brevedad, y en todo caso en el plazo máximo de 24 horas –art. 496 LECrim–, o más bien en la práctica en el plazo máximo de 72 horas en aplicación de lo dispuesto en el art. 520 LECrim.

Destaca también este último precepto que la detención debe practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio, pero debemos insistir en que según las leyes procesales vigentes la Policía tiene *obligación* de detener en los supuestos antedichos –el art. 492 no emplea la expresión “podrá”, como sí lo hace en el art. 490 LECrim para la detención por particulares–, y no prevé alternativas al margen de la detención/identificación del art. 493 LECrim, cuyo fin es conocer la identidad, residencia y posibles antecedentes del sujeto a fin de que luego pueda ser llamado a declarar por el Juez –supuestos en que no concurre un *periculum libertatis* o riesgo de que el presunto autor de los hechos se mantenga en libertad hasta que sea llamado a declarar por el juez de la instrucción el cual recibirá el atestado elaborado por la Policía conteniendo todos los datos sobre las actuaciones practicadas y que le servirá al juez de cauce de transmisión de la *notitia criminis* para la incoación de las primeras diligencias³.

³ Como ha venido denunciando la Dirección General de Policía, a pesar de su importancia y potencial utilidad, este art. 493 LECrim es obviado en la práctica policial y no se tiene suficientemente en cuenta su aplicación siempre que fuere posible por no existir peligro en la demora, es decir: en los supuestos en que el denunciado tenga acreditada su identidad, domicilio o residencia, carezca de antecedentes delictivos y sea acusado de delito o falta de escasa gravedad, la actuación policial se debería limitar, en lo que se refiere a la situación personal del inculcado, a transmitir al interesado la obligación

En consecuencia, al día de hoy, la Policía que acude a la vivienda de la víctima alertada de la comisión de un hecho de violencia de género no tiene más opción que practicar la detención si fuere necesario para garantizar la seguridad de la víctima, si pretende evitar o enervar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de fuga, o el ocultamiento o destrucción de pruebas, que son al fin y al cabo los fines que justifican una medida cautelar privativa de la libertad ambulatoria.

Como apuntábamos al inicio de este epígrafe, en otros países de nuestro entorno jurídico-cultural –por ejemplo en Alemania y en Austria– sí se regula para los supuestos de agresiones violentas y acoso una medida cautelar policial distinta de la detención: la orden policial de que el agresor abandone en ese mismo momento el domicilio en el que convivía con la víctima, con prohibición de regreso.

Resumiremos a continuación sus notas definitorias, presupuestos y requisitos más relevantes:

Comenzando por el ordenamiento alemán, debemos destacar que existe una Ley para la protección civil ante actos de violencia y acoso⁴, de 11 de diciembre de 2001⁵, que como su propio nombre indica ampara *desde el orden civil* a todo tipo de víctimas de violencia, en el ámbito doméstico o fuera de éste, ya sean mujeres, hombres o niños. El principio rector que inspira esta norma es que debe ser el agresor el que abandone la vivienda que compartía con la víctima, pudiendo por tanto ésta permanecer en la casa durante el tiempo que dispone la ley, independientemente de quién fuera el propietario de la vivienda o a nombre de quién se encontrara el contrato de alquiler de la misma.

En los supuestos en que existen indicios fundados de que de forma dolosa una persona ha amenazado o causado lesiones, ha provocado un menoscabo de la salud o de la libertad de otra –del mismo o de distinto sexo– la víctima puede solicitar al órgano jurisdiccional civil⁶ las medidas

que tiene de comparecer ante el Juzgado competente cuando sea citado por el mismo, a dejar constancia en las diligencias policiales de dicha advertencia y a remitir lo actuado a la Justicia, sin que en esos supuestos sea preciso por tanto la entrega material del detenido a la Autoridad judicial. Véase un análisis más detallado de este art. 493 LECrim la obra anteriormente citada: DE HOYOS SANCHO, M.: “La detención por delito”, esp. págs. 166 y ss.

⁴ *Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG)*.

⁵ Vid. más ampliamente, en este mismo informe colectivo, el apartado que describe los aspectos esenciales de la protección jurisdiccional civil de las víctimas de actos violentos en Alemania.

⁶ En su caso, al Familiengericht o Tribunal de familia, que es una sección diferenciada del Amtsgericht, o tribunal ordinario de primera instancia en causas civiles.

que fueren precisas para su protección durante el tiempo que resultara necesario, dentro de los límites que establece la propia ley.

En particular, y entre otras que pueden conformar la llamada “orden de protección”, podrá acordarse que el agresor se abstenga de entrar en la vivienda en que reside la persona agredida y que se mantenga durante el tiempo que dure la medida a una determinada distancia de la víctima.

Es frecuente que antes de que el tribunal civil competente acuerde la orden de protección, la Policía ya haya adoptado algunas medidas cautelares con el mismo fin de asegurar a la víctima; estas medidas policiales se contienen en las respectivas “Leyes de Policía” que rigen en los *Bundesländer* o estados federados alemanes, y pueden consistir igualmente en la orden de abandonar la vivienda común y no acercarse a la víctima durante el tiempo que se establezca.

Generalmente estas actuaciones policiales tendrán lugar cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se vean obligadas a intervenir en un supuesto de flagrancia o cuasiflagrancia, por la actual o reciente comisión de un delito de violencia doméstica o de acoso, del que habitualmente habrán sido alertados por la propia víctima o por personas de su entorno más próximo. Se estima que si se tuviera que esperar a obtener la orden de protección del juez civil, en muchos casos la defensa de la víctima llegaría demasiado tarde.

En situaciones de emergencia aguda lo pertinente es avisar a la Policía para que adopte medidas urgentes de protección en aplicación de lo dispuesto en las respectivas Leyes de Policía del *Land*⁷, que prevén, no sólo la posibilidad de detención o privación de libertad cautelar del agresor si fuera necesario, por supuesto, sino también otras medidas que pueden ser igualmente eficaces para proteger a la víctima en el caso concreto, pero que suponen una injerencia menor en los derechos fundamentales de la víctima, y por tanto más respetuosas con el principio de proporcionalidad en la limitación de derechos: una orden policial de alejamiento cautelar de la vivienda y del entorno de la víctima, en vez de una privación de la libertad ambulatoria para ser puesto a disposición del juez competente.

⁷ Como destaca PERRON, las medidas civiles pueden ser poco útiles en la práctica para la víctima si tiene que esperar a que éste las tramite y las acuerde, más si tenemos en cuenta que en la mayoría de los supuestos las agresiones suceden de noche o en fines de semana, cuando los tribunales civiles están cerrados. Vid. “La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la República federal alemana”, en la obra colectiva *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. J.L. GÓMEZ COLOMER, Valencia, 2007, pp. 496 y ss.

Será la propia Policía quien, en aplicación de su normativa específica, concrete el ámbito espacial de protección, de tal manera que el agresor no podrá permanecer en la que era la vivienda común o en el espacio indicado.

Está previsto incluso que la Policía pueda mantener bajo su custodia al agresor para hacer efectiva la medida; en esos casos, le retirará las llaves de la vivienda que pudiera tener el agresor y le acompañará en la casa para que recoja lo más necesario antes de marchar. Naturalmente, si el agresor no procede de forma voluntaria, la Policía le sacará y le alejará de la vivienda por la fuerza.

La mayoría de los *Bundesländer* autorizan expresamente a la Policía a realizar tales expulsiones de la vivienda incluso por unos cuantos días, con el fin de que, durante ese periodo la víctima pueda recibir asesoramiento e iniciar las acciones civiles con solicitud de las órdenes de protección jurisdiccional que resultaren pertinentes al caso⁸.

Pondremos algunos ejemplos de la regulación de esta medida en dos concretas Leyes de Policía vigentes⁹:

Así, la *Polizeigesetz* de Baden-Württemberg, concretamente en el párrafo 27a, apartado 3º, establece que la Policía puede expulsar a una persona de su vivienda y de su entorno más próximo (*Wohnungsverweis*) cuando esta medida fuere necesaria para proteger a aquella que convive con él –ya sea hombre o mujer–, y que ha sido agredida o amenazada por aquél a quien se le va a imponer el abandono de la vivienda, siempre que la concreta situación de riesgo inminente así lo recomendara.

Estas medidas ordenadas por la Policía *motu proprio* podrán tener una duración máxima de hasta dos semanas, dispone el apartado 4º. Si antes de que concluya ese plazo la víctima solicita una orden de protección civil, la Policía puede alargar el plazo de la medida de protección inicial hasta otras dos semanas, siempre que persistan los presupuestos y sea necesario su mantenimiento.

Por su parte, la Ley de Policía de la Baja Sajonia –*Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*– regula igualmente la salida del

⁸ En ese mismo acto de expulsión de la vivienda se le indicará al agresor que debe designar una dirección o persona que recibirá las notificaciones, pues la eficacia de la ulterior orden de protección jurisdiccional que se pudiera acordar dependerá de la efectividad de tal notificación.

⁹ Una versión actualizada de todas ellas puede encontrarse en http://www.saarheim.de/Gesetze%20Laender/polg_laender.htm, con remisión a las respectivas páginas de legislación oficial de los diversos Länder.

domicilio y la prohibición de permanecer en un determinado ámbito territorial (*Platzverweisung, Aufenthaltsverbot*) en supuestos en que es preciso proteger a los que viven en ella de un peligro actual y cierto de agresión o amenazas por parte de quien convive con los agredidos, con una duración máxima de catorce días. En caso de que la víctima solicite entre tanto una orden de protección jurisdiccional civil, las medidas policiales decaerán cuando se dicte la correspondiente resolución judicial.

Al igual que sucede en el sistema cautelar alemán, también en el modelo austriaco de protección de víctimas de la violencia doméstica y/o de género puede la Policía, como medida independiente, aunque generalmente previa a la orden cautelar jurisdiccional, decidir y ejecutar por la fuerza si fuera preciso una expulsión del agresor de la vivienda que compartía con la víctima, a la vez que se le impone una prohibición de regresar a la misma; esta medida policial “autónoma” se conoce como “*Wegweisung und Betretungsverbot durch die Polizei*”.

Dicha actuación policial se regula en el párrafo 38 a) de la Ley de Policía Austriaca (*Sicherheitspolizeigesetz*) que autoriza a ésta a adoptar tal medida de expulsión de la que hasta entonces era la vivienda común siempre que, con fundamento en hechos concretos, se pueda presumir racionalmente que existe una amenaza real de que se repitan las agresiones contra una persona que vive en ese domicilio, una amenaza para la vida, la salud o la libertad.

Estas medidas de protección policial alcanzan a todas las personas que habitan en la vivienda, independientemente de la relación que tengan con el agresor –de parentesco, afectiva, o como simples compañeros que comparten vivienda– y abarca como ámbito de protección, la vivienda en sentido estricto y su entorno inmediato –garaje, jardín, salidas y entradas del edificio...–.

Como ya expusimos al describir el sistema alemán, también en el ordenamiento austriaco está previsto que en estos supuestos la Policía retire inmediatamente al agresor las llaves de la vivienda que pudiera tener y le ordenará que no regrese a la misma durante un determinado periodo de tiempo a la vez que le solicitará que indique una dirección donde pudieran realizarse válidamente ulteriores notificaciones en relación con la causa abierta.

Esta medida cautelar policial así configurada puede tener una duración máxima de catorce días, y está previsto que la Policía vigile su cumplimiento dentro de los tres días siguientes a su adopción.

Si dentro de ese plazo de dos semanas se solicitara una orden cautelar jurisdiccional de protección –también ante tribunales del orden civil, como en el sistema alemán–, la prohibición policial de regresar al domicilio podrá extender su duración hasta cuatro semanas, que se estima es tiempo suficiente para que el tribunal analice la solicitud de la víctima y acuerde las medidas de protección oportunas –que puede ser igualmente una orden de no regresar al domicilio común y de no aproximación a la víctima–, pero menos interinas que las de naturaleza policial.

A la vista de lo expuesto, debemos formularnos y tratar de responder a varias preguntas, al menos a las siguientes: ¿es posible a la luz del ordenamiento vigente en España que los integrantes de nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad adopten medidas de protección de la víctima de la violencia de género/doméstica consistentes en ordenar *motu proprio* la expulsión del agresor de la vivienda común, con prohibición de regreso durante un determinado tiempo?

Si la respuesta anterior fuere negativa, ¿sería pertinente introducir una norma o normas con tal contenido protector/cautelar provisionalísimo y que pudieran operar de forma previa al conocimiento jurisdiccional del asunto? Y en caso afirmativo, ¿con qué garantías mínimas para el presunto agresor, sujeto pasivo de la orden de alejamiento temporal de la vivienda, al que se le atribuye por parte de la Policía la comisión de uno o varios hechos delictivos de violencia doméstica y/o de género?

Las diferencias entre el sistema de protección de víctimas de agresiones o acosos sobre mujeres vigente en España, por un lado, y en Alemania o Austria por otro, son evidentes a estas alturas, y no parece oportuno reiterarlas aquí de nuevo o entrar en más detalles¹⁰ –destacadamente, protección por los tribunales desde órdenes jurisdiccionales distintos–, pero sí llamar la atención sobre el hecho de que en nuestro país disponemos de la “orden de protección” regulada en el art. 544 *ter* LECrim, que supone un compendio de medidas protectoras de las víctimas que vienen siendo dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, órganos mixtos como es sabido, con competencias penales y civiles derivadas de los actos de violencia sobre las mujeres, o incluso por los Juzgados de Guardia fuera de las horas de despacho o audiencia de los primeros¹¹; debemos llamar la atención sobre

¹⁰ Una versión actualizada de todas ellas puede encontrarse en http://www.saarheim.de/Gesetze%20Laender/polg_laender.htm, con remisión a las respectivas páginas de legislación oficial de los diversos Länder.

¹¹ Una versión actualizada de todas ellas puede encontrarse en http://www.saarheim.de/Gesetze%20Laender/polg_laender.htm, con remisión a las respectivas páginas de legislación oficial de los diversos Länder.

este elemento de constante disponibilidad del órgano jurisdiccional para el dictado de la orden de protección en nuestro país, ya que tiene también una importancia práctica trascendente.

Entre los posibles contenidos de la “orden de protección *jurisdiccional*” en los supuestos de violencia de género se cuentan, aparte de otras medidas protectoras de la víctima, la prisión o la libertad provisional, la detención del presunto agresor, y desde luego la orden de abandonar el domicilio común con prohibición de regreso, así como la orden de alejamiento y no comunicación con la víctima, además de otras medidas civiles como, por ejemplo, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar o la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

Para que se pueda dictar la resolución jurisdiccional en que la “orden de protección consiste” –auto– debe concurrir la fundada apariencia de la comisión de un hecho delictivo de violencia de género –*fumus commisi delicti*–, así como un riesgo o peligro objetivo para la víctima en caso de que no se adoptasen medidas de protección a su favor –*periculum in mora* o *periculum libertatis*–. Además, la propia Ley Integral en su art. 68 destaca la exigencia de proporcionalidad de la orden de protección y de su contenido específico en el caso concreto: “Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este Capítulo deberán adoptarse mediante Auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad ()”.

Una vez solicitada la orden de protección, la norma establece la obligatoriedad de una comparecencia urgente para que pueda ser acordada, ante el Juez de Violencia sobre la Mujer si es en horario de audiencia y en otro caso ante el Juez de Guardia; a la misma asistirán la víctima o su representante legal, el solicitante de la medida y el agresor asistido de abogado.

Como regla general, y partiendo de la hipótesis de que el agresor ha acudido a la celebración de la comparecencia –suponemos que fue detenido por la Policía–, las víctimas podrán obtener una orden de protección jurisdiccional dentro del plazo máximo de 72 horas legalmente previsto. Si el denunciado–agresor se encontrara en paradero desconocido y no se pudiera celebrar la comparecencia preceptiva para acordar la orden de protección del art. 544 *ter* LECrim, podrían adoptarse las cautelas del art. 544 *bis* LECrim, que también incluyen una orden de alejamiento del agresor para garantizar la seguridad de la víctima.

En todo caso, los autos que acuerdan –o deniegan– las órdenes de protección son resoluciones judiciales recurribles, tanto en los aspectos pe-

nales como civiles de las mismas, lo que desde luego supone una garantía de primer orden, tanto para el presunto agresor como para la propia víctima.

Pues bien, retomando las preguntas anteriormente formuladas, hemos de responder que a la luz del ordenamiento actualmente vigente en nuestro país no es posible que los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad impongan *motu proprio* una medida de alejamiento del domicilio común con prohibición de regreso durante un determinado tiempo –unos cuantos días, o hasta dos semanas, como sucede en Alemania o en Austria–, ni siquiera como alternativa menos gravosa a la práctica de la detención.

Cierto es que aunque el principio de proporcionalidad podría justificar la incorporación de una medida de este tipo, destacadamente con el fin de evitar detenciones de hasta 72 horas de duración en aquellos supuestos en que la seguridad de la víctima se podría ver suficientemente garantizada con la orden de salida del domicilio común con prohibición de regreso –y retirada de todas las llaves de que dispusiera el agresor–, no es menos cierto que en nuestro ordenamiento jurídico –y en cualquiera que se pretenda “de Derecho”– una medida de tal tipo, que supone una injerencia en el derecho a la libre circulación del sujeto pasivo de la misma, de notable importancia, pues se le prohíbe permanecer en *su* domicilio, debe tener una previsión legal clara, con una regulación expresa de sus presupuestos, requisitos, condiciones, duración, formas de ejecución, consecuencias del incumplimiento –principio de legalidad– y, muy importante, debe contener también una referencia nítida al ulterior control jurisdiccional de la medida policial que implica una limitación de un derecho fundamental en un momento en el que, no lo perdamos tampoco de vista, rige la presunción de no culpabilidad del agresor –principio de jurisdiccionalidad en relación con la presunción de inocencia y la limitación o restricción de derechos fundamentales–.

Por lo demás, si se regulase esta modalidad de actuación policial –estimamos que el actual art. 13 LECrim¹² es demasiado genérico para considerarse “previsión legal expresa” y suficiente, y el art. 493 LECrim tampoco contempla como actuación policial la prohibición de regresar al domicilio–, consideramos que debería ser en efecto una alternativa a la detención policial para supuestos en los que no concurre riesgo de fuga o de ocultamiento de pruebas y en los que el riesgo de reiteración delictiva es muy bajo;

¹² “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 artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter de esa Ley”.

además, su duración como medida policial autónoma no debería superar lo estrictamente necesario para elaborar el atestado e informar al Juez de Violencia sobre la Mujer o al Juez de Guardia, quien dentro del plazo máximo de 72 horas¹³ revisaría y controlaría la medida acordada y procedería a resolver sobre la misma de un modo menos interino: mantenimiento o alzamiento de la orden de salida del domicilio y alejamiento de la víctima en el marco de la “orden de protección” que pudiera dictar en aplicación del art. 544 *ter* LECrim—. Finalmente, como hemos expuesto, esta medida ya jurisdiccional sería recurrible –por agresor y víctima– y por tanto respetaría el derecho a recurrir las resoluciones jurisdiccionales limitativas de derechos.

Por lo demás, debemos llamar también la atención sobre otro extremo importante en relación con los supuestos que analizamos, un elemento de primerísimo orden en un Estado de Derecho: la preceptiva asistencia letrada en las declaraciones de cualquier sospechoso de la comisión de un hecho delictivo.

En el ejemplo que venimos analizando –la Policía se persona en la vivienda de la víctima alertada por ésta o por un tercero de la actual o reciente comisión de un acto de violencia de género– rigen naturalmente las garantías o derechos que tiene cualquier sospechoso de la comisión de un hecho delictivo: se le identificará y se le interrogará sobre los hechos acontecidos y sobre su posible participación en los mismos, previa información de sus derechos¹⁴ y en todo caso asistido de letrado.

Pues bien, para realizar estas actuaciones es imprescindible que la Policía detenga al sospechoso, que le prive de su libertad ambulatoria aunque sea poco tiempo, el necesario para identificarle, comprobar si tiene antecedentes o está en “busca y captura”, interrogar a la víctima y a los testigos sobre los hechos acontecidos y, destacadamente, para tomar declaración al sospechoso, lo que no podrá tener lugar sin la asistencia de su letrado –de libre designación o de oficio–, el cual deberá ser llamado a prestar tales servicios y tendrá que acudir a la mayor brevedad, hasta dentro de un plazo de

¹³ Extrapolando lo dispuesto en el art. 520 LECrim en relación con los plazos.

¹⁴ El art. 520 apartado 2º LECrim, contiene el “Bill of Rights” o “Carta de Derechos” de todo detenido o preso: derecho a guardar silencio, a no contestar todas las preguntas, a manifestar que solo declarará ante el Juez, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar Abogado y a solicitar su presencia para que le asista en las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto –de libre designación o de oficio–, derecho a que se comunique a un familiar o a otra persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, o a la Oficina Consular si es extranjero, derecho a ser asistido gratuitamente por intérprete si lo necesita y derecho a ser reconocido por un médico forense.

8 horas, “al centro de detención” para desempeñar sus funciones¹⁵, dice la Ley en el art. 520.4 LECrim.

Las preguntas ahora son las siguientes: ¿dónde se espera hasta que se pueda practicar el interrogatorio del sospechoso asistido de letrado?, ¿en el rellano de la vivienda de la víctima? Y una vez que estuviera presente su letrado ¿se le interroga en el salón de su casa, donde otros coimputados pueden estar oyendo lo que manifiesta, o incluso los testigos de las amenazas que ha proferido anteriormente?, ¿dónde y cómo se redacta y se firma la declaración del presunto agresor?, ¿y si ésta se prolongara durante horas?, ¿y si necesitara intérprete por no conocer suficientemente nuestra lengua?, ¿y si solicitara ser reconocido por el médico forense para que consten las lesiones que ha sufrido?

A todas luces no parece de recibo la solución de interrogar al sospechoso en su propio domicilio, donde permanece la víctima y tal vez los hijos u otros testigos. Incluso el abogado designado puede negarse a acudir a la vivienda –la ley dice que deberá trasladarse hasta “el centro de detención”, art. 520.4 LECrim–.

Por consiguiente, en la hipótesis fáctica que nos ha servido como hilo conductor de esta argumentación, lo más razonable y conforme con los derechos fundamentales del sospechoso y con la necesidad de proteger a las víctimas será detenerle en virtud de lo dispuesto en el art. 492 LECrim, informarle de sus derechos, trasladarle a la comisaría detenido –recordemos que no existen situaciones intermedias entre la libertad y la detención, ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones¹⁶– para una vez allí proceder a identificarle, consultar sus posibles antecedentes u órdenes de busca y captura vigentes, en su caso dotarle de intérprete si no conoce bien nuestro idioma, ser revisado por el médico forense si fuere preciso y, acto seguido, personado ya el Letrado en las dependencias policiales y sabedor de sus derechos como detenido, proceder a su interrogatorio y a la firma

¹⁵ Recordemos también lo dispuesto en el art. 118 LECrim: “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. (...)”.

¹⁶ Vid. ya tempranamente la conocida STC 98/1986, de 10 de junio, concretamente el Fundamento de Derecho 4º, en el que puede leerse lo siguiente: “debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad, y que, siendo admisible teóricamente la detención, pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”.

del documento que contiene sus manifestaciones y declaraciones sobre los hechos que se le imputan.

A partir de ese momento la Policía podría ordenar que fuera puesto en libertad si en efecto está identificado, no concurre riesgo de fuga, ni de ocultamiento de pruebas, ni desde luego de reiteración delictiva, a la espera de ser llamado a declarar por el órgano jurisdiccional competente para instruir la causa –Juzgado de Violencia sobre la Mujer–, siempre y cuando, claro está, estuviera en condiciones de indicar en ese momento un domicilio donde se le pudiera notificar la citación del Juez para acudir a declarar ante él. Sería una interpretación analógica del contenido del art. 493 LECrim, una aplicación a un supuesto similar en el fondo –libertad provisional a disposición judicial–, pero en todo caso, como venimos reiterando, no le puede imponer la Policía coactivamente la prohibición de regresar a su domicilio, pues es una limitación de derechos para la que no existe previsión legal expresa en este momento.

Por otro lado, e insistimos para concluir así la argumentación, en nuestro ordenamiento ya disponemos de una “orden de protección” o de alejamiento –arts. 544 *bis* y *ter* LECrim– de carácter jurisdiccional, que puede adoptarse en un plazo muy breve de tiempo –durante el que el sujeto estaría efectivamente detenido y con plena vigencia de todos sus derechos como tal– y que en España puede acordar también el Juez de Guardia.

Antes de finalizar este apartado de “Propuestas de actuación policial” es obligada una referencia, siquiera sucinta a dos textos normativos recientemente presentados por el Ministerio de Justicia¹⁷, de notable trascendencia en la materia que nos ocupa: El Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, en el artículo 2º del Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal, bajo el epígrafe general de “Medidas limitativas de la libertad”, puede leerse lo siguiente, concretamente en el apartado 5º: “La prohibición de salida del territorio español, *de residir o aproximarse a determinado lugar, de comunicarse o acercarse a concretas personas*, así como la obligación de estar localizado, sea mediante medios electrónicos o a través de comparecencias periódicas

¹⁷ Se dieron a conocer en la propia página web del Ministerio de Justicia en el mes de julio de 2011. En el momento en que se revisan estas líneas pueden consultarse en www.mjusticia.gob.es: Anteproyectos de Ley para un nuevo Proceso Penal. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775266264/MuestralInformacion.html>

ante la autoridad, solo podrán ser acordadas por el juez en los casos y en la forma establecidos en la ley” –la cursiva es añadido nuestro–.

Por consiguiente, es claro también en el diseño de enjuiciamiento penal recientemente presentado por el Ministerio de Justicia, el elemento o requisito de jurisdiccionalidad de cualquier medida que implique un límite o restricción al derecho de residir en un determinado lugar o, como venimos analizando, de cualquier medida que imponga la salida del presunto agresor del que hasta ese momento ha sido su domicilio.

Por su parte, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Sección 3ª, relativa a las “Medidas restrictivas de la libertad”, y de forma coherente con el texto normativo anteriormente mencionado, el Ministerio de Justicia dispone en los artículos 187 y concordantes lo siguiente:

Art. 187: “Prohibición de aproximación o comunicación”:

“Cuando de la investigación resulten indicios racionales de que el investigado pueda atentar contra la vida o integridad de las víctimas u otras personas con las que esté íntimamente vinculada, o causar daño en su patrimonio, el juez podrá, en cualquier estado del procedimiento, adoptar una o varias de las siguientes medidas:

- a) La prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas determinadas en la resolución judicial, a su domicilio, lugar de trabajo u otros lugares que frecuenten. En estos supuestos, en la misma resolución fijará el juez la distancia de la prohibición.
- b) La prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima o con otras personas determinadas”.

El art. 188, bajo el título “Resolución judicial y medidas de control”, puede leerse:

1. “En la *resolución judicial* que acuerde alguna o algunas de las medidas previstas en los dos artículos anteriores se determinarán las medidas de control que sean necesarias, las cuales serán *ejecutadas por la policía*, pudiendo ser obligado el investigado a comunicar los lugares y horarios donde de ordinario podrá ser hallado.
2. Para la adopción de las medidas citadas en el apartado anterior, junto a la protección a la víctima, *el juez* tomará en consideración la continuidad de la actividad laboral del investigado, sus requerimientos de

salud y familiares, incluyendo entre estos últimos la relación con los hijos”. –la cursiva es añadido nuestro–.

Nuevamente, el elemento de la jurisdiccionalidad en la limitación de derechos del imputado o sospechoso está claramente establecido en el texto normativo propuesto, como garantía de primer orden que es en un Estado de Derecho.

Finalmente, en la Sección 5ª, también del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativa a la “orden de protección”, se dispone el preceptivo mandamiento judicial previo para poder acordar la medida, formulado en los siguientes términos:

“El juez dictará orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica y de género en los casos en que, existiendo 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 artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en esta sección”.

2

EL DERECHO A NO DENUNCIAR Y A NO DECLARAR POR RAZÓN DE PARENTESCO. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Rafael Cabrera Mercado. *Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Jaén*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim, en adelante) recoge en los artículos 261 y 416 dos situaciones en las que se introducen excepciones a las reglas generales contenidas en ese mismo texto legal respecto a la genérica obligación que tienen todos los ciudadanos de, por un lado, denunciar el conocimiento que tengan de la perpetración de un delito y, por otro, la de declarar ante el juez o tribunal ante el que sea citado para testificar sobre lo que conozca en relación con el hecho que es objeto de enjuiciamiento. A esos dos preceptos citados hay que añadir el artículo 707 del citado cuerpo legal, referido a la declaración del testigo ya en el juicio oral o plenario y en donde se establece también esa posible abstención de declarar a los parientes relacionados en el art. 416.

Por su parte la Constitución Española, aunque muy posterior en el tiempo a estas normas que datan del año 1882, establece en su artículo 24.2, párrafo segundo, que *“la Ley regulará los casos en que por razones de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar, sobre hechos presuntamente delictivos”*.

Es más que evidente que, aunque no se ha desarrollado este precepto constitucional de manera expresa, los artículos mencionados de la Ley procesal penal son absolutamente constitucionales, no constándonos que haya existido un debate serio sobre el particular¹.

¹ No obstante, podría argumentarse que dichas normas, que adoptan la forma de ley ordinaria, al desarrollar un derecho fundamental recogido en el art. 24.2, in fine, CE, debería llevarse a cabo su regulación concreta a través de una ley orgánica. Como vemos, la Constitución hace una remisión a la ley que será la que fije los distintos supuestos de limitación o restricción en el ejercicio de este derecho,

En el primero de los casos nos encontramos en una fase prejudicial o preprocesal, y en el segundo de ellos nos hallamos ya dentro de la fase judicial de instrucción: bien sea dentro de unas diligencias urgentes (Juicios “rápidos”), que debe ser lo habitual, según se establece en el artículo 795. 2ª a) de la LECrim, o bien –dependiendo de la gravedad o del tipo del delito cometido en el ámbito de la violencia de género, que es de lo que vamos a tratar fundamentalmente en este trabajo– en el curso de unas diligencias previas (Procedimiento abreviado), o ante un sumario (Procedimiento ordinario por delitos graves), o ante unas diligencias instructoras preparatorias (Procedimiento ante el Tribunal del Jurado)².

Pero no podemos olvidar, como veremos posteriormente, que en la fase prejudicial los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando en la confección de un atestado, habiendo mediado denuncia o no, tomen declaración a alguna de las personas relacionadas en el artículo 261 o en el 416.1, éstas deberán ser informadas por aquellos del derecho que tienen a no denunciar y a no declarar contra el denunciado si les une alguna de las relaciones de parentesco que a continuación veremos, con la peculiaridad de que no están incluidos los mismos parientes en uno u otro precepto.

Esta circunstancia entiendo que tiene su importancia, ya que la información que corresponde hacer a las personas que están exentas de denunciar o de declarar, debe hacerse en el caso de las denuncias –salvo que las mismas se realicen en el Juzgado, ya sea el de Guardia, el de Violencia contra la mujer o en la Fiscalía –algo esto último que no es nada habitual en los delitos de violencia de género, pero sí en algunos casos de violencia doméstica– por los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que reciban la denuncia. Y en el segundo de los casos, ha de hacerse ya en el Juzgado competente, con las consecuencias que pueden dimanarse de su no realización.

pero necesariamente no tendrá que hacerse a través de Ley Orgánica: mientras que en la legislación ordinaria se mantenga el núcleo esencial del derecho fundamental –que lo hace–, el resto de la regulación del mismo puede hacerse, por tener naturaleza procesal, por la vía de la ley ordinaria. De hecho, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal, presentado por el Ministerio de Justicia y aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 22 de julio de 2011, no contiene ninguna referencia al derecho a no declarar por razón de parentesco.

² De manera acertada, en contra de las opiniones de algunos sectores, el legislador optó por no crear un proceso especial para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, aunque introdujo algunas especialidades procesales que afectan fundamentalmente a la notificación de sentencias y a los procesos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas. Cfr. Pérez Cebadera, M^a.A., *Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género*, en “Tutela procesal frente a hechos de violencia de género” (Coord. J.L. Gómez Colomer). Castellón de la Plana, 2007, págs. 383–405; Montón Redondo, A., *Entendimiento procesal de la Ley de protección contra la violencia de género*, Revista Derecho y Proceso, núm. II (2005–2006), www.ucm.es/info/procesal/revista.htm.

Sobre las razones de la existencia de este derecho ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia, hasta hace pocos años, al señalar que el fundamento de la dispensa del deber de declarar que establece el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –aplicable también al art. 261³ respecto de la denuncia– cuando el testigo se halle relacionado con el agresor por alguno de los vínculos que en el mismo se establecen, no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar⁴, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesitura de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio.

Añade el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia nº 134 de fecha 22 de Febrero de 2007 (Sala 2ª), que la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el artículo 416 LECrim “tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado”⁵. Los vínculos familiares, por tanto, pueden desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos. El parentesco adquiere en el proceso penal una dimensión singular que hace de él algo más que una fría categoría jurídica. Lo que establecen los artículos 261 y 416 de nuestra Ley procesal penal son fórmulas de escape que liberan al testigo–pariente

³ Precisa la STS 160/2010, de 5 de marzo: “Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 LECrim. ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente policial contra parientes del art. 261, ha de hacerse la advertencia referida”.

⁴ Esta exención, dice la STS nº 292/2009, de 26 de marzo, “suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio. Tal fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad criminal a título de encubrimiento. Así resulta del artículo 454 del Código Penal”.

⁵ En esta misma línea se encuentran, p.ej., las SsTS de 23 de marzo de 2009 (nº 319), de 8 de abril de 2008 (nº 134) y la citada en la nota inmediatamente anterior. En contra de esta interpretación, por ejemplo, Pelayo Lavín, M., *¿Es necesaria una reforma del artículo 416 LECrim para luchar contra la violencia de género?*, en “Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales” (dir. M. de Hoyos Sancho). Valladolid, 2007, págs. 505 y ss., que señala que con la dispensa del art. 416 se puede estar protegiendo al agresor: “en este tipo de supuestos en los que la misma persona reúne la cualidad de testigo y de víctima no debiera verse amparada por la dispensa (...) porque al fin y al cabo le está perjudicando, dándole la posibilidad de no testificar y, por tanto, que los presuntos delitos de su agresor queden impunes”

de la obligación genérica de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible⁶. Evidentemente si los familiares renuncian voluntaria y expresamente a esa exención –no ejercitan ese derecho– su declaración en el juicio oral de proceso penal que se siga puede ser valorada como material probatorio que es.

Estas reflexiones en el ámbito de la violencia de género propiamente dicho de nuestro más Alto Tribunal son relativamente recientes obviamente, pero ya entonces se estaba hablando, reflexionando y especulando de si no sería el momento de pensar en la necesidad de una reforma de los artículos 261 y 416 de la LECrim, entre otros preceptos, sobre todo en los supuestos de violencia de género y violencia doméstica, donde testigo y víctima suelen coincidir. Se entiende que la filosofía perseguida por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y los recursos de todo tipo que se están empleando en la lucha contra este tipo concreto de violencia en España desde hace años⁷, debería llevar al legislador a una urgente reforma de los preceptos citados, suprimiendo en los casos mencionados ese derecho a no denunciar y la dispensa a no declarar como testigo contra un pariente, tanto para el testigo víctima como, incluso, para el que no lo es. Si el Estado de Derecho, se dice, está luchando con todos los medios a su alcance para erradicar esa lacra social que es la violencia

⁶ Sobre el fundamento de la dispensa del deber de denunciar y declarar por razón del parentesco, invocado por el Supremo en tantas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha manifestado que supone –como veremos más despacio después– una “reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada” (Cfr. STC 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 6º)

⁷ Hasta la promulgación de la referida LO 1/2004, se habían dado una serie de pasos que muestran la evolución de la regulación legal contra la violencia doméstica y de género en nuestro País. De forma resumida, los principales hitos de esa tutela penal y procesal penal serían: LO 3/1989, de 21 de junio, que introdujo por vez primera en el art. 425 del Código Penal entonces vigente un tipo penal específico para incriminar la violencia intrafamiliar; el Código Penal de 1995, estableció el delito de malos tratos habituales en el art. 153 y la falta en el art. 617; LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP en materia de protección de las víctimas de malos tratos y de la LECrim.; L 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim sobre el Procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento abreviado; L 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que aprovechó para una reforma del CP en lo relativo a hechos punibles de violencia de género; LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP en materia de delitos de violencia de género; RD 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica (Cfr. Gómez Colomer, J.L.: “Violencia de Género y Proceso”. Valencia, 2007. págs. 29–31; de forma más amplia, Fuentes Soriano, O., *Violencia de género, la respuesta de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral*, Revista General de Derecho Procesal, nº 5, octubre, 2004, disponible *on line* en www.iustel.com). Además, las Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial, fueron aprobando antes y después del año 2004, diferentes leyes para luchar contra la violencia sobre la mujer. En este sentido, puede verse, Cabrera Mercado, R. y Carazo Liébana, Mª.J.: “Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género”. Madrid, 2010.

de género, no puede haber puertas abiertas o rendijas por donde se escape todo ese arduo y complicado trabajo⁸.

Por ello desde hace algún tiempo se están debatiendo las modificaciones que se deberían hacer al respecto y con qué alcance, pues la práctica diaria de los órganos jurisdiccionales penales permite afirmar que en los últimos años y tras las últimas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es muy frecuente que las mujeres víctimas–testigos por propia iniciativa⁹ o, lo que parece más común, “bien asesoradas” –da igual a iniciativa de quien sea–, o intimidadas o coaccionadas, antes incluso de que el Tribunal les informe del contenido del tan mencionado art. 416, sean ellas las que se adelanten manifestando que se acogen a su derecho a no declarar, lo que hace que en un buen número de supuestos el Ministerio Fiscal se quede huérfano de pruebas en las que sustentar su acusación y que la libre absolución sea el resultado final del procedimiento.

En efecto, incluso en supuestos en los que es palmaria la existencia de malos tratos y violencia de género, sin embargo, con las normas procesales relativas fundamentalmente a la prueba que tenemos en vigor¹⁰, se hace

⁸ En declaraciones a los medios de comunicación recogidas por www.europapress.es el día 24 de noviembre de 2010, la Presidenta del Observatorio de la Violencia Doméstica y de Género adscrito al Consejo General del Poder Judicial, indicó que “desde 2007 hasta el segundo semestre de 2010, los Juzgados especializados en Violencia sobre la Mujer han recogido 470.706 denuncias, de las que 52.118 (el 12,4%) acabaron en renuncia”. Y precisaba que si en el primer trimestre de 2007 hubo 2.735 renunciaciones tras la oportuna denuncia, entre abril y junio de 2010, fueron 4.004 las mujeres que renunciaron, un 46,4% más. El citado Observatorio ha hecho públicos, con fecha 6 de julio de 2011, los datos estadísticos judiciales del primer trimestre de ese año, disponibles en la página www.observatorio-contralaviolenciadomesticaydegenero.es Del informe se desprende que las renunciaciones de las víctimas al procedimiento judicial cayeron un 3,6% respecto al anterior trimestre y llegaron a la cifra de 3.577 mujeres del total de denuncias presentadas por violencia de género entre enero y marzo de 2011. Las mujeres que renuncian en fase de instrucción suponen el 11 por ciento de los casos.

⁹ Esta forma de actuar se debe a múltiples factores, entre los que se encontrarían, por ejemplo: dependencia económica de la víctima respecto del agresor, existencia de hijos comunes, factor cultural, vergüenza, dependencia emocional, temor a la reacción del agresor, la mujer agredida suele dar otra oportunidad al agresor porque éste va a cambiar, la falta de apoyo familiar y social, el propio desarrollo del proceso penal donde parece que se juzga a la que es en definitiva víctima, provocando en ellas un sentimiento de culpabilidad produciéndose lo que se ha denominado “segunda victimización”, por el calvario procesal al que muchas veces se le somete. Vid., al respecto, Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.A., “Agresión a la mujer. Maltrato, Violación y Acoso”. Granada, 1999; Lorente Acosta, M., “Mi marido me pega lo normal”. Barcelona, 2001; Cobo Plana, J.A., *El Juez y la prueba forense en la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 4, 2006, págs. 185–251; López Zafra, E. (coord.), “Violencia contra las mujeres: descripción e intervención biopsicosocial”. Jaén, 2010.

¹⁰ Vid., sobre el particular, los interesantes trabajos de Montserrat de Hoyos Sancho, *La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género*, de Manuel Miranda Estrampes, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, y de Carmen Navarro Villanueva, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, todos ellos en “Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...”, cit. También, entre otros, Nieva Fenoll, J., *La instrucción y el enjuiciamiento de delitos causados por violencia de género*, Revista Justicia 2006, núms., 1–2, págs. 133 y ss.

poco menos que imposible dictar una sentencia condenatoria¹¹. Además, se evitaría crear la duda sobre la veracidad de muchas denuncias de mujeres que, en realidad sí que son víctimas de malos tratos, y que más tarde acaban en absoluciones por la posición de la víctima de negarse a declarar bajo el amparo del art. 416 LECrim, actitud que el día de mañana, cuando se reiteren los malos tratos, será utilizado por el acusado presunto maltratador para poner en tela de juicio la veracidad de estas denuncias cuando más tarde la mujer se niega a sostenerla en el juicio oral.

Al final de este trabajo daremos cuenta de esas propuestas de modificación y reforma de los artículos a los que estamos haciendo referencia.

2. LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR Y SU DISPENSA POR RAZÓN DE PARENTESCO

Se suele definir la denuncia como aquel acto mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito¹². Es una declaración de conocimiento o ciencia, por tanto, que no constituye en parte procesal al que denuncia porque aquí –a diferencia de lo que ocurre con la querrela– no se ejercita la acción penal. El denunciante, una vez admitida la denuncia, no queda obligado a probar los hechos ni a formalizar querrela, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a los delitos que hubiere cometido a través de la propia denuncia o con su ocasión¹³, y sin perjuicio también de que posteriormente entienda que como ofendido por el delito debe entrar en el proceso penal que se inicie para ser parte activa del mismo como acusación particular¹⁴.

¹¹ Al respecto, del estudio del Informe de los Datos estadísticos judiciales del primer trimestre de 2011, anteriormente citado (pág. 30), se colige, considerando el conjunto de sentencias dictadas en primera instancia –tanto de los juicios de faltas y por delitos en los juzgados de violencia contra la mujer, como los procesos abreviados en los juzgados de lo penal y los procedimientos abreviados, sumarios y de jurado en las audiencias provinciales– que el porcentaje de sentencias condenatorias tiene un leve crecimiento interanual, aunque sigue siendo alto el número de sentencias absolutorias. Así, en el 4º trimestre del 2010, el 58,6% de las sentencias que se dictaron fueron condenatorias, mientras que el 41,4% fueron absolutorias. En el primer trimestre de 2011 se dictaron 14.047 sentencias penales en el ámbito de la violencia de género, de las cuales un 58,9% condenaron al agresor y en el 41,1% hubo sentencia absolutoria. Cfr. Cruz Moratones, C., *Perspectiva judicial de la violencia de pareja y doméstica en España*, Revista Española de Medicina Legal, 2010, 36, nº 03, págs. 93-97.

¹² Sobre la denuncia puede verse, por todos, la excelente monografía de Torres Rosell, N., “La denuncia penal”, Madrid, 1991.

¹³ Cfr. artículo 264 LECrim y artículos 456 y 457 del Código Penal (CP), que regulan los delitos de acusación y denuncia falsa y la simulación de delitos.

¹⁴ Como señala Muerza Esparza, J.: “Derecho Procesal Penal” (con De la Oliva Santos, A. y otros), Madrid, 2007 (8ª ed.), pág. 157, “para el acusador particular (ofendido por el delito), el ejercicio de la acción penal no constituye un deber, sino un derecho al que incluso puede renunciar, tal y como establece

Esta forma de iniciación del proceso penal se regula en los artículos 259 a 269 de la LECrim. En el primero de los artículos citados se establece una fórmula obligacional general que implica que toda persona que tenga conocimiento directo de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, tiene la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, policial o del Ministerio Fiscal: *“El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas.”*

Sin entrar a fondo en el análisis del contenido de esta norma, pienso que todos coincidimos en que, a la vista de la redacción de este precepto, ya es hora de que el legislador lo modifique, haciendo desaparecer términos que ya no existen, suprimiendo o actualizando la multa irrisoria que se impone a euros y estableciendo, en su caso, una cantidad que sea proporcional a la infracción que se comete por no denunciar y al nivel de vida actual.

Hemos de señalar también, que esta obligación general tiene a su vez una norma especial en el artículo 262 para los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieron conocimiento de la perpetración de un ilícito penal, estableciendo un verdadero plus obligacional a dichas personas¹⁵. Por otra parte, el artículo 264 señala que si el denunciante no es testigo directo, no tiene obligación de denunciar, instituyendo por tanto un simple deber –más que legal– moral o cívico.

A esa norma general de la obligación de denunciar se le establecen dos clases de excepciones: una que es también de carácter general o absoluto, que propicia que esa dispensa de denunciar abarque a cualquier infracción penal, donde se incluyen *“a los impúberes y a los que no gozaren del pleno uso de su razón”*, como se desprende del artículo 260; y otras que sólo son aplicables en determinados casos, atendiendo principalmente a razones de parentesco, cuestión que es la que debatimos en este trabajo (art. 261), pero en la que también se incluyen –por otras razones– a Abogados, Procuradores y a Sacerdotes y Ministros de Culto (art. 263).

el art. 274, II LECrim. Su constitución en parte, puede llevarse a cabo, bien con la interposición de la querrela (art. 270, I), bien en un proceso ya iniciado a través del denominado ‘ofrecimiento de acciones’ previsto en el artículo 109 LECrim.”

¹⁵ Con redacción también anticuada y desfasada, esta omisión del deber de denunciar está castigada con multas y con otras consecuencias descritas en el párrafo 4º. Por otra parte, se podría incurrir –las autoridades y funcionarios– en un delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos, previsto y penado en el art. 408 CP.

Recordemos que en el artículo 261 de la Ley procesal penal se dice literalmente:

“Tampoco estarán obligados a denunciar:

1º) El cónyuge del delincuente.

2º) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.

3º) Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos¹⁶.”

Si resumimos este precepto, diríamos que están exentos de denunciar: el cónyuge o persona que esté unida por análoga relación de afectividad al presunto delincuente¹⁷, sus ascendientes y descendientes por consanguinidad y afinidad y los hermanos y cuñados.

Una primera llamada de atención, desde el punto de vista comparativo, es que en el art. 261 se incluyen como personas no obligadas a denunciar los parientes por afinidad, es decir suegros, yernos y nueras, circunstancia que no se encuentra en el art. 416, ni por tanto en el art. 707 a efectos de la declaración testifical en el Plenario, donde se hace remisión a lo previsto en el artículo 416, entre otros preceptos. En consecuencia, podríamos decir que el ámbito parental exento de denunciar es más amplio que el que se puede acoger a ese derecho a la hora de declarar en sede judicial, ya sea en la fase de instrucción o en la fase de juicio oral.

Por otra parte, sabemos que desde el punto de vista formal, el artículo 265 LECrim señala que *“las denuncias podrán hacerse por escrito o de pa-*

¹⁶ Hay que tener en cuenta que en la actualidad el artículo 108 del Código Civil prescribe que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

¹⁷ La doctrina, de manera casi unánime, al igual que la Jurisprudencia extiende tal dispensa a las parejas de hecho o personas unidas al acusado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge (vid. por ejemplo, SsTs de 22 de julio de 2007, 20 de febrero de 2008, 26 de marzo de 2009 y 5 de marzo de 2010). De hecho, inexplicablemente, como veremos después, aunque el artículo 416.1 LECrim fue modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, incluyendo esta referencia a la “persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”, no corrió la misma suerte el número 1º del art. 261 que estamos analizando.

labra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial.” En todo caso, al denunciante habrá que exigirle que se identifique tanto si la denuncia es por escrito como si es verbal (cfr. art. 268 LECrim).

Al hilo de estas primeras y someras consideraciones y después de analizar la realidad con que se encuentran cada día los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, del Ministerio Fiscal y de la Judicatura, quisiéramos plantear una serie de cuestiones que nos hagan reflexionar y pensar sobre el particular:

- a) ¿Hemos de entender que una llamada telefónica a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sea de quién sea, es ya una denuncia y hay que actuar, porque en el tema de malos tratos en el ámbito familiar o en caso de violencia de género nos encontramos siempre ante delitos perseguibles de oficio?
- b) ¿En los protocolos que hay firmados en el ámbito de los juicios rápidos, se debe establecer cuál debe ser la actuación concreta de las Fuerzas de Seguridad para estos casos?¹⁸
- c) ¿El Agente que tiene conocimiento de un delito de violencia de género, a pesar de que la víctima le informe de que no quiere denunciar, debe en todo caso confeccionar un atestado?
- d) ¿Están exentos de ese deber de denunciar en los casos de análoga relación de afectividad los parientes por afinidad y consanguinidad de estos?
- e) ¿Qué efectos tendría la omisión de esta información por quién recibe la denuncia?
- f) ¿Es subsanable esta omisión en la posterior fase judicial?
- g) ¿La renuncia de ese derecho a no denunciar tiene carácter definitivo y, por tanto, en la fase de instrucción y en la de juicio oral no podrá acogerse a la dispensa a no declarar contra el acusado?

¹⁸ Hay que recordar que en el año 2005 fue aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, un “Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género”, adaptando el que existía anteriormente a la Ley O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Este Protocolo fue avalado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía del Estado, los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores, diversos Ministerios y Gobiernos de diferentes Comunidades Autónomas. Vid., para una completa referencia de este y otros Protocolos existentes, De Hoyos Sancho, M., *La trascendencia de una exhaustiva investigación...*, cit., págs. 418-425.

- h) ¿Debe desaparecer esta exención o dispensa –privilegio, le llaman algunos– en los delitos de malos tratos familiares y de violencia de género?
- i) ¿Se puede entender que es necesaria una reforma del artículo 261 LECrim, no sólo en la terminología que utiliza, sino incorporando un apartado del tenor de que en los delitos de malos tratos familiares y de violencia de género se mantenga la obligación de denunciar con independencia del parentesco entre víctima y agresor?
- j) ¿Puede considerarse que debería incluirse un párrafo nuevo en el art. 261 en el que se establecieran responsabilidades penales a las personas que no denunciaron hechos de esta naturaleza, por un delito contra la Administración de Justicia, por ejemplo, con la correspondiente modificación del Código Penal, siempre que tuvieran conocimiento directo de la comisión de ese tipo de violencia contra la mujer?
- k) ¿Se cumple por las Fuerzas de Seguridad ese deber de informar, en esos supuestos delictivos, de que no hay obligación de denunciar por razón de parentesco?

Estas son algunas de las cuestiones, sin ánimo exhaustivo, que querríamos plantear porque tienen trascendencia real y, sin duda, deben recibir respuesta adecuada por el legislador después de un debate reflexivo y sereno por parte de todos los que están inmersos en la lucha contra la violencia de género.

Con relación a la última de las preguntas planteadas, es decir a la falta de advertencia en sede policial del derecho a no denunciar a los parientes incluidos en el art. 261 LECrim, debemos hacer con base en la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo una distinción importante según nos encontremos con un/una denunciante pariente pero no víctima del delito cometido y un/una denunciante testigo y víctima a la vez. De momento, anticipamos que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha sido titubeante, contradictoria y, por ende, no pacífica a la hora de fijar los criterios interpretativos de las normas legales a aplicar sobre la cuestión debatida, aunque en las últimas resoluciones dictadas parece decantarse por la generalización, en todos los supuestos, de la obligación de advertencia¹⁹.

¹⁹ Y es que, más que nos pese, ninguno de esos preceptos (261, 416 y 707 LECrim) distingue entre pariente testigo no víctima y pariente testigo víctima, lo que conlleva una falta de seguridad jurídica importante y explica esas resoluciones judiciales contradictorias que se están dictando en los Juzgados y Tribunales españoles.

2.1. Obligación de advertir, en la fase prejudicial, del derecho a no denunciar al pariente denunciante y testigo pero no víctima.

En el primer supuesto, la cuestión planteada se puede contestar perfectamente siguiendo el hilo argumental establecido en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, nº 385, de 10 de Mayo de 2007, donde se lleva a cabo un completo estudio del tema, aunque el asunto dictaminado no sea propiamente de violencia de género²⁰.

En sus Fundamentos de Derecho, la citada sentencia del TS, dice que la Audiencia Provincial de Madrid, Sección quinta, condenó a Rubén como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, frente a cuya resolución judicial formalizó “este recurso de casación, que pasamos seguidamente a analizar y resolver”.

En un único motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia, como vulneración constitucional, la infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a que se refiere el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, todo ello en relación con la vulneración de los arts. 416 y 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en función de la denuncia que había llevado a cabo su propia hermana, Carolina, que se condujo ante dependencias policiales a entregar una bolsa que contenía determinada cantidad de cocaína, sin que se haya constatado la advertencia de que no estaba obligada a denunciar a su hermano, lo que tampoco se produce en vía judicial, al prestar declaración sobre estos hechos. En fase de plenario, ya advertida, dijo que su intención no era denunciar a su hermano, sino entregar la droga ante la policía para solventar el problema.

El artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determina que no están obligados a denunciar, entre otros, “2º) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive”; y el art. 416 de la propia Ley, dice que están dispensados de la obligación de declarar: “1º) Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil...”, y que el Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las

²⁰ Antes de esa sentencia pueden verse en el mismo sentido las SsTS 662/2001, de 6 de abril y 1128/2004, de 2 de noviembre. Posteriormente, por ejemplo, la STS 319/2009, de 23 de marzo.

manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.

El caso planteado ya había sido resuelto por la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, en Sentencia 662/2001, de 6 de abril. En esta resolución judicial, se mantiene que “ni la autoridad policial, que intervino en las actuaciones documentadas por el atestado, ni el Juez de Instrucción, que autorizó las diligencias que permitieron obtener la prueba decisiva para fundamentar la condena, han dado cumplimiento al art. 416.1, 2º párrafo, LECrim.”, y “lo cierto es que la información de derechos al testigo no era superflua, pues en el juicio oral el testigo podría haber ejercitado el derecho que le confiere la ley de no declarar contra su hermano y, en ese caso, su primera declaración hubiera carecido de todo efecto, toda vez que había sido prestada sin la debida advertencia”.

En este sentido, se afirma por nuestra jurisprudencia (Sentencia citada), que “el incumplimiento del deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1 LECrim no sólo alcanza al Juez. La finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. Tal procedimiento dejaría prácticamente hueca la advertencia del 2º párrafo del art. 416.1, pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Es evidente, por lo tanto, que la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez”, y “consecuentemente, en tanto el testigo del cual proviene la información, que permitió la obtención de la prueba (...), la policía debió formularle la advertencia establecida en el art. 416.1, 2º párrafo, LECrim. Al no haberlo hecho se ha infringido la ley con la consecuencia de la prohibición de valoración de la prueba obtenida, es decir, con los alcances establecidos en el art. 11.1 LOPJ”.

En consecuencia, “para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo. Nadie puede renunciar a algo que desconozca. De este modo, aunque la presencia espontánea pudiera entrañar una renuncia al mismo, e incluso la Sentencia citada tiene un discurso al efecto, es lo cierto que requiere que tal renuncia resulte concluyentemente expresada”, y que “la expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima, lo que no es el caso evidentemente”.

Consta en la sentencia examinada que el Ministerio Fiscal apoyó parcialmente el motivo al considerar que la prueba es nula por falta de advertencia, si bien argumenta que existieron otras pruebas a través de las cuales valorar la comisión delictiva. En línea con lo primero, incluso, el Ministerio Público sostiene la nulidad de la declaración prestada tanto “en sede policial como judicial”.

Así las cosas, “no existió denuncia propiamente dicha, por ser radicalmente nula, al contrariar el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y determinar los efectos reflejos del art. 11.1 de la misma, pues afectaba al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo lo instruido carecía de la base de una denuncia en forma legal, con todas sus consecuencias. De modo que la nulidad de la denuncia irradia sus efectos sobre el resto del material practicado en diligencias sumariales, pues no debió abrirse el juicio oral, de lo que se colige la estimación del motivo, y la absolución del recurrente, con el dictado de una segunda sentencia, que debemos dictar a continuación de ésta”²¹.

2.2. Obligación de advertir del derecho a no denunciar, en la fase prejudicial, a la víctima que a su vez es pariente y testigo.

Examinado lo anterior, vamos ahora a ocuparnos de la otra cuestión que nos planteábamos: la falta de advertencia en sede policial del derecho a no denunciar a los parientes incluidos en el art. 261 LECrim a la persona que acude a la correspondiente Comisaría de Policía o Puesto de la Guardia Civil siendo a la vez testigo y víctima.

Este supuesto es el que se da en la mayoría de las ocasiones en los asuntos de violencia de género y es lo que se ha venido a denominar propiamente como “denuncia espontánea” de la testigo-víctima, en la que como ya

²¹ Sobre la prueba ilícitamente obtenida y sus efectos, la jurisprudencia es abundantísima, tanto del Tribunal Constitucional –desde la trascendental sentencia nº 114/1984– como del Tribunal Supremo. Pueden verse, por todas, las SsTS 1279/2009, de 10 de diciembre y 1328/2009, de 30 de diciembre. Los trabajos de la doctrina científica también son muy numerosos al respecto. Destacaremos, entre todos, por pioneros, Gonzalez Montes, J.L., *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional y sus límites)*, Revista de Derecho Procesal, 1990, nº 1, págs. 29-44; id., *Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita*, en “Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal”, Granada, 1994, págs. 95–106; De la Oliva Santos, A., *Cuatro sentencias del TC: Juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo, secreto de sumario*, Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid, 1985, nº 2; Asencio Mellado, J.M^a., “Prueba prohibida y prueba preconstituida”, Madrid, 1989.

hemos visto hay dudas en la doctrina y en la jurisprudencia de si es necesaria dar esa información²².

A modo de resumen, habría que decir con la sentencia del TS nº 160/2010, de 5 de marzo, auténtico compendio jurisprudencial de esta problemática, que “la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 LECrim, salvo en algunos casos de ‘denuncia espontánea’. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim; y una tercera en el Plenario, en el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá hacerse la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho de que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase”. Y ello porque el pariente del denunciado, imputado o acusado que esté incluido en alguno de esos artículos tan mencionados de la Ley procesal penal, “no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse de que dispone del mismo ya que nadie puede renunciar a algo que desconozca”.

Este es el criterio jurisprudencial que actualmente parece asentarse en nuestro Alto Tribunal, tal y como destaca la meritada sentencia en su Fundamento de Derecho segundo. Por su interés, entendemos que debemos dar cuenta de manera resumida de los argumentos en los que se apoya esta doctrina²³.

²² Muy crítica se muestra con esta interpretación recogida en numerosas sentencias del TS, Castillejo Manzanares, R., *La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la mujer que sufre violencia de género*, Revista de Derecho Penal, nº 26, 2009, págs. 121–140. Dice que “mientras no se produzca la modificación anunciada por el legislador, de *lege data*, la facultad de abstenerse de declarar que ostenta, entre otros, el cónyuge del imputado se extiende de modo irrestricto a los supuestos de violencia de género, y con ella el deber de órganos de instrucción y de enjuiciamiento de advertir al testigo en quien concurra tal condición de la posibilidad de hacer uso de la excusa legal y la consiguiente inhabilidad probatoria del testimonio inculpatario obtenido sin dicha advertencia previa, siendo procedente”. Por el contrario, por ejemplo, Pelayo Lavín, M., *¿Es necesaria una reforma del artículo 416...*, cit., pág. 510, advierte que “una mujer maltratada tarda una media de ocho años en denunciar a su pareja, y una vez que ha reunido las fuerzas suficientes para hacerlo, lo primero que oye por parte de la policía y del juez es que tiene derecho a no declarar contra su cónyuge, lo que produce una sensación de desconcierto, planteándose si está bien lo que ha hecho. Y resulta evidente que no podemos permitir que el sistema judicial haga dudar a las víctimas que denuncian de si han tomado o no la decisión acertada”.

²³ El Ponente de la sentencia 160/2010, de 5 de marzo, de la Sala II del Tribunal Supremo, fue el Magistrado J.R. Berdugo Gómez de la Torre y la pronunciaron y firmaron también los Magistrados Giménez García, Sánchez Melgar, Varela Castro y Martín Pallín. No obstante, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 94/2010, de 15 de noviembre, se aparta de esta doctrina y vuelve a darle carta de naturaleza a los efectos de la denuncia y declaración espontánea, aunque con importantes matices. Más adelante analizaremos con cierta profundidad la argumentación del TC.

En efecto, como señala dicha sentencia, la cuestión no ha resultado del todo pacífica en la jurisprudencia por cuanto el criterio “aislado” (*sic*) mantenido por la STS 18 de diciembre de 1991, que señalaba que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, encontró cierto seguimiento en la STS de 6 de abril de 2.001, que afirma que “cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”.

Por su parte, la conocida STS de 27 octubre de 2004 viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la obligación de declarar. Y razona que “en el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente.

Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió declaración en sede judicial en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el detenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.”

En sentido coincidente con las resoluciones anteriores, encontramos el Auto del TS de 29 de marzo de 2006, que reitera la doctrina expuesta en la Sentencia citada en último lugar de que “en una situación como la que se contempla, en la que la víctima, hija menor afín del acusado, es la que espontáneamente denuncia los hechos poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del art. 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia”.

En este sentido, la STS de 12 de julio de 2007, avanza un paso más, al señalar que el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un “derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los de-

nunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección”.

Abundando en este criterio, la STS de 20 febrero de 2.008, que estimó la nulidad de las declaraciones efectuadas por mujer testigo incluida en el ámbito del 416.1, sin que fuera advertida de su derecho, también viene a precisar que “esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la *notitia criminis*, se indaga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga”.

No obstante este criterio jurisprudencial²⁴ –“aislado”, según la sentencia que estamos comentando– “predomina en la actualidad el establecer la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial y dentro de ésta en cada una de las dos fases del proceso –instrucción y plenario–, así como que los efectos de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador”²⁵.

²⁴ En desacuerdo con este criterio jurisprudencial se muestran, entre otros, Montero Aroca, J. y Martínez García, E., *Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género*, en “Tutela procesal frente a hechos de violencia de género” (coord. Gómez Colomer, J.L.), Universitat Jaume I, Colección Estudios Jurídicos, nº 13. Castellón de la Plana, 2007, págs. 146–149, especialmente. Dicen los citados autores que con ello “se está desconociendo que: 1) Las normas procesales dichas están formalmente dispensando de un deber y materialmente otorgando un derecho, el cual se ejercerá o no por el titular del mismo conforme lo considere oportuno, y 2) El no ejercicio del derecho en una ocasión concreta, por ejemplo en el sumario o en las diligencias previas, no guarda relación alguna con la verdadera renuncia –que es algo que puede hacerse solo respecto de derechos disponibles y para el futuro–, de modo que puede declararse en las diligencias sumariales y no en el juicio oral. Los derechos procesales no se renuncian; se ejercitan o no se ejercitan en los momentos concretos.”

²⁵ Es cierto que la línea interpretativa a la que se alude es la que han seguido mayoritariamente las Audiencias Provinciales. En efecto, la “jurisprudencia menor” ha venido declarando, con algunas excepciones, la nulidad de lo actuado al no haberse informado a la víctima-testigo de su derecho a no declarar y a no denunciar. Cfr., Castillejo Manzanares, R., La dispensa del deber de declarar..., cit., págs. 132–134.

Planteamiento que se expresa, entre otras, en las SsTS de fechas 28.11.96, 18.4.97, 17.12.97 y 26.5.99, que entendieron que “es obligación del Juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentren dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado, con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula”.

Criterio que se ha mantenido en sentencias como la de 10 de mayo de 2007, en la que se señalaba –como ya hemos visto– que “el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1º LECrim alcanza no sólo al Juez, sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrearba la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado”.

La STS de 20 de febrero de 2008, por su parte, declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, “respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio”.

Igualmente la STS 13/2009, de 20 de enero, expone que “cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 LECrim, una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aún no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley, que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa”.

Está claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, “las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 LECrim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado”.

En este sentido la STS 129/2009, de 10 de diciembre, en un supuesto de una testigo, hija del acusado, en el acto del juicio oral y aún cuando ya había prestado declaración durante la instrucción, optó por abstenerse de declarar, de acuerdo con los arts. 707 y 461.1 de la LECrim, vino a sostener que la “libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado de acuerdo con el art. 707 LECrim, en relación con el art. 416 LECrim, en el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, es incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial”; e insistió en que “tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral, ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”²⁶.

No obstante esta doctrina jurisprudencial, en la que se opta por entender que la dispensa es para todos los testigos parientes –víctimas del delito o no– sin que exista exclusión alguna ni diferenciación en cuanto a la advertencia de la existencia legal de tal exención, el debate sigue muy vivo. Como hemos visto, diversas resoluciones de nuestro Alto Tribunal consideran, no obstante, que la dispensa es un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no para denunciante respecto de hechos que les han perju-

²⁶ Cfr. González Montes, F., *La ratificación del denunciante en la vista oral del Proceso penal. Su posible anticipación a dicho momento procesal*, en “Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra”, T. II, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, págs. 1567-1564.

dicado y acuden a la policía o al Juez en busca de protección presentando la oportuna denuncia.

3. LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL Y SU DISPENSA POR RAZÓN DE PARENTESCO

Como manifestación del deber constitucional de prestar auxilio a la Administración de Justicia (artículo 118 CE), en nuestro ordenamiento jurídico existe la obligación genérica de acudir al llamamiento judicial para prestar declaración acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia²⁷. La regla general obligacional al respecto –dentro del proceso penal– viene establecida en el artículo 410 LECrim: *“Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la ley.”*²⁸

Dentro de las excepciones que hay a la regla general²⁹, a nosotros nos interesa la prevista en el artículo 416 que señala –conforme a la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial–³⁰, lo siguiente:

²⁷ Vid., Chozas Alonso, J.M.: “El interrogatorio de testigos en los Procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales”. Madrid, 2010. págs. 301 y ss. Sobre los testigos de referencia, puede verse también, Piñeiro Zabala, I., *Los denominados “testigos de referencia” en los delitos de violencia de género*, Diario La Ley, nº 7581, Sección Tribuna, 3 de marzo de 2011; y, por todas, la STS 383/2010, de 5 de mayo.

²⁸ Las consecuencias de no cumplir con esta obligación se establecen, como en cascada, en el artículo 420 LECrim: multa de 200 a 5.000 euros y, en su caso, se le podrían imputar los delitos de obstrucción a la justicia (art. 463.1 CP) y desobediencia grave a la autoridad (art. 556 CP).

²⁹ Con carácter excepcional, la propia Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen exenciones y distinciones en atención a la persona del declarante, aunque en ocasiones la especial condición del testigo también puede provocar modificaciones en cuanto al lugar y a la forma de emitir la declaración, que en ocasiones se compadecen mal con el principio de igualdad y con el deber de colaborar con la Justicia. Vid. artículos 411 y siguientes LECrim.

³⁰ La modificación del artículo 416 ha sido mínima como podemos observar, a pesar de las peticiones expresas de reforma más profunda que se habían solicitado. Aparte de la referencia a la actuación del Secretario Judicial –que no es baladí ni intrascendente, como veremos inmediatamente–, sólo se ha incluido como cuestión novedosa la mención a la “persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”, cuestión esta que estaba más que aceptada y resuelta por la doctrina y la jurisprudencia. Sobre la extensión de la dispensa a las parejas de hecho, vid., entre otras muchas, STS 164/2008, de 8 de abril; 13/2009, de 20 de enero; 292/2009, de 26 de marzo, y 17/2010, de 26 de enero.

“Están dispensados de la obligación de declarar:

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

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

2º) El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

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

Una primera puntualización debemos hacer: nos encontramos ante los mismos parientes a los que se hacía referencia en el artículo 216 respecto de la no obligación de denunciar, con equiparación de las relaciones de análoga afectividad al matrimonio a este, salvo lo referente a la afinidad. Es decir, la madre o el padre de la mujer maltratada no gozan de esta dispensa, así como el resto de la llamada familia política, y a lo mejor por aquí se podrían encontrar soluciones a corto plazo a la orfandad de prueba que en la actualidad nos encontramos en muchos casos.

En segundo término, queda claro que es una advertencia previa que ha de hacer obligatoriamente el Juez instructor a la persona que ha sido llamada a declarar y, además, debe hacerse constar expresamente por el Secretario Judicial lo que conteste el testigo cuando se le haga esta advertencia de la existencia de esa dispensa legal y constitucional del deber de declarar por razón de parentesco³¹. De manera correlativa, obviamente, se le informará también de que puede renunciar al ejercicio de ese derecho.

En este sentido, abundando en el contenido de la reforma, entendemos que el legislador, no sabemos si consciente o inconscientemente, al incluir

³¹ La literalidad del párrafo segundo del artículo 416.1 parece que no ofrece dudas interpretativas,

novedosamente la obligatoriedad de la actuación del Secretario Judicial consignado y dando fe –como fedatario público que es– de la respuesta del testigo advertido, ha querido reforzar legalmente la obligatoriedad de esa advertencia. En efecto, el contenido del art. 416.1, segundo párrafo, antes de su modificación y reforma, aunque recogía también que “el Juez instructor advertirá...”, no concretaba quién debiera consignar la respuesta a tal información y advertencia. Ahora, de manera fehaciente, quedará plasmado que se lleva a cabo la advertencia y la respuesta del testigo.

Nos encontramos, por tanto, en un segundo momento en el que necesariamente hay que hacer la mencionada advertencia; el primero fue el de la denuncia –fase prejudicial o preprocesal– normalmente llevada a cabo ante los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o ante algún representante del Ministerio Fiscal. Ahora, como decimos, nos encontramos en fase judicial, en la fase de instrucción; ya se ha iniciado el proceso penal y en ese momento, advertido por el Juez de ese derecho a no declarar y acogiendo-se a él, lo que ocurre en la mayoría de los casos es que se dicta por parte del titular del órgano jurisdiccional un auto de sobreseimiento, ante la imposibilidad del Fiscal de fundamentar su acusación³². Y todo ello, podría llevar a pensar que en estos supuestos la víctima único testigo y denunciante tiene “el dominio del procedimiento”. Con otras palabras, el proceso iniciado parece que queda en manos del testigo víctima, por muy delito público que se esté persiguiendo. En efecto, si la persona en cuestión, que será en la mayoría de las ocasiones –como decimos– la víctima y además único testigo, decide acogerse al derecho que le otorga el artículo 416.1 de no declarar contra su familiar en la fase de instrucción, la conclusión es evidente en un buen número de casos: el Ministerio Fiscal no va a acusar porque va a carecer de materiales de prueba incriminatorios para el futuro juicio oral, y de acuerdo con los artículos 637 y 641 LECrim el procedimiento se va a sobreseer libre o provisionalmente³³.

en principio, al usar el futuro simple con valor imperativo que implica un deber o exigencia inexcusable: “El Juez instructor advertirá al testigo...”. Y lo mismo ocurre con el actuar del Secretario Judicial: se le exige ahora por la Ley que consigne la contestación que diera el testigo a esa advertencia. Por esto, si nadie entendiera que el Secretario Judicial no cumpliera con su obligación legal, tampoco se debería ser permisivo con que el Juez instructor –y después el Juez o Tribunal decisor– no cumpliera con la suya, máxime cuando el precepto no contiene excepción alguna.

³² Para evitarlo, como señala De Hoyos Sancho, M., *La trascendencia de una exhaustiva investigación...*, cit., págs. 443–448, aunque sea muy dificultoso, ya que este tipo de delitos se cometen en el ámbito de la intimidad de la pareja o de la familia, el atestado policial debe ser lo más exhaustivo y completo posible incluyendo “todo tipo de informes, dictámenes y declaraciones de las víctimas y potenciales testigos (...), con una correcta y actualizada valoración del riesgo (...), con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (...) y de los análisis periciales de muestras o vestigios que contengan ADN y que permiten identificar a una determinada persona.” En este sentido, somos conscientes de las instrucciones que tienen los fiscales de mantener la acusación y solicitar la apertura del juicio oral y que debe ser muy excepcional solicitar el sobreseimiento de la causa.

³³ Todo ello a sabiendas de que el artículo 416 no introduce formalmente a favor de este tipo de

Al hilo de estas consideraciones, quisiéramos plantear unas cuantas cuestiones:

- a) ¿Se podría y debería acusar basándose el Ministerio Fiscal sólo en la denuncia por si el día del juicio la víctima cambia de opinión?³⁴
- b) ¿Quien fue informado de su derecho a no denunciar y no lo utilizó, tiene ahora derecho a no declarar?
- c) ¿Se debe informar por tanto en cualquier fase del procedimiento, aunque ya se haya hecho una renuncia en una fase anterior?
- d) ¿Tienen el mismo tratamiento los testigos sin ser víctimas que las víctimas-testigos?
- e) ¿Qué ocurre con las parejas de hecho que ya no lo son? ¿Entendemos que sigue existiendo o no el derecho a no declarar? ¿Debemos tener en cuenta si el cese de la relación es temporal o definitivo? ¿Debemos tener en cuenta el tiempo que la relación lleva acabada?

Aunque a algunas de las preguntas intentaremos dar respuesta más adelante, nos interesa abundar en las cuestiones referidas a la obligación que tiene el Juez de instrucción y el Juez o Tribunal enjuiciador de hacer la oportuna advertencia del derecho contenido en los artículos 416 y 707 de la Ley Procesal Penal, cuando se dan los presupuestos para ello.

En este sentido es muy interesante lo que ha manifestado la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, nº 94/2010, de 15 de noviembre³⁵, pronunciada para resolver el recurso de amparo nº 171/2007

testigo ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso ni una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso (Cfr. STS de 23 de marzo de 2009, FJ Segundo), ni que sea admisible relacionar esa actitud con un pretendido perdón del ofendido con consecuencias procesales y penales que favorecen al imputado o acusado: los delitos y faltas relacionados con la violencia de género no son de aquellos sobre los que se admita el perdón del ofendido (Cfr. Montero Aroca, J. y Martínez García, E., *Perspectivas inmediatas...*, cit., pág. 149). Pero, qué duda cabe, que ante la ausencia de otros datos indiciarios al menos que pudieran incriminar al imputado, el proceso penal va a concluir, bien definitivamente o bien provisionalmente, sin que se celebre el juicio oral. Vid., sobre el particular, Sigüenza López, J., "El Sobreseimiento libre", Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 45-156, especialmente.

³⁴ Sobre el particular, son muy interesantes los artículos doctrinales de Larrauri Pijoan, E., *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 12, 2003, págs. 271 y ss.; y, *¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?*, en "La Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género", Cuadernos Penales José María Lidón, nº 2, Bilbao, 2005, págs. 157 y ss.

³⁵ Dicha Sala Segunda estaba compuesta por los Magistrados Jiménez Sánchez, Conde Martín de

que se interpuso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª) de 30 de octubre de 2006, nº 884, en la que se anula prácticamente la totalidad de la prueba practicada en la sesión del juicio oral ante el Juez de lo Penal³⁶, por una vulneración del art. 416 LECrim, al entender que no se había advertido a la esposa y a la hija del acusado de la posibilidad y del derecho a no declarar contra él. La mencionada Sala de la Audiencia dictó sentencia con el siguiente fallo: “Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. J. P. V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal (...) revocamos íntegramente la resolución dictada, y debemos absolver y absolvemos a D. J. P. V., de todos los delitos por los que vino condenado con todos los pronunciamientos favorables”.

La recurrente en amparo, esposa en el momento del inicio del proceso de D. J. P. V., imputa a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), entre otras razones, “por tener por no realizada la Audiencia Provincial la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haberles informado el Juzgado de lo Penal de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, deja claro que su tarea con ocasión del recurso de amparo presentado en el ejercicio de su jurisdicción “no consiste, como es obvio, en interpretar o enjuiciar las interpretaciones efectuadas por los órganos judiciales de los preceptos legales que regulan la obligación de informar a determinados testigos de la dispensa de no estar obligados a declarar contra el denunciado (art. 261 LECrim), imputado o procesado (arts. 416 y 707 LECrim), al tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad que compete a aquéllos en el ejercicio de la función jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 CE, sino, más concretamente, en determinar si en el caso que nos ocupa la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de tener por no realizada la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haber sido advertidas por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

Hijas (Ponente), Pérez Vera, Gay Montalvo, Rodríguez Arribas y Sala Sánchez, que pronunciaron la sentencia por unanimidad.

³⁶ El Juzgado de lo Penal nº 5 de Barcelona (sentencia 129/2006) condenó al acusado como autor responsable de un delito de daños, de una falta de amenazas y de otra falta de lesiones, absolviéndole del delito de violencia doméstica habitual (art. 153.2 CP) y de una falta de lesiones de los que también había sido acusado. No obstante, hay que referir que los hechos denunciados en su día por la esposa acaecieron en el mes de junio de 2002 (Diligencias Previas 709/2002), otro ejemplo más de la lentitud exasperante de la administración de justicia.

En este sentido, recuerda lo que para este Órgano –máximo intérprete de la Carta Magna– es una “reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada” del Tribunal Supremo sobre el fundamento y razón de ser del contenido de los artículos 416 y 707 LECrim, de la obligatoriedad de la información y advertencia del mismo y de las consecuencias de su omisión (nulidad de las declaraciones testificales). En concreto señala que dicha doctrina, “en cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”.

Por eso el TC, en primer lugar, se muestra contundente y rotundo a la hora de dar respuesta a la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de tener por no realizada la prueba testifical de la hija de la demandante en amparo y del acusado, al no haber sido expresamente advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar.

En efecto, dice la sentencia (FJ 6ª), “en modo alguno cabe tildar de irrazonable, arbitraria o formalista la decisión del órgano judicial de apelación, pues ciertamente la hija de la recurrente en amparo, según resulta del acta del juicio y del visionado de la grabación del acto de la vista, no fue informada por el órgano judicial de dicha dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conocedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento fáctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1, en relación con el art. 707, ambos LECrim, y que renunciase a ella”.

Una vez declarado que la Audiencia Provincial actuó correctamente, desde el punto de vista constitucional, en cuanto a la decisión de no tener por realizada la declaración de la hija por las razones expuestas, pasa el TC a analizar lo resuelto por ése órgano jurisdiccional con respecto a la prueba testifical de la recurrente en amparo. Y la valoración en este punto va a ser

muy distinta, basándose en la espontaneidad a la hora de denunciar y en el actuar procesal de la mujer.

Efectivamente, argumenta el Tribunal Constitucional, que “aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim”.

Tras recordar que es deseable y exigible que los jueces y tribunales cumplan con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, “no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas”³⁷.

Para abundar en este argumento, que a la postre va a ser determinante para estimar parcialmente el amparo solicitado, recoge y asume en parte la fundamentación de las alegaciones presentadas por el Ministerio Fiscal en las actuaciones. Este afirma en su escrito que “difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim”.

³⁷ Además, aunque no lo consigne aquí la sentencia del TC, en el Antecedente 2 a) de la misma consta que el Juzgado de Instrucción nº 1 de Martorell –a instancia de la entonces esposa– dictó auto de alejamiento por el que se prohibía al acusado aproximarse a la recurrente en amparo y a su domicilio y comunicarse con ella.

Como corolario de todo ello y “a la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim, resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado (...) el *ius ut procedatur* del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad”.

En consecuencia –concluye el TC– “ha de estimarse que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), en la medida en que ha tenido por no realizada como prueba testifical su declaración en el acto del juicio.

El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho requiere que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia de apelación para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”.

Del contenido de esta sentencia de 15 de noviembre de 2010 dictada por el Tribunal Constitucional, podemos extraer entre otras las siguientes conclusiones básicas que deberán de tener en cuenta nuestros órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación de las normas que estamos analizando, así como también el Ministerio Fiscal y la Policía:

- 1º) Queda claro que el Tribunal Constitucional califica la información y advertencia sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones realizadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías, y todo ello desde la óptica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Así pues, tanto en la fase de instrucción como en la fase de juicio oral, el Juez o Tribunal tienen la obligación de informar del contenido de los artículos 416 y 707 LECrim, de hacerle la advertencia de la dispensa de la obligación de declarar, de cerciorarse de que el testigo-pariente pero no víctima conoce el derecho que le confiere la Ley. Lo contrario sería conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

2º) El Constitucional, no obstante, sigue incidiendo en la distinción de efectos al respecto cuando se trata de víctimas denunciantes espontáneas. Después de advertir –recordando alguna jurisprudencia del TS³⁸– que en cuanto a su práctica se requiere que se informe expresamente a los testigos de la dispensa, se podría admitir que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse solamente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima.

En nuestra opinión, que la renuncia resulte “concluyentemente expresada” elimina que tenga valor cualquier renuncia tácita, incluso cuando hay de por medio una denuncia. ¿Cómo puede acreditarse que renunció expresamente a su derecho si nadie –policía, fiscal, juez– le ilustró sucesivamente del contenido de los artículos 261, 416 y 707?³⁹

No obstante, parece que el TC da unas nuevas pautas de interpretación sobre la omisión por parte de los titulares de los órganos judiciales, en concreto, del deber de informar de lo previsto en los artículos 416 y 707 de la Ley procesal penal. Y lo hace teniendo en cuenta la actitud procesal de la víctima–testigo: si ésta se ha constituido en parte procesal como acusación particular y ha acusado y solicitado la condena de su cónyuge o pariente, se entiende –o mejor se sobreentiende, como veremos más abajo– que renuncia al derecho a no declarar contra su familiar, aún no constando que se le informó de esa facultad. Por tanto, el TC está exigiendo un *plus* en la actuación procesal ante los órganos judiciales de la denunciante que a su vez es víctima y testigo para que su declaración tenga valor probatorio, aún cuando no se le advirtió de su derecho.

En el caso concreto que analiza la sentencia de amparo, una persona que “denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violen-

³⁸ Cfr. SsTS, Sala de lo Penal, núms. 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo. Sin embargo, el TC no tiene en cuenta lo que señaló la STS 160/2010, de 5 de marzo, que hemos analizado anteriormente, que tildaba de “criterio aislado” la interpretación asentada en esas resoluciones.

³⁹ Quizá por ello, como resumen de su trabajo, Castillejo Manzanares, R., *La dispensa del deber de declarar...*, cit., pág. 121, diga que “la violencia de género recibe hoy (...) un tratamiento de reforzada tutela penal. No obstante, la mujer víctima de violencia no hace uso, siempre y en todo caso, de las medidas (...) que la ley le ofrece. Esto produce, en algunos casos, que no se inicie el proceso penal o iniciado, la víctima no desee declarar contra su pareja o expareja, lo que provoca un número importante de sentencias absolutorias. Frente a este hecho, los Tribunales actúan no siguiendo los dictados de la Ley procesal. Cabe preguntarse, ¿justifica el fin los medios utilizados?”.

cia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contras él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas”, revela claramente una intención y voluntad –¿expresa y concluyente?, nos preguntamos– de primar el deber de declarar al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece la dispensa y el derecho establecido en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ciertamente, el hecho de actuar como parte activa del proceso penal, como acusación particular, por ser directamente ofendido por la comisión de un hecho delictivo –ya sea por la interposición de la querrela o través del “ofrecimiento de acciones”⁴⁰–, conlleva expresamente el ejercicio de la acción penal. Y este ejercicio, en los denominados delitos públicos, obedece a un acto de disposición, no del objeto del proceso ni de éste mismo, sino del derecho subjetivo procesal de acusar y de convertirse en parte acusadora⁴¹: no sólo se da cuenta al órgano judicial de la presunta comisión de un ilícito penal contra su persona o bienes, sino que manifiesta su intención de ser parte activa y su voluntad de acusar a su familiar solicitando su condena⁴². En estos supuestos, se ha de sobreentender⁴³ que ser parte acusadora –acusación particular– lleva implícito que se renuncia al derecho a no declarar contra los familiares y parientes que se concretan en esos artículos tan mencionados. Entender lo contrario, también desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva –señala el TC–, sería tomar una decisión desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad.

⁴⁰ Recordamos, que conforme establecen los arts. 109 y 110, en general, y 761, 776 y 797 para el procedimiento abreviado y juicios rápidos, el Secretario Judicial, en el acto de toma de declaración a los ofendidos, les ofrecerá la posibilidad de mostrarse parte en el procedimiento, lo que podrán hacer sin necesidad de formular querrela y sólo manifestando su voluntad de hacerlo (cfr. Asencio Mellado, J.M^a., “Derecho Procesal Penal”, Valencia, 2010 (5ª edición), pág. 118.

⁴¹ Cfr. De la Oliva Santos, A., “Derecho Procesal Penal” (con otros), Madrid, 2007 (8ª edición), pág. 221. Por su interés, vid., González Montes, J.L., *Notas en torno a la acción penal y su ejercicio*, en “Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez–Alviz y Armario” (Coord. V. Moreno Catena). Valencia, 1988, págs. 737–746.

⁴² En el bien entendido de que el acusador particular tendrá *derecho* a acusar, si es la persona perjudicada u ofendida por el delito, y el Ministerio Fiscal tendrá el *deber* de acusar cuando se cometan este tipo de ilícitos penales, pero en ningún caso se les podrá atribuir el derecho a penar –a que se dicte un sentencia con una condena determinada–, porque nadie tiene un interés o derecho propio protegido por la ley a la imposición de una pena concreta. El titular del *ius puniendi* es el Estado que lo ejercita a través de los órganos jurisdiccionales penales y por medio de ese instrumento necesario que es el proceso penal.

⁴³ Según la Real Academia Española de la Lengua, este verbo significa: “entender algo que no está expreso, pero que no puede menos de suponerse según lo que antecede o la materia que se trata”.

Entonces, siguiendo la argumentación del Constitucional *a sensu contrario*, se podría inferir que si la víctima de violencia de género no ejercita la acción penal como acusación particular acusando en los momentos procesales oportunos previstos en la Ley procesal penal, sino que se limita –como ocurre en la mayoría de los casos⁴⁴– a denunciar unos presuntos hechos delictivos, dejando el peso de la acusación al Ministerio Fiscal, se debe sobreentender que en esos supuestos la información y la advertencia es totalmente imprescindible y el no ejercicio del derecho a no declarar contra su pariente denunciado debe constar fehacientemente. En caso contrario su declaración sería nula y no podría ser tenida en cuenta como prueba de cargo⁴⁵.

4. TRASCENDENCIA DEL TESTIMONIO DEL TESTIGO-VÍCTIMA EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Son muchos procedimientos en los que la prueba de que se dispone para valorar es prácticamente el testimonio de la víctima, en algunas ocasiones acompañada de un parte médico, si se trata de lesiones del artículo 153 del Código Penal; pero cuando la acusación es por unas amenazas o coacciones o un maltrato psíquico sí que, en un tanto por cierto muy elevado, sólo se tiene la declaración de la víctima, ya bajo juramento o promesa de decir la verdad⁴⁶, y en su caso la del acusado, aunque no siempre, por los derechos que le asisten⁴⁷: puede no declarar, puede contestar a las preguntas que le formulen y que considere oportunas y a otras no, puede no decir la verdad e incluso mentir.

En estos supuestos, y así se ha creído históricamente, al ser la víctima un testigo que ha recibido una agresión o un perjuicio causado directamente por

⁴⁴ Para algunos, es importante promover que la víctima se implique más en el proceso penal: “sacarla de su papel débil de testigo y darle las posibilidades de influenciar activamente en el desarrollo del proceso”. Vid., Navarro Villanueva, C., *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, en “Tutela Jurisdiccional frente...”, cit., pág. 477.

⁴⁵ Se pone en evidencia, por tanto, la interpretación jurisprudencial y doctrinal según la cual es muy discutible que el testigo contemplado en el art. 416 de la LECrim sea la víctima de la violencia de género, quien, una vez que ha formulado una denuncia ante una comisaría o un juzgado contra una persona que guarda con ella una relación de parentesco incluida en dicho precepto, con su acción muestra de forma inequívoca y concluyente la renuncia a la facultad que le confiere aquél precepto.

⁴⁶ En consecuencia, si faltare a la verdad en su testimonio, como ocurre con cualquier otro tipo de testigo, podría incurrir en delito de falso testimonio previsto y penado en los artículos 458–462 del Código Penal.

⁴⁷ Cfr. artículo 24.2 de la Constitución Española. También, artículos 387, 520.2 a) y b) y 775, entre otros, de la LECrim.

la persona contra la que tiene que declarar, muy difícilmente su testimonio va a resultar –en principio– lo objetivo que fuera de desear y por esta razón siempre se ha tenido cierta prevención acerca de su admisibilidad como prueba de cargo, así como acerca de su valoración por parte del tribunal sentenciador. Se trata de un testigo y de un testimonio especial, sin duda, porque su declaración hace quebrar el principio *in causa propria quis testis esse non potest*⁴⁸. No obstante esto, tanto la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional –como vamos a comprobar– han aceptado la validez de la declaración de la víctima como prueba hábil y cualificada para enervar la presunción de inocencia⁴⁹, aunque no esté regulada específicamente la misma en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto a la racionalidad de la valoración, las características de la declaración de la víctima han aconsejado que se valore con prudencia y cautela cuando se trata de la única prueba de cargo. Como refiere la STS de fecha 22 de septiembre de 2005, las situaciones de “máxima tensión se producen en los supuestos en los que la víctima se constituye en denunciante y aporta la noticia del delito, ocupando incluso en ocasiones la posición procesal de acusación, con lo cual vienen a sostener efectivamente una pretensión de condena en el marco del proceso, actuando entonces no solo como testigo, sino también como parte”. Es por ello que sin desconocer las dificultades de la persecución de delitos que, como los relativos a agresiones y abusos sexuales o de violencia de género y doméstica, suelen producirse en situaciones de clandestinidad, “la declaración inculpatoria de la víctima no puede producir como efecto el constituir al acusado en la necesidad de demostrar su inocencia, pues aunque las conductas, tal como se denuncian, merezcan el máximo reproche, su acreditación en el proceso penal no se produce válidamente hasta que a través de las pruebas de cargo se desvirtúa la presunción de inocencia que constitucionalmente protege, inicialmente y de forma interina, al acusado”⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Navarro Villanueva, C., *La protección de la víctima...*, cit., pág. 480. También Chozas Alonso, J.M., “El interrogatorio de testigos...”, cit., pág. 305, señala la “peculiar naturaleza jurídica de la declaración de la víctima testigo (...) que hace quebrar en buena medida la exigencia de que el testigo sea un tercero (*nullus testis in re sua*).”

⁴⁹ En este sentido la doctrina jurisprudencial es pacífica: el testimonio único constituye un medio probatorio válido aunque proceda de la propia víctima del delito y siempre que el órgano *a quo* pondere y valore con toda medida, prudencia y discreción las concurrentes circunstancias del caso, con base en el artículo 741 LECrim, eliminando la posible fabulación y los puros móviles de ánimo de venganza, resentimiento y otros similares. Vid., por ejemplo, SsTs de 13 de diciembre de 1993, 18 de septiembre de 1995, 7 de noviembre de 1997, 26 de abril de 2000, 12 de diciembre de 2007, entre otras muchas. Por tanto, en nuestro proceso penal no está vigente el vetusto y trasnochado aforismo romano *testes unus, testes nullus*, aunque en algunos momentos históricos sólo se admitiera la prueba de testigos cuando fueran más de uno y sin tacha legal (Ley XII, Tít. XIV de la Partida Tercera), tal y como recuerda la STS de 13 de diciembre de 1993, en su FJ 5º.

⁵⁰ Sobre el particular, por todos, vid. Vegas Torres, J., “Presunción de inocencia y prueba en el

En esta línea de razonamiento, la doctrina de la Sala de lo Penal del TS ha establecido la necesidad de acudir en la fundamentación de las sentencias de instancia al examen expreso de algunos parámetros de valoración que permiten comprobar que el Tribunal ha examinado pormenorizadamente el testimonio y al mismo tiempo expresan su razonamiento sobre los motivos existentes para conceder credibilidad a la declaración testifical de la víctima, lo que permite su control posterior. No puede olvidarse en este aspecto que la inmediación, de la que solo dispone el Tribunal de instancia, es un presupuesto para la valoración de las pruebas personales.

En concreto, los parámetros o requisitos que establece la jurisprudencia para desvirtuar la presunción de inocencia en estos supuestos son, resumidamente:

En primer lugar la “ausencia de incredibilidad subjetiva”, que ha de llevar al Tribunal a valorar la existencia de razones de enemistad, odio o similares y excluir cualquier otra intención espuria que pueda enturbiar o debilitar la credibilidad de la imputación. En este sentido, la existencia de dichos sentimientos no siempre ha de conducir a desechar la prueba, aunque alerten al Tribunal, en particular cuando tengan su origen precisamente en el delito denunciado.

En segundo lugar, la “persistencia y firmeza en la incriminación”, lo que no debe confundirse con la repetición exacta de los términos de la denuncia aunque deberá existir linealidad en el testimonio, y ausencia de ambigüedades y contradicciones. En la valoración de este extremo deben tenerse en cuenta varios aspectos: la duración del periodo en el que ocurren los hechos; la edad de la víctima; las circunstancias del hecho; las circunstancias de su descubrimiento y de la investigación; la situación anterior y posterior de la víctima respecto del denunciado; las posibles presiones derivadas del entorno familiar, etc.

En tercer lugar, “verosimilitud”: es necesario que nos encontremos ante una manifestación que, por su contenido y matices, ofrezca sólidas muestras de consistencia y veracidad. Recordemos que verosímil es aquello que tiene apariencia de verdadero, que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad. Por eso el testimonio ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo decisivo es la constatación, fuera de toda duda razonable, de la real existencia del hecho⁵¹.

proceso penal”. Madrid, 1993.

⁵¹ Como señala Fuentes Soriano, O., *Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la*

En este sentido, es reiterada, pacífica y consolidada la jurisprudencia de la Sala Segunda. Por ejemplo, la STS de 28 junio 2006 dice que la primera cuestión que se nos presenta es la relativa a que hemos de entender por prueba de cargo, para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras muchas, 201/1989, 217/1989 y 283/1993, ha fijado el criterio que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, y que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la intermediación procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

De otro lado, se ha de resaltar, y en este punto se debe coincidir en que el convencimiento del Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando esta sea la propia víctima (SsTS de fechas 19-1, 27-5 y 6-10-88, 4-5-90, 9-9-92, 13-12-92, 24-2-94, 11-10-95, 29-4-97, 7-10-98; y STC de 28-2-94). En efecto, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (Ss. 706/2000 y 313/2002) como del Tribunal Constitucional (Ss. 201/1989, 173/1990, 229/1991, 64/1994 y 16/2000, entre otras)⁵².

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así, el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero. Por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo

mujer, en "Investigación y Prueba en el Proceso Penal" (Dir. González-Cuéllar Serrano, N.), Madrid, 2006, pág. 250, en esta exigencia es donde adquiere especial importancia la prueba indiciaria: "la existencia de fuertes depresiones, discusiones, hematomas o lesiones menores, retrasos injustificados al trabajo (...), etc.". A través de estos y otros indicios "la comisión del delito pasa a ser consecuencia lógica absolutamente certera."

⁵² Afirma el Magistrado Velasco Núñez, E., *La protección a las víctimas del maltrato en España y en Derecho comparado*, en "La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado", Cuadernos de Derecho Judicial, II-2005, pág. 144, que puede ayudar a la víctima "no sólo saberse escuchada sino que procesalmente su testimonio, si es avalado por 'corroboraciones objetivas exteriores' (...), es suficiente como para proporcionar la mínima necesaria prueba de cargo de signo inculpativo, válida para, en su caso, propiciar una condena."

su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999, por su parte, destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SsTS de 28-1 y 15-12-95), bien entendido que 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, precisando la STS de 29-4-99 con que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya que dicha afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha llevado al Tribunal Supremo cumpliendo su función nomofiláctica –que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria– a señalar en una reiterada jurisprudencia, cuales son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo (SS. TS. 28-9-88, 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 15-4-96, 30-9-98, 22-4-99, 26-4-2000, 18-7-2002).

También ha declarado el Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se consti-

tuye en única prueba de la acusación el propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Y todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación, llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En consecuencia, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación –como antes hemos dicho– de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia y firmeza en el testimonio.

Conviene precisar aquí, como se deduce de lo expuesto, que tales tres elementos o filtros no han de considerarse acumulativamente, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que el Juez o Tribunal pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo⁵³. A nadie se le escapa, dice la STS de fecha 19 de marzo de 2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen fuertemente enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que aún teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

En definitiva, el propio Tribunal sentenciador debe apreciar directamente y valorar la declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado

⁵³ Cfr. Pérez Cebadera, M^a.A., *Particularidades en el procedimiento...*, cit., pág. 403.

de verosimilitud de su narración –informado incluso pericialmente– no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta para llegar a una u otra conclusión conectiva.

En este sentido, cabe resaltar que existen voces que propugnan la admisibilidad, en estos casos, de una prueba pericial acerca de la valoración de la declaración de un testigo-víctima. A través de ella, se realiza un estudio psicológico de la víctima a fin de analizar si la declaración realizada es veraz o está rodeada de falsificaciones de la verdad; es decir, si existen posibles factores anímicos afectantes al nivel de credibilidad o comprensión del testigo-víctima. No se trataría, evidentemente, de sustituir la valoración judicial de la prueba de cargo, sino de que el órgano decisor cuente con un asesoramiento pericial muy importante⁵⁴.

Finalmente, tras esa operación, por tratarse ordinariamente de un testimonio único, tendrá que tener en cuenta el Tribunal de instancia si existen datos que corroboren complementariamente su afirmación, con objeto de dotarla de certeza material, base de la convicción judicial razonada.

Lo que importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria. El examen de tales tres elementos, requisitos o presupuestos, es solo un método de trabajo, un instrumento, que la Sala de lo Penal viene mostrando como una posibilidad arraigada para hacer frente a las muchas dificultades que a diario o con mucha frecuencia se encuentran, sobre todo, los Jueces de lo Penal, las Audiencias Provinciales y el Tribunal del Jurado a la hora de enjuiciar estos supuestos delictivos.

5.– POSIBLES REFORMAS LEGALES

Han sido muchas las voces que desde, sobre todo, la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, han pedido con fuerza al legislador la reforma fundamentalmente del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por concomitancia la de los artículos 261, 418 y 707 del mismo cuerpo legal. Por centrar la discusión al respecto y evitar dispersiones, nos vamos a ceñir a poner de

⁵⁴ Al respecto, la reciente sentencia nº 826/2011, de 20 de julio, del TS, que da carta de naturaleza nuevamente a estos informes periciales concretos. Vid., también, Magro Servet, V., *La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)*, Diario La Ley, nº 7013, Sección Doctrina, 16 de septiembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-260.

manifiesto las peticiones de reforma que provienen preferentemente del ámbito del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, sin desdeñar por esto las provenientes de la doctrina científica, de organismos públicos y privados y de diversos movimientos sociales y cívicos, que –*mutatis mutandis*– coinciden con las que vamos a hacer referencia⁵⁵.

En efecto, al año de la entrada en vigor de esa normativa se emite un Informe por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial⁵⁶, detectando determinados problemas de interpretación en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, y consignando la necesidad de proceder a la modificación legislativa de una serie de preceptos entre los que se señala el art. 416 LeCrim.

Queda constancia que en la realización de dicho Informe se han tenido en cuenta las reflexiones de los Jueces de Violencia sobre la Mujer, aportadas en los distintos cursos de formación del Plan Estatal y de los Planes Descentralizados, así como las conclusiones del II Seminario de Jueces exclusivos de Violencia sobre la Mujer, celebrado en Santander los días 20 y 21 de octubre, y del Seminario de Magistrados de Secciones Penales Especializadas en Violencia sobre la Mujer, celebrado en Madrid los días 30 de noviembre a 2 de diciembre, todos del año 2006. Reflexiones y conclusiones de *lege ferenda* que se han ido reiterando año tras año hasta nuestros días.

Las sugerencias con respecto a la modificación del citado artículo se fundamentan en las siguientes consideraciones:

Cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECrim previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima. En el supuesto, sin embargo, de que ostente la doble condición, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho contra el/la denunciante, porque en concreto:

⁵⁵ Por ejemplo, los tres informes anuales publicados hasta el momento del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer hacen especial hincapié en la necesidad de las citadas reformas legislativas. Recordamos que el citado Observatorio es un órgano colegiado interministerial adscrito ahora a la Secretaría de Estado de Igualdad a través de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. El último Informe que ha visto la luz (el III) es de fecha 13 de julio de 2010, y su autoría es del ya extinto Ministerio de Igualdad. Pueden consultarse en www.inmujer.es Vid., en relación a las propuestas de reforma, Piñeiro Zabala, I., *La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LE-Crim*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 24, mayo 2011, págs. 105–109, especialmente.

⁵⁶ Cfr. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/violencia_domestica_y_de_genero/. El citado Informe tiene fecha de 20 de abril de 2006. Se ha reiterado recientemente la necesidad de reforma también en “Informe del grupo de expertos y expertas en violencia de género y doméstica del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, 11 de enero de 2011, págs. 23–25.

- Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el art. 416 para los que, en determinados supuestos, se establece una dispensa legal al deber genérico de declarar. La víctima de la violencia de género, específicamente, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, éstos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima.
- Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que se ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto.
- Hacer uso de los arts. 416 LECrim y 707 LECrim podría suponer un auténtico fraude de ley.

Así las cosas, para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto.

Posteriormente, algunos jueces y magistrados⁵⁷ han solicitado como propuesta alternativa excluir la posibilidad del uso de la dispensa legal del art. 416 en los casos recogidos en el artículo 57.1 del Código Penal (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico). Y otros⁵⁸ señalan que debería excluirse de tal dispensa a los testigos que resultaren ser víctimas de los delitos perseguidos, estimándose conveniente, igualmente, que en tales supuestos se exima a la víctima de la posibilidad de ser perseguidas por un delito de falso testimonio cuando declaren a favor del acusado.

⁵⁷ Por ejemplo, vid., Morales Ortega, R. y Magro Servet, V., “Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre ‘La dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim’, de 20 de mayo de 2009.” Disponible en www.poderjudicial.es.

⁵⁸ Cfr. “Conclusiones del Seminario del CGPJ: Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, 20 de octubre de 2010, y en el que participaron, según consta, cincuenta Jueces y Magistrados de Violencia sobre la Mujer. Disponible también en la página web del Consejo General del Poder Judicial: www.poderjudicial.es.

También desde el año de 2006 es la Fiscalía General del Estado, en su Memoria Anual, la que también aboga claramente por la reforma de los artículos tan mencionados, centrándose sobre todo en el art. 416⁵⁹.

Después de constatar que son importantes los inconvenientes que se vienen planteando en la práctica por el uso, o abuso, generalizado en los procedimientos por delitos de violencia doméstica, de la dispensa reconocida en el artículo 416,1 LECrim, señala que al amparo de la misma son muchísimas las víctimas denunciante de delitos de esa naturaleza que, una vez adoptadas medidas cautelares, seguido un procedimiento, y ya en el momento del juicio oral, se niegan a declarar. De forma que, cuando no existan otras pruebas –a pesar de que el Fiscal en previsión de tal eventualidad agota todas las posibilidades probatorias en tal sentido–, el procedimiento se ve abocado a una sentencia absolutoria.

La propuesta de reforma, en el sentido de que esta dispensa no afecte a los cónyuges ni parejas sentimentales que sean víctimas de violencia sobre la mujer, se formula en el entendimiento de que la previsión legal del artículo 416.1 se articuló para supuestos absolutamente distintos, a fin de que un familiar testigo, o conocedor de hechos imputados a su pariente, no se viera en la tesitura de declarar contra el mismo, pero no para que, el ya denunciante, pueda posteriormente acogerse a ese privilegio truncando el curso ordinario del procedimiento, y sin que lleguen siquiera a conocerse las razones de la denuncia o de su negativa a prestar declaración⁶⁰.

Pero lo cierto y verdad es que a pesar de todas estas peticiones reiteradas, no ha habido reforma legislativa alguna en ese sentido desoyendo, el ejecutivo y el legislador, las modificaciones pretendidas. Hubiera sido perfectamente factible una opción de política legislativa en la que, por ejemplo, se excluyera al denunciante víctima y testigo de la dispensa contemplada en el tan citado art. 416. No obstante, el hecho cierto es que no se ha llevado a cabo esa opción, aunque evidentemente ocasiones y oportunidades ha habido para ello. Sólo a través de la Ley 13/2009 para la implantación de la Oficina Judicial, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre otras Leyes, se ha incorporado en el art. 416 –al grupo de personas que por razón de parentesco están exentas del deber de prestar declaración– a la pareja de hecho del acusado, como ya tuvimos oportunidad de ver.

⁵⁹ Cfr. Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2006, págs. 656–657. Año tras año se ha vuelto a reiterar esa petición de reforma. La última en la Memoria de la FGE, año 2011, pág. 763. Pueden consultarse en www.fiscal.es.

⁶⁰ Esta interpretación ya fue expuesta y argumentada un año antes por Magro Servet, V., *La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 de la LECr): ¿es necesaria una reforma legal?*, Diario La Ley, 2005, núm. 6333.

Todo ello tiene unas consecuencias prácticas, que han de tener en cuenta nuestros jueces y tribunales penales, a nuestro entender⁶¹: el legislador no ha querido, a pesar de las recomendaciones de la doctrina científica, del Ministerio Fiscal y de numerosas resoluciones judiciales de nuestros tribunales –incluido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional–, hacer por ahora una distinción entre testigos no víctimas y testigos víctimas del delito con relación a la dispensa de denunciar y declarar por razón de parentesco. De tal forma que el tradicional axioma, básico para la interpretación y aplicación del Derecho, de que “no debe diferenciarse donde el legislador no distingue”, cobra incluso más valor cuando esa indiferenciación legislativa es consecuencia no de un mero olvido o de un problema que hubiese quedado inadvertido, sino de la decisión de mantener idéntico trato a cualquier testigo en quien concurran las relaciones a las que el mencionado precepto se refiere.

Quizá sea el momento oportuno de ver cómo se ha regulado la cuestión aquí debatida en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros celebrado el pasado 22 de julio de 2011⁶². Es cierto que no va a tener ninguna trascendencia legislativa, pero sí que da la oportunidad para saber cómo el Ministerio de Justicia, al menos, ha tratado toda la problemática a la que nos estamos refiriendo en este trabajo. En el diseño novedoso del Proceso penal español que presenta el Anteproyecto –tan discutido y discutible–, vamos a destacar lo referente a la obligación de denunciar y a la obligación de declarar y las exenciones o dispensas que se prevén en ese texto.

Con respecto a la denuncia, se producirían cambios significativos. Así, se establece con respecto a la obligación de denunciar en el artículo 431 del Anteproyecto que:

1. Cualquier persona que haya presenciado la comisión de un delito perseguible de oficio está obligada a denunciarlo de inmediato ante la policía o ante el Ministerio Fiscal.
2. También están obligados a denunciar quienes por razón de su cargo, profesión u oficio tengan noticia de la perpetración de algún delito, aunque no lo hayan presenciado”.

⁶¹ Como muy bien señala, por ejemplo, la sentencia nº 244/2010, de 14 de abril, de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁶² Puede consultarse el texto en, por ejemplo, www.mjusticia.gob.es.

En el artículo siguiente se regulan las exenciones al deber de denunciar. En efecto, el art. 432 señala que “el deber de denunciar no comprenderá:

- a) a los menores de edad y a los incapacitados judicialmente
- b) a quienes, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, estén exentos del deber de declarar por razón de secreto profesional respecto de los hechos de que se trate.
- c) a quienes se encuentren unidos al responsable del hecho delictivo por un vínculo familiar o afectivo que conforme a esta ley les exima de la obligación de declarar”.

Aparte de otras consideraciones, podemos observar que en contra de lo que ocurre en la legislación vigente –art. 261 LECrim– en la letra c) del art. 432 se lleva cabo una remisión total a lo previsto en este texto en cuanto a las dispensas a declarar. Sigue previendo que por razón de parentesco se está, en principio, eximido del deber u obligación general de denunciar. De manera genérica lo estarán quienes tengan un “vínculo familiar o afectivo” con el “responsable del hecho delictivo” –debería decir “presunto responsable”, a nuestro entender–, pero hemos de acudir a lo regulado en la declaración testifical para saber cómo se concreta esa exención; es decir, qué familiares son los que están dispensados de declarar y, por ende, de denunciar.

En este sentido, dentro de lo previsto para la prueba testifical, el artículo 568 establece la obligación de comparecer y declarar en estos términos: “Salvo las excepciones previstas en esta ley, toda persona tiene el deber de comparecer y declarar como testigo, respondiendo cuanto sepa sobre las preguntas que se le formulen”.

El Anteproyecto configura y regula esas excepciones con base a tres supuestos: uno, referente a una exención general a esos deberes –comparecer y declarar– o al menos al de comparecer, pero no al de declarar (art. 569); dos, por razón de parentesco (art. 570); y tres, por razón de secreto profesional (art. 571).

Por lo que a nosotros interesa, las exenciones a la obligación de declarar por razón de parentesco están previstas, como decimos, en el artículo 570. Dice así:

1. Están dispensados de la obligación de declarar los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del acusado, sus colaterales consanguíneos o dentro del segundo grado de afinidad, así como su

cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva.

2. La exención no será aplicable cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior hayan aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informadas de su derecho a no hacerlo.
3. Ningún testigo podrá ser obligado a responder una pregunta cuya contestación pueda originar la atribución de responsabilidad penal a alguno de los parientes a que se refiere este artículo aunque no haya sido acusado en ese procedimiento”.

Por su parte, y como complemento a lo aquí establecido, el artículo 572 señala de manera expresa que “bajo pena de nulidad, quienes estén exentos del deber de declarar habrán de ser informados de esta circunstancia antes de proceder a su interrogatorio”.

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, como vemos, se ha optado, sin hacer distinción entre el pariente testigo víctima y el pariente testigo no víctima, por establecer que si durante el procedimiento iniciado el testigo declara contra su pariente una vez que haya sido informado de su derecho a no hacerlo, se entiende que renuncia al mismo (nº 2 del art. 570). Aquí radicaría la gran novedad introducida en el Anteproyecto.

En definitiva, ese derecho a no declarar y a no denunciar que se establece, se ejerce una vez, pero si se renuncia a él ya no dispone del mismo y estaría obligado –como cualquier otro testigo– a declarar verazmente en el juicio oral. La víctima conservaría intacto su derecho a decidir si declarar o no contra el pariente agresor, pero una vez decide dar el paso se continuaría con la tramitación del proceso judicial, vedando en estos casos la posibilidad abierta en la actualidad en el vigente art. 707 LECrim⁶³. Hay que tener en cuenta también que el artículo 576 del Anteproyecto dispone que “cuando el testigo se niegue a declarar o a contestar alguna pregunta sin estar comprendido en las exenciones previstas en esta ley, se deducirá testimonio por el delito de desobediencia grave a la autoridad”.

⁶³ Cfr. Alcalá Pérez-Flores, R., *La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial*, págs. 16 y 17, en www.poderjudicial.es. Como ahí se recuerda, la FGE en su Memoria del año 2008 había recomendado como propuesta alternativa que la reforma fuera por esos derroteros: “...sólo queda la posibilidad de una reforma legislativa que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él” (la cursiva es nuestra).

Aunque somos conscientes de la nula relevancia jurídica práctica del Anteproyecto, sí que encontrábamos necesario hacer una serie de consideraciones breves al respecto –casi descriptivas– pues delata un concreto pensamiento político y jurídico del Gobierno que ha regido España estos últimos siete años y medio. No en vano su Consejo de Ministros aprobó –hizo suyo– el Anteproyecto presentado ante él por el Ministro de Justicia.

Al margen de la posibilidad de mejora formal de los preceptos citados, que es mucha, a unos les parecerá que no es suficiente la regulación que se quería llevar a cabo con la introducción, sobre todo, del nº 2 del artículo 570, que la reforma debería ser más profunda y extensa; y a otros les parecerá suficiente con ello. Pensamos que puede ser un buen punto de partida para seguir profundizando sobre esta cuestión tan debatida y seguir aportando argumentos para lograr una mejor protección de las víctimas en general y de la mujer víctima de violencia de género, en particular. Sí llamamos la atención de que el Anteproyecto, cuando regula la exención por parentesco al deber de denunciar y declarar, no hace mención alguna a la violencia de género ni a las víctimas de ese tipo de violencia. Se regula para todo tipo de testigos y para todo tipo de delitos.

En fin, siguen abiertos muchos interrogantes y otros que se abrirán cuando se estudie de forma más profunda la regulación pretendida. No es sencillo ni fácil dar con una solución satisfactoria. Cualquiera que se adopte no debe olvidar que una de las finalidades prioritarias del proceso penal es proteger a la víctima, lo que requiere contar en la medida de lo posible con ella. Permitir en estos supuestos, porque la Ley y la Constitución así lo disponen, que elija libremente con total conocimiento de las consecuencias de su decisión, poniendo las autoridades todo su empeño en que se sienta asistida y protegida.

Quizá sea por ello que desde algunos sectores⁶⁴, se haya solicitado que si no es posible una reforma a fondo –ciertamente complicada– de los artículos 261, 416, 418 y 707 de la Ley procesal penal, entre otros, sí se modificaran algunos preceptos del citado cuerpo legal. En concreto se ha pedido que se reforme el art. 730 LECrim para que se puedan leer las declaraciones sumariales articulando la declaración de la víctima en la violencia de género como prueba preconstituida⁶⁵.

⁶⁴ Sobre todo desde el ámbito judicial y del Ministerio Público. Lo que sigue se entresaca de las propuestas de reforma legislativa elaboradas por Morales Ortega, R. y Magro Servet, V. en “Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre...”, cit., págs. 13–14. Vid., también, “Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género...” (enero 2011), cit., págs. 24–25.

⁶⁵ Es muy interesante e instructivo el análisis que hizo sobre el artículo 730 LECrim, Díaz Cabiale, J.A., “La admisión y práctica de la prueba en el Proceso penal”, Cuadernos del CGPJ, Premio “Poder

En la situación actual no es posible proceder a la lectura de la declaración sumarial cuando la víctima se ampare en el art. 416 LECrim⁶⁶, por lo que es preciso que se reforme el art. 730 para añadir la opción de que el juez o tribunal pueda, a petición del Fiscal, leer la declaración sumarial cuando esta es inculpatoria. Para ello, necesariamente, la declaración en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer deberá llevarse a cabo como prueba preconstituida haciéndole en esta declaración sumarial la advertencia de que si más tarde se ampara en el art. 416 se leerá esta declaración.

Ello conllevaría también una reforma del art. 777.2 LECrim para incluir a los casos de violencia de género en las posibilidades del uso de la prueba preconstituida.

Así, la vía que se entiende más acertada es, por todo ello, la de una reforma legal en el art. 777⁶⁷, que disciplina también la prueba preconstituida en el caso de testigos que residan en el extranjero o se prevea que no van a poder declarar el día del juicio, para conseguir una nueva redacción del apartado 2º que podría tener la siguiente redacción:

“2º Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Judicial” 1992, Madrid, 1991, págs. 181–265. En nuestra opinión, el art. 730 tiene un significado muy concreto y su abuso ha dado lugar a una de las mayores corruptelas prácticas de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, porque malinterpretándose se utiliza para que adquieran valor de prueba documental todas las actuaciones del procedimiento preliminar, sin necesidad de practicar la correspondiente prueba en la fase del juicio oral, que con base en la inmediación, es la única actividad que puede fundar la sentencia. El legislador lo que quiso es que únicamente fuera posible ello en casos de imposibilidad de reproducción, a efectos de evitar una impunidad total o parcial del acusado precisamente por la existencia de tal imposibilidad (cfr. Gómez Colomer, J.L., *Estado de Derecho y Policía Judicial democrática: notas sobre el alcance y límites de la investigación policial en el proceso penal, con consideración especial de los actos de mayor relevancia*, en “Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia penal”, Granada, 1994, pág. 89).

⁶⁶ Aunque se había interpretado lo contrario por algunos, la cuestión entiendo que quedó zanjada con la sentencia nº 129/2009, de 10 de febrero, de la Sala II del Tribunal Supremo, en la que de manera clara se fija la doctrina de la imposibilidad de acudir al art. 730 LECrim, en estos supuestos, para leer las declaraciones sumariales y dotarlas de valor probatorio incriminatorio. Dicha doctrina ha sido refrendada después, por ejemplo, en la STS nº 1375/2009, de 28 de diciembre. De acuerdo con esta interpretación jurisprudencial y muy críticos con la contraria, se muestran, por ejemplo, Montero Aroca, J. y Martínez García, E., *Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...*, cit., págs. 146–148.

⁶⁷ También, aunque no lo dicen los autores de estas propuestas, habría que modificar y reformar al menos los artículos 448 y 449 LECrim, que son los preceptos que regulan esta posibilidad en el ámbito del proceso ordinario por delitos graves.

Se procederá del mismo modo cuando se trate de víctimas de violencia de género, para lo cual tendrá el valor de prueba preconstituida la declaración llevada a cabo ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer con todas las garantías procesales y facilitándose la debida contradicción para su eficacia como prueba en el plenario.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

En este caso, o bien podría optarse por grabar la declaración y luego reproducir la misma en el juicio oral, o bien solicitar más tarde el Ministerio Fiscal la lectura de las declaraciones sumariales para que mediante su “elevación” al plenario tengan valor y rango de prueba en el juicio oral, lo que en la actualidad no está permitido y conlleva que se estén dictando muchas sentencias absolutorias ante el excesivo uso del art. 416 LECrim que pone a las víctimas de violencia de género en una delicada posición al no sostener las declaraciones inculpatorias que expuso en su declaración inicial. Con ello, además, se podría evitar que en el Juicio Oral se produzca el enfrentamiento directo de la testigo víctima con su familiar agresor, así como el hacerle revivir por tercera vez –al menos– los hechos que sufrió (victimización secundaria o plus de aflicción).

No obstante, en nuestra opinión, para que pudiera tener éxito esta propuesta de *lege ferenda* –como otras– se debería extender a otros delitos⁶⁸ y a otras víctimas especialmente vulnerables⁶⁹ como ancianos, enfermos

⁶⁸ Quizás, pensamos, a los descritos en el art. 57.1 del Código Penal como mínimo.

⁶⁹ El Anteproyecto de LECrim de 2011, incorpora –según se explica en la Exposición de Motivos, XX, párrafos 1º y 2º– el concepto de víctimas en situación de especial vulnerabilidad del Derecho europeo, en el art. 68. Pero de su lectura no se infiere que pudieran estar incluidas las mujeres víctimas de violencia de género. Al menos expresamente no se les nombra y salvo que pudiera entenderse que se incluyen de manera genérica en el nº 1 del citado precepto, no tendrían esa categoría. Dice la mencionada norma: Artículo 68. *Víctimas en situación de especial vulnerabilidad:*

- “1. Son víctimas especialmente vulnerables a los efectos de esta ley aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación.
2. Tienen en todo caso esta condición las víctimas que por razón de su edad, enfermedad o discapacidad no puedan someterse directamente al examen contradictorio de las partes. En estos casos excepcionales, se declarará mediante resolución judicial motivada la situación de vulnerabilidad y se recabará el auxilio de expertos para examinarlas.
3. A los efectos de este artículo y, siempre que sea necesario proteger a las víctimas especialmente

graves y discapacitados, menores de edad y, por supuesto, a las mujeres⁷⁰. Pero, a su vez, esta generalización podría ir en contra del principio de inmediación y contra el principio de contradicción que rigen la práctica de la prueba en el ámbito del juicio oral del proceso penal. Por eso, hasta ahora, el uso de lo previsto en art. 730 y la prueba preconstituida se ha considerado como algo excepcional –desde el punto de vista legal y jurisprudencial⁷¹– porque la inmediación del juzgador desaparece, al menos como inmediación espacio-temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en el que la prueba preconstituida se documente y refleje.

vulnerables de las consecuencias de prestar declaración en presencia del investigado o acusado, podrá acordarse por resolución judicial motivada que la declaración testifical se realice empleando medios que eviten la confrontación visual.”

⁷⁰ Cfr. De Hoyos Sancho, M., *Los ancianos como víctimas especialmente vulnerables: algunas particularidades procesales*, en “Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal” (Directores Javato Martín, M. y De Hoyos Sancho, M.), Valencia, 2010, págs. 284-286, especialmente. Cita esta autora la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, en donde se establece la obligación de los Estados de garantizar a las víctimas vulnerables la debida protección de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, de tal manera que puedan testificar por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho, y de que se tomen medidas para que las autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal. Sobre distintas posibilidades alternativas de declaración del testigo-víctima en nuestra legislación, vid., por ejemplo, arts. 229.3 y 232.2 LOPJ y 680 y 707 II Lecrim; e, incluso, la LO 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales. Vid., al respecto, Pérez Morales, M.G., *La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en “La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América (Coord. Armenta Deu, T. y Oromí Vall-Llovera, S.)”, Madrid, 2010, págs. 187–196.

⁷¹ Vid., por ejemplo, STS nº 1375/2009, de 28 de diciembre.

Esa misma consideración de “excepcional” se establece en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal, aprobado como el Anteproyecto de LECrim el pasado 22 de julio de 2011 por el Consejo de Ministros. En efecto, el artículo 12 dedicado a las Garantías probatorias dice:

“1. Toda prueba de cargo deberá ser incorporada al proceso con pleno respeto al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

2. *Carecerán de valor probatorio las diligencias practicadas en la fase de investigación. No obstante, las leyes procesales podrán establecer un incidente contradictorio ante la autoridad judicial para el aseguramiento de las fuentes de prueba de carácter personal cuando sea previsible que no se obtendrán en el acto del juicio.*

3. No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Sin embargo, la ley procesal penal podrá autorizar la utilización de las informaciones obtenidas a partir de las mismas siempre que no guarden una conexión jurídica relevante con la previa lesión del derecho fundamental. Esta excepción nunca podrá aplicarse en caso de tortura o atentados graves a la integridad física o moral.

4. *Las pruebas personales solo podrán ser valoradas por el tribunal ante el que se hayan practicado en condiciones de publicidad y contradicción. Las leyes procesales establecerán los supuestos excepcionales en los que en interés de las víctimas especialmente vulnerables podrán ser utilizados medios de comunicación no presencial para su declaración en el juicio”* (la cursiva en nuestra).

3

LA PROTECCIÓN TRANSNACIONAL DE LA VÍCTIMA POR MEDIO DE LA ORDEN EUROPEA DE VIGILANCIA EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD APLICADAS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Coral Arangüena Fanego. *Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid*

1. INTRODUCCIÓN. MARCO DE ACTUACIÓN Y RELACIÓN CON OTRAS NORMAS EUROPEAS.

Como es sabido, en la actualidad y tras una negociación muy conflictiva, en el espacio europeo se está a la espera de la aprobación de la futura Directiva sobre la orden de protección en materia penal.

El inicial intento llevado a cabo por la Presidencia española con el apoyo de otros Estados miembros, ha resultado muy complicado, y finalmente ha provocado la disección del instrumento en dos diversos dando lugar al dictado de una Directiva relativa a una orden de protección civil a la que seguirá, merced al texto de consenso logrado en el seno del Consejo, una orden de protección penal también en forma de Directiva¹.

Pero en tanto se está a la espera de esta nueva norma, hay que tener en cuenta la existencia de un instrumento pendiente de transposición por los Estados miembros, y que deberá ser tenida muy en cuenta a la hora de aprobar la futura orden de protección, puesto que ambas coinciden en proteger de manera directa o indirecta a la víctima. Nos referimos a la conocida como Orden Europea de Vigilancia.

Inserta todavía en el marco del desaparecido tercer pilar y adoptada conforme al instrumento legislativo típico de aquél –la Decisión marco– nos

¹ Vid. el texto resultante del acuerdo político al que se ha llegado sobre la Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Hungría, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección (documento del Consejo nº 14923/11, de 5 de octubre de 2011)

encontramos con la que lleva el número 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre de 2009, *relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*².

Como reza su propia rúbrica, la Decisión marco citada es una norma dirigida a hacer aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales a una particular categoría de ellas: las cautelares no privativas de libertad. Aprobada en 2009 tras una complicada negociación y cuyo plazo de transposición por los Estados miembros vence en diciembre de 2012, constituye un ejemplo paradigmático de que libertad y seguridad pueden resultar armoniosamente cuidados en un mismo instrumento, pues logra a un mismo tiempo reforzar el estatus de imputado y dispensar una adecuada protección a la sociedad con especial consideración, naturalmente, de la víctima del hecho punible.

Una lectura de sus *Considerandos* y de su propio articulado evidencia un claro objetivo de reforzamiento del estatus de imputado y respeto a su derecho a la presunción de inocencia y a su libertad personal, al permitirle eludir la medida de prisión provisional u otra que exija su presencia en el Estado de enjuiciamiento y desplazarse, en cambio, al de su residencia habitual hasta que el juicio se celebre o sea reclamado para cualquier otra actuación, lo que se logra mediante el dictado de una resolución judicial de tipo cautelar por el Juez del Estado donde se sigue el proceso imponiendo unas medidas de vigilancia cuya supervisión asume la autoridad de ejecución del Estado de residencia una vez reconocida aquélla.

Con ello se obtiene igualmente lo que de modo expreso se reconoce como objetivo principal del nuevo texto: garantizar la debida acción de la justicia, asegurando que la persona imputada esté disponible para comparecer en el juicio. Se mejora así la protección pública en general y se conjura el riesgo que plantea a la sociedad el régimen actual el cual sólo ofrece dos alternativas, a saber, la prisión provisional y el movimiento no vigilado. Con ello la medida hará más efectivo el derecho de los ciudadanos respetuosos de la ley a vivir en condiciones de seguridad y protección³.

Este extremo tiene particular importancia cuando los proyectamos sobre la víctima, en general, y la víctima de violencia de género, en particular.

² DO L núm. 294, de 11.11.2009

³ Considerando 3. *Vid.*, además, artículo 2.1, donde se explicitan los objetivos, figurando éste en primer lugar.

En la mayor parte de los supuestos el delito cometido no conduce a la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad como es la prisión provisional pero sí a la libertad provisional con o sin fianza además de una medida de alejamiento para el agresor. En supuestos transfronterizos en que el agresor pueda o deba trasladarse a otro Estado en el que resida o trabaje, la medida cautelar (y/o de protección) adoptada en nuestro sistema en atención al art.544 bis o 544 ter, según veremos, al tiempo que le permite el referido traslado, debe ser también “transportada” con él. De modo que serán las autoridades competentes de otro Estado miembro (aquel al que se traslada por razón de su origen o residencia del agresor), el que debe supervisar el cumplimiento de la medida.

Se ha creado así un nuevo instrumento basado en el principio de reconocimiento mutuo que permite la transferencia de medidas cautelares no privativas de libertad de un Estado a otro y cuyo funcionamiento se hace descansar una vez más en una adecuada cooperación entre autoridades judiciales siguiendo el esquema de la orden europea de detención y entrega.

El instrumento se ha tramitado siguiendo muy de cerca el que se gestó al tiempo y se aprobó poco antes, el proyecto franco-alemán relativo al reconocimiento y vigilancia de penas suspendidas, penas sustituidas y condenas condicionales (*Probation*)⁴ aprobado también bajo la forma de Decisión marco en noviembre de 2008.

2. OBJETIVOS

Deteniéndonos en el contenido de la nueva norma sobre reconocimiento mutuo de medidas cautelares sustitutivas de la prisión provisional, hemos de partir del **doble objetivo** al que se dirige para comprender su funcionamiento. Doble objetivo, según hemos adelantado, de muy distinta naturaleza: el primero, al servicio de la ciudadanía europea, que verá reforzado el campo de la protección y la seguridad dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al disponer de nuevos medios tendentes a hacer efectiva la debida acción de la justicia, asegurando que los imputados en un proceso penal estén disponibles para comparecer en juicio, y posibilitando, en su caso, la eventual movilidad del sujeto por territorio europeo hasta la fecha de aquél

⁴ Documento 6480/2007, de 20 de abril (DO C 147, de 30 de junio de 2007), que ha dado lugar a la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337, de 16 de diciembre de 2008).

con la oportuna y debida vigilancia por parte del sistema judicial europeo. El segundo, no menos importante, dirigido al reforzamiento del estatus del imputado en el proceso penal, al que procurará tratar de manera que su nacionalidad no influya en la mayor o menor gravedad de las medidas cautelares que puedan ser adoptadas, algo que, siendo europeo, no debe tener lugar en un espacio sin fronteras⁵, permitiendo la circulación y supervisión en el territorio europeo de las medidas cautelares no privativas de libertad adoptadas. Como se reconoce con meridiana claridad en el Considerando 5, «por lo que se refiere a la privación de libertad de las personas sometidas a actuaciones penales, existe el riesgo de que se dé un trato diferente a las que son residentes en el Estado del juicio y a los que no lo son: un no residente se arriesga a ser sometido a prisión provisional mientras que, en circunstancias similares, un residente no lo sería. En un espacio europeo común de justicia sin fronteras interiores, es necesario garantizar que la persona sometida a actuaciones penales no residente en el Estado del juicio no reciba un trato diferente del de la persona sometida a actuaciones penales que si fuera residente».

Partiendo de estas premisas, y según dispone el artículo 4.a), la resolución sobre medidas de vigilancia se configura como una resolución *ejecutiva* adoptada en el curso de un proceso penal por una autoridad competente del Estado de emisión, adoptada con arreglo a su Derecho y procedimientos nacionales, que imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia como alternativa a la prisión provisional que le permitirá desplazarse a su Estado de residencia y cuya supervisión asume la autoridad de ejecución de ese Estado una vez reconocida aquélla y cuyo incumplimiento aparece garantizado con la posibilidad de recurrir al procedimiento de la euro orden para llevar a cabo su retorno⁶.

Dada la finalidad que se persigue con este instrumento (la ya citada de garantizar la disponibilidad del sospechoso pero a través de medidas alternativas a las privativas de libertad que le permitan regresar a su país de

⁵ Desigualdades de trato que, como se expone en el Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión [SEC (2006) 1080, Resumen de la evaluación de impacto], anexo a la Propuesta de Decisión marco, en cuanto claramente discriminatorias, comprometen claramente el Espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁶ Pero sin que en principio se requiera que el delito por el que se procede y que motivó en su día la expedición de la resolución sobre medidas de vigilancia entre dentro del ámbito de aplicación de la euro orden, salvo que el Estado en cuestión, al incorporar a su Derecho nacional esta nueva Decisión marco, hubiere notificado a la Secretaría General del Consejo que también aplicaría el artículo 2.1 de la Decisión marco sobre la orden de detención europea para ejecutar una euro orden a efectos de entregar a la persona en relación con el procedimiento que ahora examinamos (artículo 21.3), extremo este último que sin duda puede provocar problemas de cara a un eficaz funcionamiento del nuevo instrumento como ya advertimos en otra ocasión.

residencia) resulta justificado el que no se establezca un umbral mínimo en orden a la gravedad de las infracciones penales a las que puede ser aplicable. Es más, la propia Decisión marco en su Considerando 13 se encarga de clarificar y ensanchar el campo de aplicación del instrumento, al declarar expresamente que, si bien la presente Decisión Marco abarca todos los delitos y no se limita a determinados tipos o niveles de delincuencia, «las medidas de vigilancia se aplicarán, por regla general, a los casos de delitos menos graves».

3. CARACTERES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS MEDIDAS DE VIGILANCIA QUE SE PUEDEN ADOPTAR

Entre sus principales características destaca, en primer lugar, su **carácter judicial**, basado en un intercambio directo entre autoridades judiciales (emisión y ejecución), siguiendo así el camino abierto por la euro-orden. Con todo, hay que matizar esta afirmación ya que, si bien ésta será la solución ordinaria o general y la seguida en sistemas como el español, en que la instrucción de la causa y la adopción de medidas cautelares o restrictivas de derechos está reservada en principio a la autoridad judicial, puede no serlo en otros que confieren tales atribuciones al Ministerio Fiscal o directamente a la Policía Judicial, o bien encargan la supervisión de algunas de ellas a otro tipo de autoridades administrativas; singularmente las pertenecientes al ámbito penitenciario. De ahí que la redacción final del texto, con carácter excepcional, permita la designación de autoridades no judiciales como autoridades competentes a efectos de dictar resoluciones con arreglo a la Decisión marco «siempre que en su Derecho y procedimientos nacionales esas autoridades sean competentes para dictar resoluciones de índole similar» (artículo 6.2), aunque reserva en todo caso a la autoridad judicial competente la posibilidad de acordar una orden de detención como consecuencia del incumplimiento del tipo de medida de vigilancia adoptada (artículo 6.3). Si bien la autoridad (judicial) de emisión pertenecerá al Estado donde se haya abierto el procedimiento contra el imputado no residente [artículo 4.c)], la de ejecución puede ser tanto la del Estado de residencia legal y habitual de este sujeto al cual hubiera regresado o consintiera en regresar (artículo 9.1) como la de otro Estado miembro distinto del de residencia legal habitual si así lo pidiera el «interesado» y consintiera la citada autoridad (artículo 9.2).

Íntimamente relacionada con la nota anterior y, especialmente, con los fines que persigue el nuevo instrumento, aparece la **naturaleza cautelar** que lo informa. Naturaleza cautelar que se pone de manifiesto desde el propio

carácter de la resolución que acuerda medidas de vigilancia, los presupuestos que justifican su adopción formulados de manera más o menos implícita en el articulado del texto y concretados básicamente en la existencia de motivos bastantes para considerar penalmente responsable de la comisión de un hecho punible a un sujeto no residente⁷, en el peligro de que pueda sustraerse a la acción de la justicia y no comparecer en el juicio⁸, y en la observancia del principio de proporcionalidad⁹ intrínseco a la tutela cautelar¹⁰ y los riesgos que con ella se tratan de conjurar (los tres clásicos de riesgo de fuga, destrucción de pruebas y reincidencia, mencionados de manera expresa en la Exposición de Motivos de la primitiva Propuesta de la Comisión¹¹ y, de modo algo más difuso, en el Considerando 3 del texto de la Decisión marco.

Carácter cautelar justificado, igualmente, en atención a la naturaleza misma de las medidas que pueden adoptarse en su seno y que se mencionan en el artículo 8 agrupándose en un doble catálogo de medidas obligatorias (las que se enumeran en el apartado 1) y facultativas (las que, a título de ejemplo, se enuncian en el apartado 2).

Las obligatorias, enumeradas en el art.8.1 son:

- a) obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales;

⁷ *Fumus boni iuris* o, más correctamente, *fumus commissi delicti* que se deduce de lo dispuesto en el artículo 4.a).

⁸ *Periculum in mora* o, con terminología más precisa, *periculum libertatis*, que se deduce del artículo 2.1.a).

⁹ Las medidas deberán ser estrictamente proporcionadas al riesgo que con ellas se pretende conjurar, tanto a la hora de ser acordadas como a lo largo de toda su vigencia, de modo que deberán acomodarse a las circunstancias de la causa en cada fase revisando su imprescindible adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta que a lo largo de las actuaciones pueden producirse variaciones, destacadamente en el elemento del *periculum libertatis*, que pueden exigir su modificación. *Vid.*, en este sentido, las prevenciones contenidas en los artículos 13.2, 18.1 y 19 de la Decisión marco.

¹⁰ Que se manifiesta en dos extremos fundamentales: a) las medidas de vigilancia a adoptar pretenden evitar la alternativa más gravosa consistente en la prisión preventiva del imputado; b) se establece un amplio catálogo de medidas a las que recurrir, de forma que sea posible en cada caso adoptar la que pueda alcanzar de la manera más adecuada y eficaz el objetivo previsto sin lesionar más de lo necesario al imputado; c) en caso de «adaptación» por la autoridad judicial del Estado de ejecución de la medida de vigilancia impuesta por la de emisión, al no contar en su Derecho con una idéntica, la nueva medida no deberá ser más severa que la que en un principio se dictó (artículo 13.2).

¹¹ Apartado 3 de la Exposición de Motivos, y analizados ampliamente en el apartado 4.3.3 del Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión anexo al Libro Verde SEC (2004) 1046, de 17 de agosto de 2004.

- b) obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución;
- c) obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados;
- d) imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución;
- e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica;
- f) prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

Las facultativas, enumeradas a título de ejemplo (“podrán comprender en particular...”) en el art. 8.2 son:

- a) obligación de no realizar determinadas actividades relacionadas con los delitos presuntamente cometidos, lo que podrá incluir ejercer determinadas profesiones o trabajar en determinados sectores;
- b) obligación de no conducir vehículos;
- c) obligación de depositar una suma determinada o dar otro tipo de garantía, en un número determinado de plazos o en un pago único;
- d) obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones;
- e) obligación de evitar todo contacto con objetos específicos relacionados con los delitos presuntamente cometidos.

De la lectura de este amplio listado del art. 8 se deduce que, en efecto, las del primer apartado:

– o bien son medidas que en sistemas (como el español) acompañan a la libertad provisional en garantía de ésta, presentando en otros más evolucionados un carácter autónomo dentro del catálogo de medidas cautelares alternativas dirigidas a hacer real el papel de *ultima ratio* que debe asumir la prisión (así las obligaciones de comunicar cambios de domicilio, presentarse en determinadas fechas ante autoridades determinadas o imposición de limitaciones a la salida del territorio del Estado),

– o bien se trata de medidas que se podrían reconducir a las que se conocen genéricamente como de alejamiento, cuya regulación, al menos en nuestro Derecho, se ha introducido más tardíamente y que tiene un especial campo de actuación en los procesos por violencia doméstica y de género (v.gr. prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos).

También se advierte su naturaleza cautelar en las que a título de ejemplo se enuncian en el apartado 2, que contempla aquellas que, con carácter facultativo, pueden asumir su vigilancia los Estados miembros, por más que en algunas de ellas su carácter cautelar sea más que dudoso (por ejemplo, obligación de someterse a tratamiento terapéutico o contra las adicciones).

Téngase en cuenta, no obstante, que la inclusión de buena parte de estas medidas responde a la conveniencia advertida durante la tramitación de la Decisión Marco de guardar estrecha relación con la relativa a la *Probation*, siendo así que el catálogo a que aludimos guarda mucha similitud con las medidas *de libertad vigilada y penas sustitutivas* que se recoge en el artículo 4 de la Decisión marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre. Lo que se justifica en atención a la posibilidad de que las referidas medidas cautelares inicialmente adoptadas y transferidas al Estado de ejecución puedan en su momento transformarse en ejecutivas una vez dictada la sentencia que ponga fin al proceso.

La inicial coherencia entre ambos instrumentos, que sin duda es una nota positiva frente a la habitual heterogeneidad y desconexión entre las normas que fueron adoptadas en el seno del antiguo tercer pilar, no evita sin embargo que se hayan suscitado serias y fundadas críticas, en especial en relación con el catálogo de medidas que aparecen en la *Probation* al que se acusa de ser una mezcla de mecanismos de muy diferente naturaleza que únicamente tienen en común el someter a prueba al penado, imponiéndole normalmente una serie de cargas o tareas lo que planteará indudables problemas a la hora de llevar a cabo su transposición a los ordenamientos nacionales habida cuenta de las notables diferencias entre los sistemas legales a la hora de abordar estos mecanismos alternativos a la prisión y, de modo particular, en lo que se refiere a las técnicas de control de la puesta a prueba.

4. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE VIGILANCIA.

En lo relativo al **procedimiento de adopción** de las medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional, se produce una remisión en bloque al Derecho y procedimiento interno de los Estados miembros (Estado miembro en que se siga las actuaciones penales, artículos 2.2 y 4.2)¹². Pero también hay una serie de normas mínimas comunes indispensables para un correcto funcionamiento del nuevo instrumento como el establecimiento de plazos breves¹³ en consonancia con las exigencias del derecho que está en juego (libertad del imputado). Aunque la remisión a las legislaciones domésticas de los Estados miembros impida que podamos contar con un procedimiento común en cuanto a la adopción de la resolución cautelar, lo cierto es que, de manera más o menos amplia, éste deberá ser de **carácter contradictorio**, no tanto porque esté explícitamente enunciado o exigido en el texto de la Decisión marco sino porque necesariamente ha de obtenerse el consentimiento del interesado para proceder a adoptar la medida en cuestión (artículo 9.1).

Al margen de ello, ciertamente los procedimientos podrán diferir de manera sensible en los Estados miembros, lo que no está exento de riesgos en orden a las garantías procesales mayores o menores que en unos y otros se deben observar y que de no respetarse pueden llegar a hacer ineficaz el instrumento; pensemos, por ejemplo, que en muchos casos sólo un adecuado y amplio respeto de la garantía de información al sujeto en una lengua que comprenda y el gozar de una debida asistencia letrada puede hacer eficaz el nuevo instrumento.

Por lo demás el procedimiento establecido descansa sobre la adopción inicial de la resolución sobre medidas de vigilancia por la autoridad competente del Estado de emisión [definido en el artículo 4.a)] conforme a su derecho interno y cumplimentando además el certificado que se acompaña como anexo –Anexo I– a la Decisión marco.

El contenido mínimo de la resolución y del certificado que debe acompañarle se describe en los artículos 4.a) y b) en relación con artículos 8 y

¹² Aclarando expresamente, eso sí, que la Decisión no otorgará a una persona derecho a utilizar, en el marco del proceso penal, medidas no privativas de libertad como alternativas a las privativas.

¹³ Se cifran en veinte días laborables para el reconocimiento y adopción de las medidas a supervisar por la autoridad de ejecución (artículo 12.1), ampliables por otros veinte más cuando se interponga recurso contra la resolución (artículo 12.2). Y en diez días laborables para el caso de retirada del certificado por la autoridad de emisión en el caso de no estar de acuerdo con el plazo máximo por el que asume el compromiso de vigilancia la autoridad de ejecución o con la adaptación de medidas que pretendiera llevar a cabo [artículo 13.3, en relación con el 20.2.b) y f)].

10, apartados 3-5. Ciertamente, en lo que se refiere a la resolución en sí, la remisión al derecho nacional que se efectúa en el primero de los artículos citados apenas permite deducir que, como mínimo, en ella se deberá acordar la imposición de una medida cautelar personal distinta de la prisión provisional acompañada de una o varias medidas de vigilancia de las que se enuncian en el artículo 8 dirigidas a asegurar la disponibilidad del imputado a los efectos del proceso y a permitir su desplazamiento a otro Estado que asumirá su supervisión respecto de las cuales habrá de determinarse con la mayor precisión sus circunstancias temporales¹⁴.

En realidad, de lo que se ocupa con detalle la Decisión marco es de precisar el contenido que deberá tener el certificado que acompañará a la resolución sobre medidas de vigilancia, a efectos de presentar un formato unitario y homogéneo en toda la Unión Europea que sin duda provocará un efecto armonizador muy conveniente a la hora de adoptar este tipo de medidas. Lo habitual será que la resolución cautelar observe todas las exigencias que deberá después llevar al anexo del certificado marcando la casilla correspondiente, puesto que en realidad el formulario del certificado está redactado de forma que los elementos esenciales de la resolución cautelar imponiendo medidas de vigilancia figuren en él¹⁵.

A partir de aquí el procedimiento de transmisión por la autoridad del Estado de emisión a la de ejecución es el habitual de los instrumentos de reconocimiento mutuo: la transmisión directa de la copia de la resolución sobre medidas de vigilancia, acompañada del certificado cumplimentado en el formulario normalizado en el anexo de la propia Decisión marco, firmado y traducido a alguna de las lenguas oficiales del Estado de ejecución. Transmisión directa, por tanto, entre autoridades, por cualquier medio que deje constancia escrita y posibilidad de determinar su autenticidad.

¹⁴ Exigencia contenida en el artículo 10.5, que revela la característica de temporalidad propia de las medidas cautelares y debe cumplir con el requisito del «plazo razonable» del CEDH. Concretamente en este precepto se dispone que habrá de especificarse, si procede, el plazo al que se aplica la resolución sobre medidas de vigilancia y si es posible su renovación; también y de manera indicativa, la duración provisional del período durante el cual podrá ser necesario supervisar las medidas de vigilancia, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso de las que se tenga conocimiento en el momento de la transmisión de la resolución sobre medidas de vigilancia. Además, y acertadamente, se prevé un control de la necesidad del mantenimiento de la medida en atención a la eventual disminución del *periculum libertatis* derivado del transcurso del tiempo que alcanza a la autoridad judicial de ejecución (que puede preguntar si es conveniente el mantenimiento de la supervisión de las medidas, artículo 19.1) y a la de emisión [que debe controlar los plazos –artículo 19.2– y, en su caso, renovar la medida dispuesta –artículo 19.1.a) inciso 1.º–].

¹⁵ Así se afirma expresamente en el Considerando 19 de la Decisión Marco 2008/947/JAI sobre la *Probation*, cuyo modelo de certificado es en lo esencial similar al de la Decisión Marco sobre reconocimiento mutuo de medidas de vigilancia. De ahí que consideremos plenamente trasladable dicha afirmación al instrumento objeto de nuestro análisis.

Nada dispone la Decisión marco sobre la necesidad de comunicar a la víctima del delito la medida de vigilancia acordada y su eventual supervisión por la autoridad de ejecución en la forma que a continuación veremos. Esta omisión debe ser integrada con lo que dispone la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal de cuyo art. 4. 3. cabe deducir la obligación de información a la víctima¹⁶, lo que por lo demás en el sistema procesal penal español está garantizado en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Una vez recibida la copia de la orden de vigilancia por la autoridad de ejecución, ésta deberá reconocer la resolución que se le haya transmitido¹⁷ y adoptar sin demora todas las medidas necesarias para su supervisión (artículo 12.1 y 2), lo cual efectuará sin control de la doble tipificación de los hechos si éstos de conformidad con la legislación del Estado de emisión constituyen alguna de las treinta y dos infracciones enunciadas en el artículo 14.1 (la ya clásica euro lista) y están sancionadas en el Estado de emisión con pena o medida privativa de libertad de duración máxima de, al menos, tres años.

Este modo de operar de la doble tipificación, tradicional ya en los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, si bien no exento de problemas en cuanto a su aplicación, resulta claramente cuestionable en lo que a las medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión se refiere. Y es que no deja de ser paradójico que para los delitos más graves se prescindiera del control de la doble incriminación a efectos de un inmediato reconocimiento, y por el contrario pueda efectuarse éste al objeto de no reconocer la resolución sobre medidas de vigilancia para los delitos menores, teniendo en cuenta que lo que por regla general con este nuevo instrumento se evita es la prisión preventiva en el Estado de emisión a cambio de una medida alternativa no privativa de libertad a supervisar en el de ejecución.

Cabe apartarse de la normal solución del reconocimiento y adopción de las medidas de supervisión acordadas en distintos supuestos como el recurso al mecanismo de **adaptación** optando por una medida diversa a la adoptada pero similar y de semejante o menor intensidad si aquella fuera, por su naturaleza, incompatible con el derecho del Estado de ejecución. Esta posibilidad es discutible pues más allá de los beneficios que con este

¹⁶ Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima.

¹⁷ Lo que se llevará a cabo lo antes posible y, en todo caso, en un breve plazo de veinte días laborables contados desde la recepción de la resolución sobre medidas de vigilancia y certificado anexo (ampliables en otros veinte días laborables si dicha resolución hubiere sido recurrida),

mecanismo de *adaptación* puedan obtenerse (evitar el recurso a la prisión provisional o al cumplimiento de la pena privativa de libertad), estos se logran a costa de la seguridad jurídica por más que se adopten una serie de prevenciones a la hora de recurrir a la referida *adaptación*¹⁸.

Se regula con detalle la eventual **denegación del reconocimiento** por concurrir alguno de los numerosos motivos¹⁹ expresamente recogidos en el artículo 15 y cuya amplitud no resulta justificada, en especial teniendo en cuenta la fase del procedimiento en la que actúan las medidas de vigilancia y las consecuencias que para el afectado por la resolución puede suponer la denegación: la prisión provisional en el Estado de emisión. En cualquier caso, la decisión rechazando el reconocimiento y la asunción de la responsabilidad de supervisión de las medidas de vigilancia, así como las razones justificativas de dicha negativa, deberá ser comunicada sin demora a la autoridad judicial de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita [artículo 20.2.g)].

Naturalmente esta misma comunicación debe realizarse cuando la decisión final que se tome sea la mas habitual de reconocer la resolución de medidas de vigilancia y adopción de todas las medidas necesarias para la supervisión de las acordadas [artículo 20.2.e)] indicando, asimismo, si se ha interpuesto contra ella recurso [artículo 20.2.d)]. Una vez llevada a cabo esta comunicación, la competencia para la supervisión de las medidas de vigilancia se transfiere a la autoridad competente del Estado de ejecución que deberá llevarla a cabo con arreglo a su legislación interna (artículos 11.1 y 2, y 16).

La autoridad del de emisión *recupera* no obstante la competencia para el dictado de *decisiones ulteriores* relativas a la renovación, la revisión, la revocación o la modificación de las medidas de vigilancia inicialmente acordadas. Se trata de situaciones diversas que pueden producirse a lo largo de la vida de las medidas y durante el tiempo en que esté abierto el proceso, como consecuencia de las notas de instrumentalidad y provisionalidad que caracterizan a las medidas cautelares y a la regla *rebus sic stantibus* que

¹⁸ Véanse los arts.13.3, 20.2.f) de la Decisión marco 2009/829/JAI y el art.9.1 de la Decisión marco 2008/947/JAI.

¹⁹ Defectos en el certificado no subsanados en plazo, incumplimiento de las exigencias necesarias para que pueda emitirse una resolución conteniendo medidas de vigilancia (falta de residencia en el Estado en que se pretende el reconocimiento o medidas de vigilancia no susceptibles de control de dicho Estado), vulneración del *ne bis in idem*, falta de tipificación penal del hecho en el Estado de ejecución en los casos en que sea operativo el control de la doble incriminación, prescripción, inmunidad, minoría de edad penal y existencia de causa de denegación de la entrega del sujeto con arreglo a la euro-orden, en caso de eventual incumplimiento de las medidas de vigilancia

preside su adopción. Todas estas situaciones, reguladas de modo excesivamente abierto por la Decisión marco²⁰, además de la recuperación de la competencia por la autoridad del Estado de emisión (en línea con la solución que había sido adoptado en paralelo en la Decisión marco sobre la *Probation*), una remisión a las distintas legislaciones domésticas en cuanto al modo de llevarlas a cabo. En muchas de ellas será necesario y/o conveniente oír con carácter previo al sujeto pasivo de la medida, lo que desde luego podrá hacerse recurriendo al mecanismo de la videoconferencia, y de nuevo puede hacer necesario el recurso a la interpretación y a la traducción.

BIBLIOGRAFÍA:

- ARANGÜENA FANEGO, C., “De la *orden europea de vigilancia* al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: Primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo”, en *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010. pp. 223–266
- COSTA, J.A., “Uma outra face da Justiça Europeia: As iniciativas sobre o reconhecimento e fiscalização de penas suspensas, sanções alternativas e condenações condicionais e sobre a Decisão Europeia de Controlo Judicial”, *Revista O Direito*, Ano 140, nº 2008, V.
- SANZ MORÁN, A.J., “Reflexiones en torno a la idea de *libertad vigilada*”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010. pp. 289–301.
- VERNIMMEN–VAN TIGGELEN, G. y SURANO, L., *Etude « Analyse de l’avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l’Union Européenne » Rapport Final*, (20 noviembre 2008).

²⁰ Al punto de que es difícil precisar conceptualmente el contenido y las diferencias que entre las citadas categorías tienen en común

4

ASPECTOS ESENCIALES DE LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL CIVIL DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN ALEMANIA

Montserrat de Hoyos Sancho. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

El legislador alemán optó en su momento por una protección de las víctimas de la violencia que puede calificarse de más genérica o menos diferenciada si se compara con el vigente sistema español de la orden de protección, ya que la *Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG)*¹, Ley para la protección civil ante actos de violencia y acoso, aprobada el 11 de diciembre de 2001, ampara desde el orden civil a todo tipo de víctimas de violencia, en el ámbito doméstico o fuera de éste, ya sean mujeres, hombres o niños; no obstante resulta evidente, y así lo manifestó ya el Gobierno federal antes de su aprobación, que esta ley tiene en su punto de mira particularmente la llamada violencia doméstica (*häusliche Gewalt*)².

El *leitmotiv* de esta norma era y es el siguiente: “el que agrede debe marcharse; la víctima permanece en la casa”, y actualmente cuenta con un relativamente alto grado de efectividad práctica³ y de aceptación ciudadana.

¹ Ley para la protección civil ante actos de violencia y de acoso, conocida como *Gewaltschutzgesetz*. Esta norma conforma a su vez el artículo 1 de la *Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehemwohnung bei Trennung* –Ley para la mejora de la protección jurisdiccional civil en supuestos de actos violentos y acoso, así como para la facilitación del abandono de la vivienda conyugal en supuestos de separación–.

² Véase más ampliamente el documento explicativo elaborado por el *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* junto con el *Bundesministerium der Justiz*, titulado “Mehr Schutz bei häuslicher Gewalt”, 3ª ed., noviembre 2010, cuyas indicaciones seguiremos, como interpretación autorizada, para llevar a cabo el análisis de esta norma.

³ Sobre todo en los supuestos de agresiones no muy graves. Vid. PERRON, W. “La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la República Federal Alemana”, en la obra colectiva *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Coord. J.L. GÓMEZ COLOMER, Valencia, 2007, pp. 489 y ss., esp. p. 498, quien destaca al mismo tiempo la importante labor de las distintas instancias que desde la administración apoyan a la víctima, cuyo eficaz funcionamiento resulta trascendental y complementario a las medidas de coerción judicial y policial.

Analizaremos a continuación los principales aspectos de su contenido:

Según dispone el párrafo 1, las medidas judiciales de protección ante actos violentos y de acoso entrarán en funcionamiento cuando existan indicios fundados de que, de forma dolosa, una persona ha sufrido⁴ lesiones en su cuerpo, un menoscabo de su salud o de su libertad a manos de otra –del mismo o distinto sexo– y ésta solicite, para evitar nuevas agresiones, que se acuerden las medidas precisas para su protección. En todo caso, las órdenes judiciales al respecto deberán estar acotadas temporalmente, si bien los plazos pueden prorrogarse en los supuestos en que la ampliación fuera estrictamente necesaria.

En particular –por tanto, es una cláusula abierta y son posibles otras medidas que fueren adecuadas y proporcionadas en el caso concreto– el tribunal podrá ordenar que el presunto autor de los hechos sea sometido a alguna de las siguientes prohibiciones con el fin de proteger a la víctima:

1. Que se abstenga de entrar en la vivienda de la persona agredida.
2. Que se mantenga a una determinada distancia de la vivienda de la persona agredida.
3. Que se abstenga de acudir a otros determinados lugares a los que regularmente acude la persona agredida⁵.
4. Que se abstenga de contactar o de comunicarse con la persona agredida, incluso a través de la utilización medios de telecomunicación, sean del tipo que fueren.
5. Que se abstenga de provocar ningún encuentro con la persona agredida, salvo que tal encuentro fuere necesario o estuviera justificado.

Todas estas medidas serán de aplicación en cualquiera de los siguientes supuestos, que son concretados por el legislador en el apartado 2º de este mismo párrafo 1º, en los siguientes términos:

1. Cuando una persona haya amenazado a otra con matarla, o con causarle lesiones en su cuerpo o menoscabos en su salud o en su libertad;

⁴ E incluso si ha sufrido amenazas serias, creíbles, de que puede llegar a ser sujeto pasivo de algún tipo de agresión de estas características.

⁵ Está pensando el legislador en el lugar de trabajo de la víctima, en la guardería o colegio al que lleva a sus hijos, o lugares de esparcimiento que frecuenta con asiduidad.

2. Cuando una persona, de forma dolosa y contraria a derecho, haya irrumpido en la vivienda de otra o en sus propiedades; o cuando inaceptablemente la hostigue a través de otra persona, incluso contra la voluntad expresa y reiterada de la víctima; o cuando la persiga utilizando medios de comunicación a distancia.

En consecuencia, las diversas medidas que integran la orden de protección podrán acordarse, no sólo en un contexto de violencia doméstica y/o de género, sino también más ampliamente en casos de allanamiento de morada (*Hausfriedensbruch*) o en supuestos en que se producen formas de acoso inadmisibles, como por ejemplo acechos o persecuciones reiteradas, actuaciones de vigilancia o de observación de la víctima, entre otras posibles acciones que habitualmente se conoce ya como *stalking*⁶, que son conductas punibles en Alemania bajo el tipo específico de la *Nachstellung* desde el año 2007, según dispone el parágrafo 238 *Strafgesetzbuch* –Código Penal–.

Aclara también el legislador que el autor de las agresiones no podrá escudarse o tratar de justificarse alegando que cometió los hechos o las amenazas bajo la influencia de bebidas alcohólicas –u otras sustancias–⁷, ya que también en tales supuestos se acordarán las pertinentes medidas de protección de la víctima, incluida, claro está, la orden de abandonar el domicilio de la pareja.

Por lo demás, conviene tener en cuenta que ésta Ley que analizamos no será de aplicación en los supuestos en que los niños sufran malos tratos a mano de sus progenitores, ya que en estos casos primarán los preceptos y medidas específicas que regulan estos actos punibles. Cuando las víctimas de la violencia doméstica son menores de edad –directa o indirectamente, es decir, como consecuencia de las agresiones que padecen sus madres– no resulta de aplicación la *Gewaltschutzgesetz*, sino los diversos preceptos que en el ordenamiento jurídico alemán otorgan derechos y protegen de manera específica a la infancia (*Kindschaftsrecht*); véase a este respecto el parágrafo 1666 BGB –*Bürgerlichesgesetzbuch*, Código Civil–.

Conviene destacar que además o, más frecuentemente, antes de que el tribunal competente adopte alguna o varias de estas medidas judiciales de protección, y según las normas de Derecho de Policía que rigen en los di-

⁶ Se mencionan también como ejemplo de *stalking* la continua presencia del agresor en el entorno más próximo a la víctima, el reiterado intento de contactar con ella a través de medios de comunicación, dejarle mensajes por distintas vías, o incluso encargar reiteradamente mercancías o servicios suplantando los datos personales de la víctima.

⁷ Vid. parágrafo 1, apartado 3º.

versos *Bundesländer*⁸ –Estados federados–, también los efectivos policiales pueden expulsar a una persona fuera de la vivienda o del entorno inmediato, siempre y cuando fuere necesario para proteger a la víctima o a otras personas –hombres, mujeres o niños– que habiten en esa casa.

Generalmente estas actuaciones tendrán lugar cuando la Policía se ve obligada a intervenir en un supuesto de flagrancia o cuasi-flagrancia, por la actual o reciente comisión de un delito de violencia doméstica, del que habitualmente habrán sido alertados por las propias víctimas, por parientes o amigos de éstas o incluso por los vecinos del inmueble⁹.

La Policía concretará en el mismo acto de intervención el ámbito espacial de protección a la víctima, y se lo comunicará al agresor –hombre o mujer–, de tal manera que a partir de ese momento no podrá permanecer en esa vivienda o espacio indicado. Es más, en la mayoría de los *Länder* la Policía puede incluso detener y mantener bajo custodia (*in Gewahrsam nehmen*) al agresor para hacer efectiva la orden de abandonar la vivienda. En esos casos, la Policía recogerá las llaves de la vivienda de que disponga el agresor y le acompañará hasta que empaquete las cosas personales más necesarias que tuviera en la vivienda en la que residía con la víctima. Naturalmente, si el agresor no procede a acatar la orden de forma voluntaria, la Policía le sacará y le alejará de la vivienda por la fuerza.

Algunos *Bundesländer* autorizan expresamente a su Policía a efectuar tales “expulsiones de la vivienda” (*Wohnungsverweisungen*)¹⁰ incluso por varios días, con el fin de que, durante ese periodo la víctima reciba asesoramiento y, dado el caso, inicie las acciones civiles y solicite del órgano com-

⁸ Véanse en este sentido las referencias que se contienen en el anteriormente citado informe, págs. 9 y ss., y de forma más detallada el Capítulo por mí firmado dentro de este mismo informe colectivo, titulado: “Propuestas de actuación policial”.

⁹ Como bien ha puesto de relieve PERRON, todas estas medidas civiles pueden resultar poco útiles en la práctica para la víctima si tiene que acudir para solicitarlas en primer lugar al juez civil, pues la violencia doméstica se produce en la mayoría de las ocasiones por las noches o en fin de semana, cuando los tribunales civiles están cerrados. Por tal motivo, en una situación de emergencia aguda lo pertinente es avisar a la Policía, cuya competencia para adoptar medidas urgentes de protección no deriva inmediatamente de la *GewSchG*, sino de las normas que conforman el Derecho de Policía, que en Alemania son competencia de cada uno de los *Länder*, motivo por el cual la *GewSchG* no pudo contener en sus anexos modificaciones de las normas de intervención policial. Vid. “La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la República Federal Alemana”, *op. cit.*, pp. 489 y ss., esp. p. 498

¹⁰ Así, la *Polizeigesetz* de Baden-Württemberg, concretamente en el parágrafo 27a, apartado 3º, establece que la Policía puede expulsar a una persona de su vivienda y de su entorno más próximo (*Wohnungsverweis*) cuando esta medida fuere necesaria para proteger a aquella que convive con él –ya sea hombre o mujer–, y que ha sido agredida o amenazada por aquél a quien se le va a imponer el abandono de la vivienda, siempre que la concreta situación de riesgo inminente así lo recomendara.

Estas medidas ordenadas por la Policía *motu proprio* podrán tener una duración máxima de hasta dos semanas, dispone el apartado 4º. Si antes de que concluya ese plazo la víctima solicita una orden

petente las órdenes de protección jurisdiccional que resultaran pertinentes al caso. Se recomienda en todo caso a las víctimas que presenten la solicitud de las órdenes de protección necesarias inmediatamente a los tribunales de familia, para que no existan “huecos” temporales en la protección, ya que las órdenes policiales de expulsión de la vivienda y alejamiento sólo tienen validez por unos pocos días.

Es relevante también –y así está previsto en las Leyes de Policía– que en el mismo acto se indique al autor/agresor que debe designar una dirección o persona para la recepción de notificaciones, pues la eficacia de la orden de protección que ulteriormente se dicte dependerá de tal notificación.

Retomando la orden de protección jurisdiccional civil, las normas procesales atribuyen la competencia para acordar las medidas que la pueden integrar al *Familiengericht*, o tribunal de familia, que en realidad es una sección diferenciada del *Amtsgericht*, el tribunal ordinario de primera instancia en causas civiles.

El procedimiento de adopción comienza con una solicitud de la persona agredida¹¹, que podrá dirigir indistintamente al tribunal de familia de cualquiera de los siguientes lugares: donde se cometieron las agresiones, donde se encuentra la vivienda común de las partes en el proceso o en el lugar de residencia habitual del solicitante de las medidas.

Debe destacarse que se trata de un procedimiento regido por los principios de la llamada “jurisdicción voluntaria” (*freiwillige Gerichtsbarkeit*), lo que en este contexto significa que el tribunal, además de poder hacer uso de los medios de prueba formalmente establecidos en la Ley Procesal Civil (*Zivilprozessordnung*)¹², deberá llevar a cabo las investigaciones o averiguaciones necesarias para determinar los hechos o indicios que pudieran ser

de protección civil, la Policía puede alargar el plazo de la medida de protección inicial hasta otras dos semanas, siempre que persistan los presupuestos y sea necesario su mantenimiento.

Por su parte, la Ley de Policía de la Baja Sajonia –*Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*– regula igualmente la salida del domicilio y la prohibición de permanecer en un determinado ámbito territorial (*Platzverweisung, Aufenthaltsverbot*) en supuestos en que es preciso proteger a los que viven en ella de un peligro actual y cierto de agresión o amenazas por parte de quien convive con los agredidos, con una duración máxima de catorce días. En caso de que la víctima solicite entre tanto una orden de protección jurisdiccional civil, las medidas policiales decaerán cuando se dicte la correspondiente resolución judicial.

¹¹ La norma no requiere asistencia letrada para cursar la solicitud de orden de protección; basta con un escrito de la víctima registrado ante el tribunal. En casos jurídicamente más complejos se le puede recomendar a la víctima que consulte a un Letrado; en el supuesto de que sus ingresos fueran insuficientes, puede solicitar asistencia jurídica gratuita.

¹² Testifical, documental, pericial, reconocimiento judicial e interrogatorio de las partes.

relevantes para la adopción de la decisión que corresponda acerca de las medidas de protección de la víctima.

También es posible que en el marco de la *Gewaltschutzgesetz* la víctima inste la adopción de una orden provisional de protección (*einstweilige Anordnung*), en los supuestos en que la necesidad de aseguramiento es muy urgente a la vista de las circunstancias concretas de peligro del caso. En tales supuestos el tribunal deberá, tan rápidamente como le sea posible, adoptar una decisión de protección, aunque sea de modo provisional y desde luego revisable.

La norma prevé para estos supuestos un procedimiento específico y simplificado, independientemente de que se haya iniciado o no el procedimiento principal. En tales casos urgentes el tribunal puede prescindir de escuchar a la otra parte –al agresor– en la adopción de la medida; además, de alguna manera se rebaja el estándar probatorio necesario para adoptar una medida de protección menos interina, ya que bastará con que las alegaciones en relación con el riesgo y las amenazas resulten creíbles o verosímiles; es decir, que el tribunal esté convencido con un considerable grado de probabilidad de que las agresiones han tenido lugar, bien por las manifestaciones de la víctima o también por la existencia de informes médicos y/o policiales.

En todo caso, al margen de la concreta solicitud de protección que se curse, el tribunal acordará las medidas que más se adecuen a la particular situación de peligro de la víctima y de su entorno. Dicho de otra manera, se confiere al tribunal amplias posibilidades de configurar las medidas de protección según las particularidades del específico caso de violencia.

También está expresamente previsto que el tribunal informe de todas las medidas que adopte en virtud de esta Ley de Protección contra actos violentos, y de sus eventuales modificaciones y cancelaciones, a las autoridades de policía competentes. Además, si otros centros públicos –como por ejemplo los colegios de los menores– estuvieran implicados en la efectividad de las medidas de protección, el tribunal tiene también la obligación de notificar estas decisiones o modificaciones de las mismas.

En definitiva, se trata de evitar que las medidas de protección devengan ineficaces por un déficit de comunicación entre el tribunal y otras autoridades o instituciones públicas vinculadas a la víctima en el caso concreto.

Sin duda alguna el elemento nuclear de esta *Ley para la protección civil contra los actos de violencia* es la regulación que efectúa del abandono o salida obligatoria de la vivienda que deberá llevar a cabo el agresor¹³.

¹³ En todo caso, no conviene perder de vista que la orden de abandonar el domicilio común puede

Aunque el presunto autor de los hechos violentos –hombre o mujer, indistintamente– y la víctima –hombre o mujer, también indistintamente– vinieran compartiendo un hogar desde hace tiempo, la persona agredida podrá utilizar en solitario dicha vivienda, al menos por un cierto tiempo, incluso aunque no fuera la víctima la persona que figurase en el contrato de arrendamiento o no fuese la vivienda de su propiedad¹⁴.

Según dispone el parágrafo 2º de la *GewSchG*, la utilización de la vivienda exclusivamente por la víctima puede ser una medida indefinida en el tiempo si ésta es propietaria de la misma o el contrato de arrendamiento está a su nombre; si ambos fueran propietarios o ambos hubieran contratado su alquiler, o incluso si la casa fuera del agresor, la atribución de la utilización exclusiva a la víctima de la agresión –y por tanto, la expulsión del agresor de la vivienda común– sólo podrá tener una duración temporalmente limitada: un máximo de seis meses¹⁵. En el supuesto de que la víctima no encontrara en ese tiempo otra vivienda o lugar donde vivir, el tribunal competente podría ampliar ese plazo de utilización exclusiva de la vivienda por la víctima que no es propietaria, ni arrendataria, durante un máximo de otros seis meses.

En todo caso, si la víctima que se queda en el que era el hogar común no fuera su propietaria o arrendataria, por razones de equidad deberá ésta abonar la compensación económica pertinente por el tiempo de utilización de la misma, que se determinará en función del coste del alquiler, si bien no tiene que coincidir con éste¹⁶.

Durante ese tiempo de utilización exclusiva de la vivienda por la víctima, el agresor –o agresora, indistintamente– no podrá llevar a cabo ninguna actuación que de alguna manera perjudique o altere la ocupación de la casa por la víctima. Incluso no podrá retirar objetos u elementos de la vivienda si estas acciones menoscabaran en cierta medida el ejercicio de este derecho de uso por parte de la víctima de la violencia doméstica¹⁷.

no ser siempre lo suficientemente segura; dicho de otra manera, puede no ser recomendable que la víctima siga permaneciendo en el que era el hogar común –aunque la ley la ampare–. En no pocas ocasiones, por razones de seguridad para la víctima y para su entorno, o incluso por la sensación subjetiva de miedo y angustia de la víctima. Y a falta de otras alternativas –familiares, amigos, etc.– existe la posibilidad de trasladarse a las llamadas “casas de acogida para mujeres” (*Frauenhaus*).

¹⁴ No obstante, y en aplicación del principio de proporcionalidad de la medida, el órgano jurisdiccional deberá ponderar en la adopción de la decisión si en efecto se pueden temer nuevas agresiones, si el hecho acontecido resultó grave para la víctima e incluso la propia situación personal en que quedará el agresor una vez que sea expulsado de la que era la vivienda común. Véase el apartado 3º del parágrafo 2º.

¹⁵ Véase la regulación más detallada contenida en el párrafo 2º de este parágrafo 2.

¹⁶ El legislador no se refiere al pago del alquiler, de la vivienda, sino al abono de una *Vergütung* (compensación) por razones de equidad (*Billigkeit*). Véase parágrafo 2, apartado 5º.

¹⁷ Previsión contenida en el apartado 4º del parágrafo 2.

Para facilitar la búsqueda de alojamiento o residencia alternativa al agresor, los municipios disponen de servicios sociales que pueden asistirle en caso de necesidad y si así lo requiere.

Un presupuesto importante a tener en cuenta para poder ejercitar la pretensión de expulsión del agresor de la vivienda común ante los tribunales civiles en el marco de la Ley que ahora nos ocupa es que la víctima, dentro de los tres meses siguientes a los hechos violentos, le curse por escrito al autor de las agresiones la solicitud de salida del domicilio común¹⁸. Este plazo le proporciona a la víctima tiempo suficiente para reflexionar acerca de su situación presente y futura, y para asesorarse técnicamente de las consecuencias de sus solicitudes y pretensiones. Incluso está previsto que una mujer que en principio decidió abandonar el hogar común para dirigirse a una “casa de acogida” (*Frauenhaus*) pueda querer regresar al domicilio común y hacer uso de esta posibilidad de expulsión del agresor, bien temporal o incluso definitiva, según el régimen de propiedad, o en su caso de alquiler de la vivienda¹⁹.

Competente para ejecutar forzosamente la resolución del tribunal civil que exige al agresor el abandono del hogar común o, más ampliamente, la observancia de una orden de protección, es el tribunal de ejecuciones (*Gerichtsvollzieher*), que podrá imponer de manera coactiva lo acordado con el auxilio, si fuera necesario, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, quienes actuarán con toda la celeridad que fuera necesaria para hacer efectivo cuanto antes el desalojo de la vivienda en los términos anteriormente expuestos.

Finalmente, en el supuesto de que el agresor haga caso omiso de la orden de protección que el tribunal ha acordado a favor de la víctima, la persona agredida tiene las siguientes opciones: solicitar que el agresor sea expulsado de la vivienda tantas veces como fuere necesario, acudiendo al tribunal de ejecuciones y solicitando el auxilio policial pertinente. Además, puede solicitar que el tribunal de familia que dictó la orden de protección le imponga sanciones económicas (*Ordnungsgeld*) o incluso privaciones de

¹⁸ Requisito contenido en el apartado 3.2 del parágrafo 2º.

¹⁹ En el caso de que agresor y víctima estuvieran casados, entraría en juego el parágrafo 1361b del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, el Código Civil alemán, que al igual que el español, regula en diversos preceptos todo lo relativo a la división del patrimonio común de los cónyuges y al uso de la vivienda común, considerando además la situación de los hijos que pudiera tener el matrimonio. Concretamente en los apartados 2 y ss. de este parágrafo 1361b BGB alude también al obligatorio abandono de la vivienda conyugal por parte de aquel que ha agredido al otro cónyuge, igual que se regula en la *GewSchG*, si bien especificando las circunstancias para los supuestos en que entre agresor y víctima existe un vínculo matrimonial. Para los casos en que estuviéramos ante matrimonios del mismo sexo sería de aplicación una regulación similar, si bien contenida en la *Lebenspartnerschaftsgesetz*, Ley de parejas de hecho.

libertad (*Ordnungshaft*) al agresor/infractor. Incluso, si la conducta infractora del agresor resultara penalmente relevante, se le podrán imponer penas pecuniarias (*Geldstrafe*) o penas privativas de libertad de hasta un año de duración (*Freiheitsstrafe*).

En todo caso, la víctima siempre puede avisar a la Policía cuando se ha producido la infracción de la orden de protección o ésta es inminente, con el fin de que acuda a auxiliarla y a hacer efectivo el contenido de las medidas de protección en vigor, en este caso, en aplicación directa de las normas de Policía de los respectivos *Bundesländer*.

Concluiremos este apartado con una valoración de la aplicación y efectividad de esta *GewSchG*²⁰:

La protección judicial y policial que proporciona esta ley, junto con las de Derecho de Policía complementarias, resulta óptima para los casos de agresiones que no son muy graves o que no se suceden de modo repetido desde hace tiempo, generalmente también con intensidad creciente. En los supuestos de actos violentos reiterados, o de amenazas para la integridad física o psíquica especialmente peligrosas para la víctima y su entorno, no parece que estas medidas puedan resultar altamente eficaces en cuanto a otorgar una protección efectiva y rápida a quien padece este tipo de acciones de violencia de género y/o doméstica, sobre todo, y así lo destacan los especialistas, por la escasa entidad de la pena que puede llevar aparejado el incumplimiento de la orden de abandonar o de no entrar en el antiguo domicilio común, que resulta ser de un máximo de un año de privación de libertad, lo que es percibido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como un mero *Bagatelldelikt* o “delito de bagatela” –delito de escasa o poca importancia relativa–, con la consecuencia de no colocar las actuaciones de imposición coactiva del contenido de la orden de protección civil entre sus principales prioridades de actuación cotidiana.

Además, también plantea problemas en la práctica la sobrecarga de trabajo de las diversas secciones de los *Amtsgericht* –Tribunales de Primera Instancia en el orden civil–, que operan al mismo tiempo como Juzgado de Familia competente para el dictado de las resoluciones que aquí nos ocu-

²⁰ Véase más ampliamente, PERRON, W., “La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la República Federal Alemana”, *op. cit.*, pp. 489 y ss.; WEBER, A.: “Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2009. Ehe- und Lebenspartnerschaftsrecht, Kindschaftrecht, Ehwohnung, Haushaltsgegenstände / Hausrat, Gewaltschutz und vermögensrechtliche Beziehungen”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 42/2010, pp. 3071 y ss., y concretamente en relación con las medidas civiles de protección contra el acoso, vid. Von Pechstaedt, V., “Zivilrechtliche Abwehrmassnahmen gegen Stalking”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 18/2007, pp. 1233 y ss.

pan, lo que implica dilaciones en la obtención de la correspondiente orden de protección civil, circunstancia que desde luego no favorece en absoluto la protección rápida y efectiva de la víctima de este tipo de actos violentos.

También han puesto de relieve los analistas las dificultades que conlleva conseguir la notificación formal al agresor de las resoluciones judiciales que acuerdan la orden de protección, y en particular sobre el mandato de abandono del domicilio común, lo que resulta especialmente grave si tenemos en cuenta que tal notificación formal –fehaciente– es condición para que se pueda perseguir penalmente al agresor por desconocimiento o vulneración del contenido acordado en la correspondiente orden de protección.

Finalmente, se destaca también como elemento problemático para la efectividad de la seguridad de la víctima y de su entorno el hecho de que, en caso de incumplimiento de la orden de protección, su ejecución forzosa por los tribunales civiles competentes (*Gerichtsvollzieher*) resulte compleja y lenta dada la sobrecarga de trabajo de estos órganos jurisdiccionales. Y todos sabemos el incremento del riesgo que para la víctima conlleva el que se acuerde una orden de protección cuyo cumplimiento no puede vigilarse suficientemente y cuya vulneración no implica una ejecución forzosa inmediata.

5

PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL CIVIL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN AUSTRIA

“Montserrat de Hoyos Sancho. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

La primera Ley austriaca para la protección contra la violencia en el ámbito familiar (*Gewaltschutzgesetz*) entró en vigor el 1 de mayo de 1997 y su finalidad era establecer los presupuestos para lograr una rápida y eficaz protección de las víctimas de violencia doméstica.

Esta ley fue complementada posteriormente con las correspondientes modificaciones en las Leyes de Policía (*Sicherheitspolizeigesetzes*) y destacadamente también con la entrada en vigor de la Ordenanza de Ejecuciones (*Exekutionsordnung*), el 1 de enero de 2004.

Finalmente, la entrada en vigor de la 2ª Ley para la protección contra la violencia (*Zweiten Gewaltschutzgesetz*¹) supuso, entre otros extremos, una modificación importante en los presupuestos normativos de las diversas órdenes cautelares para la protección de la víctima desde el orden jurisdiccional civil.

En líneas generales, la Ley para la protección contra la violencia autoriza a la Policía a expulsar de la vivienda común a aquellos que pongan en peligro la integridad física y/o psíquica de los demás que conviven en ella, imponiendo al mismo tiempo una prohibición de retorno.

Al igual que sucede en el sistema alemán de protección de víctimas de la violencia doméstica en el ámbito civil, rige también en el ordenamiento austriaco el principio “quien agrede debe marcharse” (“*Wer schlägt, der geht*”).

En aquellos supuestos en los que es necesario adoptar medidas menos interinas para la protección de la víctima –órdenes cautelares que

¹ BGBl. I Nr. 40/2009.

van a prolongarse algo más en el tiempo— la persona que ha padecido las agresiones y/o la situación de peligro tiene la posibilidad de acudir al tribunal competente para solicitar el dictado de una “orden cautelar” (*Einstweilige Verfügung* – EV), de carácter jurisdiccional y de duración también limitada en la norma, pero menos interina que las decisiones policiales.

Analizaremos a continuación las distintas posibilidades de protección y sus respectivos presupuestos normativos con algo más de detalle².

En el párrafo 382 apartado b) de la *Executionsordnung*, en la versión dada al mismo por la aludida 2ª Ley para la protección contra la violencia, se prevé una modalidad de *Einstweilige Verfügung* u orden cautelar de protección a la víctima que recibe el nombre de “*Schutz vor Gewalt in Wohnungen*”—protección en supuestos de violencia doméstica—.

Esta medida de protección será acordada por el tribunal (*Bezirksgericht*³) cuando una persona haya sufrido una agresión física o una amenaza de tal y/o una agresión en su integridad psíquica de tal entidad que resulte inasumible por la víctima proseguir la vida en común en la misma vivienda.

Ante estos presupuestos fácticos, la persona agredida podrá solicitar al tribunal que ordene al agresor abandonar la vivienda y sus inmediaciones, así como prohibirle retornar a la misma.

El plazo de duración de la medida puede extenderse hasta los seis meses. En caso de que se inicie un proceso de separación o divorcio esta medida de protección de la víctima podrá mantenerse vigente hasta que concluya ese proceso “principal”.

El párrafo 382 apartado e) de la *Executionsordnung* contiene la llamada “protección general en supuestos de violencia” –*Allgemeiner Schutz vor Gewalt*— que podrá adoptarse por el tribunal como orden cautelar, al igual que en el supuesto anterior, cuando una persona haya sufrido una agresión física o una amenaza de tal y/o una agresión en su integridad psíquica de tal entidad que resulte inasumible para la víctima volver a encontrarse con su agresor⁴.

² Utilizaremos en la exposición de los distintos instrumentos de protección civil la información que al respecto se contiene en la página web del *Bundesministerium für Frauen und öffentlichen Dienst*—Ministerio para las mujeres y los servicios públicos- del gobierno federal austriaco. Pueden consultarse los distintos apartados temáticos contenidos en la página oficial: <http://www.frauen.bka.gv.at/site/5526/default.aspx>

³ Juzgado comarcal, que para facilitar la solicitud de la víctima, será territorialmente competente el del lugar de residencia de ésta.

⁴ No es preciso que el agresor y la persona agredida hayan convivido o que hayan tenido una relación previa.

En estos casos la persona agredida o necesitada de protección podrá instar del tribunal el dictado de una *Einstweilige Verfügung* –medida cautelar- cuyo contenido será la prohibición dirigida al agresor de permanecer en un determinado espacio tal y como sea acotado⁵, así como la obligación de evitar todo tipo de encuentro o contacto de éste con el solicitante de la medida.

Esta medida podrá prolongarse hasta un año –si el agresor la infringe es posible ampliar su duración un año más-, y podrá combinarse o acordarse en conjunción con la anteriormente expuesta medida de protección ante supuestos de violencia en el hogar -orden de expulsión del domicilio común-.

En ninguno de los dos supuestos exige la ley la preceptiva asistencia letrada para la solicitud de las medidas de protección⁶.

Por su parte, el párrafo 382 g) de la *Executionsordnung* contiene la llamada “protección ante injerencias en la vida privada” –*Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre*– que posibilita la adopción de la *medida cautelar ante supuestos de Stalking o acoso* –conocida como “*Stalking EV*”–, y cuya finalidad es evitar que se produzcan situaciones que caen bajo el tipo del acoso, descrito en el párrafo 107 b) del Código Penal Austriaco –“*Fortgesetzte Gewaltausübung*”, violencia continuada, conformada por actos que, individualmente considerados pueden no resultar graves, e incluso ser impunes, pero considerados en conjunto y con perspectiva temporal, deben ser castigados: violencia, amenazas, malos tratos incluso leves...–.

Al margen de la protección penal que dispensa el *Strafgesetzbuch* –Código Penal– a las víctimas de acoso, está también previsto que éstas puedan instar ante los tribunales civiles de su lugar de residencia una *Einstweilige Verfügung* –orden cautelar– para proteger a la víctima de cualquier actuación que suponga una reiterada intromisión en su vida privada en forma de acoso.

Ante tal solicitud, el tribunal puede acordar alguna de estas medidas, varias o todas ellas: prohibición de contactar personalmente con la víctima o

⁵ Lo que puede incluir la prohibición de acercarse o permanecer, no sólo en el entorno de la residencia de la víctima, sino también en su lugar de trabajo, colegio de los hijos, etc., lugares en todo caso que se deberán especificar en la correspondiente orden de protección – medida cautelar.

⁶ No obstante, si la víctima considerase necesario el asesoramiento jurídico -*Rechtliche Beratung*- existe la posibilidad de acudir a los llamados “*Gewaltschutzzentren*” –centros de protección contra la violencia-, a los “hogares para mujeres” o a los “centros de asesoramiento para mujeres”, cuya actuación es valorada muy positivamente como complemento imprescindible para el correcto y completo funcionamiento de las medidas cautelares de protección.

de perseguirla; prohibición de contactar con la víctima por carta, teléfono u otras formas de comunicación telemática; prohibición de permanecer en un determinado lugar o ámbito geográfico; prohibición de transmitir o distribuir datos personales o fotos de la persona acosada; prohibición de encargar mercancías o servicios bajo la utilización de datos personales de la persona acosada, también a través de un tercero; prohibición de provocar el contacto con la víctima por medio de un tercero.

Su duración puede extenderse hasta un máximo de un año, si bien al igual que en la medida anterior podría solicitarse la prolongación de su vigencia más aún si las prohibiciones acordadas para la protección de la víctima son vulneradas por el agresor o si se mantiene la vigencia de un proceso principal por el delito de acoso.

Debemos también destacar que el legislador ha previsto expresamente en el parágrafo 390 apartado 4º que el otorgamiento de una medida cautelar de protección, del tipo de las anteriormente expuestas, no podrá hacerse depender en ningún caso de la prestación de una fianza o garantía pecuniaria por parte de la víctima que solicita la protección.

Por lo demás, al igual que sucede en el sistema cautelar civil alemán, también puede la Policía austriaca, como medida independiente y generalmente previa a la orden cautelar jurisdiccional -“*Einstweilige Verfügung*”-, decidir y ejecutar por la fuerza si fuera preciso una expulsión del agresor de la vivienda que compartía con la víctima a la vez que le impone una prohibición de regresar a la misma. Esta medida se conoce como “*Wegweisung und Betretungsverbot durch die Polizei*” y no tiene que ir necesariamente seguida de una orden jurisdiccional de protección si ésta no fuera precisa.

Esta actuación policial se regula en el parágrafo 38a) *Sicherheitspolizeigesetz (SPG)*, que concretamente autoriza a la Policía en caso de peligro a expulsar de la vivienda al agresor y a prohibirle regresar a ella o volver a entrar en la que era la vivienda común, de ninguna manera.

Los presupuestos de esta actuación policial son los siguientes: con fundamento en hechos concretos puede presumirse racionalmente que existe una amenaza real de que se repitan las agresiones contra una persona que vive en ese domicilio, una amenaza para la vida, la salud o la libertad.

Las medidas de protección policial alcanzan a todas las personas que habitan en la vivienda, independientemente del parentesco o relación en

virtud de la cual viven en ese domicilio (esposa, pareja de hecho, niños, parientes, subarrendados, compañeros que comparten vivienda...).

Está previsto que en estos casos la Policía retire inmediatamente al agresor las llaves de la vivienda que pudiera tener y le pedirá en ese mismo momento que indique una dirección en la que se le notificarán las resoluciones judiciales pertinentes.

La prohibición de retornar al domicilio de la víctima abarca también su entorno más inmediato: entrada de la vivienda, garaje, jardín, salidas secundarias...; estos ámbitos serán concretados por la Policía en función de las características de la vivienda, y el agresor no podrá acceder a esas zonas ni siquiera con el consentimiento de la persona previamente agredida. Si el agresor desconociera esta prohibición policial estaría cometiendo una infracción administrativa, que podrá ser sancionada con una multa de hasta 360 euros⁷; si amenzara a la persona protegida o llegara a agredirla de nuevo, naturalmente se aplicarán las normas penales pertinentes.

Esta medida policial puede tener una duración de hasta dos semanas, y la Policía vigilará su cumplimiento dentro de los tres días siguientes a su adopción. Si dentro del plazo de las dos semanas se solicita una orden cautelar jurisdiccional de protección –*Einstweilige Verfügung*- en virtud del parágrafo 382 b) –expuesta *supra*-, la prohibición policial de regresar al domicilio podrá extender su duración hasta cuatro semanas, tiempo suficiente para que el tribunal acuerde a solicitud de la víctima medidas de protección menos interinas.

⁷ Que a todas luces no parece una cantidad que disuada suficientemente del incumplimiento de la orden policial.

6

ASPECTOS ESENCIALES DE LA TUTELA JURISDICCIONAL CIVIL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN ITALIA

Rafael Cabrera Mercado. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Jaén

Aunque desde hace muchos años se está solicitando una legislación *ad hoc* para luchar contra la violencia de género en Italia, lo cierto es que por ahora sólo se ha legislado contra los abusos o violencia que se pudieran producir en el seno de la familia. En efecto, la única Ley aprobada hasta el momento por el Parlamento italiano al respecto se circunscribe a la violencia dentro del ámbito familiar, en defensa del cónyuge o pareja y del conviviente “débil”. Y esta es la Ley nº 154, de 4 de abril de 2001, de Medidas contra la violencia en las relaciones familiares¹.

La Ley pretende reforzar la protección de las víctimas de este tipo de violencia con medidas judiciales precautorias que tutelen a la mujer y a otros miembros del núcleo familiar, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal –penal y civil–. En concreto, en el Código de Procedimiento Penal (*Codice di Procedura Penale*, CPP en siglas), se introdujo una novedosa medida cautelar personal de tipo coercitivo denominada “alejamiento de la casa familiar” por la que el Juez penal puede obligar al imputado sobre el que existan graves indicios de culpabilidad por agresiones, malos tratos y otros delitos contra la vida familiar, a abandonar inmediatamente la casa donde conviva con la persona agredida, no dejándole volver o acceder a la misma sin su autorización. Igualmente puede alejarlo de lugares habitualmente frecuentados por la persona ofendida (artículo 282-bis)².

¹ *Legge 4 aprile 2001, n° 154, Misure contro la violenza nelle relazioni familiari (G.U. n° 98 del 28 aprile 2001)*. Esta Ley ha sido reformada dos veces posteriormente: por la *Legge 6 novembre 2003, n° 304* y por el *Decreto Legge 23 febbraio 2009, n° 11*. Después daremos cuenta del contenido de dichas reformas.

² Sobre los aspectos penales y procesales penales puede verse, Santos Alonso, J., *La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal y procesal italiano*, y Velasco Núñez, E., *La protección a las víctimas del maltrato en España y en derecho comparado*, ambos publicados en “La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado”, Cuadernos de Derecho Judicial, II-

Por su parte, en el ámbito del Código Civil (CC) italiano se creó el Título IX-bis del Libro I (dedicado a la Persona y a la Familia), compuesto por los artículos 342-bis y 342-ter, regulando la orden de protección civil contra los abusos familiares y el contenido en sí de esa medida cautelar, respectivamente. A la vez, y a través siempre de la Ley nº 154/2001, se introdujo también un nuevo Capítulo –el V bis– dentro del Título II del Libro IV del Código de Procedimiento Civil italiano (CPC), estableciendo el art. 736-bis el procedimiento civil para la adopción de las órdenes de protección contra los abusos familiares³.

1. ASPECTOS SUSTANTIVOS: REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

Nosotros nos vamos a centrar en este trabajo en la orden de protección civil regulada por el ordenamiento jurídico italiano por lo que supone de alternativa de actuación de la mujer que es víctima de abusos de acudir al Juez civil en busca de protección, sin necesidad por tanto de impetrar necesariamente el inicio de un proceso penal contra el agresor. En el fondo late la idea de que no todas las agresiones a la mujer son hechos penales perseguibles y también la realidad de que no siempre la persona ofendida tiene la facultad de instar la adopción de medidas cautelares penales, por las limitaciones que impone la ley procesal italiana. Por ello, se instaura esta posibilidad legal de acudir al juez civil.

Como se ha dicho⁴, la orden de protección civil italiana es la respuesta “a medio camino”, una vía intermedia, entre el recurso a la justicia penal –mucho más traumática y complicada– y los procesos civiles de cesación o ruptura del vínculo conyugal. Con ese instrumento cautelar queda abierta la posibilidad de reconstrucción de las relaciones familiares allí donde la violencia no haya supuesto un desgarramiento irremediable entre los miembros del grupo familiar. El legislador italiano parece que quisiera abrir un espacio a la reconciliación entre maltratador y la víctima, y por eso prevé, en el artículo 342 ter, párrafo segundo, que el Juez obligue, como parte del contenido de

2005, págs. 331-362 y 147-148, respectivamente. También, De Marzo, G., *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, Famiglia e Diritto, n. 5/2002, págs. 537-550, y, de forma más amplia, Zanasi, F.M^a., “Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari”. Milano, 2008.

³ El Libro IV del *Codice di Procedura Civile* regula los procedimientos civiles especiales y en su Título II –donde se inserta el nuevo Capítulo V–bis– de forma específica los procedimientos de familia y estado de las personas.

⁴ Vid. Mayordomo Rodrigo, V., “La violencia contra la mujer. Un estudio de derecho comparado”. Madrid, 2005, págs. 107–108.

la orden de protección, la intervención de los servicios sociales especializados o de un centro de mediación familiar. Posiblemente, el principio de intervención mínima del derecho penal haya incidido en la voluntad política del legislador italiano de regular un mecanismo paralelo a la vía penal, en un intento más para poder frenar y prevenir el fenómeno de violencia doméstica contra mujeres y menores fundamentalmente. Por tanto, la orden de protección civil italiana además de proporcionar la seguridad necesaria a la víctima que no quiere actuar penalmente contra su agresor, conlleva en su complejidad medidas para consentir en la medida de que ello sea posible una futura reconciliación entre los miembros de la familia.

Esta posibilidad, esta alternativa, no es propia ciertamente de la legislación italiana sino que tiene su inspiración de fondo en la *Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie* austriaca de 1997, en la coetánea *Gewaltschutzgesetz* alemana de 2001 –que también se analizan en este trabajo– e incluso en la experiencia en el ámbito jurídico anglosajón, en concreto en los Estados Unidos de América y en su *Order of protection*⁵.

En concreto, ¿cómo se define y cuál sería el contenido de esta orden de protección civil? Para ello, como antes hemos señalado, tenemos que examinar aunque sea de manera sucinta los artículos 342-bis y 342-ter del *Codice Civile*.

El primero de los preceptos señalados establece⁶ que “cuando la conducta del cónyuge o de otro conviviente es causa de grave perjuicio para la integridad física o moral, que afecta a la libertad del otro cónyuge o conviviente, el juez (*civil*), a instancia de parte, puede adoptar a través de decreto una o más de las medidas establecidas en el artículo 342-ter” (la cursiva es nuestra).

Se trata de una previsión extremadamente amplia, como vemos, que intenta evitar un grave perjuicio para la vida, para la salud física y moral, para la seguridad y libertad del familiar. La ley civil se confía a esta cláusula general y no prevé mayor concreción de comportamientos que justifiquen la emisión de una orden de protección. Verificándose esos presupuestos genéricos que deberán concretarse en hechos concretos, el juez, sirviéndose

⁵ Cfr. Orlandi, R., *La protección procesal de la víctimas de la violencia de género en Italia* (traducción de Planchadell Gargallo, A.), en “Tutela procesal frente a hechos de violencia de género” (Coordinador Gómez Colomer, J.L.). Castellón de la Plana, 2007, pág. 516.

⁶ Tal y como ha quedado redactado tras la reforma operada por la Ley nº 304/2003, de 6 de noviembre, a la que más arriba hemos hecho referencia. En efecto, originariamente se establecía que la persona agredida sólo podía dirigirse al juez civil en el caso de delitos perseguibles de oficio, lo cual limitaba notablemente el campo de aplicación de la norma.

de un procedimiento sumario de tipo sustancialmente cautelar⁷, puede dictar medidas que incidan sobre los derechos fundamentales de la persona, reconocidos y garantizados en la Constitución italiana, en particular en los art. 13 a 16 (libertad personal, libertad de circulación y de residencia), y en el art. 42 (propiedad privada)⁸.

En otro orden de cosas, la norma equipara matrimonio y convivencia *more uxorio*. Y, además, el art. 5.1 de la Ley n° 145/2001 dispone igualmente que “las normas de la presente ley se aplican, en cuanto son compatibles, también para el caso en el que la conducta perjudicial se ha producido por otro componente del núcleo familiar distinto al cónyuge o pareja, o en la confrontación de otros componentes del núcleo familiar distinto del cónyuge o pareja”. La previsión, por tanto, extiende la operatividad de las órdenes de protección, ofreciendo una tutela a todos los componentes del núcleo familiar, incluidos los menores (víctimas de una violencia proveniente del progenitor, de su pareja o de otros sujetos de la familia), así como otras personas, unidos por enlaces de parentesco o afinidad⁹.

Con respecto al contenido de la orden de protección, hay que estar a lo prescrito en el artículo 342-ter, que se asemeja mucho a lo establecido en sede penal en el artículo 282-bis CP. Así, el juez civil, una vez acreditada una situación de violencia, aparte de requerirle al agresor que cese inmediatamente su conducta violenta, puede disponer el alejamiento del conviviente o familiar culpable de la casa familiar, prohibiéndole además el acercarse a los lugares frecuentados por él y a los que se hace referencia en la orden de protección: “en particular al lugar de trabajo, al domicilio familiar de origen, al domicilio de otros parientes próximos u otras personas que frecuenten los centros de educación de los hijos de la pareja, salvo que éste no deba frecuentar los mismos lugares por exigencias de trabajo”. Junto a la orden de alejamiento y, alternativa o conjuntamente con la anterior prohibición, el juez

⁷ La doctrina italiana sigue discutiendo si la naturaleza jurídico-procesal de la Orden de protección es cautelar o es un acto de jurisdicción voluntaria. Simplificando mucho, para unos la falta de la nota de instrumentalidad, le hace un acto de jurisdicción voluntaria; para otros, la existencia de contenciosidad la hace cautelar.

⁸ Cfr. Orlandi, R., *Protección procesal...*, cit., pág. 523; Figone, A., *La legge sulla violenza in famiglia*, *Famiglia e Diritto*, n. 4/2001, pág. 546. Lo cual fue muy criticado por algunos autores que pusieron en duda la constitucionalidad de este precepto. Al respecto, vid., Fiorin, M., *Ordini di protezione contro gli abusi familiari: questioni di incostituzionalità*, 15 dicembre 2008, www.studiofiorin.it.

⁹ Cfr. Gómez Pardos, L., *El derecho italiano en la protección de menores víctimas de violencia doméstica: análisis general de la tutela civil y penal en la Ley italiana n. 154/2001 y sus implicaciones para el menor. Una visión comparada con la normativa española*, *Noticias Jurídicas*, Artículos Doctrinales, Derecho Penal, septiembre 2005, www.noticias.juridicas.com. Se ha denunciado, al respecto, la falta de coordinación legislativa habiendo dudas de si, en caso de violencia contra menores, el competente sería el Juez civil o bien el Tribunal de Menores.

puede disponer la intervención de los servicios sociales del territorio, de un centro de mediación familiar, incluso de asociaciones cuyo fin sea la protección de las mujeres, menores y otros sujetos víctimas de abusos familiares. Puede también obligar al responsable de la violencia familiar el pago de una pensión a favor de los familiares que, por el efecto del alejamiento y de otras eventuales medidas, se encuentren privados de medios económicos adecuados, con la posibilidad de ordenar el pago de dicha pensión directamente a la empresa para la que trabaje el agresor obligado.

En el párrafo tercero del artículo que estamos comentando, se establece la duración y la posibilidad de prórroga de la orden de protección. Efectivamente, conforme a la naturaleza provisional de la medida, se determina que el juez deberá señalar expresamente la duración de la misma que no podrá ser superior a un año¹⁰. En tal lapso de tiempo los cónyuges (o las parejas o el resto de familiares afectados) deben de estar en situación de resolver el conflicto, aceptando vivir bajo el mismo techo u optando por la separación voluntaria, ayudados en su caso por personal especializado de los servicios sociales o de mediadores familiares. El plazo puede ser prorrogado “a instancia de parte, alegando graves motivos y por el tiempo estrictamente necesario”. Se trata de una previsión muy ambigua que atribuye un excesivo poder discrecional al juez; no se prevé además ningún plazo final predeterminado para la prórroga, ni se excluye –y por lo tanto implícitamente se admite– más prórrogas después de la primera.

Por último, el art. 342–ter, determina que el juez que ha emitido la orden de protección, es competente también para llevar a cabo la ejecución de la misma en sus propios términos. Se prevé además la adopción de medidas complementarias para lograrlo, pudiéndose valer incluso de la fuerza pública y del personal sanitario. El incumplimiento de la orden de protección impuesta por el juez viene castigado, a petición de la persona perjudicada, con la pena prevista en el art. 388 CP (incumplimiento doloso de una medida judicial)¹¹.

¹⁰ Originariamente se fijó el plazo máximo de duración en seis meses, pero el *Decreto Legge* nº 11/2009 –al que ya hemos hecho referencia– lo amplió a un año.

¹¹ Cfr. artículo 6, Ley nº 154/2001.

2. ASPECTOS PROCESALES: REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL ITALIANO¹².

a) Competencia, solicitud y defensa técnica

El procedimiento que conduce al nacimiento de un orden de protección por parte del juez civil está regulado en el art. 736 bis CPC, como ya anunciamos.

La competencia para conocer y admitir las medidas del art. 342 bis y ter del Código Civil la va a tener el tribunal ordinario del lugar de residencia o el del domicilio de la víctima. Evidentemente, con esta previsión de fuero alternativo, el legislador pretende facilitar lo más posible la utilización de la acción, ofreciendo a la víctima una alternativa para el caso de que deba abandonar temporalmente la propia casa o residencia.

Están legitimados activamente “los componentes del núcleo familiar dañado, en el que se produce la conducta perjudicial”, los cuales deberán presentar ante el Tribunal el correspondiente escrito. Si bien se refiere indistintamente a las personas de sexo masculino o femenino, es evidente que el instrumento en cuestión se destina a proteger a las personas más vulnerables de la familia, es decir a la mujer y a los hijos. Pero no se excluye que el hombre pueda hacer uso de tal disposición, ante la existencia de malos tratos ocasionados por la pareja femenina.

El tribunal decide en composición unipersonal. No obstante el art. 736 bis CPC, *in fine*, prevé, con carácter general y remitiéndose a lo previsto en el art. 737 CPC, la aplicabilidad de las disposiciones dictadas en materia de procedimientos en Cámara de Consejo –si es compatible– para las cuales está prevista la decisión colegial. Tal excepción responde a la exigencia de

¹² Para la redacción de los aspectos procesales de la orden de protección civil se ha consultado la siguiente bibliografía, aparte de la ya citada: D'Alessandro, E., *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, marzo 2007, Anno LXI–n. 1, págs. 225-245; Vullo, E., *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., Anno LIX (2005), págs. 129-158; Auletta, F., *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari*, Rivista di Diritto Processuale, Vol. LVI (II serie)–Anno 2001, págs. 1045-1067; Ciaroni, L., *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, Giurisprudenza di Merito, 2006, n° 09, págs. 1840 y ss.; Anceschi, A., “La violenza familiare”, Modena, 2009; Delle Donne, C., *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, Giurisprudenza di Merito, 2005, n° 11, págs. 96 y ss.; Vacarella, R., Giorgetti, M., “Codice di Procedura Civile”. Milano, 2008, págs. 2936 y ss.; Picardi, N., “Codice di Procedura Civile”, Tomo II (IV ed.). Milano, 2008, págs. 3424 y ss.; Conte, G., Ferrando, G., “Codice Civile commentato”, Edit. Ipsoa, 2005, págs. 956 y ss.; Bartolini, F., “Codice di Procedura Civile. Commentato con la giurisprudenza” (25ª ed.). Piacenza, 2008, págs. 2010 y ss.; Paladini, M., “Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniale di protezione. Profili di diritto civile, penale y comparato”, Edit. Cedam, 2009; Sobre la jurisprudencia emanada al respecto por los Tribunales italianos, consultar *Sistema Leggi d'Italia, Codici d'Italia*, www.bd05.leggiditalia.it.

celeridad que caracterizan las medidas de tutela del art. 342 bis CC y que en el caso de la competencia de un órgano jurisdiccional compuesto de varios miembros, correría el riesgo de conculcarse.

Con los artículos 4 y 7 de la ley nº 154/2011 se asegura la tutela, y para facilitar el acceso a la misma, se anulan los costes, derechos y tasas obligatorios en otros procedimientos civiles. La disposición introducida por el art. 4 relativa al tratamiento de los procesos civiles en el periodo hábil de los magistrados, podrá también ser omitido, porque el art. 3 de la ley 7 de octubre de 1969, nº 742, establece que en materia civil el art. 1 de la misma ley no se aplica a los procedimientos indicados en el art. 92 del ordenamiento judicial. Este último establece, a su vez, que durante el periodo hábil de los juzgados, los tribunales han de tratar las causas relativas a los procedimientos cautelares, y en general aquellos que retrasan la tramitación y que puedan ser perjudiciales a las partes. En definitiva, para la adopción de las órdenes de protección no habrá días inhábiles.

Con la finalidad de facilitar a las víctimas de abusos familiares el acceso a la justicia, el legislador ha reconocido al solicitante la facultad de promover la acción sin defensa técnica. Se persigue, de esta forma, el doble objetivo de acceder al Juez de la manera más directa y menos onerosa posible. La exigencia de una rápida respuesta judicial conlleva la inmediata adopción de una orden de protección que se deberá solicitar por la persona agredida si en el momento de la propuesta de la demanda hay un relato preciso de los hechos y una atenta indicación de los medios instructores. La decisión del legislador, para algunos, va en la línea de entender que la exigencia de los conocimientos técnicos –del abogado– unida a la participación emotiva del recurrente podría representar obstáculos difícilmente superables de los amplios poderes reconocidos al juez por las disposiciones en cuestión.

No obstante, y refiriéndonos a la legitimación pasiva, se afirma que la incidencia de las órdenes de protección sobre la libertad personal requiere la garantía del derecho a la defensa técnica en cada fase del procedimiento y, particularmente, en la entrevista con el juez que adquiere una gran importancia. Por eso, la facultad de actuar sin dirección letrada –por parte de la víctima– puede predicarse solamente en el momento de la presentación de la demanda, mientras que para el resto del procedimiento sería obligatorio la asistencia técnica porque el art 733 bis CPC no prevé que las partes puedan acudir al juicio personalmente, sin abogado. Tal opinión, sin embargo, no es compartida por parte de la doctrina, porque aquellas excepciones se refieren al procedimiento ordinario o, en todo caso, al contencioso, mientras que en el presente caso hay una hipótesis diferente, al tratarse de un procedimiento

de jurisdicción voluntaria caracterizado por la necesidad de un procedimiento rápido. Para confirmar esto, se añade la previsión de una cláusula de reserva, que se aplica al nuevo procedimiento, si es compatible, con el art. 737 CPC (que hace el art. 736 bis, *in fine*, como vimos); y tal previsión, en principio inútil y superflua, hace decantarse por una interpretación contraria a aquella indicada, y por lo tanto por la posibilidad para la parte de acudir a juicio sola, sin asistencia técnica. No está prevista la intervención del Ministerio Público y, por lo tanto, ésta debe considerarse como no obligatoria.

Pasando ahora a considerar aquellos aspectos sustanciales del acto inicial, es necesario manifestar que la solicitud ex art. 342 bis CC debe indicar, entre otros, los elementos a los que se refiere el art. 125 CPC, útiles para la identificación de la demanda, también en lo relativo la protección de los derechos patrimoniales y/o personales sobre los cuales se reclama la decisión judicial, además de los hechos y los fundamentos de derecho que constituyen la causa de pedir y que sustentan tales peticiones de adopción de la orden de protección.

La competencia de la petición así articulada y que, como se ha indicado, puede ser presentada también personalmente por el recurrente, viene encomendada al Presidente del Tribunal ordinario, que designará el juez encargado de la tramitación de la demanda (cfr. art. 736 bis, segundo párrafo). En referencia al desarrollo del juicio no hay nada relevante digno de mencionar, salvo el hecho de que, tal y como señala el art. 737 CPC, en este caso se remite a las decisiones jurisdiccionales en su mayor parte a la autoridad jurisdiccional y no a la ley la determinación de tiempo que debe transcurrir entre la notificación de la demanda a la otra parte y la fecha de la audiencia. Con carácter general, en la mayoría de las ocasiones se remite a la autoridad jurisdiccional tanto la individualización de los poderes procesales de las partes como la determinación del modo y tiempo de su ejercicio.

b) Procedimiento ordinario: la emisión contradictoria de la medida

En general, el juicio para la emisión de las órdenes de protección, se desarrolla mediante un proceso contradictorio de las partes y, solo en casos particulares, cuando existen razones de urgencia y de manera excepcional, se puede celebrar *inaudita parte*, según un esquema que copia del proceso cautelar uniforme del art. 669 bis CPC.

En el procedimiento contradictorio que se desarrolla, el proceso puede ser así resumido: después de la presentación del recurso (petición), el juez

fija, mediante decreto el alcance del mismo, la audiencia para la comparecencia de las partes y el plazo para la notificación a la parte contraria de la demanda y de dicho decreto, que debe ser notificada también al peticionario. La Audiencia de las partes se caracteriza por su carácter obligatorio, debiendo las mismas comparecer personalmente, sin la necesidad de la asistencia de un defensor.

Es verdad que el juez decide sobre el recurso “oyendo a las partes” conforme al principio de contradicción, pero esto no supone una vía abstracta, bajo pena de nulidad, la asistencia personal de las mismas o la fijación de una nueva audiencia en caso de incomparecencia del acusado, lo que va a garantizar: a) en primer lugar una válida notificación (requisito formal indispensable) y un plazo adecuado para comparecer según las circunstancias del caso concreto; b) la posibilidad de ser escuchado y defenderse también con la asistencia de un abogado. Es verdad que la extrema delicadeza de estos procedimientos hacen sumamente conveniente, y así se puede decir que se hace en la práctica, la audiencia directa de ambas partes ante el Juez, que tendrá así más elementos de valoración: pero todo esto refuerza el mérito, la seguridad y el grado de precisión de la instrucción, de tal manera que el juicio se constituye en la base de la demanda, y no el derecho de defensa del acusado.

La instrucción de la causa viene desarrollada sin ninguna formalidad y el juez cumple con los actos que considere necesarios para asegurarse las razones en las que basar su decisión. El art. 736 bis CPC, además atribuye al juez una gran flexibilidad en el desarrollo y búsqueda de las pruebas, sin merma lógicamente del respeto al fundamental principio de contradicción. Las investigaciones, pueden ser desempeñadas también a través de la policía tributaria. Esta investigación no se limita a los ingresos personales de las partes, ya que también se ha de tener presente el ritmo de vida y el patrimonio personal y común de los mismos, para así tener más elementos de prueba que justifiquen la futura liquidación y la fijación de la pensión que corresponda a cargo del obligado. Con respecto al nivel de vida se trata de conocer cuáles son los ingresos que se declaran y si estos se corresponden con dicho nivel de vida y averiguar la disparidad entre los ingresos declarados y las reales posibilidades económicas. Las investigaciones sobre el patrimonio familiar tienden también a la averiguación de los bienes personales, tanto los propios como aquellos que se aportaron al fondo patrimonial eventualmente constituido. La finalidad de esta investigación consiste en evaluar las disponibilidades económicas de alguna de las partes y de los otros miembros de la familia.

c) Procedimiento extraordinario: pronunciamiento “*inaudita parte*”

En las situaciones de urgencia, inmediatamente después de la presentación de la demanda e inmediatamente después de las averiguaciones básicas, el juez se pronuncia sobre la petición y fija la fecha de la audiencia para la comparecencia de la víctima y de su presunto agresor. El decreto que dispone los órdenes de protección, emitido *inaudita parte*, no es impugnabile. El agresor, además, podrá solicitar la revocación o la modificación de tal decreto solamente en la audiencia de comparecencia, en la cual el juez, oyendo a las partes, podrá confirmar, modificar o revocar las medidas cautelares.

Es evidente que se trata de casos de notable gravedad, en cuanto a la convivencia con la víctima o la pareja puede justificar que el temor a la notificación de la solicitud, no acompañada de las medidas cautelares de protección, pueda determinar la reacción violenta del responsable, agravando la posición de la víctima. En estos supuestos las manifestaciones evidentes de agresividad por parte del acusado con respecto a la víctima con el consiguiente perjuicio entre otros de la esfera psicológica de los hijos menores, hace oportuno imponer el alejamiento de la vivienda familiar del cónyuge maltratador sin que este sea oído, es decir, *inaudita parte*.

La expresión “en caso de urgencia” ha de entenderse como idónea para abarcar, no solo el hecho de la notificación de la demanda al acusado y de la fijación y celebración de la audiencia, sino también, para el supuesto de que exista el temor de que la contraparte pueda dar lugar de nuevo a hechos que constituyan abusos familiares.

Es necesario observar que en esta fase, el Juez no ha prevenido sobre la instrucción, con la excepción de los casos en los que tenga que decidir someramente antes de la emisión de la orden de protección *inaudita parte*. En tal caso, la instrucción se lleva a cabo de manera informal, mediante la citación del demandante, de los servicios sociales o de las personas que, conforme se señale en la petición inicial, puedan tener conocimiento de los hechos invocados. Esta fase, que sirve al Juez para adquirir aquellos elementos útiles para emitir una decisión, puede desarrollarse prescindiendo del examen personal con las personas indicadas y que pueden ser oídas, incluso, solo telefónicamente. Naturalmente no todas los tipos de medidas que integran una orden de protección civil pueden ser dictadas *inaudita parte*. Deben además, excluirse aquellas de carácter patrimonial, que presupongan la evaluación de las condiciones económicas del responsable, de la víctima y de otros miembros de la familia, incompatibles con la celeridad

del procedimiento. De igual modo, entre las medidas personales, está el apoyo de los servicios sociales y de las asociaciones de protección familiar que no pueden ser organizadas en el breve plazo de tiempo precedente a la convocatoria de las partes. El ámbito de aplicación de las medidas provisionales, se limita por tanto al cese de la conducta, al alejamiento de la casa familiar y a la prohibición de frecuentar los lugares que puedan provocar la reincidencia de la violencia familiar en la fase inmediatamente posterior a la presentación del escrito inicial.

La audiencia deberá ser celebrada dentro de los 15 días posteriores al dictado de la resolución judicial *inaudita parte*, que junto al escrito inicial deberán ser notificados al presunto autor del abuso, dentro del plazo establecido por el juez y que no deberá ser superior a ocho días.

En el caso de que los plazos arriba indicados no sean respetados, las órdenes emitidas perderán su eficacia. Esta solución es fruto del equilibrio entre las exigencias de una tutela de la víctima y la ausencia de contradicción en relación a las medidas adoptadas y que representan un alto grado de incidencia sobre la libertad personal. La rápida convocatoria de las partes para la valoración de las condiciones de las medidas de protección, amparan tanto los intereses de la víctima como los del presunto responsable.

Existe otra interpretación propuesta por la doctrina, según la cual el plazo para la notificación no es perentorio, lo que implica que, según del art. 154 CPC dicho plazo pueda ser, antes de su vencimiento, prorrogado, para una duración que no exceda del plazo originario. No se ignora, que siguiendo una doctrina jurisprudencial, el periodo ordinario puede ser prorrogado también después de su expiración, sin que esto determine un cambio de la naturaleza del mismo o lo prive de efectos preclusivos, pero la solución está influenciada probablemente por el hecho de que en los casos de continuación del proceso interrumpido, el transcurso del plazo para la notificación no impide la proposición de una nueva petición, con el resultado que la concesión de un nuevo plazo pueda dar lugar a conculcar el principio de economía procesal.

d) El decreto

Agotada la fase de instrucción, el tribunal decide mediante decreto motivado que es inmediatamente ejecutivo. Se ha observado que en los casos de emisiones de las medidas que afectan a la libertad personal, la obligación de motivación, generalmente subsistente, es reforzada por la específica previsión contenida del art. 13.2 Constitución italiana. Esa previsión afecta

también a las medidas cautelares, que deben de ser motivadas. En tal caso, deberá tenerse en cuenta que la rapidez en la deliberación no puede suponer una justificación para no contener los elementos que motivan la misma. Su provisionalidad, el breve intervalo de tiempo que la separa del juicio, la ineficacia derivada de la falta de razonamiento excluye la posibilidad de que surjan problemas de legitimidad constitucional, en orden a la necesidad de una motivación sustancial.

El establecimiento de medidas relativas a la limitación de la patria potestad, que son adoptadas de manera temporal, así como las medidas de tutela introducidas en el art. 342 ter CC, no presuponen la instauración de un juicio de valor (pre-juicio).

Finalmente, es opinión mayoritaria que todas las medidas de protección, y entre ellas las medidas cautelares, no puedan considerarse válidas si éstas solo se basan en motivaciones excesivamente restrictivas o meramente formales que contravienen la importancia de los intereses objeto del pronunciamiento y el derecho de defensa.

En caso de rechazo judicial –cuando la autoridad jurisdiccional decida que no ha quedado acreditado ningún comportamiento constitutivo de abuso familiar– la demanda será archivada sin la adopción de medida alguna.

La orden de protección puede ser prorrogada: a) si el agresor ha reiterado las graves conductas que ha inducido al juez a emitir el decreto; y, b) la víctima, que recurre a aquellos tradicionales remedios ofertados por la ley (separación y divorcio) no ha podido acudir a la audiencia por razones de enfermedad o por cualquier otro impedimento debidamente justificado.

No se puede, por el contrario, conceder la prórroga de la orden de protección si, faltando la reiteración de las graves conductas, el agresor esta privado de la posibilidad de volver a la vivienda familiar.

Debe tenerse en cuenta que la prórroga de la orden de protección, no excluye la posibilidad de proponer una nueva solicitud para conductas sucesivas a las cuales el juez haya hecho referencia en el decreto.

Aunque la demanda puede ser teóricamente presentada tiempo después de la existencia de los abusos familiares, cuando esto sucede, el Juez podrá rechazar tal petición por carecer de interés, siempre que se considere improbable la futura reiteración del comportamiento lesivo. Además, el alejamiento de la casa familiar del autor de los abusos no causaría ningún beneficio a la víctima. El destinatario del abuso familiar tendrá la posibilidad

de solicitar la tutela resarcitoria (Art. 2043 CC) por el perjuicio psicofísico sufrido en el pasado.

e) Las impugnaciones

Contra las medidas de aceptación o de rechazo o de confirmación, modificación o revocación del decreto dictado *inaudita parte*, está permitido reclamar (impugnar) ante el tribunal, que ha de decidir colegiadamente en el plazo de diez días.

El juicio de cargo está destinado a concluir con una medida sustitutiva de las impugnadas, incluyendo la condena en costas. Naturalmente, en el caso de que el recurso concluya con la revocación o modificación de las medidas adoptadas, el juez de apelación deberá acordar la modificación de la situación existente respecto de la orden de protección y, en su caso, decidirá sobre las medidas para la ejecución coactiva de su decisión.

Las medidas de protección son inmediatamente ejecutivas, ex art. 737 CPC y la interposición del recurso no suspende su ejecutividad. Es cierto que la imposibilidad de solicitar la suspensión de la ejecutividad de la orden favorece a la víctima del abuso, aunque no es menos cierto que se debe consentir cuando exista la posibilidad de que el juez haya dictado la orden injustamente por un error de valoración pudiendo solicitar y obtener la suspensión cuando existan razones fundadas para sospechar que el recurso será rechazado.

En la fase de actuación de las medidas contra los abusos familiares, el deudor o los terceros no pueden utilizar los razonamientos típicos de la ejecución, pero tienen la posibilidad de hacer valer sus razonamientos ante el juez de la ejecución, que se ha de pronunciar mediante decreto después de celebrado un juicio sumario.

Permanece en cada caso abierta la cuestión sobre la suspensión de la ejecución de las medidas ante la imposibilidad de recurrir al art. 615 coma 1 CPC. Se establece la posibilidad de reconocer al recurrido el derecho a solicitar la suspensión de la ejecución con el recurso de las medidas de urgencia ex art. 700 CPC, cumpliéndose los requisitos del *fomus boni uiris* y del perjuicio grave e irreparable, sin necesidad de que tal solicitud sea condicionada a la existencia de un juicio tendente a comprobar los presupuestos de las medidas de protección.

La tramitación del recurso no ha de ajustarse a estrictas reglas formales y para garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional el art. 736 bis

CPC dispone que el juez que ha emitido la medida impugnada no pueda formar parte de la composición del Tribunal colegiado.

La violación de esta norma, que atiende a la constitución de la autoridad judicial, integra una hipótesis de nulidad procesal, apreciable de oficio, en los términos de los principios de absorción, que impone hacer valer la nulidad de las medidas mediante los medios de impugnación ordinarios.

Según una interpretación jurisprudencial, en el juicio ante el Tribunal de Apelación no se admitirá la presentación de nuevos documentos ni ninguna otra actividad instructora. Pero también hay quien mantiene, que tratándose de un juicio de apelación es posible aportar por primera vez, cuando no se hayan alegado hechos anteriormente, nuevos fundamentos de derecho y naturalmente cuando se traten de hechos nuevos. Con esta postura, se puede dar lugar a una superposición entre el ámbito de actuación del Juez superior y el instituto de la revocación o modificación frente al juez que ha emitido la medida.

Sobre la eventualidad del recurso extraordinario de casación, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo la imposibilidad de admitir el recurso de casación frente a la resolución judicial que resuelve el recurso contra la medida de protección adoptada por el Juez de instancia, de tal manera que, en definitiva, no cabe el recurso extraordinario de casación.

f) La revocación por parte del mismo Juez

No está excluida la posibilidad de revocación o de la modificación por parte del mismo Juez que ha dictado la medida, aunque no esté expresamente previsto en el art. 736 Bis CPC. Sin embargo, para su admisibilidad se remite mediante una cláusula de reenvío a los art. 737 y ss CPC, “en cuanto sea compatible” según se contiene en el último párrafo de la citada disposición. Parece, además, que el art. 742 CPC se concilia perfectamente con la naturaleza de los órdenes de protección. La solicitud de ampliación del contenido de un orden de protección anterior que se limitaba a disponer el alejamiento de la casa familiar, junto con la prohibición para el autor de los abusos de acercarse a los lugares habitualmente frecuentados por el destinatario de la conducta perjudicial. O también, la modificación de la orden de pago del subsidio periódico a causa del cambio económico que se produjo por las condiciones del obligado o beneficiario.

La revocación o modificación pueden ser solicitadas no solo invocando hechos o normas sobrevenidas o hechos ya verificados y anteriormente no alegados, sino sobre la base de una solicitud de mera respuesta a la emitida con anterioridad de la autoridad jurisdiccional.

g) La reconciliación entre la víctima y el agresor y la revocación de las medidas emitidas

Las órdenes de protección tienden, como una de sus finalidades, a reconstruir la armonía en las relaciones familiares también con la colaboración de sujetos externos, como los servicios sociales territoriales, las entidades institucionales encargadas de la protección de la familia y de la mediación. Es, por lo tanto, natural que una eventual reconciliación entre la víctima y el agresor pueda determinar la desaparición de las condiciones que han dado lugar al pronunciamiento de los órdenes de protección.

Lo que sí está excluido es la renuncia a las medidas de la tutela, sobre la base de la simple voluntad del sujeto a favor del cual las órdenes han sido dictadas. Se trata además de medidas judiciales que, relativas a derechos indisponibles, pueden ser revocadas solo por el juez, el cual, antes de tomar cualquier decisión debe decidir, sobre la base de una valoración de la prueba, que la reconciliación es fruto de una libre elección de la víctima, y que el nuevo decreto no supone peligro para la integridad psicofísica de aquella. Existe, por tanto, durante la vigencia de las medidas de protección, la posibilidad de recomponer el conflicto cuando existan fundadas razones para creer en una solución positiva, en breve tiempo, y no subsisten razones para mantener al responsable de los abusos fuera del propio hogar cuando, de hecho, está de nuevo interesado en reintegrarse a la comunidad familiar. Por esta razón, el juez que encuentra la existencia de esta situación puede revocar íntegramente las medidas emitidas, manteniendo en vigor el orden de cesación de la conducta, consintiendo en la reanudación de la convivencia. Esta flexibilidad, elemento estructural de las órdenes de protección, permite adaptar la medida a la realidad de las crisis familiares diferenciando la tutela judicial en función de las distintas etapas.

7

SISTEMA DE TUTELA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN PORTUGAL

**Coral Arangüena Fanego. *Catedrática de Derecho
Procesal. Universidad de Valladolid***

1. INTRODUCCIÓN

El sistema portugués presenta una regulación bastante semejante a la española, en el sentido de disponer de una legislación específica dirigida a prevenir la violencia doméstica y dispensar una asistencia completa a sus víctimas. De modo que junto a una regulación detallada del estatuto jurídico que se les confiere, se recojan medidas de protección policial y judicial, medidas específicas en materia laboral y se establezca una Red institucional nacional de apoyo en las que se encuadran además de la instancia administrativa nacional competente en materia de ciudadanía e igualdad de género, los centros de atención primarios y los centros de atención especializados y la Red de casas de apoyo y acogida a las víctimas.

Al margen del cauce jurisdiccional y el seguimiento del proceso penal para enjuiciar los delitos de este tipo, no se cierra la puerta a la posibilidad de que pueda acudirse en estos casos a una mediación, de conformidad con lo prevenido en la Ley nº 21/2007, de 12 de junio lo cual incluso se propicia facilitando que iniciado el proceso penal pueda suspenderse provisionalmente a fin de intentar lograr un acuerdo de reparación a favor de la víctima, sin perjuicio de la aplicación de determinadas constricciones y reglas de conducta.

2. REGULACIÓN LEGAL

El marco legal de referencia viene dado por Ley nº 112/2009, de 16 de septiembre, que establece el régimen jurídico aplicable para la prevención de la violencia doméstica, la protección y la asistencia de sus víctimas y

por la que se revoca la ley nº 107/99, de 3 de agosto, y el Decreto ley nº 323/2000, de 19 de diciembre (Diario de la República 1ª serie, nº 180, de 16 de septiembre de 2009).

Sus líneas fundamentales son las siguientes:

1ª) Distingue dentro del ámbito de la violencia doméstica –art.2. a) y b)– entre *víctima* y *víctima especialmente vulnerable*:

- Víctima: persona singular que sufre un daño, señaladamente un atentado contra su integridad física o mental, un daño moral o una pérdida material, directamente causada por acción u omisión, en el del delito de violencia doméstica prevista en el art.152º de su Código Penal
- Víctima especialmente vulnerable: la víctima cuya especial fragilidad resulte, en particular, de su menor o avanzada edad, de su estado de salud o si el tipo, grado y duración de la victimización hubiera derivado en lesiones con consecuencias graves en su equilibrio psicológico o en las condiciones de su integración social.
 - Su art.6.2 declara que el Estado asegura a este tipo de víctimas la posibilidad de beneficiarse de un tratamiento específico lo más adaptado posible a su situación tras haberse declarado previamente en el apartado 1) de este precepto que la víctima tiene asegurada en todas las fases e instancias de su intervención un tratamiento con pleno respeto de su dignidad personal.
 - Esta cualificación resulta de interés además porque marca el límite para permitir o no el recurso a la mediación en función de que no se aprecie (o sí lo haga) en la víctima esta condición de especial vulnerabilidad

2ª) Parte del principio de autonomía de la voluntad de la víctima que reconoce en el art.7 y que completa en el art.9 con el principio del consentimiento que ha de prestar para la adopción de cualquier intervención que se tome en su apoyo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal. Estas normas se completan con lo dispuesto en el artículo siguiente (art.10) que prevé fuera del marco del proceso penal la protección inmediata para las víctimas que no estén en condiciones de prestar su consentimiento por carecer de capacidad para ello.

3ª) El estatuto de víctima se adquiere en el momento en que se presente una denuncia por violencia doméstica¹ sin que existan indicios de que resulte infundada y será conferido por las autoridades judiciales o los órganos de policía criminal mediante la entrega de un documento que comprende los derechos y deberes establecidos en esta ley junto a la copia del respectivo auto “de noticia” o de presentación de queja (art.14), modelo de documento que ha sido desarrollado por Ordenanza nº 229-A/2010, de 23 de abril en la cual (art.7) se hace expresa referencia a la posibilidad que tiene la víctima, en cualquier momento mediante declaración de voluntad expresa, de hacer cesar el estatuto de víctima que pende sobre sí de conformidad con lo que también se recoge en el art.24 de la Ley 112/2009.

- En lo que aquí interesa (por ejemplo, problemas del 416 LECrim) tén-gase en cuenta que la atribución de este estatus impone a la víctima (art.14.4) un especial deber de cooperación, y debería actuar conforme a las reglas de la buena fe. En este sentido la Ordenanza 229-A/2010 en su apartado II (Deberes) impone a la víctima: 1.– el deber de no prestar falsas declaraciones, bajo las sanciones exigibles por responsabilidad penal y de cesación de las prestaciones sociales y económicas que le hubieran sido concedidas; 2.– restituir las prestaciones indebidamente pagadas por haberse basado en declaraciones falsas o en la omisión de informaciones legalmente exigidas. (Todas estas exigencias se incorporan en el documento que le es entregado y debe ser firmado por la víctima)
- También destaca (art.33) la previsión específica en este tipo de delitos de prevenciones dirigidas a la preconstitución de la prueba en fase de investigación a efectos de que pueda posteriormente ser tomada en consideración en el juicio, declaración que se prestará con las debidas consideraciones y siendo la víctima asistida por un técnico especialmente habilitado para su asistencia². Con todo, el apartado 7 de este precepto recuerda que en tales casos también será posible la prestación de declaración en fase de juicio oral si fuera posible y no perjudicara la salud física o psíquica de la persona que lo deba prestar.

¹ Al margen de las personas que tienen el derecho a denunciar, se establece el deber de hacerlo para los responsables de las casas de acogida

² Conforme a la definición que proporciona el art.2.c) es “la persona debidamente habilitada que, en el ámbito de sus funciones, presta asistencia directa a las víctimas”.

4ª) Está garantizada a la víctima desde su primer contacto con las autoridades competentes para la aplicación de la ley, el acceso a una amplia información relativa a:

- organizaciones a que puede dirigirse para obtener apoyo,
- tipo de apoyo que puede conseguir,
- donde y cómo presentar una renuncia y actuaciones subsiguientes a ella,
- cómo y en qué términos puede recibir protección,
- en qué medida y condiciones tiene acceso a consejo jurídico, apoyo judicial u otras formas de asesoramiento,
- requisitos que rigen su derecho a indemnización y
- mecanismos especiales de defensa que puede utilizar siendo residente en otro Estado (art.15.1).

A tales efectos en artículos posteriores se reconoce el derecho a asistencia jurídica gratuita acerca de su posible intervención en el proceso penal y, si es necesario, el subsiguiente apoyo judicial cuando sea parte en el proceso (art.18) caso este último en que cuenta con la posibilidad de que se le reembolsen los gastos efectuados a tal fin (art.19).

Además y siempre que lo solicite y sin perjuicio del régimen de secreto del proceso, debe proporcionársele información sobre el trámite dado a su denuncia así como el estado de las actuaciones y de la situación personal del imputado y, finalmente, de la sentencia del Tribunal (art.15.2). En particular el art.15.3 declara que deben ser promovidos los mecanismos adecuados para proporcionar a la víctima la información oportuna sobre la puesta en libertad del detenido o condenado por un delito de violencia de género en el ámbito del proceso penal.

5ª) En el art.20 se asegura un nivel adecuado de protección para la víctima así como, en su caso, familiares o convivientes, especialmente en lo que concierne a la seguridad y salvaguardia de su vida privada, siempre que las autoridades competentes consideren que existe una amenaza seria de actos de venganza o fuertes indicios de que esa privacidad pueda ser grave e intencionadamente perturbada. Citándose expresamente:

- el evitar el contacto con el agresor en dependencias judiciales, en la medida de lo posible y sin perjuicio de la aplicación de las reglas recogidas en el CPP,
- asegurar a la víctimas especialmente vulnerables el derecho a beneficiarse, por decisión judicial, de prestar declaración a través de cualquier medio compatible que les evite los perjuicios derivados de una declaración en audiencia pública,
- que, si fuera necesario, se le proporcione apoyo psicosocial y protección por teleasistencia por un periodo no superior en principio a seis meses, sin perjuicio de prórroga en circunstancias especiales,

Todo lo cual se complementa a continuación con lo dispuesto en el art.22 en el que se recogen las *Condiciones de prevención de la victimización secundaria* donde además de reconocerle el derecho a disponer de forma inmediata y siempre que fuera posible, de una adecuada atención psicológica y psiquiátrica por parte de los equipos multidisciplinares de profesionales habilitados para la detección y el tratamiento de los efectos asociados a los delitos de violencia doméstica, se insiste en el derecho de la víctima a ser oído en un ambiente informal y reservado, debiendo crearse las condiciones adecuadas para prevenir la victimización secundaria y para evitar que sufra presiones innecesarias, y a tal efecto y en el marco de la Sección segunda (*Protección policial y tutela judicial*) el art.32 prevé que cuando sus declaraciones impliquen la presencia del imputado, podrán ser prestadas por medio de videoconferencia o teleconferencia si el tribunal, mediando petición de la víctima, lo considera necesario para garantizar la prestación de una declaración sin coacciones pudiendo solicitar la opinión de los profesionales sanitarios.

Además y en el art.33 se disponen prevenciones específicas para que el Juez, a petición de la víctima o del Ministerio Fiscal pueda tomar declaración a la víctima en condiciones que garanticen su eventual posterior uso como prueba anticipada si fuera necesario lo que exige la presencia del imputado y su abogado, así como del Ministerio Fiscal y de un técnico que asista a la víctima en la declaración designada por el Tribunal. No obstante el cumplimiento de tales prevenciones, la toma de declaración así realizada no impide que posteriormente en el juicio oral pueda ésta repetirse siempre que fuera posible y no pusiera en peligro la salud física o psíquica de quién la debiera prestar.

6ª) Desde el punto de vista procesal el punto de partida es dotar a los procesos por violencia doméstica de carácter urgente incluso aunque no haya imputado en prisión, lo que supone la aplicación del régimen previsto en el art.103.2º del Código de Procedimiento Penal (CPP, en adelante). A partir de aquí:

- La denuncia podrá hacerse a través de formularios específicos, formularios tipo creados en el ámbito de la prevención, investigación criminal y apoyo a las víctimas. Además se ha de asegurar la existencia de formularios en red con un sitio de Internet donde se proporcione información específica sobre violencia doméstica (art.29)

- Al margen de los supuestos en que puede ser adoptada la detención del agresor, que se recogen en el art.30 de la ley en relación con lo dispuesto en los artículos concordantes del CPP, será la autoridad judicial la que en el plazo máximo de 48 horas y al margen de las medidas cautelares previstas en el CPP, adopte alguna de las medidas de protección previstas en el art.31 de la ley 112/2009:

- a) No adquirir, no utilizar o entregar, de inmediato, armas u otros objetos y utensilios que tuviera, capaces de facilitar la continuación de la actividad delictiva;

- b) Someterse, mediando el consentimiento previo, al programa para los acusados de delitos en el contexto de violencia doméstica;

- c) No permanecer en la residencia donde el delito se ha cometido o habite la víctima;

- d) No entrar en contacto con la víctima o con determinadas personas, o no frecuentar determinados lugares o utilizar determinados medios.

- Si resultare imprescindible para la protección de la víctima, el Tribunal acordará que el cumplimiento de cualquiera de las citadas medidas sea fiscalizado por medios técnicos de control a distancia, del mismo modo que sucede con las medidas cautelares y penas referidas en los arts.52 y 152 del Código Penal (CP, en adelante) y 281 CPP. A tal efecto el Tribunal solicitará previamente información sobre la situación personal, familiar, laboral y social del imputado o autor y será llevado a cabo por los servicios de reinserción social en estrecha relación con los servicios de apoyo a la víctima, materializándose a través de monitorización telemática posicional u otra tecnología idónea, de acuerdo con los sistemas tecnológicos

adecuados.. para la aplicación de tales medidas y con respeto a la dignidad personal del imputado. Para el empleo de estos medios será necesario que medie consentimiento del imputado o del autor prestado con las debidas garantías³ y, en los casos en que se requiera la participación de la víctima, también el consentimiento de ella al que además habrá que añadir, en su caso, el de aquellas personas que vivan con el imputado o autor y de las que puedan resultar afectadas por la permanencia obligatoria del autor o imputado en un determinado lugar.

7ª) Se reconoce a la víctima en el marco del proceso penal el derecho a obtener una indemnización o reparación a cargo del responsable del delito en un plazo razonable. A tal efecto se determina que aún cuando no se hubiera ejercitado la acción civil en el proceso penal, la facultad que se confiere al Juez en el art.82.A CPP de fijar una indemnización, se hará siempre efectiva en estos casos, a no ser que la víctima se opusiera expresamente. Por otra parte y con carácter cautelar e inmediato e independientemente del curso del proceso, se reconoce a la víctima el derecho a retirar de la residencia todos sus bienes de uso personal y exclusivo y, si fuera posible, también los bienes muebles propios así como los de sus hijos menores de edad, con asistencia de la policía si fuera necesario.

8ª) Según se ha adelantado, el sistema portugués no impide que los casos de violencia doméstica puedan acceder a mediación. La Ley nº 21/2007 de 12 de junio sobre mediación y su posterior reglamentación de 23 de enero del 2008 no la impiden. De ahí que en la propia ley 112/2009 se prevea (art.39) un encuentro conciliador entre el autor del delito y la víctima bien durante la suspensión provisional del proceso o durante el cumplimiento de la pena, en los términos a regular, realizado con el consentimiento expreso de ambos, con vistas a restaurar la paz social, teniendo en cuenta los legítimos intereses de la víctima, estando garantizadas las condiciones de seguridad necesarias y la acreditación profesional del mediador que la lleve a cabo.

Tal previsión ha de ponerse en conexión con lo dispuesto en el art.281 del CPP que en los casos de violencia de género sancionados con pena

³ Prestado ante el juez en presencia del abogado defensor y recogido en auto, según dispone el art.36.3. No obstante siempre que el empleo de los citados medios técnicos de control a distancia fuera solicitado por el imputado o autor del delito, el consentimiento se entenderá prestado por la simple declaración en el requerimiento (art.36.4). Tratándose de la víctima o de las otras personas que por convivir con el agresor o por afectarles la adopción de la medida deban prestar el consentimiento, este se materializará ante los servicios encargados de la ejecución de los medios técnicos de control a distancia por simple declaración escrita que será remitida posteriormente al juez.

privativa de libertad no superior a cinco años o de otra naturaleza y siempre que lo solicite la víctima de manera libre y debidamente informada, pueda el Fiscal acordar la suspensión provisional del proceso con la conformidad del Juez de instrucción y del imputado una vez comprobado que no ha sido condenado con anterioridad por un delito de la misma naturaleza ni se hubiera hecho ya uso de esta posibilidad de suspensión provisional anteriormente por un delito de este tipo. La suspensión, que puede ser de hasta cinco años, estará condicionada al cumplimiento por el agresor de alguna de las constricciones y reglas de conducta que se enuncian en el precepto y entre las que se incluyen el residir (o no hacerlo) en lugares determinados o el someterse a determinados programas y tratamientos. En función de su grado de cumplimiento podrán desembocar en un archivo final si así lo decide el Ministerio Fiscal o bien en la reapertura de la causa debiendo tener en cuenta que mientras dure la suspensión se habrá suspendido también el cómputo del plazo de prescripción del delito.

3. ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS

3.1. IV Plan Nacional contra la violencia doméstica 2011–2013, publicado en el Diario de la República 1ª serie, nº 243, de 17 de diciembre de 2010) y disponible también en la página web: <http://www.cig.gov.pt>

Se trata de una iniciativa del Consejo de Ministros a través de la Secretaría de Estado de Igualdad que tiene como objetivo prever una respuesta integral contra la violencia doméstica a nivel nacional en consonancia con las orientaciones europeas e internacionales. Se estructura en cinco áreas estratégicas de intervención concretadas en cincuenta medidas que pretenden: informar; sensibilizar y educar; proteger a las víctimas y promover su inserción social; prevenir la reincidencia (intervención con los agresores); cualificar profesionales; e investigar y monitorizar.

3.2. Teleasistencia para las víctimas de violencia doméstica

El Cuarto Plan Nacional contra la Violencia Doméstica (2011-2013) tiene como objetivo consolidar las políticas para prevenir y combatir la violencia doméstica a través de acciones concertadas con las autoridades públicas y organizaciones no gubernamentales, la combinación de nuevas metodologías y enfoques para el fenómeno, reflexionando sobre los procedimientos de respuesta en situaciones de emergencia.

La consagración de los apartados 4 y 5 del artículo 20 de la Ley N° 112/2009 de 16 de septiembre, y la entrada en vigor de la Ordenanza N° 220–A/2010 del 16 de abril, modificado por el Decreto 63/2011 de 3 de febrero, estableció las condiciones reglamentarias necesarias para el despliegue inicial de medios técnicos de tele asistencia, para garantizar a la víctima de violencia doméstica una forma específica de protección organizada en torno a un sistema tecnológico que integra una serie de respuestas / intervenciones que van desde el apoyo psicosocial a la protección policial, por un período no superior a seis meses. Por lo tanto, la Teleasistencia a las víctimas de la violencia doméstica surge de la necesidad de garantizar la seguridad y protección a las víctimas y reducir el riesgo de revictimización.

La Comisión de Igualdad y Ciudadanía de Género (CIG) es la agencia gubernamental con la competencia para instalar, asegurar y mantener en su lugar los sistemas técnicos de teleasistencia. A tal efecto la CIG ha diseñado en colaboración con una amplia gama de entidades públicas y privadas que participan (Cruz Roja portuguesa, Guardia Nacional Republicana, Policía de Seguridad Pública, Ministerio Fiscal⁴), un servicio de Teleasistencia para víctimas de violencia doméstica, proyecto piloto, que se está desarrollando en la actualidad.

Este servicio permite que las víctimas de la violencia doméstica se beneficien de una respuesta rápida y proporcional que incluye apoyo emocional las 24 horas del día, los 365 días del año a través de un dispositivo móvil que se conecta directamente al centro de llamadas de Cruz Roja Portuguesa donde disponen de técnicos/as específicamente preparados/as para dar una respuesta adecuada a cada situación. Este servicio es gratuito.

Sus objetivos son:

- Asegurar una intervención adecuada e inmediata en situaciones de emergencia.
- Atenuar los niveles de ansiedad, aumentando y reforzando el sentimiento de protección y seguridad de las víctimas
- Mejorar la calidad de vida de las víctimas

⁴ En esta materia y según determina el artículo.20.4 de la Ley 112/2009, le corresponde al Fiscal en la fase de investigación si lo considera imprescindible para la protección de la víctima acordar que le sea prestada la tele asistencia

- Minimizar la vulnerabilidad de las víctimas de modo que se contribuya a aumentar su autonomía y la (re) integración en la sociedad
- Movilizar recursos de la policía proporcional al tipo de emergencia

La aplicación se acuerda una vez que se advierte al tribunal competente de su necesidad previa denuncia del delito de violencia doméstica por cualquiera de las entidades siguientes: Órganos de policía judicial, entidades incluidas en la Red de apoyo a las víctimas de violencia doméstica a que se refiere el artículo.59 de la Ley 112/2009, CIG, mediante una petición fundada realizada en un modelo específico.

El Juez o, si es en fase de instrucción, el Ministerio Fiscal acordará la protección por tele asistencia de las víctimas de violencia doméstica siempre que se considere imprescindible para su protección solicitando a la CIG mediante oficio acompañado de copia de la resolución que acuerde la medida y del modelo 2 (ficha de incorporación al servicio de tele asistencia) el inicio de las diligencias conducentes a la inclusión de la víctima en el Programa, decisión que sólo puede ser tomada una vez que la víctima haya prestado su consentimiento. Además cuando se le haga entrega del equipo la víctima debe firmar un escrito (modelo 3) responsabilizándose del pleno cumplimiento de las normas del programa y correcto funcionamiento.

8

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO PENAL

Coral Arangüena Fanego. Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCIÓN

El debate jurídico planteado desde el inicio de la puesta en marcha de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con motivo de la prohibición de mediación establecida en virtud del mandato de su art. 44 en el art. 87 ter V de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no ha sido solucionado tras seis años de aplicación de esta Ley.

Desde un primer momento la redacción del precepto en este punto suscitó encendidas críticas por un relevante sector doctrinal o, al menos, dudas en cuanto a si realmente la intención del legislador había sido la de excluir del ámbito penal la mediación pues si de una parte no parece muy razonable prohibir lo que ni siquiera está regulado (la mediación penal), de otra hay que advertir que la prohibición está sistemáticamente ubicada a continuación de los párrafos dedicados precisamente a regular aspectos civiles (y no penales) relacionados con la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, por lo que se podría también pensar que estaría referida precisamente sólo a los aspectos civiles.

Recordemos que el citado art.44 de la Ley Orgánica 1/2004 que lleva la rúbrica “Competencia” dispone lo siguiente:

“Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

- a) *De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.*
- b) *De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.*
- c) *De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.*
- d) *Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a de este apartado.*

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) *Los de filiación, maternidad y paternidad.*
- b) *Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.*
- c) *Los que versen sobre relaciones paterno filiales.*
- d) *Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.*
- e) *Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.*

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.

Como decimos, lejos de apaciguarse los ánimos de quienes consideraban un error tal planteamiento o dudaban incluso de los ámbitos a que se refería el precepto (sólo civil o también penal) lo cierto es que cada vez son más las voces que abogan por una revisión de la prohibición y una posible atemperación y coonestación con una futura ley de mediación penal que pudiera hacer factible extender su aplicación a algunos casos relacionados con la violencia doméstica y de género con la idea de atajar de raíz el conflicto posibilitando el acercamiento y evitando el que se incurra en nuevos episodios de violencia.

En la defensa de esta tesis late una crítica de base que se hace a la regulación de 2004: y es la de su excesiva rigidez que unida a la opción de

ignorar la voluntad de la víctima se esgrime como causa de algunos efectos perniciosos que se vienen produciendo, como los problemas que se plantean ante la imposición en todo caso y sin posibilidad de modulación judicial de la pena de alejamiento pese a que la víctima quiera reanudar la convivencia con el agresor (lo que, como es bien sabido, aún refrendado por el Tribunal Constitucional y, ahora también, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹ no ataja disfunciones derivadas, como la eventual condena de la víctima por complicidad o incluso inducción al delito de quebrantamiento de condena).

A favor de su introducción, siquiera para determinadas modalidades de violencia de género (los supuestos menos graves y, especialmente, primeros episodios del fenómeno donde no se aprecie en la víctima una especial vulnerabilidad) se aduce:

– el alto grado de reincidencia existente en este tipo de delincuencia, como ha evidenciado la práctica, por la razón de que el verdadero conflicto no se ha solucionado por y en el proceso penal. En este tipo de delitos existe un elemento diferenciador que no concurre en ningún otro tipo penal, a saber, la relación de *afectividad*.

– en el terreno práctico, las experiencias piloto llevadas a cabo con éxito por algunos Juzgados españoles.

– también en el terreno práctico conviene reflexionar sobre el problema del significativo número de casos en los que la víctima se retracta o pide que se anulen los cargos contra el agresor, en ocasiones sobre la base de un acuerdo para volver juntos o reanudar la vida en común. Parece que en estos casos será mejor la intervención como “mediadora” de una persona que contribuya a que la solución extrajudicial consista en un acuerdo equitativo y no en el simple y llano *perdón* privado otorgado por la mujer agredida a su pareja que procesalmente repercute en la pretensión de “retirar la denuncia” y, en todo caso, en desdecirse de los hechos inicialmente relatados o directamente no comparecer en el juicio oral.

¹ Que en su sentencia de 15.09.2011 (asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10) ha avalado y justificado la solución de la legislación española considerando que si bien la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal obliga a que ésta sea escuchada por los órganos judiciales, su opinión no es vinculante a la hora de imponer la pena para el juez y si las normas determinan preceptivamente la imposición de una determinada pena pese a la voluntad de la víctima, se trata de una solución justificada en atención a la protección del interés general. La Decisión marco 2001/220 no incide en la adecuación de las penas. Por consiguiente, no se opone a una normativa nacional que establece una medida de alejamiento que ha de imponerse de modo generalizado y preceptivo como pena accesoria.

–en el plano legislativo, la experiencia comparada de países de nuestro entorno donde se admite y viene funcionando con éxito.

– en el plano legislativo también, la existencia de normas supranacionales que con carácter general demandan la regulación de la mediación en el ámbito penal como es el caso, señaladamente, de la Decisión Marco de la Unión Europea 2001/220/JAI por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal que impone a los Estados miembros su regulación (art.10). Este tercer argumento, no obstante, pierde peso si se tiene en cuenta que aunque impone su regulación no impide su limitación a determinados tipos de infracciones penales y/o la exclusión de algunos delitos de su ámbito de actuación. Y así lo ha expresado con claridad el Tribunal de Justicia al resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas precisamente por un Tribunal español –la Audiencia Provincial de Tarragona–. Se trata de los asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10² resueltos en fecha 15.09.2011 por la sentencia del Tribunal de Justicia que, en lo que aquí interesa y respecto a la pregunta de si el art.10 de la Decisión marco 2001/220 («Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.») debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a prever la posibilidad de mediación también en el caso de los delitos cometidos en el ámbito familiar– respondió en sentido negativo (§§ 71 a 76):

- La Decisión Marco se limita a ordenar a los Estados miembros que procuren impulsar la mediación para las infracciones que «a su juicio se presten a este tipo de medida», de manera que corresponde a los Estados miembros la determinación de las infracciones para las que se permite la mediación. La Decisión marco sólo es vinculante en cuanto a su finalidad, dejando en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Ha de reconocerse a los Estados miembros un amplio margen de apreciación respecto a los mecanismos concretos para alcanzar sus objetivo.
- Este criterio abierto de idoneidad ya muestra que la decisión acerca de los delitos que pueden dar lugar a mediación corresponde a los Estados miembros. Del propio tenor del citado artículo 10, apartado 1, y del amplio margen de apreciación que la Decisión marco confiere a las autoridades nacionales respecto a los mecanismos concretos

² Respecto de los cuales en fecha 12.05.2011 se emitieron las Conclusiones de la Abogado General J.Kokott, con las que coincidió posteriormente el texto de la sentencia.

para alcanzar sus objetivos se deriva que, al decidir excluir la aplicación del procedimiento de mediación para un concreto tipo de infracción, opción que obedece a razones de política penal, el legislador nacional no se ha excedido de la facultad de apreciación conferida.

- Si bien la apreciación de los estados miembros puede verse limitada por la obligación de utilizar criterios objetivos a la hora de determinar los tipos de infracción para los que consideren inadecuada la mediación, no hay indicio alguno de que la exclusión de la mediación prevista por la LOPJ se base en criterios carentes de objetividad.

– Con todo, también en el plano legislativo europeo, la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, actualmente en tramitación³ llamada a sustituir a la vieja Decisión marco anteriormente citada, insiste de nuevo en la idea de mediación penal con carácter general. Y así partiendo de la base de que los Estados miembros tienen introducidos en sus sistemas la mediación penal como modalidad de justicia reparadora, establece algunas disposiciones (art-11) dirigidas a garantizar su función de satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya causado e impedir que se le siga causando en el futuro.

Pues bien, con determinadas cautelas y limitaciones y a la vista de la regulación y experiencias de otros países de nuestro entorno así como de las experiencias piloto llevadas a cabo en algunos Juzgados españoles con éxito, sin olvidar los buenos frutos cosechados en el ámbito del derecho penal de menores desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, puede haber llegado el momento de revisar con las debidas precauciones el inicial criterio de la ley y admitir la mediación como instrumento idóneo para contribuir a la solución de algunos conflictos relacionados con la violencia de género, singularmente para aquellos que se encuentren en un estadio inicial, se trate de un episodio ocasional o esporádico y de mínima gravedad aunque por razones diversas hayan sido elevados a la condición de delito, no se aprecie una relación de especial vulnerabilidad en la víctima y exista además una voluntad de ambas partes y una perspectiva razonable de continuar la vida en común.

³ COM (2011) 275 final, de 18.05.2011.

Sólo se propone para estos casos y no, desde luego, para todos aquellos otros –la mayoría– en que se cumple con claridad todos y cada uno de los elementos caracterizadores de la violencia de género y, especialmente el de la prevalencia del varón sobre la mujer puesto que una de las objeciones que se esgrimen para no admitir la solución mediadora es, precisamente, la falta de igualdad entre las partes, la carencia de autonomía, paridad y objetividad entre oponentes cuando de un delito de violencia de género se trata.⁴

La combinación entre la gravedad del hecho, de acuerdo con su penalidad y su naturaleza constituye un buen punto de partida para decidir sobre la desviación hacia una solución extrajudicial. A ello se añadiría específicamente la necesidad de que se trate de un episodio esporádico y aislado, en su caso primero o único de agresión, en el que el ataque físico o psicológico por parte del varón no se integre en una larga espiral de violencia. Y que no se aprecie en la víctima una situación de dependencia emocional o de grave y continuada tensión con el victimario pues entonces sus propias decisiones soportarán una presión poco compatible con lo que requiere el proceso mediador y el logro de acuerdos válidos.

Con la propuesta de mediación se pretende:

- a) Que en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones se intentan atajar las raíces del conflicto;
- b) Que se eviten nuevos incumplimientos del maltratador y se reubique a la víctima en posición de igualdad.
- c) Que se resarza a la víctima

A estas ventajas sin duda pueden sumarse otras de muy diversa índole. En términos de eficacia procesal, escuchar a las partes en su conflicto y facilitar una posible solución de forma reglada y supervisada, puede resultar a la postre bastante más barato para el Estado que aplicar, siempre y en todo caso o, dicho de otro modo, de manera completa, el sistema punitivo estatal. Discernir entre situaciones de violencia, graduar entre ellas y que las partes se corresponsabilicen en la transformación de la convivencia y en los roles desiguales, puede ser una oportunidad de solucionar el conflicto.

⁴ La propia Ley Orgánica 1/2004, en su artículo 1, subraya que la violencia de género es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres... y que comprende todo acto de violencia física y psicológica...la privación arbitraria de libertad”. De ahí que esta desigualdad única y exclusivamente pueda ser corregida mediante la tutela judicial

Esto pasa, naturalmente, por el establecimiento de una regulación hasta la fecha inexistente aunque, según veremos a continuación, proyectada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que, sin embargo, terminada la legislatura, no verá la luz. Pero sin duda, esta es la primera de las condiciones a exigir (su regulación expresa) para eliminar una de las críticas que hoy se efectúan frente a su uso en proyectos piloto desarrollados en algunos Juzgados españoles. Sólo la existencia de regulación legal la hace un mecanismo factible, y sobre todo, conocido por el ciudadano. Este último factor no debe pasar desapercibido. El éxito o fracaso de muchas instituciones jurídicas, y desde este punto de vista la mediación lo es, depende en gran medida de la divulgación y accesibilidad a las mismas. Esta es una de las trabas que, hoy por hoy, presenta de forma insalvable la mediación en el ámbito penal. No hay normativa y con ello, para el ciudadano lego, no sólo es algo que no existe, sino directamente una posibilidad jurídica insospechada.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA MEDIACIÓN PENAL

Con carácter general la mediación, como instrumento de la Justicia Restaurativa, puede definirse como un procedimiento en el que un tercero neutral con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, que éstas acuerden una solución al conflicto que les enfrenta.

Trasladada al ámbito penal, la mediación se realiza entre la víctima y el autor de la infracción, se produce fuera del proceso penal y tiene como finalidad que ese autor repare el mal causado para satisfacción de la víctima. Se consigue no solamente la satisfacción de la víctima, a través de la reparación y otorgando protagonismo a su voluntad, sino también la confrontación del sujeto infractor con su conducta y las consecuencias que de ella se derivan, responsabilizándose de sus propias acciones.

De esta manera, la mediación supone un proceso en el que se produce un crecimiento personal tanto para el infractor, en cuanto asume la responsabilidad de sus actos, como para la víctima, al tener como consecuencia que pueda atenuarse la denominada victimización secundaria; todo ello mediante un proceso de comunicación entre las partes, que se materializa en un acuerdo consistente en un dar y recibir con mutuas concesiones.

La mediación, en el ámbito penal, se prevé en la Recomendación (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, como un derecho de la víctima, en concreto a que se articule por el Estado un sistema de mediación penal con finalidad reparadora. El punto de partida es la consideración de la víctima como una persona capaz de comprender (que no justificar), el hecho delictivo mediante la escucha de las motivaciones del infractor en un contexto de calma emocional, y la estimación del victimario como un individuo susceptible de mayor responsabilidad.

Se trata de abogar por un sistema de justicia penal más humano en cuanto sirve como instrumento dentro del proceso para obtener una solución pacífica al conflicto penal, atendiendo tanto a las necesidades de la víctima como a la reinserción del victimario, sin que la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho Penal se resientan.

Como tal, es considerada actualmente como la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de criminalidad, inserta dentro de lo que se ha venido a llamar la «justicia *restitutiva*» que persigue proporcionar un tratamiento integral del conflicto, planteándose como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios. Así:

- con relación a la víctima cabe identificar tres objetivos que van destinados a la integral reparación por el daño sufrido:

- a) La reparación o resarcimiento del daño.

- b) La recuperación del sentimiento de seguridad.

- c) Y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo.

- Por otro lado, con relación al victimario se persigue:

- a) Su responsabilización por la conducta infractora.

- b) La reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, así como de medidas alternativas que sirvan para dar solución a su conducta infractora.

- c) Una aptitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal.

Pero no sólo la víctima y el victimario obtienen beneficios, sino la sociedad en general que recobra la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto.

3. PRINCIPIOS BÁSICOS A QUE DEBE AJUSTARSE:

Sin perjuicio de la regulación específica que pueda contenerse en una futura ley de mediación penal o incluso de su inserción en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal –como así fue recogido en el Anteproyecto de Ley que fue estudiado en la sesión del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011⁵, la mediación en el procedimiento penal debe ser un servicio de atención gratuita a la ciudadanía, en cuanto el Derecho Penal tiene un carácter público, al que – en la actualidad allí donde se ha implantado con carácter piloto– deriva el órgano judicial, aunque es posible que bien la defensa o la acusación se lo soliciten, siendo, en todo caso, voluntario para las partes durante todo el tiempo que dure el procedimiento de mediación, de forma tal que se puede abandonar en cualquier momento sin que suponga por ello una merma en las garantías procesales.

Dentro del proceso así descrito, los principios por los que se rige han de ser:

1. **Naturaleza autocompositiva** del conflicto, en cuanto son las partes las que han de llegar al acuerdo, interviniendo la persona mediadora a los solos efectos de equilibrar la capacidad negociadora de ambas partes y favorecer la negociación para la consecución de acuerdos. Así pues, a través de la mediación no se impone la solución por terceros como en el proceso judicial o en el arbitral, mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que el tercero, persona mediadora, tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos a las que lleguen las propias partes.

2. **Carácter voluntario**: el proceso de mediación exige la participación voluntaria e informada de la víctima e infractor. La norma general debe ser

⁵ Vid. Apartado XXVI de su Exposición de motivos y sus artículos 157 a 161, preferentemente.

la voluntariedad en todas las manifestaciones de la mediación, sin perjuicio de que pueda ser establecida la obligatoriedad de una entrevista informativa previa, con el objeto de asegurar que la opción que realizan los ciudadanos por rechazar o aceptar un proceso de mediación es plenamente consciente, aceptada y no mediatizada por prejuicios propios o de terceras personas.

Por otra parte, la voluntariedad no se refleja únicamente en el momento de aceptar participar en un proceso de mediación penal, sino que también está presente a lo largo de él, es decir, que cualquiera de las partes conserva la facultad de anunciar que quiere dar por terminado el proceso de mediación. Se garantiza de este modo para la víctima la ausencia de cualquier tipo de presión y para la persona acusada la posibilidad de volver a la fase procesal que corresponda

3. Intervención de tercero neutral: la persona que medie no podrá orientar y menos imponer a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando así plantear alternativas que vayan dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores de la persona mediadora.

4. Intervención de un tercero imparcial: entendiéndose por imparcialidad la cualidad de no tomar partido por alguien siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso implícito en cualquier proceso. La imparcialidad es un concepto que nos lleva directamente a la relación del mediador con las partes. Se trata de una condición de actuación compartida con los jueces, los árbitros o los peritos y el régimen jurídico de aplicación es el mismo. La formulación concreta es que el mediador no puede tener vinculación especial con ninguna de las partes que comprometa su independencia.

5. Confidencialidad de proceso: se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación, pues es la forma de mantener la confianza en el sistema.

Esta nota se garantiza respecto a la persona del mediador a través de la vinculación por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados; así como que no pueda ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente, ni tampoco como perito. Respecto a las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

Estos principios se han recogido en su totalidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo art. 157 (Principios) se puede leer:

1. La mediación se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

2. Las partes que se sometan a mediación, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza del procedimiento y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo.

3. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a mediación, pudiendo, en cualquier momento, apartarse de la misma.

La negativa de las partes a someterse a mediación, o el abandono de la mediación ya iniciada, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal.

4. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del proceso de mediación.

El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo de la mediación hasta que ésta haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación.

Bajo estas premisas y con estas características, la mediación se presenta como un procedimiento extrajurisdiccional en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario.

Se recupera, por ello, la figura de la víctima, la existencia de un conflicto jurídico, y se le otorga a la mediación el papel de ser instrumento de gestión del conflicto. Esa gestión se lleva a cabo mediante el diálogo entre los sujetos implicados, víctima y victimario, y desde la idea de alcanzar la posible

reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil. Con todo es indudable que se ha visto en esta opción una posibilidad de revertir de manera altamente positiva en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal.

4. PRINCIPALES HITOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL. MARCO NORMATIVO SUPRA NACIONAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA DE 7 DE ABRIL DE 2011 Y DE LA DECISIÓN MARCO 2001/220/JAI

Desde los inicios de los años ochenta la preocupación por la recuperación de la víctima en el sistema penal se ha hecho sentir en diversos foros, y especialmente destacan los plurales pronunciamientos que desde las instancias supranacionales han venido apareciendo en la esfera pública.

En este contexto la necesidad de repensar el papel de la víctima en el modelo de justicia penal de los Estados, la valoración y expansión de los modelos de conciliación y mediación que en algunos ordenamientos jurídicos existen, la búsqueda de la justicia restaurativa y con ella de acuerdos y pactos que favorezcan los intereses de las víctimas, empero también de los victimarios e incluso de la propia sociedad, se han visto plasmadas, entre otras muchas, en las siguientes actuaciones tanto de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa como posteriormente de la Unión Europea. Así y sin ánimo de exhaustividad:

1º. El punto de partida de este interés naciente por las víctimas en la década de los ochenta puede encontrarse en el VI Congreso de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente que se celebró en Caracas, recomendándose a los Estados miembros la elaboración de las directrices necesarias para el tratamiento de las víctimas desde el orden internacional, lo que llevó a que en el VII Congreso para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, que se realizó en Milán en agosto–septiembre de 1985, cuando se recomendó a la Asamblea General la publicación de la declaración, a partir de la cual se ha visto en la doctrina un cambio en la posición de la víctima, volviendo a considerarla como una de las dos partes

en el conflicto. Dicha Declaración se aprobó a través de la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Una década más tarde, ha de citarse la Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y justicia reparadora en el Derecho Penal, que insta a los Estados Miembros, a las organizaciones internacionales y demás entidades a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia reparadora.

2º. En el **seno del Consejo de Europa**, la lucha contra la violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres y la protección y apoyo de las víctimas se ha erigido en objetivo fundamental. Para hacer frente a este problema, el Consejo de Europa ha creado el Comité *ad hoc* sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica (CAHVIO) que comenzó su labor en abril de 2009 y en cuyo seno se ha gestado el instrumento más importante en esta materia: la Convención sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica.

Sin embargo a esta norma le han precedido un buen número de Recomendaciones del Comité de Ministros que se han venido sucediendo desde los años ochenta. Así:

– La Recomendación núm. (83)7, de 23 de junio de 1983, que pide a los Gobiernos de los Estados Miembros que fomenten que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, convirtiéndose ésta en medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

– La Recomendación núm. R (85)11 sobre la posición de la víctima en el marco del derecho Penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985, que recomienda a los Gobiernos de los Estados Miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.

– La Recomendación núm. R (87) 21 sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización de 17 de septiembre de 1987, que recomienda a los Estados Miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o en el local, de mediación entre el infractor y la víctima, y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.

– Recomendación núm. R (92)16, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, que considera que las sanciones y las medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

– Recomendación núm. R (99)19, relativa a la mediación en materia penal, que establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal.

Pero, como decimos, en este marco del Consejo de Europa destaca, de manera especial, el *Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia de género y la violencia doméstica*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, y abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011. Este Convenio es el primer instrumento jurídicamente vinculante en el mundo que crea un marco jurídico global para prevenir la violencia, proteger a las víctimas y poner fin a la impunidad de los autores.

Se define y tipifica como delito diversas formas de violencia contra las mujeres (como el matrimonio forzado, las mutilaciones genitales femeninas, el acoso, la violencia física y psíquica y la violencia sexual). Sus principales objetivos son los de proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y prevenir, perseguir y eliminar la violencia de género y doméstica promoviendo a tal fin la cooperación internacional para su erradicación, así como establecer un marco jurídico global de políticas y de medidas para su protección y asistencia.

Entre tales medidas, ciertamente, no se menciona la mediación e incluso una primera lectura de su articulado puede hacer pensar que se prohíbe expresamente. Y es que en su seno se encuentra el art.48 rubricado como *Prohibición de la resolución alternativa de conflictos o sentencias obligatorias* que dispone lo siguiente:

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los medios alternativos de resolución de conflictos, incluida la mediación y la conciliación con respecto a todas las formas de violencia incluidos en el ámbito del presente Convenio.

2. Las Partes adoptarán las medidas necesarias, legislativas o de otro tipo para asegurar que si se acuerda la imposición de una multa, sea tomada en consideración la capacidad del delincuente para cumplir con sus obligaciones financieras para con la víctima.

No obstante, si se acude al Informe Explicativo se comprueba que la prohibición se circunscribe únicamente a aquellos casos en que las leyes pudieran imponer con carácter obligatorio acudir a la mediación. Eso es únicamente lo que en principio ha de prohibirse, como se expone en los §§ 251 y 252 del referido Informe Explicativo⁶, por ir en contra de uno de los caracteres básicos que ha de acompañarla: la voluntariedad.

Por lo demás en el Convenio se dispone toda una serie de medidas para combatir este fenómeno que han de ser dispuestas por los Estados parte, medidas que en su práctica totalidad ya se encuentran acogidas en nuestra legislación interna española. Acaso convenga incidir en una regulación más adecuada de las condiciones en que la víctima pueda declarar en el juicio oral, potenciando al máximo el recurso a la intermediación de medios técnicos que eviten la confrontación visual entre agresor y víctima e incluso a las posibilidades de preconstitución probatoria del testimonio con carácter previo al juicio oral y la proyección de su grabación en la sala de vistas.

3º En el marco regional de la **Unión Europea**, se pueden señalar varios instrumentos destinados a combatir este fenómeno habida cuenta de que la prevención y combate de todas las formas de violencia contra la mujer no puede ser alcanzado de manera independiente por los Estados miembros, sino que necesita un planteamiento coordinado y multidisciplinar que favorezca la creación de marcos transnacionales de formación, información, estudio e intercambio de buenas prácticas.

⁶ § 251. Le droit interne de bon nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe prévoit des modes alternatifs de résolution des conflits et de détermination de la peine, aussi bien en droit pénal que civil. En particulier, les modes de résolution des conflits alternatifs aux décisions de justice et prévus par le droit de la famille sont considérés comme davantage respectueux des relations familiales et propices à des solutions plus durables. Dans certains systèmes juridiques, les modes alternatifs de résolution des conflits ou de détermination de la peine –comme la médiation ou la conciliation – sont également utilisés en droit pénal.

§252. Bien que ne remettant pas en cause les avantages de ces modes alternatifs dans de nombreuses affaires relevant du droit pénal ou civil, les rédacteurs désirent souligner les effets négatifs potentiels desdits modes dans les affaires de violence couverte par le champ d'application de cette convention, notamment lorsque la participation à ces processus est obligatoire et remplace la procédure juridictionnelle contradictoire. Les victimes de ces violences ne peuvent jamais recourir à ces processus sur un pied d'égalité avec l'auteur de l'infraction. En raison de la nature même des infractions concernées, les victimes éprouvent invariablement un sentiment de honte, d'impuissance et de vulnérabilité, alors que l'auteur de l'infraction est envahi par un sentiment de puissance et de domination. Pour éviter la reprivatisation de la violence domestique et de la violence à l'égard des femmes, ainsi que pour permettre aux victimes de réclamer justice, l'Etat doit permettre à ces dernières d'avoir accès à une procédure juridictionnelle contradictoire dirigée par un juge impartial sur la base du droit national en vigueur. Par conséquent, le paragraphe 1 exige des Parties qu'elles interdisent, dans les matières relevant du droit civil ou pénal, les modes alternatifs obligatoires de résolution de conflits.

Para dar respuesta a este objetivo se han adoptado varios instrumentos legislativos y Programas de actuación, entre los que puede destacarse en primer lugar la Decisión 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, para el período 2007–2013, que se basa en el establecimiento de un programa específico para prevenir y combatir la violencia contra los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne III) como parte del programa general Derechos Fundamentales y Justicia.

Ha de citarse además:

– La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: Normas y medidas, de 14 de julio de 1999, que afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal. Precisamente, sobre la base de los contenidos de esta Comunicación, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, incluyó entre sus conclusiones la número 32, referida a la necesidad de elaborar unas normas mínimas para la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, incluidas las costas judiciales, además de la necesidad de crear programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección a las víctimas.

– Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2000, sobre la Comunicación de la Comisión sobre las Víctimas de delitos en la Unión Europea, que declara la importancia del desarrollo de los derechos de las víctimas del delito–

– La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que dispone en su artículo 10, que los Estados Miembros “*procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*” y “*velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales*”. Por su parte, el artículo 17 dispone que los Estados Miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamen-

tarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006.

Esta Decisión pretendía otorgar un trato integral y articulado de las necesidades de la víctima, evitando soluciones parciales o incoherentes que pudieran llevar a una victimización secundaria, obviamente desde la necesaria armonización de las normas y de las prácticas de los diversos Estados miembros en lo atinente a la observancia de los principales derechos de las víctimas, sin que ello implique la obligación de garantizar a las víctimas un trato equivalente a las partes en el proceso. De ahí que se insista en la organización del estatuto de las víctimas en torno a cuestiones como la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación e indemnización.

– Recomendación núm. (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, en cuyo Anexo, que reemplaza a la Recomendación 21, se ocupa detalladamente de las definiciones de víctima, victimización y victimización secundaria, de la asistencia, del papel de los servicios públicos, de los servicios de asistencia a las víctimas, del acceso efectivo a los recursos jurisdiccionales, de las indemnizaciones acordadas por el Estado, de los seguros públicos y privados, de la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, de la confidencialidad, de la selección y formación del personal de los servicios, de la mediación y de la coordinación y cooperación internacional.

– Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en la que el Parlamento Europeo instaba a los Estados miembros a mejorar sus legislaciones y políticas nacionales con el fin de combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y a actuar con vistas a eliminar sus causas, valiéndose especialmente de medidas preventivas, y hacía un llamamiento a la Unión para que garantizase el derecho a asistencia, protección y apoyo a todas las víctimas de la violencia [P_TA (2009) 0098].

– La Declaración 19 de los Protocolos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea también insta a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para evitar y sancionar los actos de violencia doméstica y proteger a sus víctimas.

– La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estra-

tegia para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2010–2015), COM (2010) 491 final, de 21.09.2010, en cuyo apartado 4 (*Dignidad, Integridad y fin de la violencia sexista*) anuncia la adopción de una estrategia a escala de la UE para combatir la violencia contra las mujeres que perseguirá, por ejemplo, la eliminación de la mutilación genital femenina usando todos los instrumentos pertinentes, incluida la legislación penal, dentro de los límites de los poderes de la UE, con el apoyo de una campaña europea de sensibilización sobre la violencia contra las mujeres.

– Recientemente, la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01), publicada en el DO C 187 de 28.06.2011 que entre sus líneas de actuación propone: ...7) *Fomentar el recurso a la justicia reparadora y a modalidades alternativas de solución de conflictos, tomando en consideración los intereses de la víctima.*

Dentro de este Plan de acción se han iniciado ya acciones entre las que se pueden destacar:

1. *La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de mayo de 2011 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*⁷. La finalidad de la Directiva enunciada en su art.1 es garantizar que todas las víctimas de delitos reciban la protección y el apoyo adecuados, puedan participar en procesos penales y sean reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo, en todos sus contactos con cualquier autoridad pública, servicio de apoyo a las víctimas o servicio de justicia reparadora. Sustituirá en su momento a la vigente Decisión marco 2001/220/JAI.

En ella su art. 11 se ocupa del *Derecho a garantías en el contexto de los servicios de mediación y otros servicios de justicia reparadora.*

- Los servicios de justicia reparadora abarcan una serie de servicios que van unidos, paralelos, preceden o son posteriores a los procesos penales. Pueden prestarse en relación con determinados tipos de delito o solo en relación con infractores adultos o menores e incluir, por ejemplo, la mediación entre la víctima y el infractor, conferencias de grupo familiar y círculos de sentencia.

⁷ COM (2011) 275 final, de 18.5.2011

- La finalidad de este artículo es garantizar que, cuando se presten tales servicios, existan salvaguardias que garanticen que la víctima no vuelva a sufrir como consecuencia del proceso. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya causado e impedir que se le siga haciendo en el futuro. La participación de la víctima debe tener carácter voluntario, lo que requiere que la víctima disponga de un conocimiento suficiente de los riesgos y beneficios para poder realizar una elección informada. Asimismo significa que, a la hora de remitir un asunto o de llevar a cabo un proceso reparador, se deben tomar en consideración factores tales como los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionar un perjuicio para la víctima. Aunque en términos generales los procesos privados deben ser confidenciales, a menos que las partes acuerden otra cosa, cabe la posibilidad de que se considere que factores tales como las amenazas proferidas durante el proceso exigen que se hagan públicos en interés general. En cualquier caso, todo acuerdo entre las partes debe tener carácter voluntario.

Dispone este art.11 en concreto lo siguiente:

1. Los Estados miembros establecerán normas para proteger a la víctima de intimidación o victimización adicional, que se aplicarán cuando se faciliten mediación u otros servicios de justicia reparadora. Estas normas deben incluir, como mínimo, lo siguiente:
 - a) solo se recurre a los servicios de mediación y justicia reparadora si redundan en interés de la víctima y se basan en el consentimiento libre e informado; dicho consentimiento podrá retirarse en cualquier momento;
 - b) antes de que acepte participar en el proceso, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
 - c) la persona sospechosa o acusada o el infractor habrá de haber reconocido su responsabilidad por su actuación;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y deberá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) las conversaciones en mediación u otros procesos de justicia reparatora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional como consecuencia de un interés público de primer orden.

2. Los Estados miembros facilitarán la remisión de casos a los servicios de mediación u otros servicios de justicia reparatora, incluso mediante el establecimiento de protocolos sobre las condiciones de la remisión.”

Posteriormente en el art.18 se identifica a las víctimas especialmente vulnerables entre las que “per se” lo son los menores e incapaces y, por el tipo de delito, las víctimas de violencia sexual y de trata de seres humanos. No se cita, pues, la violencia de género ni la doméstica como categoría que en sí misma provoque o genere la cualidad de especial vulnerabilidad a su víctima. En consecuencia habrá que determinar en el supuesto concreto si posee o no tal condición en atención a su situación, circunstancias del caso, etc. según prevé el 18.3 cuando dice “Los Estados miembros garantizarán que todas las demás víctimas reciban una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar si son vulnerables a victimización secundaria o repetida o a intimidación, como consecuencia de sus características personales o de las circunstancias, el tipo o naturaleza del delito”. Siéndolo, se beneficiarán de las medidas previstas en el art.21 de la Directiva⁸ a adoptar tanto en la fase de investigación⁹ como en la de plenario o juicio oral¹⁰–

⁸ Si fuera menor de edad se sumarán a las medidas del art.21 las que con carácter específico se prevén en el art.22.

⁹ Art.21.2 :” 2. Durante las investigaciones penales se ofrecerá a las víctimas vulnerables las siguientes medidas: a) se interrogará a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin; b) los interrogatorios a la víctima serán realizados por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda; c) todos los interrogatorios a la víctima serán realizados por las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de justicia; d) todos los interrogatorios a las víctimas de violencia sexual serán realizados por una persona del mismo sexo.

¹⁰ Art.21.3: “Durante los procesos penales se ofrecerá a las víctimas vulnerables las siguientes medidas:

a) medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación; b) medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de las tecnologías de la comunicación adecuadas. c) medidas para evitar

2. Se proyecta extender el reconocimiento mutuo a las *medidas de protección de carácter civil* para víctimas de la violencia doméstica y de género, en particular, mediante la *Propuesta de Reglamento* que a tal fin ha presentado la Comisión¹¹ en mayo de 2011, y que se enmarca dentro del ambicioso Plan de Trabajo del Consejo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales¹².

5. MARCO LEGAL VIGENTE.

Como norma básica en esta materia y marco de referencia para cualquier norma doméstica en la materia, se sitúa la anteriormente citada Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que establece que: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006” (arts. 10 y 17).

No obstante, el Estado español aún no ha hecho frente a las obligaciones legislativas impuestas por la Unión Europea en este campo, ni por el momento entiende que para ello haya que introducir modificaciones en la legislación vigente toda vez *“que se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma”*¹³.

Y esto es ciertamente lo que se ha hecho, recogiendo en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴ una serie de disposiciones generales dirigidas a establecer los presupuestos, principios y procedimiento a

que se formulen preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal; y d) medidas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia de público.

¹¹ COM (2011) 276 final, de 18.05.2011

¹² D.O. C 187, de 28.06.2011.

¹³ Respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004

¹⁴ Examinado por el Consejo de Ministros en fecha 22 de julio de 2011–

seguir para canalizar la mediación en el proceso penal (arts.157 a 161) que se completan con otras normas dispersas a lo largo del articulado (arts. 460, 557, 673.1 y 701) dedicadas a prever los efectos inmediatos que provoca en el proceso el recurso a la mediación (suspensión, modo de terminación del proceso, etc.)

No obstante y dado que este Anteproyecto no ha podido ser objeto de tramitación parlamentaria en esta legislatura, seguimos careciendo de la oportuna regulación. Pero la referencia a la conciliación y a la reparación a la víctima en distintos preceptos de nuestro ordenamiento penal reclama con urgencia la introducción de instituciones propias de la Justicia Restaurativa que permitan su oportuna y correcta aplicación.

En el art. 91.2 del Código penal se contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido; asimismo, en el artículo 88 CP se establece como requisito para la sustitución de la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad o, en su caso, localización permanente (nunca multa en violencia de género¹⁵), el esfuerzo “por reparar el daño causado”.

En el ámbito de la jurisdicción de menores la mediación viene regulada en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El modelo existente contempla la conciliación y la reparación directa e indirecta bajo unas premisas: existencia de delito menos grave o falta, atención a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, en particular la ausencia de violencia o intimidación graves, que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño por el delito, o que se haya comprometido a cumplir cualquier actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. En el mismo sentido, pero sin sometimiento a los requisitos de entidad de la infracción, el art. 51.2 LORPM contempla el cese de la medida que se esté cumpliendo por acuerdo conciliador o reparador entre la víctima y el infractor a que se refiere el art. 19 cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

¹⁵ Como expresamente excluye el art.88.1.III CP..

Por último, en el Reglamento de desarrollo de la LORPM se establece la posibilidad de conciliación entre menores internados que hayan sido sancionados en un centro cerrado, circunstancia que permite suspender la sanción impuesta. Esta redacción se encuentra establecida en el Reglamento de Ejecución de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores (art. 60.5 RD 1774/2004, de 30 de julio).

6. FUNCIONAMIENTO DEL MODELO DE MEDIACIÓN. CLASES DE MEDIACIÓN EN ATENCIÓN AL MOMENTO PROCESAL EN QUE SE DESARROLLA.

El modelo de mediación que se baraja para implantar en nuestro ordenamiento jurídico según se deduce del que se ha venido empleando en las experiencias piloto de mediación penal llevadas a cabo en distintos Juzgados y plasmado además en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal requiere de la necesaria actividad de los tribunales de justicia, de manera que para alcanzar la oportuna eficacia lo alcanzado en mediación se requiere de la incorporación procesal, ora a través del mismo sobreseimiento ora a través de la conformidad ora a través de la viabilidad beneficiaria en ejecución. Se trata, en consecuencia, de un medio controlado judicialmente.

De ahí que se haya proyectado la incorporación de la mediación penal a nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad autocompositiva intraprocesal que requerirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia.

Esto conduce de inmediato a enmarcar la mediación dentro de un contexto temporal puesto que en función del momento en el que la misma se produce o puede producir y su vinculación con un proceso ya existente, ya fenecido o todavía no iniciado, puede distinguirse diversas modalidades de mediación. Y hablarse, por ello (así BARONA VILAR), de mediación preprocesal, mediación intraprocesal y mediación *postsententiam*. Adelantamos ya las dos últimas posibilidades como factibles para la mediación penal en procesos de violencia de género.

A) Mediación penal preprocesal

Supondría la consideración de la mediación como una verdadera alternativa y, por ende, excluyente del proceso penal cuando existiere acuerdo entre los sujetos intervinientes.

Propia de los sistemas en los que la cultura del pacto ha venido germinando desde hace mucho tiempo, convirtiéndose en pieza del sistema de tutela, como el canadiense o el norteamericano, su viabilidad en nuestro sistema parece más que dudosa¹⁶. Y, desde luego, rechazable absolutamente en los casos de violencia de género.

B) Mediación intraprocesal

Es la que se halla vinculada a la existencia de un proceso pendiente y, como tal, los resultados que se alcancen en mediación van a incidir en el proceso mismo, siendo las consecuencias jurídicas diversas según la fase procesal en la que se desarrolle y culmine la mediación.

Esta modalidad de mediación es la que se ha seguido en nuestro país en los proyectos piloto que la han desarrollado, justificada sobre la base del artículo 21.5 del Código Penal. Sin perjuicio de que sea posible fundarla en este precepto, se requiere un soporte jurídico que dé mayor cobertura a determinadas cuestiones que se exigen para su desarrollo.

En efecto, las experiencias que en estas últimas décadas se han vivido en diversos lugares de España y especialmente en diversos juzgados que voluntariamente han asumido las experiencias piloto en materia de mediación, lo han hecho siempre desde el principio supremo de la libertad, lo que obligaba a que sólo pudiera darse esta posibilidad cuando todos los operadores jurídico penales, ya los jueces, los abogados, la víctima, y ya el delincuente asumieran acudir al procedimiento de mediación para tratar de alcanzar un acuerdo. El soporte de instituciones como la Oficina de Ayuda a la Víctima, los Institutos de Criminología, determinadas Asociaciones a favor de la víctima o incluso el propio Consejo General del Poder Judicial, han sido piezas indiscutibles para el desarrollo de estas experiencias y para su consolidación en nuestra cultura penal.

Acudiendo a las referidas experiencias llevadas a cabo en determinados Juzgados¹⁷, el camino a seguir es el siguiente:

¹⁶ Debido a que se trata de un modelo que per se implica la exclusión de los tribunales y del monopolio procesal con las garantías que comporta en un modelo social y democrático de derecho. El interrogante que esta modalidad de mediación genera es si simplemente puede considerarse como una alternativa, excluyente del inicio de cualesquiera proceso, o si debe vincularse necesariamente a un proceso siquiera sea "ficticio" que debería homologar la mediación penal mediante una resolución.

¹⁷ Vid. la descripción que hace FREIRE PÉREZ, R.M., "Experiencias de mediación en el ámbito de la justicia penal de adultos. Amparo normativo e institucional", en MARTÍN DÍZ, F., (coord.), La mediación en materia de familia y derecho Penal. Estudios y análisis, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp.279-281

Selección judicial del caso como susceptible de ser llevado a mediación tras haber valorado la oportunidad y posibilidad de su aplicación (entre otras condiciones, el tipo de infracción cometida, su gravedad, las características del conflicto, la posibilidad de reparación a la víctima, la necesidad de ésta de ser reparada, la existencia de vínculos entre víctima y victimario y conveniencia de su recomposición).

Si se produce en la fase anterior al juicio oral habrá que tener en cuenta, dada la vigencia del principio de presunción de inocencia:

– que el imputado haya admitido por propia iniciativa algún tipo de participación en los hechos:

– que el ofrecimiento de la posibilidad de participar en el programa no comporte una compulsión al reconocimiento de hechos

– que en el ofrecimiento de participación en el proceso se informe claramente al imputado que la valoración final de la reparación, a efectos de los beneficios jurídicos previstos en el CP, corresponde al Juez o Tribunal (beneficios que van desde la reducción de la pena por la apreciación de la atenuante de reparación a la eventual suspensión o sustitución de la pena)

– que la participación en el proceso sea voluntaria y el contenido de las sesiones confidencial.

El acuerdo de mediación–reparación en fase de instrucción previa a la intermedia, debe ratificarse ante el Juez a fin de que quede constancia de que la víctima se da por reparada en el sentido de los arts.107 y 108 CP consignándose en su caso la expresa renuncia a la acción civil que posibilitará posteriormente la apreciación de la atenuante del art.21.5 CP.

En el procedimiento de diligencias previas, si hay reconocimiento de hechos, será de aplicación lo dispuesto en el art.770.1.5º LECrim que prevé la posibilidad de que se desemboque en un enjuiciamiento rápido y en una eventual conformidad *premiada* con una reducción de un tercio de la pena acogida en la sentencia que dicte el propio Juez de instrucción. En los demás casos puede desembocarse en una sentencia de conformidad que se dicte por el juez de lo penal conforme a lo dispuesto en el art.787.1º LECrim.

Puede observarse de lo expuesto cómo su estrecha vinculación con el proceso penal hace de esta modalidad de mediación complemento perfecto

de la vía jurisdiccional. Repárese que el acuerdo que se alcanza, para ser eficaz y producir consecuencias jurídico-penales, debe quedar “validado” por el órgano jurisdiccional.

C) Mediación *postsententiam*

Viene esencialmente circunscrita a los supuestos de mediación penitenciaria y en la que efectivamente los resultados pueden ser muy positivos para los condenados a pena de prisión y para el propio modelo penitenciario.

Por un lado y en lo que aquí directamente interesa, una reparación voluntaria del preso a favor de la víctima fruto de la mediación supone para ella, una satisfacción que acaso no obtenga de otro modo o lo haga de manera más tardía y dificultosa. Para el penado esta actuación puede reportarle también beneficios pues puede entenderse como una prueba concreta de la evolución positiva en su tratamiento y del interés por reinserirse de nuevo en la comunidad que le puede hacer merecedor de una progresión en grado en atención a lo dispuesto en el art.72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria o para acceder a la libertad condicional del art.90 CP¹⁸.

Por otro lado, y ya con carácter general, la introducción de la mediación como instrumento del sistema sancionador penitenciario puede implicar una interesante alternativa al modelo actual, ofreciendo, por las técnicas empleadas, un método eficaz para la reducción de violencias dentro del ámbito penitenciario a través del aprendizaje de actitudes de respeto, escucha, diálogo y tolerancia. En suma, un cauce innovador en el sistema sancionador penitenciario.

Dadas las incógnitas y desconfianzas existentes todavía sobre la aplicación de la mediación en procesos por violencia de género, precisamente la fase de ejecución de la condena sería un ámbito idóneo para que el legislador pudiera introducirla con carácter experimental donde claramente y sin lugar a dudas el *ius puniendi* se ha hecho valer por el Estado y existe pena a imponer. La mediación servirá como forma de canalizar una pena oyendo a la víctima –que debe de seguir cumpliendo los mismos requisitos anterio-

¹⁸ El art.90 CP prevé que para acceder a ella el preso ha de estar clasificado e tercer grado de tratamiento penitenciario y han de darse, entre otros requisitos, la buena conducta y un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por expertos que el Juez de vigilancia Penitenciaria estime conveniente, siendo así que la implicación voluntaria del penado en la obtención de un acuerdo de reparación, la participación también voluntaria de para compensar o minimizar el daño causado a la víctima pueden ser considerados, en determinados casos, como una manifestación práctica y concreta del concepto indeterminado de “buena conducta”

res— y al condenado al que se le abre la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos e imposiciones derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez.

Las posibilidades que podemos encontrar, no se reducen a los casos en que el condenado se encuentre en situación de privación de libertad, sino también a aquéllos en que en atención a la pena impuesta (localización permanente, alejamiento) en que será aplicable tal negociación entre ambas partes con el fin de obtener algún beneficio penológico y poder valorar el esfuerzo reparador.¹⁹

7. DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS EN QUE PUEDE RESULTAR EVENTUALMENTE APLICABLE.

Retomando lo que ya se señaló en el apartado 1), la mediación sólo ha de introducirse para muy determinados casos que en principio podrían caer dentro de la esfera de la violencia de género (y doméstica o en el ámbito familiar).

La mediación puede admitirse como instrumento idóneo para contribuir a la solución de **algunos** conflictos relacionados con la violencia de género, singularmente para aquellos que se encuentren en un estadio inicial, se trate de un episodio ocasional o esporádico y de mínima gravedad aunque por razones diversas hayan sido elevados a la condición de delito, no se aprecie una relación de especial vulnerabilidad en la víctima y exista además una voluntad de ambas partes y una perspectiva razonable de continuar la vida en común.

Es indudable que fuera de estos limitados supuestos, esta solución no es factible al permanecer una situación de desigualdad real entre la víctima y el victimario, lo que haría imposible la mediación pues tal desigualdad impide el diálogo, el consenso y el acuerdo de ambos.

Estos serían los requisitos indispensables para fijar el marco en que podría insertarse la mediación como sistema de conflicto de este tipo de infrac-

¹⁹ A través de este posible acuerdo se daría contenido a los numerosos supuestos en los que se procede a condenar y a sustituir sin que en la práctica haya ningún esfuerzo real por corresponsabilizarse y reparar el daño. Vid. ampliamente sobre este punto RÍOS MARTÍN, J.C., “La mediación en la fase de ejecución penal”, Revista de estudios penitenciarios, Extra 2006, pp. 169 y ss

ciones. Pero ello pasa, naturalmente, porque también y con carácter previo el legislador haya determinado con carácter general cual será el marco de la mediación penal, algo que todavía no ha realizado incumpliendo, en ese sentido, las exigencias que se derivan de una correcta interpretación de la Decisión marco de protección de la víctima tantas veces citada.

Partiendo de la premisa de que no resulta conveniente establecer un *numerus clausus* de delitos susceptibles de reconducirse a mediación, sí deben existir unos criterios a partir de los cuales puede decidirse tal solución:

– el primero de ellos, el de su gravedad, que podría jugar como elemento de exclusión y así sucede en algunos ordenamientos jurídicos en que atienden al criterio de la pena que lleva aparejada el delito para, por encima de determinada entidad, excluirla. Con todo no sucede así en otros (como el alemán) argumentándose en tal sentido que puede haber supuestos en que los hechos sean de alto reproche social pero sin embargo víctima y victimario de manera voluntaria prefieran el diálogo y la reparación al proceso penal *in extenso*. En Estados Unidos, por ejemplo según destaca BARONA VILAR, se ha pasado de un periodo inicial en que se rechazaba la mediación y, en general cualquiera de los instrumentos de *restaurative justice* cuando se tratare de delitos graves y violentos a los programas de adultos que los permiten, inclusive en los supuestos de agresiones sexuales o asesinatos, argumentándose que se devuelve con ello a las víctimas el sentimiento de seguridad que habían perdido y el control sobre sus vidas (lógicamente en los casos de asesinato se refiere a sus familiares o allegados) y por ello se ha afirmado que la mediación funciona de forma efectiva en estos casos. En EEUU no se niega, por tanto, que en delitos violentos pueda acudir a mediación sino que, antes al contrario, se considera como altamente conveniente en muchos casos; cuestión diversa es la preparación del que sea mediador para afrontar esta comunicación y diálogo con estas coordenadas específicas.

También en los países escandinavos se permite la mediación en delitos que comportan violencia; entre ellos los delitos de agresiones sexuales y violencia doméstica. Y en Alemania se ha optado por permitir la cualesquiera que fuere la gravedad del hecho atendida la pena que lleve aparejada, lo que no obsta a su posible exclusión en ciertos supuestos en los que, en función del tipo de hecho delictivo o las características de los sujetos implicados, no resultara recomendable por ser aquí preponderante la función de prevención sobre la restaurativa. Ahora bien, aunque la legislación nacional no establez-

ca límites sí lo han hecho las diversas normas federales y así en algunos Estados federales se excluyen de mediación las agresiones sexuales y los delitos de violencia doméstica.

Portugal, por su parte, de conformidad con la ley nº 21/2007, configura de manera taxativa lo que es susceptible o no de mediación utilizando un doble sistema: establecer en principio un marco general diseñado en función de la pena y el tipo de delito en el que la mediación es posible y, a continuación, excluir además expresamente algunos delitos específicos al margen de que pudieran o no caer en el referido marco. Así restringe la mediación a los delitos contra las personas y contra el patrimonio castigados con pena de hasta cinco años de prisión, a los delitos semipúblicos y a los privados. A su vez la excluye para los delitos contra la libertad sexual, corrupción, peculio y tráfico de influencias y en aquellos supuestos en los que se tramitan los procesos especiales sumario y sumarísimo porque se entiende que la mediación demora la exigencia de rapidez en aquellos.

El segundo de ellos, el de las condiciones particulares de determinadas categorías de víctimas que por su vulnerabilidad no resulta aconsejable acudir a esta solución. Este sería el caso de los menores²⁰, de determinadas mujeres inmigrantes en situación irregular, pero no tiene por qué serlo el de todas las mujeres víctimas de violencia de género debiéndose distinguir aquí los supuestos en que puede apreciarse esta condición de especial vulnerabilidad, que la excluiría, de aquéllos otros en que partiendo de la escasa gravedad del hecho y por no apreciarse esta condición, sería factible. Traemos aquí a este tenor las *Conclusiones del Seminario del Consejo General del Poder Judicial sobre Instrumentos Auxiliares (incluido mediación familiar) en el ámbito del Derecho de Familia*²¹ desarrollado del 17 al 19 de febrero de 2010, donde se dice:

5– Se reitera una vez más que se entiende desafortunada la previsión recogida en el artículo 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos

²⁰ Vid. Informe de la Subcomisión penal para el estudio del funcionamiento de la ley integral de medidas contra la violencia de género y, en su caso, propuestas de modificación (Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie D, 154/000005, de 23 de noviembre 2009, núm.296 en cuyas Recomendaciones y tratándose de menores se recomienda excluir en todo caso la mediación.

En este sentido, vienen pronunciándose SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa”, *Panorama actual y Perspectivas de la victimología: La victimología y el sistema penal, Estudios de Derecho Judicial*, núm.121, 2007 y LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, 2007, p. 106.

²¹ Disponible en la página <http://www.ammediadores.es> (sección Informes).

atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación. En este sentido resultan elogiadas las experiencias desarrolladas en el Juzgado de Hospitalet de Llobregat, después en el Juzgado nº 5 de VIDO de Barcelona o en el Juzgado nº 1 de VIDO de Murcia en las que se orienta a las partes a una mediación familiar una vez se ha procedido al archivo del procedimiento penal.

Acudiendo a las experiencias de mediación que se han llevado a cabo, se observa que el mayor número de supuestos en que se conjugan la conveniencia en atención a las circunstancias del caso de derivarlo a mediación y el éxito alcanzado e ésta, se refieren a delitos y faltas contra las personas entre las cuales media algún tipo de relación. Por ejemplo, trayendo aquí el Informe *Justicia restaurativa. Análisis de una experiencia de mediación penal en los órganos jurisdiccionales de Madrid (2005–2008)*²², se ve que entre las infracciones seleccionadas para derivarse a mediación, el mayor número lo constituyen las amenazas (32'2%). Le siguen en nivel de intervención las lesiones (23 %), las infracciones en el ámbito familiar (28'7 %), los robos (12'6 %) y las injurias (6'9%). Este dato parece indicarnos que los órganos judiciales estiman que las infracciones más susceptibles de mediación son las infracciones contra las personas, normalmente en aquellas en que por existir relación entre las partes la mediación aporta un plus de pacificación de la relación hacia el futuro.

8. PREVISIONES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL APROBADO EN EL CONSEJO DE MINISTROS DE 22 DE JULIO DE 2011 Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDAE* PARA UNA FUTURA REFORMA DE LA LECRIM.

Sitúa la mediación en el marco del principio de oportunidad. Y en la exposición de Motivos se afirma que ésta no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*.

²² Disponible en la página <http://www.ammediadores.es> (sección Informes).

No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.

Aparece, así, la mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad. Será el fiscal el que –al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus características específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida– pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas. Podrá, de esta forma, como director de la investigación, impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo.

En algunos casos, el resultado de la mediación podrá ser la falta de composición y la continuación del procedimiento penal en curso con todas sus consecuencias. En otros, esta institución podrá conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada.

Sin pretender más que una aproximación a esta cuestión *de lege ferenda*, y en atención además a lo que se ha incorporado ya en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal según acaba de ser expuesto, pueden efectuarse las siguientes propuestas:

- a) Aunque no es misión de las normas procesales proporcionar definiciones de los institutos que regulan, sería muy conveniente incorporar una definición en el que hoy es el art. 2 LECrim. El Proyecto no lo ha considerado necesario, si bien en la Exposición de motivos se hace una alusión bastante completa de su contenido.
- b) Se debe determinar el órgano competente para decidir sobre la derivación del asunto a este tipo de procedimiento sea cual fuere la fase procesal en la que se encuentre²³. A tal efecto en el Anteproyecto de LECrim., en armonía con la asunción por el Ministerio Fiscal de la fase

²³ Oída la Unidad de Valoración Integral de la víctima

de investigación, se determina que será él quien la acuerde cuando nos hallemos en esta fase (art.460 mediante decreto) o bien el órgano competente para el enjuiciamiento cuando tal fase haya terminado y con ella la competencia del Ministerio Fiscal, e igualmente en fase de ejecución (arts.158.5 y 557).

- c) Se debe desarrollar un procedimiento que, conforme al Informe del Consejo²⁴, garantice el derecho de información de las partes y de sus letrados relativo a este tipo de fórmula restaurativa e, igualmente, a su audiencia previa a la derivación donde otorgarán el consentimiento informado de someterse, en su caso, a una mediación. Tales exigencias resultan plenamente acogidas en el art.157 del Anteproyecto.
- d) Debe regularse expresamente el hecho de que la información obtenida durante este proceso, sea cual fuere el momento procesal oportuno, no pueda constituir prueba las aportaciones en ese u otro proceso ni afectar, por tanto, a la presunción de inocencia²⁵. En este sentido se deberá señalar el contenido que debe reunir el acta del equipo mediador y qué cubre el secreto profesional²⁶.
- e) En la Ley procesal ha de introducirse expresamente, el principio de oportunidad reglada en los preceptos correspondientes, determinando los casos en los que es adecuada su introducción, así como sus

²⁴ El sometimiento y la derivación del caso, en ningún momento, puede suponer una paralización de la causa y, especialmente, de las diligencias de investigación. El intento de mediación se deberá hacer con la antelación suficiente que asegure la apertura del juicio oral con resultado positivo o negativo del intento de acuerdo.

²⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., “Perspectiva de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un fiscal”, *Revista Familia*, núm.36 Universidad Pontificia de Salamanca, enero 2008, donde afirma que la decisión de someterse a una mediación o su decisión contraria no son prueba, pero son actitudes valorables como indicio o contraindicio y deberán ser sometidos a debate contradictorio en juicio oral con las mismas garantías de inocencia que pudieran derivarse, por ejemplo, de un reconocimiento de culpabilidad en la fase de instrucción y su posterior negativa en juicio oral. Se tratará de una cuestión de lo que se pueda o no probar en juicio y de la decisión judicial plasmada en la sentencia. Afirma el citado autor “que sentar la regla de que el fracaso del proceso de mediación ha de ponernos en una situación idéntica a aquella en que el proceso no se hubiera iniciado no es real. (...) No significa que aquel sea culpable, pues hay muchas circunstancias y factores que pueden justificar creíblemente la realización de una actividad de reparación distinta a la culpabilidad y también algunas (...) que explican verosímilmente un prematuro reconocimiento de unos hechos delictivos por el autor que luego se retracta y que, por tanto, pueden explicar un pronunciamiento absolutorio a pesar de esa inicial confesión. (...). Es más correcto admitir que el reconocimiento de los hechos previo a la mediación, que la voluntad de someterse a ese proceso, puede influir posteriormente en la valoración probatoria –aunque, desde luego, no han de ser determinantes– para que el imputado adopte la decisión con toda la información y siendo consciente de todas las repercusiones”, p.94.

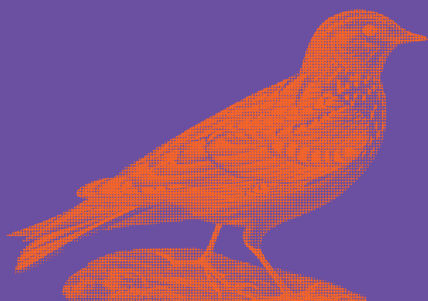
²⁶ Se debe de tener en cuenta el hecho de que la declaración testifical del que fue mediador es uno de los supuestos que puede dar lugar a la ilicitud probatoria (arts. 11.1 LOPJ y 416 LECrim).

límites y formas. Y así se ha hecho como se explica en la Exposición de Motivos (apartados XXV y XXVI) y luego de desarrolla en los arts.148 a 156.

- f) Se debe determinar los momentos en los que una mediación penal resulta posible y las consecuencias o efectos de la misma en sus diferentes fases y tipos de proceso (lo que en el Anteproyecto se efectúa en los arts. 150.3, 160 y 161, 557, 673 y 701) pudiendo desembocarse en una sentencia de conformidad que incluyera como atenuante la reparación del daño. Se ponen trabas en cambio en la ley a que se desemboque en un archivo por razones de oportunidad o en un sobreseimiento de la causa en este tipo de delitos, a diferencia de otros que en principio pueden acceder a tales soluciones dependiendo de la pena que lleven aparejada.
- g) Sobre la incorporación del acuerdo a la sentencia se estará al 248 LOPJ.

BIBLIOGRAFÍA:

- BARONA VILAR, S., “Mediación Penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 26, enero 2009, 11–53.
- BARONA VILAR, S., (dir.), *La mediación penal para adultos*, Valencia, 2009.
- BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación en el proceso de menores”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 32, enero 2011, 9–28.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la aplicación de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, de 11 de enero de 2011.
- DURBÁN SICILIA, L., “Mediación, Oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La Ley Penal* núm.73, julio 2010.
- ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. y SOLÉ RAMÓN, A.M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GONZÁLEZ CANO, I., “La mediación penal en España”, en BARONA VILAR, S., (dir.), *La mediación penal para adultos*, Valencia, 2009.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La mediación penal”, *Revista Jurídica La Ley*, núm., 6900, 2008
- MARTÍN DIZ, F., “Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?”, en *Revista Derecho en. Libertad*, 2010, pp. 169 – 192.
- MARTÍN DIZ, F., (coord.), *La mediación en materia de familia y derecho Penal. Estudios y análisis*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 33, mayo 2011.
- PÉREZ GINÉS, C.A., “La mediación en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil cumplimiento”, *La Ley penal* núm.71, Mayo 2010.
- RÍOS MARTÍN, J.C., “La mediación en la fase de ejecución penal”, *Revista de estudios penitenciarios*, Extra 2006, pág. 169 y ss.
- RÍOS MARTÍN, J.C., “Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia (2005–2008)” <http://www.ammediadores.es>



El presente estudio, promovido desde la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, ha sido coordinado por el profesor Rafael Cabrera Mercado, de la Universidad de Jaén, y también han participado en el mismo las profesoras Coral Arangüena Fanego y Montserrat de Hoyos Sancho, ambas de la Universidad de Valladolid.

Entre otras cuestiones de interés jurídico, ofrece información bastante sobre los objetivos y contenido sustantivo y procesal de la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo de Europa, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre estados miembros de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, mas conocida como Orden Europea de Vigilancia, pendiente de transposición por los Estados miembros.

ALONDRA: "Su canto hace vibrar hasta lo más profundo del alma.
Símbolo de la alegría de vivir, de la felicidad y de la plenitud"

www.mspsi.es



MINISTERIO
DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL
E IGUALDAD

SECRETARÍA
DE ESTADO
DE IGUALDAD

DELEGACIÓN DEL
GOBIERNO PARA LA
VIOLENCIA DE GÉNERO

P.V.P.: 15 €

