

TRABAJO FIN DE GRADO



Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho

Curso Académico 2019/2020

“Desmontando mitos sobre la Violencia de Género”

Alumna: Paula Tornero Riquelme

Tutora: Olga Fuentes Soriano

Índice

ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: CONTEXTO Y TRATAMIENTO JURÍDICO.....	7
1.1. CONTEXTO.....	7
1.2. LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	15
1.2.1. Antecedentes.....	15
1.2.2. Ámbito de aplicación.....	21
1.2.3. Medidas contempladas en la ley.....	24
2. CUESTIONES PROCESALES DEL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	28
2.1. PROBLEMAS PROBATORIOS.....	28
2.1.1. El testimonio de la víctima como única prueba de cargo.....	30
2.1.2. La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	37
2.2. LAS “FALSAS” DENUNCIAS FALSAS.....	46
3. LA ORDEN DE PROTECCIÓN.....	52
3.1. CONCEPTO Y REGULACIÓN.....	52
3.2. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN.....	59
3.3. MEDIDAS.....	62
3.3.1. Penales.....	62
3.3.2. Civiles.....	66
3.3.3. Asistenciales.....	67
3.4. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN.....	69
3.4.1. El delito de quebrantamiento.....	69
3.4.2. Consentimiento de la mujer en el quebrantamiento de la orden de protección.....	71
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	80

Abreviaturas

AP:	Audiencia Provincial
art. (arts.):	Artículo (s)
CE:	Constitución Española
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
cit. por:	Citado/a por
CP:	Código Penal
FJ:	Fundamento Jurídico
JVM:	Juzgados de Violencia sobre la Mujer
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
LOMPIVG:	Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF:	Ministerio Fiscal
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
OPVVD:	Orden de Protección para las Víctimas de Violencia Doméstica
p. (pp.):	Página (s)
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TS:	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

Introducción

Las desigualdades existentes entre hombres y mujeres han acompañado a la sociedad desde sus inicios. Históricamente, la mujer ha sido relegada a una categoría inferior respecto al hombre, llegando incluso a considerarse como una mera “propiedad” de éste. Piénsese, por ejemplo, que esa es la consecuencia del poder que la institución romana del *paterfamilias* otorgaba al hombre sobre su mujer e hijas. Consecuentemente, el hombre gozaba de todos los privilegios y derechos, que le eran arrebatados a las mujeres, por el simple hecho de pertenecer al género masculino, basándose únicamente en cánones y estereotipos machistas y arcaicos que, de ningún modo, deberían regir una sociedad.

Si bien es cierto que estas desigualdades históricas despliegan sus efectos en todos los ámbitos de la vida de las mujeres, especial transcendencia adquiere la violencia de género por tratarse de la expresión más radical y violenta de esta discriminación sistemática, acabando incluso con la vida de muchas de ellas año tras año. Se trata de una violencia estructural, que cuenta con unas características propias que la hacen especialmente distinta de otras manifestaciones de violencia interpersonal, cuya única aspiración es la continua sumisión de la mujer al varón, de manera que se mantenga en ese *rol* que se le tiene asignado por nacimiento.

Durante los últimos años, se han puesto en marcha numerosos esfuerzos legislativos para combatir esta lacra social, produciéndose una evolución tanto en su efectividad como en el reconocimiento del problema. En los primeros esfuerzos, parecía existir un cierto recelo de reconocer el problema que sufrían específicamente las mujeres, protegiendo de esta manera la violencia doméstica y olvidando que el verdadero problema que suscitaba esta violencia era la ejercida sobre las mujeres por parte de sus parejas o exparejas.

Es en el año 2004 cuando por primera vez se ataja el problema de forma específica mediante la entrada en vigor de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, conocida como “Ley integral”, que reconoce por primera vez la existencia de una violencia estructural, que afecta a las mujeres de forma específica en el ámbito doméstico y que, en consecuencia, requiere de una normativa especializada e integral.

Sin embargo, pese a todos los esfuerzos realizados, y el latente avance que supuso en la lucha contra la violencia de género la entrada en vigor de la ley, tanto en tratamiento y

prevención del problema, como en la sensibilización de la propia sociedad, aún a día de hoy es demasiado frecuente escuchar críticas vertidas no únicamente contra la Ley integral, sino también contra las mujeres que deciden acudir a los Tribunales para poner fin a una situación de maltrato continuado. Estas críticas, que a mi juicio son únicamente afirmaciones que, por repetición, se acaban asumiendo por parte de la sociedad como verdaderas, tienen como principal fin poner barreras en la lucha contra la violencia de género, impidiendo así la consecución de una verdadera igualdad de derechos.

En concreto, es verdaderamente alarmante escuchar como a día de hoy se intenta desacreditar a las mujeres que, cansadas de vivir en una situación continua de violencia, y temiendo por su propia vida, deciden acudir a denunciar a su agresor. Se afirma que una gran mayoría de mujeres acuden a los Tribunales con motivos *oscuros*, como obtener beneficios económicos en el divorcio, o incluso, con ánimo de venganza de su expareja. En consecuencia, se pretende defender la existencia de una multitud de denuncias falsas interpuestas por las mujeres que utilizan el sistema penal para sus propios beneficios, ya que entienden que la Ley tiene como última consecuencia que se crea automáticamente la declaración de una mujer que denuncia a su pareja o expareja, por lo que de alguna manera anima a las mujeres a denunciar falsamente.

Este descrédito de las mujeres y la infravaloración (e incluso negación) de la violencia de género y de sus características propias, se encuentra también se forma notable en el tratamiento social (y sorprendentemente, también en ciertos sectores doctrinales y en cierta jurisprudencia) que se hace de la denominada orden de alejamiento, especialmente en lo que respecta a su quebrantamiento. Si bien es cierto que existe un vacío legislativo en cuanto a la solución que requieren los casos en los que, una vez interpuesta una orden de alejamiento, la mujer decide volver a reanudar la convivencia con su agresor, esta nueva aproximación no debe asimilarse, como se pretende desde estos sectores, al *capricho* de ésta, de forma tal que pueda incluso llegar a criminalizarse su actitud, o asimilarse a la realizada por el agresor frente al cual sí recaía una resolución judicial de obligado cumplimiento.

El mantenimiento de estas afirmaciones no solamente oculta la verdadera magnitud del problema que se trata de paliar, sino que también obstaculiza las labores de sensibilización que anima a las mujeres a denunciar, ya que se genera un sentimiento de rechazo por parte de éstas ante el temor a no ser creídas, así como a ser objeto, una vez más, de los prejuicios y estereotipos machistas que rigen dichos “tópicos”. Estas

consecuencias, que no carecen en absoluto de importancia, generan la necesidad de analizar en profundidad la (dudosa) verosimilitud de las críticas vertidas continuamente contra la violencia de género y su tratamiento procesal.

Al estudio científico y pormenorizado de estas cuestiones se dedicarán las páginas siguientes, a fin de intentar demostrar que más que críticas o afirmaciones basadas en datos empíricos o fundamentos jurídicos sólidos, se trata de *mitos* que se pretenden divulgar socialmente para desvirtuar la lucha por la igualdad real y efectiva de derechos, y acabar, por tanto, con la violencia que sufren tantas mujeres a manos de sus parejas o exparejas. De esta manera, al intentar desmontar estos mitos que giran en torno a la violencia de género, se ponen de manifiesto las múltiples y continuas barreras que se deben sobrepasar para superar el *status quo* que ha instaurado la sociedad patriarcal y que tiene como únicas damnificadas a las mujeres.



1. LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: CONTEXTO Y TRATAMIENTO JURÍDICO

1.1. CONTEXTO

La violencia de género constituye uno de los gérmenes y lacras de nuestra sociedad hoy en día. Únicamente en el año 2019 resultaron asesinadas por violencia de género en España 55 mujeres¹, y en los dos primeros meses del año 2020 ya existen 13 casos de mujeres asesinadas².

A pesar de que en la actualidad existe una conciencia más profunda en torno a esta problemática, la desigualdad existente entre hombres y mujeres, y su expresión más violenta como es la violencia de género, siguen siendo un foco de debate en la sociedad, por lo que es necesario, como punto de partida de este trabajo, contextualizar y analizar su razón de ser y sus características propias.

Históricamente, la mujer ha sido relevada a una categoría inferior respecto del varón únicamente por el hecho de haber nacido mujer, y, por consiguiente, el hombre ha ocupado una posición privilegiada y de preeminencia.

Esta diferencia de posiciones que ocupan tanto el hombre como la mujer respectivamente, y que hoy día no ha desaparecido, no se fundamenta en datos o argumentos biológicos, sino en patrones religiosos, culturales, sociales o educativos entre otros, que sitúan a la mujer por el simple hecho de serlo, en una posición de inferioridad y de pertenencia al varón.

Durante siglos, las diferentes culturas y sociedades han continuado manteniendo esta forma de convivencia patriarcal, en la que la mujer estaba doblegada al hombre tanto dentro como fuera del hogar, considerándose esta estructura social como “lo normal”. La máxima expresión de esta desigualdad, concretamente en la familia, se remonta a la Antigua Roma, ya que la mujer se encontraba sometida a la tutela de un varón durante toda su vida, bien sea su *paterfamilias*, o su marido una vez casada, sin tener “voz ni

¹ Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Ministerio de la Presidencia. Relaciones con la Cortes e Igualdad.

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>

² Estadística de Víctimas Mortales por Violencia de Género. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Ministerio de Igualdad.

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>

voto” en la vida pública³. De esta manera, se presentaba como un objeto de dominio, el cual debía ser controlado durante toda su vida por un hombre, encontrándose de esta manera, en una situación de *“incapacidad jurídica absoluta y perpetua”*⁴.

Esta desigualdad se vuelve máxima cuando la relación entre hombre y mujer se torna violenta, y, sin embargo, es una situación a la que se enfrentan numerosas mujeres a lo largo de su vida. Al respecto, el análisis realizado por la OMS, la Escuela de Higiene y el Consejo de Investigaciones Médicas en 2013, basándose en los datos recogidos por 80 países, señaló que el 35% de las mujeres ha sufrido alguna vez en su vida violencia física o sexual por parte de sus parejas o violencia sexual por parte de terceros ajenos a su círculo⁵.

Para hacer referencia a esta violencia que sufren las mujeres únicamente por ser mujeres, se ha acuñado la expresión violencia de género. Bajo ésta, se alude al término acuñado por el feminismo de los años 70, con el cual se hacía referencia a todas estas pautas sociales y culturales que doblegaban a la mujer a la categoría de “objeto” o “propiedad” y, por tanto, se le puede castigar o aleccionar a través de métodos violentos. Tal y como señala FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, este tipo de violencia *“no es una derivación espontánea de la naturaleza. La violencia contra las mujeres no es natural, sino aprendida a través del proceso de socialización”*⁶.

Es por esta histórica desigualdad, cuya consecuencia era la continua violación de los Derechos Humanos de las mujeres, por lo que a partir de 1993 empieza a surgir una importante -y necesaria- preocupación por parte de las ONU, teniendo como principal consecuencia la promulgación de varios instrumentos legislativos al respecto.

Como punto de partida, la Declaración de las ONU sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, en su art. 2, establece que este tipo de violencia abarca los siguientes ámbitos:

³ CAMPOS VARGAS, H., *“La mujer sui iuris: de la mujer como objeto a la mujer como persona en el derecho romano”*, Revista de Ciencias Jurídicas, nº 123, 2010, p. 150

⁴ BRAVO BOSH, MJ., *“El lenguaje discriminatorio en la Antigua Roma y en la España actual”*, Revista jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro, Vol. 15, nº 2, 2018, p. 144

⁵ *“Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer. Prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud”*. OMS, 2013

⁶ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. *“El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva Ley de protección integral contra la Violencia de Género”*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 40, 2006, p. 149-170

- La violencia física, psicológica y sexual producida en el hogar, incluida en este ámbito las violaciones por el marido, la mutilación genital, los malos tratos, etc.
- La violencia física, psicológica y sexual cometida dentro de la comunidad en general, con expresiones como la prostitución, el acoso sexual en el trabajo, las agresiones sexuales, etc.
- Por último, la violencia física, sexual o psicológica perpetrada o tolerada por el Estado.

Dos años más tarde, la Cumbre Internacional de las ONU celebrada en Pekín definió la violencia de género como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener por resultado un daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual para las mujeres, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”*⁷.

De esta manera, se constata la existencia de una violencia estructural, que afecta a la vida de las mujeres en todos los ámbitos, no únicamente a su esfera privada, y que supone la manifestación de una de las mayores desigualdades existentes hoy en día, basándose únicamente en su pertenencia al género femenino, y en la consideración por sus agresores de que éstas carecen de los mínimos derechos inherentes a la persona.

La violencia de género, pese a no ceñirse únicamente al ámbito doméstico, encuentra en éste su manifestación más frecuente, y posiblemente más grave, debido, entre otros aspectos, a la estrecha y complicada relación que une a agresor y víctima, el ámbito privado en el que se producen, así como la habitualidad de la violencia -tanto física como psicológica-, generan una especie de *“desposesión y quebrantamiento de la identidad”*⁸ de la víctima.

Si bien es cierto que en el ámbito intrafamiliar puede existir violencia hacia otros sujetos, la violencia doméstica contra las mujeres no es sólo cuantitativamente diferente, sino que nos encontramos ante un problema cualitativamente distinto, que requiere de

⁷ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, p. 51

⁸ ALMIRÓN PRUJEL, E., “Sobre las violencias cotidianas. Entre mitos y experiencias” en *Violencia de género. Problema antiguo, nuevos abordajes en el Paraguay*, (Coord. Raquel Andrea Vera Salerno), Centro de Documentación y Estudios, 2009, p. 90

planteamientos y soluciones distintas y específicas si se quiere erradicar esta violencia, que a día de hoy es la más recurrente y alarmante de todas⁹.

Ante la necesidad de ofrecer un tratamiento y análisis especializado que se adecúe a esta violencia, se torna preciso estudiar los rasgos o caracteres fundamentales que, precisamente, la diferencian de otras manifestaciones de violencia interpersonal. Al respecto, se seguirá la estructura efectuada por FUENTES SORIANO¹⁰:

1. Las agresiones carecen de una motivación concreta, por lo que la mujer se encuentra en un estado de incertidumbre constante, en el que desconoce el momento en el que volverá a ocurrir un episodio de violencia, ni el motivo que lo desencadenará. De esta manera, se acentúa la tensión en la que se encuentra la víctima, viviendo en un estado de temor continuo.
2. La falta de reproche social hacia el agresor y a este tipo de agresiones, ha generado históricamente un sentimiento de impunidad tanto en el agresor como en la víctima.

Tradicionalmente se entendía que la violencia ejercida en la intimidad del hogar era una cuestión privada de la familia, permitiéndose hasta no hace mucho tiempo medidas tan discriminatorias, pero legales, como la obligación de que la mujer tenga que fijar su domicilio en el mismo territorio donde lo tenga su marido¹¹, o incluso la penalidad del delito de adulterio cometido por las mujeres¹². La estructuración de roles, por tanto, quedaba plenamente asentada, de manera que, en cierta medida, se llegan a justificar estas agresiones por cometerse dentro del hogar, teniendo siempre la mujer la obligación de obedecer a su marido¹³.

⁹ FUENTES SORIANO, O., "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género", Revista Diario La Ley, 2005, Nº 6362, p. 5

¹⁰ FUENTES SORIANO, O., "El enjuiciamiento de la violencia de género", Iustel, 2009, pp. 35-43

¹¹ El art. 58 del Código Civil de 1889 estipulaba que la mujer debe obligatoriamente seguir al marido al lugar donde éste fije su residencia, salvo que se fije en el extranjero o en ultramar, siempre por resolución judicial.

¹² El art. 449 del Decreto 3096/1971 por el que se aprobó el CP establecía que "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que está casada". Por su parte, el artículo 452 castigaba al marido "que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella". Por lo tanto, la mujer era castigada en todo caso, mientras que el hombre solamente será castigado cuando tuviera conocimiento del matrimonio o cuando las relaciones se prolongaban en el tiempo.

¹³ El art. 57 del Código Civil de 1889 establece la obligación del marido de proteger a su mujer, y el de ésta de obedecerle.

Especialmente relevante al respecto es el estudio realizado en 2001¹⁴ que plasmó esta realidad: el 46% de los ciudadanos europeos entiende que cuando ocurre un episodio violento en la pareja es porque la mujer ha debido provocar al hombre para que éste suceda, el 64% de los hombres jóvenes piensan que la violencia en la pareja acaba siendo inevitable, mientras que en las mujeres de edad similar la cifra es del 34%. Por último, y el peor dato de todos, el 14% de las adolescentes cree que la mujer que ha sufrido una agresión es culpable de esta.

Sin embargo, es necesario resaltar que, a día de hoy, se ha avanzado notoriamente en este aspecto, ya que la sociedad ha ido adquiriendo una conciencia más profunda en torno a la importancia que supone la violencia de género y la imperiosa necesidad de combatirla hasta su plena erradicación¹⁵.

3. La violencia es siempre excesiva, estructural y continuada.

Las agresiones ejercidas por el varón hacia la mujer, pese a no contar con una motivación concreta, tal y como se ha estudiado anteriormente, sí tienen una finalidad específica, que no es otra que intimidar o atemorizar a la víctima para, de esta forma, aleccionarla y que ésta cumpla continuamente con la voluntad del hombre y ocupe la posición que éste considera que le corresponde, para lo que la violencia se torna excesiva y continua durante la relación¹⁶.

De esta manera, ante la continuidad de agresiones excesivas proferidas contra la mujer, acabará bastando un simple gesto por parte del hombre para atemorizarla y que ésta actúe de acuerdo con los deseos del agresor para evitar una nueva agresión¹⁷.

Es precisamente en este aspecto donde se plasma el carácter estructural de la violencia de género, de modo que se mantenga la dominación y el control del hombre sobre la mujer, frustrando o reprimiendo la libertad de éstas, mediante actos continuos de violencia¹⁸.

¹⁴ Estudio realizado por DÍAZ AGUAYO, MJ, cit. por. LORENTE ACOSTA, M., en *“Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer, realidades y mitos”*, Crítica, Madrid, 2001, p. 67

¹⁵ TORNEL NICOLÁS, I., *“La realidad de la violencia de género a debate: perspectivas, avances y medios para afrontarla/enfrentarla”*, Revista de Trabajo Social de Murcia, nº 17, 2012, p. 16

¹⁶ FUENTES SORIANO, O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 38-39

¹⁷ LÓPEZ SAFI, S.B., *“Violencia de género en el ámbito doméstico e intrafamiliar”*, en *Violencia de género. Problema antiguo, nuevos abordajes en el Paraguay* (Coord. Raquel Andrea Vera Salerno), Centro de Documentación y Estudios, 2009, p. 181

¹⁸ MUNÉVAR MUNÉVAR, DI., MENA ORTÍZ, LZ., *“Violencia estructural de género”*, Revista de la Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 57, nº 4, 2009, p. 362

4. La violencia física siempre genera lesiones psicológicas.

Es precisamente por la dominación del hombre hacia la mujer y la continua necesidad que siente de reafirmarla, que la violencia psicológica se torna esencial en la estructura violenta de la relación. Los insultos, vejaciones, desprecios o amenazas que pueda sufrir la mujer durante su relación de maltrato no tienen otro fin que el de mantenerla en su *rol* de sumisión en todo momento mediante la intimidación verbal y la continua desvalorización de su propia persona, teniendo como consecuencia la pérdida de autoestima y fortaleza de la mujer.

En la medida en que, como se ha analizado anteriormente, las agresiones físicas persiguen el mantenimiento de la mujer en una posición *sumisa* y de pertenencia al hombre, la violencia psicológica se encuentra inherente a la física, pudiendo ejercerse o bien de forma independiente a la agresión -de manera que se continúe manteniendo su sumisión sin necesidad de agresiones constantes-, como un anuncio de la proximidad de un episodio violento, o de forma conjunta con la violencia física, incrementando por tanto el desprecio hacia la mujer¹⁹.

Se torna necesario, por lo tanto, comprender la transcendencia e importancia de las lesiones psicológicas que sufren las víctimas de violencia de género en el ámbito doméstico y que acompañan a las físicas, así como la continuidad con la que se ejercen ambas. De esta manera, las agresiones se vuelven cíclicas, ya que se siempre se reproducen cada cierto tiempo para mantener esta posición de dominio y la tensión psicológica permanente que sufre la mujer, lo que, en definitiva, convierte la violencia de género en estructural y la diferencia de otras manifestaciones violentas. Este carácter cíclico de la violencia de género se explica a través del denominado como “ciclo de la agresión”²⁰, el cual constaría de tres fases: la fase de tensión, el incidente agudo de agresión y la luna de miel.

La primera sería la denominada como “fase de tensión”, durante la cual se producen cambios de humor repentinos en el agresor, que comienza a responder a través de desprecios o incidentes menores de agresión ante lo que él considera como una frustración

¹⁹ ASENSI PÉREZ, LF., “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”, Revista internauta de práctica jurídica, nº 21, 2008, p. 17

²⁰ Sobre el tema, vid. WALKER, L, en “The Battered Women”, cit. por. FUENTES SORIANO, O., en “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 41

de su deseo de prevalencia frente a la mujer²¹. Ante éstos, la mujer reacciona de forma pasiva, tratando de evitar cualquier acción que incremente la tensión, y que, por lo tanto, se produzca una agresión física.

Durante esta fase la violencia psicológica es continua y va aumentando conforme aumenta la tensión y el enfado en el agresor. Se trata de una fase liderada por los celos y la posesión, con el fin de reafirmar la superioridad con la que se siente el hombre y que la mujer se comporte tal y como éste espera de ella.

La segunda fase es “el incidente agudo de la agresión”. En esta fase, como su propio nombre indica, se produce un incidente grave en la que la mujer sufre una agresión física excesiva por parte de su pareja. Mientras esta sucede, prácticamente el único foco de atención de la mujer es la supervivencia, dado que sabe que cualquier reacción contraria a su agresor puede potenciar su enfado y la intensidad de los golpes²².

Una vez finaliza la agresión, da comienzo la tercera fase, “la fase de luna de miel”. Se trata, realmente, de una fase de “manipulación afectiva”, en la cual el agresor se disculpa y muestra su arrepentimiento al respecto prometiendo que no volverá a ocurrir, así como a través de actitudes cariñosas y de amabilidad²³.

Una vez termina la primera fase, comienza de nuevo la primera, plasmando el carácter cíclico de las agresiones enunciado anteriormente. Una de las características del “ciclo de la violencia” es su duración, ya que cuantas más veces se completa, las distintas fases tendrán menor duración, llegando incluso en ocasiones a desaparecer la tercera, por lo que las agresiones y tensión psicológica es continua²⁴. Igualmente, es el agresor el que marca el ritmo, de manera que la víctima desconoce cuánto tiempo puede permanecer en cada fase, acrecentando por tanto la intensidad de la tensión psicológica que sufre.

5. El último de los caracteres fundamentales de la violencia de género sería, precisamente, la salida que adopta la víctima para poner fin a la situación a través de dos medios: el suicidio o ejerciendo violencia contra su agresor.

²¹ ALCÁZAR CÓRCOLES, MA., GÓMEZ JARABO, G., “Aspectos psicológicos de la violencia de género. Una propuesta de intervención”, Psicopatología clínica, legal y forense, Vol. 1, nº 2, 2001, p. 44

²² FUENTES SORIANO O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 41

²³ ASENSI PÉREZ, LF., “La prueba...” Op. Cit. p. 17

²⁴ ALCÁZAR CÓRCOLES, MA., GÓMEZ JARABO, G., “Aspectos psicológicos...” Op. Cit. p. 45

Una vez analizada la estructura cíclica de las agresiones, así como los caracteres fundamentales de la violencia de género enumerados anteriormente, se entiende el fuerte impacto psicológico que sufren las víctimas a lo largo de la relación de maltrato, lo que genera la necesidad por parte de la mujer de poner fin a esa angustiada situación a través, en ocasiones, de estos dos caminos.

Respecto al primero de ellos, se ha observado en múltiples ocasiones como las consecuencias psicológicas más comunes que sufren las mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito familiar son la depresión, la ansiedad, una baja autoestima, así como un fuerte estrés postraumático, lo que puede generar en la mujer la contemplación del suicidio como una salida²⁵.

En este sentido, uno de los primeros informes realizados en España al respecto en el año 2006, refleja que el 81% de las mujeres que sufren maltrato han intentado suicidarse o han pensado en hacerlo: el 63% de estas mujeres intentó suicidarse y necesitó asistencia médica de urgencia para poder sobrevivir, y el 18% de las mujeres víctimas de violencia doméstica a manos de sus parejas o exparejas pensó en el suicidio como único modo de acabar con la situación de maltrato²⁶.

En cuanto a la segunda opción, la agresión contra el maltratador, es necesario comprender que pese a ser un intento de violencia -o una agresión consumada en el caso de que se llegue a producir-, no es asimilable a la violencia sistemática ejercida contra ella durante la relación. Como se ha advertido con anterioridad, las agresiones sufridas por la mujer tienen su base en la dominancia del hombre hacia ésta, en controlarla y conseguir que siga siendo sumisa ante él. Sin embargo, cuando es la maltratada la que en un intento desesperado ejerce violencia contra él, no busca ningún tipo de dominación o intercambio de *roles*, sino todo lo contrario, de manera que el único fin perseguido por la mujer ejerciendo violencia contra el hombre es acabar con las agresiones que sistemáticamente

²⁵ Sobre este asunto se pronuncia el Informe realizado por el Instituto de Salud Pública de Madrid de mayo de 2003, bajo el título *“La violencia contra las mujeres considerada como un problema de salud pública. Documento de apoyo para la atención a la salud de las mujeres víctimas”*, Coordinado por M^a Luisa Lasheras Lozano y Marisa Pires Alcaide, pp. 35-36. Disponible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-disposition&blobheadervalue2=cadena&blobheadervalue1=filename%3Dd086_revisado.pdf&blobheadervalue2=language%3Des%26site%3DPortalSalud&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352861196225&ssbinary=true

²⁶ ASENSI PÉREZ, L., BORRELL ASENSI, J., DÍEZ JORRO, M., “Violencia contra la mujer y suicidio femenino” en *El delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano* (Coord. José Luis Castillo Alva), Ed. Instituto Pacífico, Perú, pp. 203-227

sufría. Realmente, la mujer no intentaría agredir al hombre si no se encontrara inmersa en una relación de maltrato y no tuviera la certeza de que próximamente se volverá a desencadenar un incidente de agresión, lo que aleja su comportamiento radicalmente del llevado a cabo por el agresor durante toda la relación²⁷.

Por todo lo anterior, cabe concluir que la violencia de género presupone un escenario muy distinto al de cualquier otro tipo de violencia, dadas las características propias con las que cuenta -su carácter estructural, la continuidad y excesividad de las agresiones, así como la violencia psicológica que acompaña a la física-, que no se dan en otras agresiones interpersonales, lo que justifica la necesidad de abordarla desde una perspectiva distinta y especializada. Por este motivo, a lo largo de los últimos años se han promulgado numerosas normas que pretendían -y pretenden- abordar, con mayor o menor acierto, el problema de la violencia de género, cobrando especial relevancia, la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG), por atajar, por primera vez, de forma integral y directa la violencia de género sufrida por las mujeres en el ámbito doméstico.

1.2. LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1.2.1 ANTECEDENTES

La continua evolución legislativa en materia de violencia de género durante los últimos treinta años evidencia la progresiva toma de conciencia en torno a esta cuestión, especialmente en lo referente a las agresiones sufridas en el entorno familiar.

Si bien el Derecho se configura como instrumento para regular y armonizar la convivencia en la sociedad, no se debe perder de vista éste suele ir por detrás de la realidad social que se experimenta, y especialmente en esta materia, en múltiples ocasiones ha ido muy por detrás la situación que sufrían las mujeres en la práctica, intentando atajar el problema desde una perspectiva no muy correcta. De esta manera, se pretendía atajar el problema de la violencia doméstica en general, sin atender al verdadero problema que suscitaba ésta, y que no era otro que la violencia de género sufrida por las mujeres en el ámbito intrafamiliar²⁸.

²⁷ LAURENZO COPELLO, P., *“Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Nº 21, 2019, pp. 20-21

²⁸ FUENTES SORIANO, O., *“La constitucionalidad...”* Op. Cit. p. 4-5

Fue en 1989 con la LO 3/1989 de 21 de junio de reforma del CP cuando por primera vez se introdujo el delito de violencia habitual en el ámbito familiar en el art. 425 CP, que castigaba la violencia física siempre y cuando existiera una convivencia entre el sujeto activo y el pasivo. Lo diferenció de la falta de malos tratos, que ya existía, pero que dotó de más contundencia en el ámbito familiar, introduciendo una figura específica en el art. 583.2²⁹.

Esta reforma, pese a suponer un gran avance en sí misma por atajar el problema de la violencia doméstica, castigando al “*que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guardia de hecho*”³⁰, no se encontraba carente de lagunas, dejando muchos aspectos relevantes sin resolver,

Al respecto, no se abordó el problema de la violencia de género en el ámbito doméstico, sino que se regulaba únicamente la violencia doméstica, protegiendo de esta forma a todos los miembros de la unidad familiar de forma indiferenciada, desatendiendo por lo tanto a la violencia ejercida específicamente contra las mujeres por sus parejas o exparejas³¹. Igualmente, tampoco regulaba nada acerca de la violencia psicológica que, tal y como se analizaba anteriormente, no solo es inherente a las agresiones físicas, sino que también se puede ejercer de forma independiente a éstas, y constituye una de las manifestaciones más habituales de violencia, por lo que se torna necesaria su regulación³². La reforma también planteó nuevos problemas interpretativos, concretamente en lo referente al concepto de “habitualidad”, ya que, pese a castigar los actos de violencia física ejercidos de forma habitual, nada establecía acerca de qué se debe entender por *habitual*.

Por todo ello, se puede concluir que este primer intento, pese a suponer un avance, requería de un nuevo planteamiento legislativo que clarificara las lagunas planteadas y

²⁹ DÍEZ RIPOLLES, J., CEREZO DOMÍNGUEZ, A., BENÍTEZ JIMENEZ, M., “*La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 19-20

³⁰ De esta forma se redactaba el art. 425 CP introducido por la reforma.

³¹ FUENTES SORIANO, O., “*La constitucionalidad...*” Op. Cit. p. 4

³² DEL ROSAL, B., “*La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el código penal: legislación vigente y propuesta de reforma*”, Congreso de Violencia Doméstica, Madrid, 12 y 13 de junio de 2003, Ed. CGPJ, p. 328.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-regulacion-de-la-violencia-habitual-en-el-ambito-conyugal-o-en-el-de-las-relaciones-de-pareja-en-el-codigo-penal--legislacion-vigente-y-propuesta-de-reforma>

abordara la problemática de la violencia de género que sufren las mujeres a manos de sus parejas o exparejas de forma específica.

Sin embargo, casi 10 años más tarde, en 1997, se produjo un trágico acontecimiento que cambiará en buena medida la perspectiva social del país en este aspecto. Se trata del asesinato de Ana Orantes, una mujer que denunció públicamente en la televisión como llevaba siendo maltratada por su marido 40 años, y como, tras haber denunciado varias veces a su agresor y decidir separarte un año antes de su muerte, el juez dictaminó que debían repartirse la vivienda, viviendo ambos en el mismo edificio³³. Pocos días después, murió quemada viva por su maltratador. Este hecho conmovió a buena parte del país ya que dejó ver públicamente las lagunas que podía tener la legislación española en este aspecto, a la vez que se empezó a concienciar más públicamente acerca de la violencia que sufrían en silencio muchas mujeres en nuestro país a manos de sus parejas³⁴.

Será entonces cuando se desarrollará la LO 14/1999 de 9 de junio que, sobre la base del I Plan de acción contra la violencia doméstica, introdujo varias reformas necesarias, aunque no suficientes, en esta materia, *“para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”*³⁵.

La ley reformó -con notorio acierto- el art. 153 CP introduciendo la violencia psicológica, incluyendo también a los separados y divorciados, y se definió la habitualidad³⁶, por lo que dichas lagunas existentes en la ley anterior quedan resueltas.

³³ Al respecto, vid. NOGUEIRA, C., *“La mujer que dijo basta: la larga lucha por la igualdad y contra la violencia de género en España (1970-2017)”*, Ed. Libros, Colección A contraluz, 2018

³⁴ Tal y como plasma BERGANZA CONDE, MR., en *“La construcción mediática de la violencia contra las mujeres desde la Teoría del Enfoque”*, Comunicación y sociedad, Vol. 16, Nº 2, 2003, p. 1, tras su impactante relato en la televisión pública, y su posterior asesinato, la mayoría de medios españoles se hicieron eco de la noticia, dando voz a muchos casos que anteriormente quedaban silenciados. Desde ese momento, se incrementó considerablemente el número de noticias relativas a la violencia de género padecida por las mujeres a manos de sus agresores, por lo que la conciencia social sobre el tema aumentó también exponencialmente.

³⁵ Vid. Exposición de Motivos de la LO 14/1999 de 9 de junio de modificación del CP, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim.

³⁶ De esta manera, el art. 153 CP queda redactado de la siguiente forma: *“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre la persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guardia de hecho de uno u otro, será castigado (...) Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia*

Además, se modifica la LECrim incluyendo la posibilidad de acordar, como medida cautelar, la prohibición de aproximación y comunicación entre la víctima y el agresor, así como la evitación de que víctima (o hijos) y éste tengan una confrontación visual en el proceso, lo que supone un avance de gran importancia para la protección de los derechos de las víctimas.

Sin embargo, pese al notorio avance que suponen las medidas establecidas en la ley, el verdadero problema de fondo permanecía sin regulación específica. Tal y como se ha analizado en las reformas anteriores, se regulaba la violencia doméstica ejercida contra cualquier miembro del entorno familiar, sin atender a la violencia de género que sufrían específicamente las mujeres.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 27/2003 de 31 de julio, se implanta en el ordenamiento jurídico español uno de los instrumentos que, posiblemente, más practicidad aportan en el tratamiento de la violencia doméstica: la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica (en adelante, OPVVD).

La OPVVD se configura como *“una misma resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil”*³⁷.

Dicha ley dota al juez de la posibilidad de adoptar en una misma resolución medidas cautelares civiles (atribución de la vivienda familiar, custodia de los hijos, etc.), penales (prohibición de aproximación, comunicación o residencia), así como asistenciales. De esta manera, se acaba con la situación a la que se debían enfrentar las víctimas de violencia doméstica de acudir a distintos órdenes jurisdiccionales -e incluso de contratar diferentes abogados-, para la obtención de estas medidas, obteniendo, en ocasiones, sentencias contradictorias³⁸.

de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este art, y de que los actos de violencia hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

³⁷ Al respecto, Vid. Exposición de Motivos de la Ley 27/2003 reguladora de la OPVVD.

³⁸ FUENTES SORIANO, O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 165

Pese a la importancia de la medida, es necesario resaltar que la Ley de 2003, pese a enunciar que *“la violencia ejercida en el entorno familiar, y en particular, la violencia de género, constituye un grave problema en nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por los poderes públicos”*, y a citar en su Exposición de Motivos a la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer, sigue sin centrar su foco de atención en la violencia de género, ya que no es de aplicación únicamente a las mujeres que sufran violencia doméstica, sino a cualquier miembro de la unidad familiar que pudiera sufrirla.

La OPVVD se configura, por lo tanto, como un importante avance en la lucha contra la violencia doméstica, otorgando la protección necesaria a sus víctimas como una de las primeras diligencias del proceso. Sin embargo, se continúa observando un cierto recelo a regular de forma específica la violencia de género que sufrían las mujeres en el ámbito doméstico.

Sería en el año 2004 cuando se aprueba la LOMPIVG y, por primera vez, se regula el problema desde la raíz, estableciendo en su art. 1.1 que la ley *“tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*.

Se observa, por lo tanto, como por primera vez no se trata la violencia doméstica sufrida por todos los miembros de la unidad familiar por igual, sino del verdadero problema que era tanto cuantitativa como cualitativamente necesario atacar³⁹.

Uno de los aspectos novedosos -y más acertados- de la ley, es la no necesidad de convivencia entre la pareja para que ésta pueda desplegar sus efectos. Para que la discriminación y sumisión del hombre frente a la mujer se torne violenta, no es necesario que exista convivencia entre ellos⁴⁰. Si no se incluyeran estos supuestos dentro del ámbito

³⁹ Tal y como señala su Exposición de Motivos, *“La violencia de género no es problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*.

⁴⁰ Piénsese, por ejemplo, en situaciones en las que, por motivos laborales, la pareja no conviva en la misma ciudad, o en relaciones adolescentes, en las cuáles puede existir igualmente episodios violentos - igualmente necesitados de protección-, sin necesidad de convivencia.

de aplicación de la ley, se estaría anunciando, de algún modo, que es necesario que se inicie una convivencia, aun cuando han existido episodios violentos anteriormente, para que dichas mujeres se encuentren protegidas por la ley, lo cual generaría una desprotección difícilmente justificable.

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que, pese a denominarse a sí misma como “de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, se centra únicamente en la violencia de género sufrida por las mujeres en el ámbito doméstico a manos de sus parejas o exparejas. Tal y como se ha analizado anteriormente, la violencia de género abarca muchos más aspectos que la ejercida en el ámbito familiar -laboral, institucional, agresiones sexuales, etc.-, por lo que, sin obviar el gran avance que supone para la lucha contra la violencia de género la promulgación de esta ley, no debe olvidarse que no abarca todos los escenarios en los que la violencia de género se manifiesta, lo que ha generado una especie de *confusión* en torno a los conceptos de violencia de género y violencia doméstica. De esta manera, se tiende a calificar únicamente como violencia de género aquella sufrida por las mujeres en el ámbito doméstico a manos de sus parejas o exparejas, dejando a un lado las agresiones sexuales, el acoso laboral, o la propia violencia institucional⁴¹.

Una vez centrada, por lo tanto, en la violencia de género ejercida en el ámbito familiar, cobra sentido el calificativo de “integral”, dado que abarca, además de las reformas operadas penal y procesalmente, ámbitos tan relevantes como el educativo, el asistencial, o el sanitario⁴².

Por todo lo anterior, cabe concluir que se trata de una ley que afronta, por primera vez, la realidad sufrida por las mujeres en el ámbito doméstico desde una perspectiva integral, adoptando medidas que van desde la sensibilización, prevención y detección, hasta su posterior tratamiento penal y procesal. Sin embargo, pese al avance que supone en la lucha por la erradicación de ésta, restringe su ámbito de aplicación a la violencia doméstica sufrida por las mujeres, olvidando, por tanto, otras manifestaciones de la violencia de género.

⁴¹ Al respecto, vid. GORJÓN BARRANCO, MC., en “La violencia contra la mujer: luces y sombras en la legislación de género y su aplicación en el ámbito penal”, Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Vol. 1, Nº 01, 2017, p. 54-55.

⁴² Tal y como vaticina la Exposición de Motivos, “La violencia de género se enfoca por la ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación”.

1.2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Tal y como se ha analizado anteriormente, la LOMPIVG tiene por objeto las agresiones que sufran las mujeres a manos de sus maridos, exmaridos, o aquellos que estén o hayan estado ligados por análoga relación de afectividad, no exigiendo para esto que exista convivencia entre ambos.

Sin embargo, pese a haber sido aprobada por la unanimidad de la Cámara, no se encuentra libre de críticas, ni en el momento de su promulgación ni en la actualidad, siendo precisamente el ámbito subjetivo de ésta uno de los aspectos que más controversia genera.

Al respecto, se presentaron 16 cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC bajo la pretensión, destacando entre ellas, la cuestión nº 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, que entendía que el art. 153.1 CP vulneraba el derecho de igualdad del art. 14 CE, al presuponer como sujeto activo del delito al hombre y sujeto pasivo la mujer. En este sentido, la cuestión *“discute el argumento estadístico según el cual, dado que la mayoría de las agresiones integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a éstos. Sin negar el dato estadístico, se replica que ello no justifica por sí solo la agravación por conductas idénticas en atención al sexo masculino del autor y femenino de la víctima”*.

Sin embargo, la STC 59/2008 de 14 de mayo, acabó siendo favorable a la constitucionalidad de la LOMPIVG y, por lo tanto, no se entendió como contraria al derecho fundamental de igualdad y plenamente justificado la constitucionalidad de la Ley⁴³.

Una vez analizado el encaje constitucional de la ley y de su ámbito subjetivo, es necesario precisar que -tal y como se adelantaba anteriormente-, no se trata verdaderamente de una ley “contra la violencia de género” como tal, sino únicamente abarca una de las manifestaciones de ésta: la violencia de género en el ámbito familiar. Esta relación entre violencia de género y violencia doméstica padecida por las mujeres que en ocasiones se realiza, de manera que se entienden como conceptos sinónimos, lleva a invisibilizar numerosas manifestaciones de la violencia de género que, al no pertenecer al ámbito

⁴³ En su FJº 9, el TC señala que *“encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”*.

doméstico, no se asimilan a ésta, de manera que se torna necesario analizar qué se entiende por cada uno de estos conceptos.

La violencia doméstica (o intrafamiliar) es la que se ejerce contra *“ascendientes, descendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o que con él convivan, o sobre otra persona amparada por cualquier relación por la que se encuentren integrados en el núcleo de convivencia familiar”*⁴⁴. Se trata, por lo tanto, de agresiones ejercidas en el ámbito doméstico, independientemente del género al que pertenezcan el agresor y la víctima.

Sin embargo, la violencia de género abarca un concepto mucho más amplio, no se restringe únicamente a la ejercida en la pareja, sino que está presente dentro y fuera del hogar. Encuentra su razón de ser en construcciones sociales y culturales arcaicas, que históricamente han relegado a la mujer a una posición de inferioridad respecto del varón⁴⁵. La violencia de género, por tanto, es ejercida para mantener la hegemonía del hombre sobre la mujer, de manera que se dirige contra las mujeres por el simple hecho de su pertenencia al género femenino. De esta manera, la violencia de género abarca tanto la violencia sexual, física y psicológica ejercida en el ámbito laboral, la prostitución, la mutilación genital, etc., así como también la violencia física, psicológica y sexual sufrida en el ámbito familiar⁴⁶.

Lo que ocurre, es que de todas las posibles manifestaciones que pueda tener la violencia de género, la que probablemente cuenta con una mayor gravedad y ocurre con más frecuencia es la violencia sufrida por las mujeres en el ámbito intrafamiliar, la violencia doméstica⁴⁷, lo que no significa, sin embargo, que se deba confundir la violencia doméstica o violencia en la pareja, con la violencia de género, de forma que se invisibilicen otras manifestaciones de ésta⁴⁸.

⁴⁴ SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, M., *“Los problemas de la violencia de género en la sociedad actual”*, Diario La Ley, nº 9581, Sección Doctrina, 25 de Febrero de 2020, Wolters Kluwer, p. 10

⁴⁵ Sobre la posición de superioridad hegemónica del varón, vid. BONINO MÉNDEZ, L., *“Masculinidad hegemónica e identidad masculina”*, Dossiers feministas, Nº 6, 2002, pp. 9-12

⁴⁶ Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU, celebrada en Beijing en 1995, pp. 51-52

⁴⁷ FUENTES SORIANO, O., *“La constitucionalidad...”* Op. Cit. p. 3. La violencia de género en el ámbito doméstico adquiere esta gravedad por el impacto psicológico que conlleva para la víctima, ya que se produce una pérdida y destrucción de la propia personalidad como consecuencia de las agresiones - tanto físicas como psicológicas- que ejerce el hombre sobre ella.

⁴⁸ GORJÓN BARRANCO, MC., *“Violencia contra la...”* Op. Cit. p. 55

Por su parte, otra de las críticas que ha sufrido esta ley en cuanto a su ámbito subjetivo, es el por qué no protege también la violencia ejercida en el ámbito de parejas homosexuales. Ciertos sectores de la doctrina asimilan la violencia ejercida entre parejas homosexuales con la violencia machista que sufren las mujeres a manos de sus maridos, alegando que cuando se habla de pareja, la ley hace referencia a que el sujeto activo debe ser un hombre porque se alude a un concepto convencional y tradicional de pareja, el cual no incluye a las parejas homosexuales, en las que obviamente también puede haber violencia⁴⁹.

Sin embargo, entenderlo de esta forma nos llevaría a negar la naturaleza y causa de la violencia de género, y la razón por la que ésta precisamente, y no otro tipo de violencia, requiere de un tratamiento único y diferenciado del resto. Es posible que en las parejas homosexuales existan episodios de violencia, tanto física como psicológica, y que uno de los miembros de la pareja necesite de especial protección, pero el origen y naturaleza de esta violencia no es estructural, no se basa en roles arcaicos que han influido históricamente en las relaciones de pareja. Esta violencia no es ejercida contra el otro miembro de la pareja por el género al que pertenece, para mantener la sumisión de la mujer (ya que este rol sistemáticamente se le asigna a la mujer) frente al hombre.

No se trata, por lo tanto, de que la ley entienda un concepto de pareja arcaico, y que no incluye las relaciones homosexuales, sino que lo que tiene que proteger esta ley es la forma arcaica en la que se estructuran las relaciones heterosexuales en las que la mujer únicamente juega un rol sumiso y a la que continuamente se le agrede para que siga en este rol.

En definitiva, lo importante y novedoso de esta ley es precisamente el sujeto pasivo que protege, ya que admite después de muchos años y reformas legislativas que parecían no hacerlo, que el verdadero problema de la violencia ejercida en el ámbito familiar no era la violencia en general, sino la que sufrían las mujeres a manos de sus parejas o exparejas⁵⁰. Y si bien es cierto que no se trata de la única manifestación de violencia de género que encontramos en nuestros días, sí que es una de las más críticas y de las que

⁴⁹ SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, M., "Los problemas..." *Op Cit.* p. 15

⁵⁰ Tal y como muestra el Informe sobre violencia doméstica del CGPJ del año 2003, y anterior, por tanto, a la entrada en vigor de la LOMPIVG, el 91'84% de los condenados por violencia doméstica eran varones, mientras que únicamente el 8'16% eran mujeres. Dicho informe se encuentra disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-del-CGPJ/>

más requería una normativa especial tanto por la naturaleza por la que se ejerce, como por los rasgos característicos que tiene.

1.2.3. MEDIDAS CONTEMPLADAS EN LA LEY

Pese a la constatación anteriormente analizada de que la LOMPIVG no atiende a la totalidad de las manifestaciones de violencia de género, ciñendo su ámbito de aplicación a la sufrida por las mujeres en el ámbito doméstico a manos de sus parejas o exparejas, es en la diversidad de medidas que prevé en múltiples ámbitos por lo que el calificativo de “integral” cobra su total significado⁵¹, ya que además de adoptar medidas en el ámbito procesal y penal, actúa en todos los frentes: educativo, asistencial, publicitario, institucional o laboral, entre otros.

La Ley dedica su Título I a las medidas de sensibilización, prevención y detección desde distintos focos, de la violencia de género en el ámbito familiar. En el plano educativo (arts. 4 a 9) se prevé el desarrollo de programas de formación y educación en violencia de género⁵², de manera que se eduque en igualdad de género y se elimine la prevalencia, socialmente aprendida, del hombre frente a la mujer. Igualmente, se plantea la formación continuada en el ámbito sanitario (arts. 15 y 16), especialmente en lo referente a la detección precoz de la violencia de género. Desde la promulgación de la LOMPIVG, se han publicado numerosos Protocolos de Actuación contra la violencia de género en el ámbito sanitario⁵³, lo que supone una mejora en la concienciación del personal sanitario sobre la importancia de una adecuada actuación en el momento en el que se presenta un caso de violencia de género. Por último, en el plano publicitario (arts. 10 a 14), se prohíbe cualquier publicidad que utilice a la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio,

⁵¹ Tal y como establece la Exposición de Motivos de la LOMPIVG, “*El ámbito de la ley abarca todos los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones*”.

⁵² En este sentido, HERNÁNDEZ RAMOS, C., en “*Violencia de género: una cuestión de educación social*”, Revista de Educación Social, Nº 14, 2012, defiende la figura del Educador Social, tanto a nivel educativo para lograr una efectiva prevención en la violencia de género, como con posterioridad a la interposición de la denuncia por parte de la mujer.

⁵³ Además del *Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Violencia de Género*, promovido en 2007 por la Comisión contra la Violencia de Género del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, además de sus posteriores actualizaciones, las Comunidades Autónomas cuentan con sus propios Protocolos, como el *Protocolo para la atención sanitaria de la violencia de género* de la Comunidad Valenciana en 2008.

evitando así la continua objetivación de la mujer en la publicidad y, de esta manera, dejar de fomentar pensamientos y actitudes machistas en la sociedad⁵⁴.

En cuanto a las medidas asistenciales y laborales, a las cuales la Ley dedica su Título II (arts. 17 a 28), encuentran su razón de ser en la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que han sufrido violencia de género por sus parejas o exparejas. Al respecto, se plantean medidas como la asistencia jurídica gratuita y la atención psicológica necesaria, así como medidas que permitan facilitar tanto su reinserción en el mundo laboral como el acceso a viviendas protegidas o residencias públicas para mayores.

Dado el interés del legislador en dar “*una respuesta firme y contundente*” a los delitos de violencia de género, la LOMPIVG dedica su Título IV (arts. 33 a 42) en materia de agravación de las penas respecto de las previstas para la violencia doméstica, así como de la sustitución de las mismas. Esta medida fue en su día objeto de críticas y cuestiones de inconstitucionalidad⁵⁵, ya que se pensaba que lo que se estaba aplicando era un Derecho Penal de autor, en el que se castigaba más si una agresión era cometida por un hombre que por una mujer sin más motivo que el género de aquel que agredía⁵⁶. Sin embargo, tal y como se ha analizado con anterioridad, esta agravación de las penas no se basa en el sexo del sujeto activo o del sujeto pasivo, sino “*en la posición de subordinación que mayoritariamente ostentan las mujeres en las relaciones de pareja, al tratarse de atentados contra la integridad que encuentran su razón de ser en la perpetuación de unos determinados roles asignados de manera exclusiva al sexo femenino*”⁵⁷

Por último, en el plano judicial, se crean los JVM en el Título V de la Ley (arts. 43 a 56), encargados de la instrucción tanto de los asuntos civiles como penales relativos a la violencia de género, así como de la adopción de las órdenes de protección a la víctima (sin perjuicio de las competencias del Juez de Guardia). La razón que justificó su creación es, tal y como se estudiaba anteriormente, la diferencia cuantitativa y cualitativa de la

⁵⁴ Al respecto, vid. GONZÁLEZ BUSTOS, MA., “*Las políticas de igualdad en la publicidad y en los medios de comunicación*”, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Nº 26, 2010, pp. 20-29

⁵⁵ Entre otras, la Cuestión de inconstitucionalidad 458-2004 planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig, la cuál fue inadmitida a trámite por el TC en el Auto 233/2004 de 7 de junio

⁵⁶ Sobre el tema, vid. BOLEA BARDON, C., “*En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 09-02, 2007

⁵⁷ PÉREZ MACHÍO, AI., “*La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal*”, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXX, 2010, pp. 331-332

violencia de género respecto a otras manifestaciones de violencia interfamiliar, ya que, además de las características propias que diferencian a la violencia de género en el ámbito doméstico de otras manifestaciones violentas, la mayor parte de las agresiones que se cometen en este ámbito son hacia las mujeres, por lo que se requería la creación de unos órganos jurisdiccionales especializados para poder hacer frente a este elevado número de casos de la forma más eficaz posible.

La creación de los JVM suscitó, en ciertos sectores, numerosas críticas, e incluso, dudas de constitucionalidad, ya que se argumentaba que éstos suponían la creación de una jurisdicción especial de dudoso encaje constitucional⁵⁸.

Sin embargo, tal y como sostiene LUACES GUTIERREZ⁵⁹, muy acertadamente, no es la primera vez que se recurre a la especialización de órganos judiciales dentro de un orden jurisdiccional, como ya ocurrió con los Juzgados de lo Mercantil.

Es necesario mencionar en este punto los arts. 24.2 y 117.6 CE, referentes al derecho a un Juez ordinario predeterminado por la ley, así como a la prohibición de Tribunales de excepción que implica ese derecho. Este derecho tiene el siguiente contenido⁶⁰:

- Es necesario que el órgano judicial esté creado mediante LO, y específicamente, la LOPJ. En este caso, dicho requisito se cumple ya que los JVM fueron creados mediante el art. 86 bis de dicha LO.

- La atribución de la competencia, así como de los asuntos entre los Juzgados y Secciones debe estar predeterminada en la ley. En este caso los arts. 43 a 50 LOMPIVG establecen las competencias tanto en materia penal como civil, así como la planta y la jurisdicción de estos Juzgados, de manera que este requisito quedaría cumplido.

⁵⁸ DEL POZO PÉREZ, M., "El juez de violencia sobre la mujer: creación y competencia en el orden jurisdiccional penal", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 9, 2005, p. 153 Al respecto se pronunció el CGPJ en su Informe al anteproyecto de la ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer del año 2004, en la que calificaba la creación de los JVM como una "suerte de jurisdicción especial por razón del sexo de una de las partes, algo propio del Antiguo Régimen y afortunadamente superado ya a lo largo del siglo XIX". Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>

⁵⁹ LUACES GUTIERREZ, AI., "Necesidad de una justifica especializada en violencia de género: especial referencia a los juzgados de violencia sobre la mujer", Revista de Derecho, UNED, Nº 4, 2009, p. 308

⁶⁰ ASENCIO MELLADO, J.M., "Introducción al Derecho procesal", Tirant lo Blanch, 2015, pp. 73-74

- Por último, es necesario que los Jueces y Magistrados que comprendan estos Juzgados sean elegidos conforme al sistema ordinario de designación y nombramiento de los mismos, así como que su composición no pueda ser alterada de forma arbitraria, para lo cual el art. 51 LOMPIVG nos establece la constitución de dichos Juzgados.

Dado el cumplimiento de éstos tres objetivos, así como la necesidad cualitativa y cuantitativa explicada anteriormente de su constitución, es necesario afirmar la constitucionalidad de la creación de estos JVM, así como el acierto y el avance que supuso su creación en la lucha contra la violencia de género.

Por todo lo anterior, se entiende el calificativo de “integral” que ostenta la LOMPIVG, ya que afronta, por primera vez, la problemática de la violencia de género en el ámbito doméstico desde una perspectiva multidisciplinar, abordando todos los ámbitos y medidas que puedan suponer un avance en la lucha por la erradicación de ésta. Sin embargo, el importante avance que ha supuesto la entrada en vigor de esta Ley, no ha estado exento de controversias, especialmente en las medidas procesales y judiciales, las cuáles no han sido plenamente entendidas y aceptadas por ciertos sectores. Esto ha ido provocando multitud de afirmaciones de descrédito, que, a base de repetición, se han convertido en “mitos” socialmente aceptados, pero carentes de un fundamento jurídico sólido, sobre algunos aspectos procesales relevantes en el enjuiciamiento de la violencia de género. Al estudio de éstos se dedicarán las páginas siguientes, con el objetivo de poder diferenciar los “mitos” de aquellos problemas que verdaderamente existen en torno a la normativa vigente en violencia de género.

2. CUESTIONES PROCESALES DEL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Una vez analizadas las diferentes reformas promulgadas en el ordenamiento jurídico español tendentes a regular la violencia de género en base a sus características propias, queda plasmada la necesidad de abordar el problema desde una perspectiva transversal, siendo especialmente relevante -además de la perspectiva sancionadora- el ámbito educacional y la formación continuada tanto de la sociedad como de los profesionales. Sin embargo, una vez producido el maltrato, y para que el plano penal y sancionador funcione adecuadamente, es necesario contar con un sistema probatorio bien enfocado a la problemática específica de la violencia de género que sufren las mujeres en el ámbito familiar⁶¹.

2.1. PROBLEMAS PROBATORIOS

Si se atiende a las especialidades con las que cuenta la violencia de género analizadas anteriormente, es necesario poner de manifiesto en primer lugar, que el ámbito en el que se ejercen, en su mayoría, dichas agresiones es un plano esencialmente privado, ya no únicamente porque la persona que comete la agresión es su pareja o expareja, sino también por el lugar en el que ésta se lleva a cabo, ya que más del 80% se producen en el domicilio⁶²

Es por este entorno privado en la que se producen las agresiones, que en la mayoría de ocasiones no se cuenta con un abundante material probatorio en el que fundamentar una sentencia condenatoria y que sea suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia (que ampara a todo investigado en un proceso penal), ya que no es frecuente contar con testigos directos que hayan podido presenciar la agresiones y corroborarlas en

⁶¹ FUENTES SORIANO, O., "La prueba de la Violencia de Género. Cuestiones procesales y nuevas tecnologías" en *Género y Derecho Penal, homenaje al profesor Wolfgang Schöne* (Coord. Luz Cynthia Silva Ticllacuri), Ed. Instituto Pacífico, 2017, pp. 371-407

⁶² *Informe sobre víctimas mortales de la Violencia de Género en el ámbito de la pareja o expareja en los años 2016 a 2018*. p. 25. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violencia-domestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/>

Concretamente, durante éstos tres años las agresiones cometidas en el domicilio familiar o en el de la víctima en caso de no convivencia constituyeron el 81% de las agresiones: 77,8% en 2016, 82,4% en 2017 y 83.3% en 2018.

sede judicial⁶³, por lo que los únicos que conocen los hechos de forma directa son precisamente las partes implicadas en el proceso: la víctima y su agresor.

Son estas cuestiones probatorias las que en ocasiones acaban generando que, pese a tratarse de delitos públicos, la posible impunidad o condena de sus agresores acabe fundamentalmente en manos de sus víctimas⁶⁴.

En este sentido, en el año 2016 el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ elaboró el Estudio sobre la aplicación de la LOMPIVG⁶⁵, en el que se plasman los principales motivos en los que se fundamentan las sentencias absolutorias en los procedimientos de violencia de género, siendo especialmente relevantes los siguientes:

1. La absolución por acogerse la víctima a la dispensa de no declarar del art. 416 LECrim (11% de las sentencias analizadas).
2. Se prioriza el silencio de la víctima en el Juicio oral sobre la denuncia inicial (2'7%).
3. Retracciones de la víctima en el juicio oral respecto de la anterior denuncia (5'5% de las sentencias).
4. Por constar solo la declaración inculpativa de la víctima, sin corroboraciones periféricas (40'1%).
5. En su caso, por falta absoluta de pruebas (23'6%).
6. Consideración de la existencia de móviles espurios (7'7% de las sentencias analizadas).

Del estudio se constata que el principal problema probatorio existente en los procedimientos de violencia de género es el relativo a la declaración de la víctima cuando ésta es la principal o única prueba inculpativa, ya sea por la inexistencia de pruebas

⁶³ IBAÑEZ DÍEZ, P., "La declaración de la perjudicada en los procedimientos de Violencia de Género: una aproximación crítica desde el ejercicio de la abogacía", *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 2015, pp. 63-71

⁶⁴ FUENTES SORIANO, O., "Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías", *Iustel, Revista General de Derecho Procesal*, 44, 2018, p. 3

⁶⁵ Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales, CGPJ, 2016, p. 39

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Estudio-sobre-la-aplicacion-de-la-Ley-integral-contra-la-violencia-de-genero-por-las-Audiencias-Provinciales--Marzo-2016->

periféricas que corroboren su testimonio, o bien por la retractación o silencio de la víctima durante el juicio oral, por lo que es necesario analizarlas en profundidad a continuación.

2.1.1. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO

El primer interrogante que se debe plantear en cuanto a la declaración de la víctima como única prueba de cargo en los procesos de violencia de género, es si esta es suficiente para conseguir una sentencia condenatoria cuando no se cuenta con más pruebas.

La respuesta requiere de matizaciones, ya que, si bien en principio podría afirmarse que esta declaración puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, queda subordinada a la concurrencia de determinados requisitos⁶⁶.

Es necesario previamente, poner de relieve el art. 741 LECrim referido a la libre valoración de la prueba en el proceso penal por el Juez, estableciendo que *“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley”*.

Sin embargo, esta libre valoración por los Tribunales de las pruebas practicadas debe responder en todo caso a los principios y derechos básicos en los que se asienta el Derecho procesal español.

De esta manera, uno de los pilares en los que éste se basa es el derecho a la presunción de inocencia del acusado, acuñado en el art. 24.2 CE, que asiste a todos los procesados con el fin de que no sean condenados por ningún delito sin prueba alguna, y que estas pruebas reúnan todos los requisitos y garantías necesarias para basar en ellas una sentencia condenatoria⁶⁷. En este sentido, la STC 88/2019 de 1 de julio la define como *“el derecho a no ser condenado sin prueba válida, lo que determina que sólo quepa considerarlo vulnerado cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carentes de garantías, cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando, por ilógico*

⁶⁶ FUENTES SORIANO, O., *“La prueba...” Op. Cit. p. 376*

⁶⁷ ASECIO MELLADO, J.M., *“Derecho procesal penal”*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 302.

*o insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce a la prueba del hecho probado*⁶⁸”.

De esta manera, la presunción de inocencia se entiende vulnerada cuando no se observa una motivación suficiente en el fallo *“del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifica el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 CE”*⁶⁹.

De esta manera, cuando se plantea un supuesto en el que la única prueba de cargo es la declaración de un testigo (o de la propia víctima, como ocurre mayoritariamente en los delitos de Violencia de Género), los esfuerzos que realiza el Tribunal a la hora de valorar los medios de prueba, que en este caso será fundamentalmente la declaración, así como al motivar la propia sentencia, deberán ser más exhaustivos⁷⁰.

Especialmente relevante es la valoración de la declaración -cuando constituye la única prueba de cargo- en supuestos de violencia de género. En estos supuestos, la declarante adquiere a la vez la condición de víctima y de testigo, siendo por lo tanto un testigo especialmente cualificado⁷¹, ya que, al sufrir la comisión del delito en su persona, conoce con exactitud lo ocurrido, pero al mismo tiempo, su declaración puede revestir cierta parcialidad, por lo que es necesario aumentar las precauciones de su valoración⁷².

Para ello, el TS ha ido estableciendo a lo largo de su jurisprudencia tres criterios para orientar la labor interpretativa de los órganos judiciales y que han de ser tenidos en cuenta a la hora de *“medir la exigencia necesaria para otorgar eficacia bastante con esta*

⁶⁸ En el mismo sentido, la STC 161/2016 de 3 de octubre establece que este derecho *“implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción recae sobre la otra parte, no pudiendo imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita”*.

⁶⁹ STS 303/2015 de 25 de junio, en su Fundamento Jurídico 4º.

⁷⁰ Así lo explica la STS 217/2018 de 8 de Mayo al establecer que *“La palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva”* pero a su vez *“Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica”*.

⁷¹ Sobre la condición de testigo cualificado, el TS se pronunció en la STS 282/2018 de 13 de junio, indicando que este *status* no significa que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de posibles testigos, de manera que se determinará la veracidad del testimonio de forma menos exhaustiva, pero sí que, en estos casos, el Tribunal podrá apreciar con mayor precisión la declaración de los hechos, ya que ésta los vivió en primera persona.

⁷² FUENTES SORIANO, O., *“La perspectiva...”* Op. Cit. pp. 279-280

prueba”⁷³, cuando únicamente se cuenta con la declaración de la víctima como única prueba de cargo. Son los siguientes⁷⁴:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima.

Ésta puede devenir de sus características o circunstancias personales. Tal y como señala la STS 544/2006, este aspecto tiene dos aspectos subjetivos relevantes:

En primer lugar, las características físicas o psicoorgánicas, en las que se valora su grado de madurez o desarrollo para valorar la credibilidad del testimonio, en la cual pueden influir factores como el alcoholismo, drogadicción, etc.

Además, la inexistencia de móviles espurios que puedan resultar de la relación previa existente entre agresor y víctima, y que puedan denotar sentimientos de resentimiento, venganza u odio. Tal y como señaló el Estudio sobre la aplicación de la LOMPIVG por las Audiencias Provinciales citado anteriormente, el 7.7% de las absoluciones en procedimientos de violencia de género de debieron a la apreciación por parte del Tribunal de móviles espurios en la declaración de la víctima.

Es necesario puntualizar en este sentido la complejidad de este aspecto, ya que tal y como señala FUENTES SORIANO, dicho elemento es más sencillo de analizar cuando víctima y agresor no se conocen y no mantiene una relación previa de afectividad, pero sin embargo, cuando se trata de delitos de violencia de género, en los cuales la víctima ha sufrido violencia psicológica, y por un lado quiere denunciar y acabar con la situación de maltrato, pero por otra quiere continuar la convivencia con el agresor, pero que ésta esté libre de violencia, adquiere una mayor dificultad⁷⁵.

En principio, tampoco se deberá valorar negativamente el hecho de que la víctima inicie procedimientos civiles tales como el reclamo de la indemnización por daños o la presentación de una demanda de divorcio o separación, ya que estos actos no restarían credibilidad a su testimonio⁷⁶.

⁷³ STS 1505/2003 de 13 de noviembre.

⁷⁴ MARTÍNEZ MORA, G., “*La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, Boletín del Ministerio de Justicia, 2015, nº 2176, p. 6

⁷⁵ FUENTES SORIANO, O., “*El enjuiciamiento...*” Op. Cit. p. 128.

En un sentido similar, la STS 282/2018 al establecer que si bien esos sentimientos pueden resultar una llamada de atención, no se pueden descartar aquellas declaraciones que tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

⁷⁶ IBAÑEZ DÍEZ, P., “*La declaración de la perjudicada...*” Op Cit. p. 65

b) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplemento de apoyos de datos objetivos.

Este criterio supone, por un lado, que la declaración ha de ser lógica por sí misma, es decir, no debe ser contraria a las reglas de la común experiencia, y por otro, que se debe contar con corroboraciones periféricas de carácter objetivo⁷⁷.

Una vez más es conveniente señalar el Estudio realizado por las Audiencias Provinciales relativo a la aplicación de la LOMPIVG, que destacó como principal motivo de absolución en estos procedimientos la falta de corroboraciones periféricas, de manera que la única prueba de cargo existente en el procedimiento era la declaración de la víctima, siendo un total del 40.1% de estas sentencias.

Es precisamente en la exigencia de estas corroboraciones cuando se evidencian las matizaciones que se aludieron anteriormente, ya que, ante la necesidad de contar con corroboraciones externas, se afirma que la declaración de la víctima por sí misma, sin contar con estas, no podrá constituir prueba de cargo con suficiente entidad para desvirtuar la presunción de inocencia⁷⁸.

La corroboración puede ser definida como *“reforzar el valor probatorio de la afirmación de un testigo relativa al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el testigo”*⁷⁹.

De dicha definición se desprende que estos datos deben ser externos a la declaración de la víctima, y referentes a los hechos delictivos que la víctima ha narrado en su declaración, no pudiendo exigirse esta corroboración del propio relato de la víctima o de concretos

⁷⁷ MARTÍNEZ MORA, G., *“La difícil protección...”* Op. Cit. p. 6

⁷⁸ FUENTES SORIANO, O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 129

⁷⁹ De esta manera la definió ANDRÉS IBÁÑEZ, P., cit. por. RAMÍREZ ORTÍZ, JL., en *“El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”*, *Questio Facti*, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 2020, p. 2019

De la definición de corroboración se encargó también el TC en la STC 198/2009 de 18 de mayo, estableciendo que *“es una confirmación de otra prueba, que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena”*.

elementos del tipo, ya que de esta manera no podría admitirse el testimonio como prueba de cargo⁸⁰.

Un ejemplo de estas corroboraciones periféricas podría ser la declaración de un testigo de referencia que, como prueba indirecta o indiciaria, pese a no tener en sí el suficiente peso para poder corroborar como tal el testimonio de la víctima y por lo tanto la culpabilidad del acusado, pero sí pueden resultar de utilidad e indicio para corroborar la fiabilidad del testimonio, especialmente cuando se cuenta con varios testigos de referencia de procedencia distinta y cuya narración de los hechos es coherente con el relato de la víctima⁸¹.

c) Por último, el tercero de los criterios adoptados por la jurisprudencia es la persistencia en la declaración, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin contradicciones.

En este sentido se seguirá la exposición realizada por la STS 119/2019 de 6 de marzo, que establece como factores a tener en cuenta en el proceso valorativo, entre otros, los siguientes:

- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, el letrado/a de la acusación particular y la defensa.
- Concreción en el relato de los hechos.
- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- “Lenguaje gestual” de convicción.
- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado.
- Ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos⁸².
- Ausencia de lagunas en el relato de la exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

⁸⁰ FUENTES SORIANO, O., “La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortíz: El testimonio de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Questio Facti*, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Vol, 1, 2020. p. 282

⁸¹ RAMÍREZ ORTÍZ, JL., “El testimonio único...” Op. Cit. pp. 242-243

⁸² Al respecto, FUENTES SORIANO, O., en “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 130 establece que las modificaciones que puedan realizarse “habrán de ser mínimas y referidas a datos que no tengan carácter relevante o decisivo en relación con la persona del agresor y con los hechos cometidos de los cuales se le acusa”.

Una vez plasmados los tres criterios seguidos por la jurisprudencia para la admisión de la declaración como única prueba de cargo (si bien se ha puesto de manifiesto anteriormente que existe una contradicción en este caso, ya que por sí sola no sería admisible, precisando de elementos corroboradores), es necesario precisar que dichos criterios no servirían como requisitos indispensables para que ésta fuera admitida⁸³. Sin embargo, algunos Tribunales estiman que de faltar alguno de los criterios se debería invalidar el testimonio, y de igual forma inversamente, de manera que si se cumplen los tres el testimonio sería suficiente para enervar la presunción de inocencia⁸⁴.

Es, precisamente, en la valoración de estas declaraciones (así como en la investigación de los delitos enjuiciados) donde la perspectiva de género debe jugar un papel fundamental, eliminando cualquier estereotipo o prejuicio machista que pudiera desvirtuar la declaración de la víctima, dando lugar a una posible valoración sesgada de ésta.

Uno de los prejuicios que pueden jugar un papel fundamental en la valoración del testimonio de la víctima es el denominado “estereotipo de la mujer maltratada”, de forma tal que esta se configura como una mujer pasiva, dependiente, desempleada y física y psicológicamente deteriorada⁸⁵. De aceptar estas premisas como ciertas, cuando una mujer acude a los Tribunales sin estas cualidades, podría valorarse -erróneamente- su relato de forma estereotipada, restando, por lo tanto, credibilidad a una declaración que goza de la veracidad exigida por el TS.

Sin embargo, pese a la existencia de los criterios establecidos por el TS para la valoración de la declaración, ciertos autores han evidenciado⁸⁶ que en los últimos años se ha pasado, por parte de ciertos sectores doctrinales, de la consideración de la víctima de violencia de género como testigo dotado de una condición o estatus especial, a considerarlas como testigos de condición privilegiada.

De considerar -de forma errónea, a mi juicio- estas tesis como acertadas, se podría llegar a la defensa del testimonio de la víctima de violencia de género no corroborado como prueba suficiente para debilitar la presunción de inocencia. Los argumentos en virtud de

⁸³ Así lo expuso la STS 722/2017 de 7 de noviembre al establecer que “*ni tienen carácter exhaustivo, ni son reglas de valoración, sino razonamientos que pueden ser útiles en la expresión de una valoración*”.

⁸⁴ RAMÍREZ ORTÍZ, JL., “*El testimonio...*” Op. Cit. p. 211

⁸⁵ RAMÍREZ ORTÍZ, JL., “*Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*”, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 132

⁸⁶ Entre otros, FUENTES SORIANO, O., se hace eco (de forma crítica) de esta tendencia surgida entre ciertos autores en “*La perspectiva...*” Op. Cit. p. 280

los cuales se sustenta esta defensa de la virtualidad de la declaración, siguiendo el análisis crítico que de los mismos realiza RAMÍREZ ORTÍZ⁸⁷, son los siguientes:

- El riesgo de impunidad que puede generar la privación en la que se cometen los delitos de violencia de género, así como la especial trascendencia que tiene la violencia de género en las víctimas. Sin embargo, pese a la realidad de estas afirmaciones, no pueden servir como base para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados sin contar con corroboraciones (aun mínimas) del testimonio.
- La sobrevaloración de la presunción de inocencia, estableciendo que dicha presunción constituye un derecho fundamental, y por tanto no es absoluto, siendo posible ponderarlo cuando entre en conflicto con otros derechos. En este sentido, entienden que la duda razonable (de necesaria superación para poder dictar una sentencia condenatoria) queda descartada cuando se cuenta con el testimonio de la propia víctima⁸⁸. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la presunción de inocencia constituye no sólo un derecho fundamental, sino también un principio estructural del proceso penal.
- Las diferentes posiciones que ocupan procesalmente víctima y acusado, ya que la víctima, al testificar, tiene la obligación de decir la verdad, mientras que el acusado no. De esta manera, se alega que la declaración de la víctima debe tener más peso en la valoración de la prueba. Sin embargo, de seguir esta tesis se afirmarían una indefensión sistemática de la posición del acusado, únicamente por los derechos que le asisten como tal.
- La suficiencia de la coherencia del relato, de forma que se alega que la propia solvencia interna de éste debería solventar una sentencia condenatoria. No obstante, como se ha estudiado anteriormente, la verosimilitud de una declaración se debe encontrar corroborada por datos externos a ésta, de manera que la declaración no se corrobore a sí misma.

⁸⁷ RAMÍREZ ORTÍZ, JL., "El testimonio único..." Op. Cit. pp. 220-227

⁸⁸ JOSÉ ARENA, F., "Notas sobre el testimonio único en casos de Violencia de Género", *Questio Facti*, Revista Internacional sobre razonamiento Probatorio, 2020, p. 253, que apunta como ejemplo la posible sentencia condenatoria basándose únicamente en la declaración de un oficial de policía, o un secretario del Juzgado.

De esta manera, si bien la perspectiva de género es esencial en la valoración de la declaración de las víctimas para evitar interpretaciones estereotipadas marcadas por roles discriminatorios que permitan una disminución injustificada de la credibilidad o verisimilitud de éstas, no puede ser suficiente para suplir la falta de corroboraciones, y, por lo tanto, insuficiencia probatoria que se puede dar en un determinado procedimiento penal.

Por todo lo anterior, si bien los tribunales admiten que la declaración de la víctima como única prueba de cargo sería suficiente para poder enervar la presunción de inocencia, ésta deberá contar con los criterios interpretativos que el TS ha ido consolidando a lo largo de su jurisprudencia, y su interpretación estar libre de cualquier estereotipo o prejuicio que pueda poner en peligro su correcta ponderación.

Sin embargo, la declaración de la víctima como única prueba de cargo y su posición como testigo cualificado, no es la única especialidad o problema procesal que se puede plantear en un procedimiento de violencia de género, ya que las peculiaridades de esta violencia originan que a lo largo del proceso se planteen otras cuestiones que requieren de un análisis pormenorizado.

2.1.2. LA DISPENSA DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Una vez estudiado que uno de los obstáculos con los que cuentan los procedimientos de violencia de género es el relativo a las diferentes declaraciones que realiza la víctima de violencia de género a lo largo del proceso, es necesario poner de manifiesto que éstas no sólo cuentan con las peculiaridades y obstáculos procesales mencionados, sino que, en multitud de ocasiones, el principal problema que gira en torno al testimonio es la posibilidad de que la víctima se retracte o decida no continuar con éste a lo largo del proceso, una vez interpuesta la denuncia⁸⁹.

Tal y como establece el art. 259 LECrim, toda persona que presencia la comisión de un delito público está obligado a denunciarlo bajo pena de multa. Sin embargo, en lo que se

⁸⁹ Tal y como reflejaba el Estudio sobre la aplicación de la LOMPIVG mencionado anteriormente, el 11% de las sentencias absolutorias se debe a que la víctima se acoge a la dispensa de su deber de declarar establecido en el art. 416 LECrim.

refiere al cónyuge o pareja, se encuentran exentos de esta obligación⁹⁰. De igual modo, y en caso de que se interponga la denuncia -ya sea por ésta, o por otra persona-, la pareja del acusado se encuentra exenta de la obligación de declarar que tienen todos los ciudadanos⁹¹ a través de la dispensa regulada en el art. 416 LECrim, que establece que *“están dispensados de la obligación de declarar (...) el cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”*⁹². Esta excepción se basa en la protección de las relaciones familiares que el Estado debe proteger, evitando poner en una situación *“tan comprometida”* a la persona que es llamada a declarar.

No obstante, en los supuestos de violencia de género se genera una situación muy diferente, ya que la misma persona que puede acogerse a la exención de declarar es la propia víctima, y su pareja, el agresor. Se plantea, por lo tanto, una problemática en torno a la justificación de la dispensa en estos casos, ya que, una vez se ha interpuesto la denuncia -especialmente por la propia víctima-, la mujer puede decidir no declarar en el juicio oral acogiéndose al art. 416 LECrim, dejando por tanto al proceso sin uno de los medios de prueba más relevantes y generando de esta manera, una especie de *“bolsa de impunidad”*⁹³.

Si bien es cierto que la LOMPIVG modificó numerosos preceptos relativos a la violencia de género en el entorno doméstico, no reparó, sin embargo, en cuestiones probatorias como la expresada en este momento, la cual acaba teniendo como consecuencia numerosos problemas prácticos tanto en materia probatoria como procesal en estos procedimientos.

En primer lugar, es necesario señalar (de manera más detallada) la razón de ser de dicha dispensa, a fin de analizar más exhaustivamente su posible encaje en los procedimientos

⁹⁰ El art. 261 LECrim establece que *“Tampoco estarán obligados a denunciar: el cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él con análoga relación de afectividad”*.

⁹¹ En este sentido, el art. 140 LECrim establece que *“todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir a llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fue preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”*.

De la misma manera, el art. 707 constata la excepción a este deber, estableciendo: *“Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fue preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”*.

⁹² De igual manera, el art. 418 LECrim faculta a los testigos exentos de la obligación de declarar a no contestar a alguna o algunas de las preguntas formuladas cuando pudieran perjudicar a alguno de los parientes, por lo que no solamente la dispensa afecta a la totalidad de la declaración.

⁹³ SORIANO FUENTES, O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 142

en los cuales, la propia víctima (cónyuge o pareja del agresor) es la persona que denuncia los hechos frente a las autoridades.

El fundamento de la exención al deber de declarar de determinados testigos por razón de parentesco es doble: por un lado, la protección de los lazos o vínculos familiares (amparados en el art. 39.1 CE), y por otro, la salvaguarda de la intimidad familiar (como derecho establecido constitucionalmente en el art. 18.1)⁹⁴. En ambos casos, lo que se pretende evitar es la tensión que pueda sufrir el testigo al encontrarse entre el deber de decir la verdad, y la protección de los lazos familiares que le unen con el investigado o acusado⁹⁵.

A pesar de ello, en procedimientos en los cuáles se investigan agresiones (tanto físicas como psicológicas) ejercidas por un miembro de la unidad familiar hacia su cónyuge o pareja, y la mujer acude voluntariamente a denunciar estos hechos, estos lazos familiares se ven explícitamente rotos por el marido, por lo que difícilmente puede justificarse la vigencia de la dispensa del deber de declarar y la protección por parte del Estado de vínculos familiares que moralmente pueden considerarse inexistentes⁹⁶.

Es cierto que dichos fundamentos son perfectamente válidos en los supuestos en los que el declarante no tiene la doble condición de testigo-víctima, pues en estos casos tanto la intimidad como los lazos familiares no se deben presumir rotos en ningún momento, y, por lo tanto, son merecedores de protección por parte del Estado y el ordenamiento jurídico. En cambio, la aplicación de esta exención del deber de declarar en procedimientos de violencia de género supone en la práctica dejar el proceso sin un valioso medio probatorio, y en ocasiones sin la única prueba de cargo con la que se cuenta, con la consecuente impunidad injustificada que se acaba produciendo.

Sin embargo, éste no es el único problema que se plantea en relación con la dispensa, sino que una vez se produjo la entrada en vigor de la LOMPIVG, se produjo una disparidad

⁹⁴ En este sentido se pronuncia la STS 209/2017 de 28 de marzo, al establecer que *“se fundamenta en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta y la necesidad de preservar la solidaridad en los vínculos familiares (...) La finalidad sería, en consecuencia, proteger las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas, valores constitucionalmente protegidos”*.

⁹⁵ SERRANO MASIP, M., *“La víctima de violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal”*, Iustel, Revista General de Derecho Procesal, 2013, p. 19

⁹⁶ FUENTES SORIANO, O., *“Los procesos...”* Op. Cit. p. 13.

De forma similar lo expresa SERRANO MASIP, M., en *“La víctima...”* al establecer que *“cuando la conducta del pariente revela que la solidaridad ya no existe, el ordenamiento jurídico ha de estimar que ya no hay causa que justifique el ejercicio de la dispensa”*.

en las interpretaciones que realizaban del precepto en relación a las víctimas de violencia de género, lo que suscitó un problema de inseguridad jurídica. Se planteaba si este precepto, una vez entrada en vigor la LOMPIVG, era aplicable a los procedimientos de violencia de género⁹⁷, si se aplicaba a los casos en que cuando se celebrara el juicio oral víctima y agresor ya no eran pareja⁹⁸, o si la víctima que denuncia voluntariamente los hechos podría acogerse más tarde a la dispensa, así como si ésta se aplica durante todo el procedimiento, o únicamente en la fase de instrucción o el juicio oral⁹⁹. Respecto a esta última cuestión, debe entenderse que el derecho a acogerse a la dispensa puede ser ejercido tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral durante la práctica de la prueba, de manera que una vez ha sido comunicado su derecho a no declarar durante la fase de instrucción, no se debe entender como caducado en la fase de juicio oral¹⁰⁰.

La inactividad legislativa sobre la cuestión llevó al TS a pronunciarse, hasta en dos ocasiones, a través de Plenos no Jurisdiccionales, en los cuáles, además de observarse, a mi juicio, una cierta involución en lo que respecta a la resolución de la problemática planteada, no se consiguieron clarificar todas las cuestiones que suscitaban controversia.

El primer de ellos fue el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013, mediante el cual se establecieron como excepciones a la posibilidad de acogerse a la dispensa del deber de declarar:

- *“La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cede definitivo de la situación análoga de afecto.*
- *Supuestos en que el testigo esté personado como acusación particular”.*

Sin embargo, pese a clarificar algunos aspectos que eran objeto de controversia, el Acuerdo parece insuficiente ya que no despeja todas las dudas de la cuestión, dejando sin

⁹⁷ La STS 1010/2012 de 21 de diciembre establece, al respecto, que *“no cabe discutir en modo alguno el derecho de la denunciante a ejercer esa dispensa que la propia Ley le otorgaba (...) sustituyendo una decisión libre y voluntaria de una persona mayor de edad y capaz, por criterios de orientación intuitiva, cuando no impropriamente “paternalistas”, en forma de facultades que el Tribunal se atribuye”.*

⁹⁸ En este aspecto se pronunció la STS 400/2015 de 25 de junio de la siguiente manera: *“la dispensa de la declaración que se recoge en el artículo 416 de la LECr, sólo juega, en los casos específicamente, en que el familiar, -tratándose del cónyuge o persona afectivamente unida por relación similar al declarante-, mantenga ese vínculo, y consiguientemente, la convivencia”.*

⁹⁹ FUENTES SORIANO, O., *“La prueba...”* Op. Cit. p. 379

¹⁰⁰ SERRANO MASIP, M., *“La víctima...”* Op. Cit. p. 22, estableciendo que igualmente, pese a que la víctima se haya acogido a la dispensa de no declarar en la fase de instrucción, las acusaciones podrán volver a citarla para que testifique en el juicio, si bien se le volverá a informar de su derecho a no declarar, y ésta podrá acogerse de nuevo a la dispensa en el caso de que no quiera continuar con las declaraciones que perjudiquen a la parte acusada.

clarificar, entre otras, cuándo se debe entender por “cese definitivo de la situación de afecto”, especialmente en aquellos casos en los que no existe convivencia entre ambos.

De la misma manera, tampoco queda resuelto en el Acuerdo si podría ser aplicable la dispensa a la mujer que denuncia voluntariamente los hechos, se persona como acusación particular, pero más adelante renuncia al ejercicio de la acción penal.

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia estableciendo que el hecho de haberse personado como acusación particular en algún momento del proceso no evita que la víctima pueda, si posteriormente a renunciado a ésta, acogerse a la dispensa en el momento de su declaración en el juicio oral¹⁰¹. Sin embargo, el TS se pronunció en la STS 449/2015 de 14 de julio, estableciendo un criterio distinto, ya que no permitió a la víctima acogerse a la dispensa del deber de declarar, a pesar de después haber renunciado al ejercicio de la acción penal. El Tribunal entiende que está exenta tanto de acogerse a la dispensa como del derecho a ser informada por haber mantenido una posición “activa” en el procedimiento¹⁰².

Como consecuencia de este pronunciamiento surgen nuevos problemas interpretativos, especialmente en torno a qué debe entenderse por una actitud activa en el procedimiento, y si, por lo tanto, pese a tratarse de delitos públicos, se eliminará la posibilidad de acogerse a la exención siempre que hubiera personado como parte, o únicamente cuando se lleve a cabo una “posición activa”¹⁰³.

Ante la multitud de problemas suscitados en torno a la exención del deber de declarar, se han planteado numerosas propuestas de reforma o adaptación del articulado a los procesos de violencia de género (que, tal y como se ha estudiado con anterioridad, necesitan de respuestas normativas y procesales distintas por la complejidad y el estado anímico y

¹⁰¹ Al respecto se posiciona la SAP Girona, 91/2017 de 24 de febrero estableciendo que *“como los hechos ocurren cuando son pareja y la denunciante, aunque ha ejercido la acusación particular, la ha retirado en las cuestiones previas al juicio, sería correcto otorgar a la denunciante la dispensa de la obligación de declarar”*.

¹⁰² Literalmente el TS sostiene que *“en la medida que la víctima ejerció la Acusación Particular durante un año en el período de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar”*. Igualmente señala que *“caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible”*.

¹⁰³ FUENTES SORIANO, O., *“Los procesos...”* Op. Cit. p. 12

psicológico de las víctimas, así como la compleja relación que une a la víctima con su agresor).

En este sentido, desde movimientos sociales en defensa de la igualdad y los derechos de la Mujer¹⁰⁴, se puso de manifiesto la necesidad de una reforma legislativa que modifique la actual redacción de los arts. 416 y 418 LECrim, añadiendo al articulado que “*No procederá la dispensa de la obligación de declarar expresada en el presente artículo cuando la declaración verse sobre la violencia de género a que se refiere la LO de 28 de diciembre de 2004 en su artículo 1.3*”¹⁰⁵. De esta manera, se pondría fin a la problemática que giraba en torno a la posibilidad de acogerse a la dispensa, a pesar de haber interpuesto la denuncia y haberse personado como acusación particular.

Similar posición acoge FUENTES SORIANO, proponiendo la modificación del art. 416 impidiendo acogerse a la dispensa del deber de declarar a aquellas víctimas de violencia de género que hubieran interpuesto denuncia o hubieran ejercido la acción particular en el procedimiento¹⁰⁶. De esta manera, se le informaría de la exención de la obligación de declarar a la hora de emitir su primera declaración e interponer la denuncia, e igualmente de que, si finalmente decide continuar en ese momento con el procedimiento, interponiendo la denuncia o personándose como acusación particular, renunciaría al derecho de acogerse a la dispensa más adelante¹⁰⁷.

No obstante, y contrariamente a esta posición, cierto sector de la doctrina entiende que dicha reforma podría afectar a la esencialidad del art. 24.2 párrafo 2º CE¹⁰⁸, y de la misma manera, que aunque es la propia víctima la que ha interpuesto la denuncia iniciando el procedimiento penal, si posteriormente manifiesta su negativa a declarar sobre aquéllos hechos que ha relatado en la denuncia, cuenta con el mismo fundamento que ampara la

¹⁰⁴ En concreto, la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas y la Federación de Mujeres Progresistas, citadas por PIÑEIRO ZABALA, I., “*Testigo y víctima: dispensa a declarar*”, Diario La Ley, 2010.

¹⁰⁵ El art. 1.3 LOMPIVG establece que “*La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*”.

¹⁰⁶ FUENTES SORIANO, O., “*La prueba...*” Op. Cit. p. 382, así como en “*Los procesos...*” Op. Cit. p. 12

¹⁰⁷ FUENTES SORIANO, O., “*Los procesos...*” Op. Cit. p. 13

¹⁰⁸ “*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*”.

dispensa desde el primer momento, por lo que entienden que debería ser respetado en todas las fases del procedimiento¹⁰⁹.

Complementariamente a la reforma planteada anteriormente, se propone -de forma muy acertada-, la posibilidad de introducir como prueba en el procedimiento, la declaración efectuada por la víctima en la fase de instrucción mediante la vía del art. 730 LECrim¹¹⁰. Dicho art. permite leer o reproducir las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción en los casos establecidos en el art. 448¹¹¹, a las víctimas menores de edad y a las víctimas discapacitadas necesitadas de especial protección. De esta manera, se pondría fin a la injustificada impunidad que genera la actual controversia existente en torno a la dispensa del art. 416 LECrim, de una forma armónica y coherente con el resto del articulado del ordenamiento jurídico.

Al respecto, el TS se ha posicionado, en varias ocasiones, de forma contraria a esta proposición a lo largo de los años, tal y como muestran la STS 1629/2018 de 25 de abril y el Auto 5246/2015 de 11 de junio, donde entiende que el caso de un testigo que voluntariamente renuncia a declarar por el art. 416 no puede encuadrarse en el art. 730 LECrim. En la misma línea se pronuncia en la STS 703/2014 de 29 de octubre, en las que añade que la declaración efectuada en la fase de instrucción y juicio oral son independientes y con consecuencias distintas¹¹², por lo que el Tribunal no puede valorar de la misma forma ambas declaraciones.

Sin embargo, se torna necesario señalar otra línea jurisprudencial -aunque minoritaria-, que con un acertado razonamiento, se alejaba de la posición adoptada por el TS, entre las que cabe señalar la Sentencia de la AP de Castellón 150/2006 de 12 de abril (ROJ SAP CS 601/2006) en la que se defiende la necesidad de valorar como prueba en el juicio oral

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, JL., *“¿Sería constitucional negar a la víctima de violencia de género el ejercicio a su derecho a no declarar en contra de su agresor?”* Diario La Ley, 2017, nº 9014.

¹¹⁰ Informe de Grupo de Expertos y Expertas en Violencia de Género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LOMPIVG, y en la normativa procesal, sustantiva y orgánica relacionada, y sugerencia de reforma legislativa que los aborda, 2011. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>

¹¹¹ Dicho art. se refiere a los casos en los que exista una imposibilidad de acudir al llamamiento a declarar por estar fuera del territorio nacional, o cuando pueda presumirse su muerte, incapacidad física o intelectual.

¹¹² Sobre la base de estas sentencias, la declaración sumarial no constituiría actividad probatoria, mientras que la efectuada en el juicio oral sería prueba susceptible de destruir la presunción de inocencia.

la declaración sumarial bajo la premisa de que *“el derecho a no declarar, ejercitado sólo tardíamente en el juicio, tendrá efectos ya a partir de ese momento en que se ejercite, pero no con carácter retroactivo alcanzando a la válida declaración anterior”*¹¹³.

Dados todos los interrogantes surgidos, que no acabó de clarificar el Acuerdo no Jurisdiccional del año 2013, así como las múltiples propuestas de reforma del art. 416, el TS acabó de asentar su posición respecto a la cuestión mediante un nuevo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda el 23 de enero de 2018 relativo al alcance de la dispensa del art. 416 LECrim de la siguiente forma:

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

No quedan excluidos de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”.

De esta manera, el TS responde, en cierta medida, a las propuestas de reforma del art. 416 que pretendían la exclusión de la posibilidad de acogerse a la dispensa a las víctimas de violencia de género que hubieran denunciado voluntariamente o se hubieran personado como acusación particular, así como de la posibilidad de dar lectura de las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción para que el órgano juzgador pudiera basar en ellas una sentencia condenatoria.

No obstante, y pese al Acuerdo, considero necesario que se prevea la posibilidad de introducir en el procedimiento la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción para ser valorada en el juicio oral, en caso de que ésta se acoja a la dispensa, de manera que la posible absolución o condena del agresor no quede únicamente en manos de la posibilidad de que la víctima declare o, por el contrario, decida guardar silencio, especialmente cuando se trata de un delito público que el Estado tiene la obligación de investigar y averiguar la verdad acerca de los hechos enjuiciados.

Es precisamente en estos procedimientos donde se vuelve máxima esta necesidad de reforma, dada la compleja relación que une a víctima con agresor, y la delicada situación

¹¹³ Señala, igualmente, en su FJº 2, que, de lo contrario, *“se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos o semipúblicos”.*

psicológica en la que se encuentra la víctima, tanto durante la relación de maltrato que ha tenido con el acusado, como durante todo el procedimiento que pretende ponerle fin. Es especialmente relevante resaltar esta delicada posición en la que se encuentra la víctima en relación con este aspecto, ya que posibilitar la lectura o grabación de la declaración de ésta en el momento de la instrucción no solo ayudaría a reducir esa bolsa de impunidad que genera la posibilidad de acogerse a la dispensa, sino que también (y no menos importante) facilitaría reducir lo que se conoce como “la revictimización” o “victimización secundaria”¹¹⁴.

En este sentido, se entiende que las continuas declaraciones que debe prestar la víctima durante el procedimiento, tener que recordar y relatar con la mayor cantidad de detalles posibles los episodios violentos que ha sufrido varias veces, así como las preguntas y posibles cuestionamientos a los que se deberá enfrentar durante su declaración por parte de la defensa, podrían mermar el convencimiento de la víctima de continuar con el procedimiento, por lo que se reclama, en base también a este argumento, la necesidad de incluir las declaraciones para evitar que la víctima declare en tantas ocasiones¹¹⁵.

Al tener en cuenta esta relación que une a víctima y agresor, surge de nuevo otra razón que evidencia la necesidad de un cambio legislativo, ya que si bien la dispensa puede servir en aquellos casos en que el testigo no se identifica con la persona de la víctima, de manera que es necesario proteger esos vínculos familiares, cuando se trata de una relación en la que el agresor ha ejercido una violencia y presión psicológica frente a la víctima durante un largo período de tiempo, puede suceder que el art. 416 sirva como un instrumento de presión, nuevamente, de los agresores hacia sus víctimas¹¹⁶.

Por todas estas razones, se puede entender que de continuar con la posibilidad de que las víctimas de violencia de género puedan acogerse a la dispensa y evitar declarar contra su agresor, puede favorecer una bolsa de impunidad injustificada, ya que, si bien no en todos los casos en los que la víctima se acoge a la dispensa se produce consecuentemente una sentencia condenatoria (por existir pruebas de cargo adicionales en el proceso), no puede

¹¹⁴ IBAÑEZ DÍAZ, P., “La declaración...” Op. Cit. p. 30

¹¹⁵ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416: evolución jurisprudencial”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2018, nº 19, p. 42

¹¹⁶ En esta posición se situó Inmaculada Montalbán, magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y expresidenta del Observatorio contra la Violencia de Doméstica y de Género del CGPJ, en sus declaraciones al ElDiario.es en julio de 2017 en su artículo “Obligar a las víctimas de violencia machista a declarar contra su agresor, ¿las infantiliza o las protege?”. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/Acabar-dispensa-obligacion-maltratadores-Congreso_0_662133906.html

negarse que, tal y como se ha analizado en el punto anterior, la declaración de la víctima constituye en estos delitos, en una gran cantidad de casos, la prueba esencial para poder enervar la presunción de inocencia. De hecho, en el año 2016 el 47.42% de las acusaciones que retiró el MF fue por falta de pruebas al acogerse la víctima a la dispensa de la obligación de declarar, así como en el año 2018 fue el 46.37% de los casos¹¹⁷.

De esta manera, al no existir, en la mayoría de los casos, más prueba que la declaración de la víctima, si se admite la dispensa se produce consecuentemente la absolución, lo que genera, en cierta medida, una privatización de un delito público¹¹⁸, ya que sólo se perseguirá por el Estado si hay una voluntad firme y permanente de la víctima durante todo el proceso. Esto conlleva, no solamente que de alguna manera se sigan concibiendo los delitos de violencia de género en el ámbito doméstico como semiprivados y reservados a la esfera familiar, sino también un grave problema probatorio que deriva en una injustificada impunidad de los agresores, así como en el posible fracaso de las numerosas campañas de sensibilización sobre el maltrato lanzadas en el país los últimos años.

2.2. LAS FALSAS “DENUNCIAS FALSAS”.

Una vez analizada la problemática existente en los procedimientos de violencia de género relativos a la declaración de la víctima quedan puestas de manifiesto las consecuencias prácticas que ésta ocasiona dificultando el buen desarrollo de la investigación y su consecución que es el descubrimiento de la verdad. Sin embargo, la regulación que pretende atajar esta violencia específica cuenta con más inconvenientes procedentes de ciertos sectores tanto de la doctrina como de la propia sociedad, que dificultan aún más, a través de “tópicos” infundados, la labor de conciencia y erradicación de la violencia de género en el entorno familiar.

Uno de los más extendidos -y más graves, por las consecuencias que genera-, es sin duda el referente a las denominadas denuncias falsas, afirmando la existencia de un elevado porcentaje de éstas, interpuestas por las mujeres con fines vengativos hacia su expareja o buscando obtener beneficios económicos durante el proceso de divorcio.

¹¹⁷ Memoria de la Fiscalía del año 2017, p. 459. Disponible en:

https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf

Memoria de la Fiscalía del año 2018. Disponible en:

https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

¹¹⁸ Que como ya hemos añadido anteriormente, es de obligada persecución e investigación por parte del Estado.

Es necesario precisar, en primer lugar, la tipificación del delito de acusación o denuncia falsa en el art. 456.1 CP, estableciendo que *“Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación”*.

Dicha infracción se viene atribuyendo, por ciertos sectores con ánimo de frenar cualquier iniciativa que suponga un avance en la igualdad desde hace años, a las víctimas de violencia de género que denuncian a sus agresores. De esta manera, a lo largo de los años, se ha puesto continuamente en entredicho la credibilidad de los datos ofrecidos por los poderes públicos al respecto. Si bien la Memoria de la Fiscalía del año 2019 ofrecía el dato de 97 condenas por denuncias falsas en relación a 1.389.133 denuncias interpuestas en su totalidad¹¹⁹, ese mismo año salen a relucir afirmaciones de ciertos dirigentes políticos que defendían con rotundidad que las denuncias falsas afectan a millones de españoles cada año¹²⁰, así como del Presidente de la Asociación Projusticia en las que afirma que el 85% de las denuncias son falsas¹²¹.

Esta persistencia en la falsedad de las denuncias se corresponde con uno de los mitos de la violencia de género que afectan a la credibilidad de las mujeres que deciden denunciar. Éstos pueden definirse como aquellas creencias basadas en estereotipos que, aun siendo falsas, se defienden con rotundidad con la finalidad de minimizar, negar o justificar la agresión a la pareja¹²². En este caso específicamente, la consecuencia de afirmar rotundamente que la mayoría de las denuncias efectuadas por mujeres son falsas, es criminalizar a las que se atreven a denunciar a su agresor frente a la justicia, así como establecer prejuicios en torno a la violencia de género. Sin embargo, esta creencia se basa en argumentos erróneos, que han ido variando a lo largo de los años.

¹¹⁹ Memoria de la Fiscalía del año 2018. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

¹²⁰ Revista ElpueblodeCeuta.es, *“Vox: las denuncias falsas por violencia de género son un drama para miles de españoles”*, diciembre 2019. Disponible en: <https://elpueblodeceuta.es/art/43345/vox-las-denuncias-falsas-por-violencia-de-genero-son-un-drama-para-miles-de-hombres>

¹²¹ Sr. D. Francisco Zugasti Agui, cit. por. ADÁN, P., BONASA, M.P., CARTIL, C., CHECA, M., ESPADA, MC., LÓPEZ, A., LÓPEZ, J., PUNSET, V., VÁZQUEZ, N., *“Criterios de fiabilidad en denuncias de violencia de género”* en *Procesos judiciales. Psicología jurídica de la familia y del menor*. Universidad de Murcia, Colección Psicología y Ley nº 8, p. 61

¹²² BOSH-FIOL, E., y FERRER-PÉREZ, V.A., *“Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI”*, *Psicothema*, 2012, Vol 24, nº 4, p. 1

En un primer momento, se entendía que las falsas denuncias eran superiores porque no se ofrecían datos suficientes sobre éstas por los organismos oficiales, argumentando una especie de “autocensura” por parte de éstos para no perjudicar la posible credibilidad de la LOMPIVG¹²³.

Sin embargo, ya en el año 2009, el Estudio sobre la Aplicación de la LOMPIVG realizado por las Audiencias Provinciales ya afirmaba que, de las 530 sentencias estudiadas en él, únicamente una de ellas, el 0.19%, podría referirse a un supuesto de denuncia falsa, por lo que dicho argumento debería entenderse como rechazado. Ya en el año 2014, dejando atrás la argumentación de la falta de datos referentes a las posibles denuncias falsas existentes, las Memorias de la Fiscalía asentaron el porcentaje de denuncias falsas en el 0.018%¹²⁴, resultando por lo tanto un dato que posiciona las denuncias falsas como un problema residual, y no prioritario como apuntaban algunas voces.

Pese a los datos presentados por la Fiscalía, el mito relativo a la falsedad de las denuncias parecía no haber desaparecido, teniendo vigencia hoy día incluso en la propia sociedad, tal y como pone de manifiesto el Estudio realizado en el año 2016 que evidencia que 3 de cada 10 personas encuestadas considera que en España se interponen demasiadas denuncias falsas, siendo especialmente los que sostienen esta opinión los hombres¹²⁵.

De esta manera, se entiende como principales argumentos por parte de los defensores de la existencia de estas denuncias falsas:

- La situación económica de la mujer, entendiéndose que tienen más posibilidades de denunciar falsamente aquellas que tienen un nivel económico más bajo¹²⁶, por lo que se entiende que acuden al sistema penal para obtener beneficios económicos.
- La obtención de beneficios en el divorcio, especialmente la custodia de los hijos y la obtención de la vivienda familiar¹²⁷, posicionando a la mujer como

¹²³ BERNABÉ CÁRDABA, B., y PÉREZ FERNÁNDEZ, F., “Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿Mito o realidad?”, Anuario de Psicología Jurídica, 2012, vol. 22, p. 6.

De hecho, establecen que negar la existencia de estas denuncias falsas debe más a razones ideológicas que científicas.

¹²⁴ Memorias de la Fiscalía del año 2014, p. 311. Disponible en:

https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS14.pdf

¹²⁵ BOSH FIOL, E., FÉRRER PÉREZ, VA., LOPEZ PRATS, L., y NAVARRO GUZMÁN, C., “La violencia de los mitos de la violencia contra las mujeres en la pareja. The current acceptance of gender violence myths”, Información Psicológica, dossier Violencia de Género, 2016, nº 111, p. 4

¹²⁶ BERNABÉ CÁRDABA, B., y PÉREZ FERNÁNDEZ, F., “Las denuncias falsas...” Op. Cit. p. 8

¹²⁷ De esta manera lo relata Benjamín Prado en su artículo para el periódico El País en 2007, “Guarda y custodia”.

Disponible en:

https://elpais.com/diario/2007/07/19/madrid/1184844260_850215.html

“manipuladora” y “extorsionadora”, entendiendo además que hoy en día, interponer una denuncia falsa hacia la pareja es un recurso aconsejado por ciertos abogados para obtener dichos beneficios en el divorcio¹²⁸.

Respecto a este último argumento, el Informe anual realizado por el CGPJ en relación a la violencia contra la mujer del año 2019 establece que, de las 19.017 órdenes de protección dictadas por los JVM ese año, únicamente en 2.411 casos se acordó como medida penal la salida del domicilio familiar del agresor¹²⁹. De esta manera, se pone de manifiesto, una vez más, la falsedad de estas conjeturas, lanzadas únicamente con la finalidad de aumentar el descrédito de las mujeres que deciden denunciar a sus agresores.

De igual manera, una vez más la realidad rebate dichos argumentos con los datos oficiales, desmintiendo el principal de ellos, y, por lo tanto, causante de todos los demás. Las Memorias de la Fiscalía de 2019, mencionadas anteriormente, desmienten categóricamente la existencia de posibles “millones” de afectados por las denuncias falsas, ya que en el conjunto de los últimos 10 años se han dictado únicamente 97 condenas por denuncia falsa en esta materia, siendo únicamente una en el año 2018.

Si se observa una y otra vez como los datos oficiales, y por lo tanto contrastados, desmienten categóricamente año tras año la existencia de éstas posibles denuncias falsas, poco puede entenderse acerca de la persistencia en su existencia. Una de las falacias que sirven de instrumento para mantener la falsedad de los datos ofrecidos es la existencia de las sentencias absolutorias, así como los autos de sobreseimiento dictados en procesos de violencia de género.

Es necesario resaltar que el auto de sobreseimiento no puede entenderse en ningún caso como un supuesto de denuncia falsa. El auto de sobreseimiento se dicta para poner fin al procedimiento, ya sea de forma definitiva o provisional, sin necesidad de celebrar juicio oral y dictar sentencia, en los casos en que no se cuenten con datos suficientes para poder

¹²⁸ De esta manera lo puso de manifiesto Mateo Bueno: *“No siempre que se pone una denuncia falsa el abogado es conocedor de que es falsa, pero hay muchos casos en los que no solamente no son víctimas de un engaño, sino que además son inductores, o cooperadores necesarios”*, CARLOS BERNELL, Conflegal, 2018. Disponible en: <https://conflegal.com/20180708-mateo-bueno-el-dia-que-un-abogado-sepa-que-si-pone-una-denuncia-falsa-se-juega-la-carrera-esto-se-empezara-a-frenar/>

¹²⁹ Informe disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/?filtroAnio=2019>

proceder a la apertura del juicio¹³⁰, mientras que para poder deducir que un caso concreto se trata de denuncia falsa por parte de la mujer, el Fiscal una vez practicada la prueba, retirará la acusación formulada en el caso de que aprecie que la denuncia podría ser falsa, solicitando al Juez que se deduzca testimonio por el delito de o bien falso testimonio, o acusación y denuncia falsa¹³¹.

No puede entenderse que cuando se dicta un auto de sobreseimiento, automáticamente hay sospechas de que la denuncia sea falsa, especialmente cuando ni el MF ni el Juez han decidido deducir testimonio. De entender que puede existir similitud entre sobreseimiento o archivo de las actuaciones y denuncia falsa, se estaría imponiendo una criminalización a las mujeres que deciden denunciar¹³², pero en cuyos procesos no se puede demostrar la existencia del delito o la autoría del acusado, en los cuáles como se ha explicado anteriormente, las principales razones son la falta de pruebas periféricas en el testimonio de la víctima o incluso su acogimiento a la dispensa de la obligación de declarar.

Son precisamente éstos los motivos por los cuáles la mayor parte de los procedimientos acaban finalizando mediante absolución o sobreseimiento, tal y como refleja la Memoria de la Fiscalía de 2019 al abordar la terminación de los procedimientos de violencia de género. En ésta se evidencia que existe un número muy significativo de víctimas que se acogen a la dispensa de la obligación de declarar en la fase de juicio oral, por lo que, al no poder valorarse su testimonio, que constituye la principal y única prueba de cargo con peso suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, se imposibilita la posibilidad de dictar sentencia condenatoria, pese a la existencia de pruebas previas que evidenciaban la comisión del delito. Sin embargo, la aplicación de la dispensa no afecta únicamente a los datos de sentencias absolutorias, sino también a los autos de sobreseimiento. En este caso, la Memoria de la Fiscalía del año 2017 evidencia que si bien los casos de procedimientos que acaban en sobreseimiento provisional son el 41.54% de los casos en los JVM, en muchos de esos casos cobra una especial relevancia la negativa a declarar por parte de la víctima acogándose al art. 416.

En el mismo sentido se pronunció el Estudio sobre la Aplicación de la LOMPIVG por las Audiencias Provinciales, analizado previamente, que termina de evidenciar que los

¹³⁰ ASECIO MELLADO, JM., *"Derecho procesal...."* Op. Cit. p. 251

¹³¹ Memorias de la Fiscalía del año 2014, p. 309

¹³² ALBERTÍN, P., CALSAMIGLIA, A., y CUBELLS, J., *"Una aproximación a la valoración sobre la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género"*, ResearchGate, 2008, p. 12

principales motivos por los cuales se producen sentencias absolutorias en materia de violencia de género tienen relación con el testimonio de la víctima, bien por acogerse ésta a la dispensa de no declarar (11% de las sentencias analizadas), por priorizar el silencio de la víctima en el juicio oral que decide no declarar o contestar a determinadas preguntas, frente a la denuncia y declaración inicial (constituyendo el 2.7%), así como por contar únicamente con el testimonio de la víctima sin corroboraciones periféricas (40.1% de las sentencias)¹³³. Por lo tanto, son precisamente las vicisitudes y problemas procesales analizados con anterioridad a lo largo del presente trabajo los que tienen como consecuencia las sentencias absolutorias dictadas por los órganos judiciales.

Continuar manteniendo el mito de las denuncias falsas presentadas por las mujeres por sentimientos vengativos o con el fin de conseguir beneficios económicos o durante el divorcio, pese a las múltiples evidencias presentadas por los organismos públicos, tiene como único fin y consecuencia la criminalización de las mujeres, así como continuar fomentando la creencia de que los delitos de violencia de género son un asunto esencialmente semiprivado, disminuyendo la importancia y trascendencia que éstos tienen para la sociedad en su conjunto, y principalmente para las mujeres que los sufren. Es por esto que, una vez más, se requiere de una reforma legislativa, tal y como se estudia anteriormente, en los aspectos procesales más trascendentales de los procedimientos de violencia de género, no únicamente para evitar la injustificada impunidad de los agresores que se produce hoy en día, sino para eliminar los prejuicios y falsos mitos que sufren las mujeres que se acogen a los procedimientos que la ley pone a su servicio, y que únicamente sirven para continuar desvirtuando la lucha por la erradicación de éste tipo de violencia.

¹³³ Estudio sobre la Aplicación de LOMPIVG por las Audiencias Provinciales, p. 39

3. LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Una vez puestas de manifiesto las consecuencias prácticas que origina la problemática existente en torno a la declaración de la víctima en los procedimientos de violencia de género, es necesario analizar otra de las cuestiones controvertidas en dichos procesos: la orden de protección. Si bien es cierto que ésta no se encuentra contemplada exclusivamente para las víctimas de violencia de género, sino para aquellas personas que hayan sufrido violencia en el ámbito familiar con independencia de su género, adquiere una especial trascendencia respecto a las mujeres agredidas por sus parejas o exparejas. Ésta, especialmente en los procedimientos de violencia de género, ha suscitado controversia en cuanto a su aplicabilidad y las consecuencias de su incumplimiento, especialmente cuando la víctima consentía en el acercamiento, por lo que se requiere de un análisis pormenorizado tanto de su evolución, como de las consecuencias prácticas de éstas.

3.1. COCEPTO Y REGULACIÓN.

A pesar de que la orden de protección vigente hoy en día se corresponde con el año 2003 (a salvo las modificaciones sufridas en los años siguientes), es necesario precisar ya en el año 1999, con la promulgación de la Ley 14/1999 de 9 de junio, comenzaba a emerger la necesidad de proteger a la víctima, no solamente al finalizar el proceso mediante las medidas impuestas por sentencia, sino desde el inicio del mismo. De esta manera, se pretendía evitar la posible reiteración en la conducta delictiva mediante la implantación inmediata de un distanciamiento obligatorio entre el agresor y la víctima¹³⁴.

Una de las mayores innovaciones que hace la Ley en el ámbito objeto de estudio es la nueva redacción otorgada al art. 13 LECrim, introduciendo entre las primeras diligencias a realizar en el procedimiento, la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, así como a sus familiares u otras personas que se pudieran contemplar en el caso concreto. Dicha protección inmediata se llevaría a cabo mediante las medidas cautelares introducidas en el art. 544 bis LECrim, precepto introducido también por la Ley de 1999. Entre dichas medidas cautelares se encontraban: la prohibición de residir o aproximarse

¹³⁴ Tal y como establece la Exposición de Motivos de la Ley, *“El Plan de acción contra violencia doméstica (...) incluía entre sus medidas determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”*

a un determinado lugar, barrio, municipio, ciudad o Comunidad Autónoma, así como de aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

Sin embargo, pese a introducir una innovación en cuanto a la seguridad otorgada a las víctimas de determinados delitos, no suponía una protección especializada a aquellas personas víctimas de violencia doméstica, y mucho menos de violencia de género, por lo que se requería de una reforma más adecuada en aras de combatir dicha violencia específica, y proteger transversalmente a sus víctimas¹³⁵.

Es precisamente esta necesidad de dar una regulación más específica para este tipo de violencia, la razón por la que se promulgó la Ley 27/2003 reguladora de la OPVVD. Dicha ley introduce el art. 544 ter LECrim, que regula tanto el ámbito de actuación como el procedimiento de la OPVVD, así como a su vez, modifica el art. 13 de la misma ley, de manera que se incluyan las medidas establecidas en el art. 544 ter entre las primeras diligencias a practicar al inicio del procedimiento.

El art. 544 ter, especifica que las personas que pueden acogerse a la OPVVD son las enumeradas en el art. 173.2 del CP¹³⁶, las cuales serían el cónyuge o persona esté o haya estado unida por análoga relación de afectividad (exista o no convivencia), descendientes, ascendientes, hermanos (ya sea por naturaleza, adopción o afinidad, de la persona o del cónyuge o pareja), menores o incapaces que convivan con la persona o cónyuge, y estén sujetas a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, y en definitiva, cualquier persona que se encuentre en el núcleo familiar de convivencia o se encuentren sometidos a custodia en centros públicos o privados por su especial vulnerabilidad.

Si bien es cierto que dicha ley no ofreció una respuesta integral al verdadero problema que giraba en torno a la violencia intrafamiliar (el cual era la violencia de género padecida por las mujeres en este ámbito, no únicamente la violencia doméstica en general), sí supuso un auténtico avance en lo relativo a la protección y seguridad de las víctimas de

¹³⁵ En este sentido, FUENTES SORIANO, O., señala que la orden de protección puede estar relacionada con el fracaso de la Ley de 1999, ya que ambas parten del mismo espíritu y finalidad, en “La protección de los derechos de la víctima” en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación, estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (Coord. María José Cabezudo Bajo y José Vicente Gimeno Sendra), Iustel, 2007, p. 7 del documento original (facilitado por la autora)

¹³⁶ El art. 544 ter LECrim establece “*alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal*”, el cual nos remite al art. 173.2 de la siguiente manera: “*en todos los casos en los que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 Código Penal*”.

dicha violencia, siendo ésta, por tanto, el bien jurídico protegido por el Estado para evitar las posibles agresiones futuras¹³⁷. Esta seguridad, pese a no estar directamente dirigida a las mujeres víctimas de violencia en el ámbito familiar, fue ampliamente acogida por éstas¹³⁸, lo que año tras año evidencia que la orden de protección, pese a no ser regulada para combatir únicamente la violencia de género, supone un gran avance en la lucha contra la desigualdad.

La OPVVD, en palabras de CGPJ, puede ser definida como *“una resolución que consagra el estatuto de protección integral de las víctimas de violencia doméstica, mediante la adopción, por un mismo órgano jurisdiccional, de medidas cautelares penales y civiles, activando otras medidas de asistencia social”*¹³⁹.

De esta forma, se observa como el elemento más innovador de la ley es ejercer una acción integral y coordinada, mediante la adopción a través de una sola decisión judicial, de medidas penales tendentes a evitar la reiteración de la violencia, así como civiles y asistenciales que eviten una desprotección tanto social como económica de la víctima que decida acogerse a la orden¹⁴⁰. Por lo tanto, pese a estar recogida en la LECrim, la orden de protección no solamente despliega sus efectos en el ámbito procesal penal, sino también en el civil y el social. Esta coordinación a la hora de adoptar las distintas medidas a través de un solo órgano judicial, pone fin al problema con el que se encontraban muchas mujeres a la hora de acudir a los Tribunales, ya que debían pasar por varios órganos judiciales distintos, lo que dificultaba la adopción de decisiones acordes y eficaces¹⁴¹.

En la línea de aportar facilidad y eliminar posibles obstáculos con los que puedan contar las personas que decidan acogerse a la OPVVD, se elaboró el Protocolo para la su

¹³⁷ FUENTES SORIANO, O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 78

¹³⁸ Tal y como muestran los datos ofrecidos por el CGPJ, en el año 2004, un año más tarde de su entrada en vigor, fueron incoadas 36.807 órdenes de protección, de las cuáles únicamente 2.397 fueron solicitadas por hombres. Datos disponibles en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/?filtroAnio=2004>

¹³⁹ Definición ofrecida por el CGPJ, disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/>

¹⁴⁰ DÍEZ RIPOLLES, J., CERESO DOMÍNGUEZ, A., y BENÍTEZ JIMÉNEZ, M., *“La política...”* Op. Cit. p. 56

¹⁴¹ DEL POZO PÉREZ, M., *“La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”*, Revista Europea de Derechos Fundamentales, 2012, nº 19, p. 174.

De la misma manera, FUENTES SORIANO, O., califica en *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 176, la situación que sufrían las víctimas con anterioridad a la promulgación de la Ley 27/2003 como un *“auténtico calvario burocrático”*, al tener que enfrentarse a distintos procesos, frente a órganos jurisdiccionales diferentes, y contando con distintos abogados en ocasiones.

Implantación por la Comisión de seguimiento de la implantación de la OPVVD¹⁴². Dicho Protocolo asentó la orden de protección sobre los siguientes principios:

- Principio de integridad procesal, basado, como se ha estudiado anteriormente, en la necesidad de obtención de un estatuto integral que asista a la víctima de violencia doméstica a través de medidas penales, civiles y sociales, bajo un mismo instrumento jurídico.
- Principio de protección a la víctima y a su familia, ya que la función esencial que cumple es otorgar seguridad tanto a la víctima de como a sus familiares de posibles agresiones futuras.
- Principio de aplicación general, de manera que el Juez podrá acordar una orden de protección en favor de la víctima siempre que lo considere necesario.
- Principio de urgencia, en función del cuál la orden de protección debe otorgarse a través de un procedimiento que actúe con la mayor rapidez posible, siempre respetando los derechos y garantías procesales del investigado.

La rapidez en la adopción de decisiones, especialmente cuando se trata de prohibición de aproximación, constituye un elemento fundamental tanto para garantizar la seguridad de la víctima y sus familiares, como para nublar el posible sentimiento de impunidad del agresor y, por lo tanto, evitar posibles intentos de reiteración en la agresión¹⁴³

- Principio de accesibilidad, de forma que la solicitud y posteriores fases del procedimiento de adopción de la orden sean lo más sencillas posibles, de manera que sea accesible a todas las víctimas de violencia doméstica que decidan acogerse

¹⁴² La creación de la Comisión se encuentra regida en la Disposición adicional segunda de la Ley 27/2003, otorgándole la facultad de elaborar protocolos para la implantación de la OPVVD, así como instrumentos para de coordinación para asegurar la efectividad de ésta. La Comisión, constituida el 22 de julio de 2003, se encuentra integrada por representantes del CGPJ, la Fiscalía General del Estado, de las profesiones jurídicas, los Ministerios de Justicia, Interior, y Trabajo y Asuntos Sociales, además de representantes de las distintas Comunidades Autónomas y entidades locales.

¹⁴³ DELGADO MARTÍN, J., "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", Revista jurídica galega, 2003, nº 19, p. 92

a ésta, sin que la posible complejidad del procedimiento suponga un obstáculo para adoptar la decisión de acudir al sistema judicial en busca de protección¹⁴⁴.

- Por último, el principio de utilidad procesal, de manera que se facilite tanto la acción policial como el correspondiente proceso de investigación.

Por lo tanto, mediante la implantación de la orden de protección a través de la Ley 27/2003 se consigue unificar medidas de distinta naturaleza en una misma decisión, de manera que ésta constituya una garantía de seguridad frente a las agresiones sufridas en el ámbito doméstico, sin la existencia de obstáculos procesales y favoreciendo, por tanto, su accesibilidad a todas las personas necesitadas de especial protección.

A su vez, ese mismo año se produjo otra modificación del CP¹⁴⁵ añadiendo en el art. 57.2 la obligación de acordar, en los supuestos de violencia doméstica, la prohibición de aproximación a la víctima u otros familiares o personas establecidos por el Juez.

Dicha medida, pese a introducir un avance en lo relativo a la protección de las víctimas de violencia doméstica, de manera que se garantiza su alejamiento inmediato desde el momento en el que se conoce el delito cometido, y, por lo tanto, se asegura la imposibilidad de reiteración en éste, no se encontró libre de controversia. De hecho, se enfrentó a diversas cuestiones de inconstitucionalidad, basándose en la posible vulneración, por parte del art. 57.2 CP, de diferentes preceptos constitucionales.

En concreto, la Cuestión de inconstitucionalidad 8821/2005 planteada el 23 de noviembre por la Sección Segunda de la AP de Las Palmas, entendía que el citado precepto, en lugar de ser una medida preventiva que atiende exclusivamente a las necesidades de la víctima, se transforma para convertirse en una pena de obligada imposición que *“desentiende a la víctima, las características del hecho, la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor”*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ En este sentido señalan CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., en *“Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”*, Feminismo/s, 8 diciembre 2006, p. 153, la necesidad de tramitación del procedimiento de forma sencilla sin formalismos técnicos, de manera que sea accesible para todas las víctimas.

¹⁴⁵ La reforma se llevó a cabo a través de la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP.

¹⁴⁶ La crítica se basa, principalmente, en la inclusión en el art. 57.2 CP de la expresión *“en todo caso”*, de manera que se entiende que a pesar de que la víctima se posicione contrariamente a la imposición de la medida, el Juez se verá obligado a decretarla.

Se alega, en concreto, la vulneración del derecho a elegir el lugar de residencia y circular por el territorio nacional establecido en el art. 19.1 CE, así como el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), contraer y convivir en el matrimonio (art. 32) y el derecho a trabajar en la profesión elegida, recogido en el art. 35.

La cuestión plantea que la medida afecta no únicamente al autor del ilícito, sino también a la víctima y los hijos comunes menores de edad en su caso, por lo que vulneraría el art. 25.1 CE al no atender a la personalidad de la pena. Cuando la adopción de la prohibición de aproximación se determina en contra de la voluntad de la víctima, entiende que se impone una restricción de los citados preceptos a quien no ha cometido ilícito alguno, por lo que vulneraría su libertad y capacidad de autodeterminación.

El TC se pronunció al respecto en la STC 60/2010 de 7 de octubre desestimando la cuestión, por lo que entiende que el precepto se adecúa a la CE, ya que entiende que se trata de un efecto externo de la medida¹⁴⁷, que opera de igual forma en diferentes penas privativas de libertad, lo cual no significa que ésta vaya dirigida a la víctima o los hijos menores¹⁴⁸, sino que solo se dirige directamente al autor del ilícito.

Adicionalmente, se cuestiona la posible indefensión procesal de la mujer mediante la vulneración del art. 24.1 CE¹⁴⁹, cuestión desestimada también por el Alto Tribunal ya que la víctima tiene la posibilidad de constituirse como parte y presentar alegaciones, así como aportar pruebas al respecto, por lo que no existe indefensión únicamente porque sus *“tesis no sean asumidas necesariamente por el órgano judicial”*, y su voluntad no sea argumento suficiente para no imponer una medida de seguridad.

Por todo ello, la reforma efectuada por la Ley 15/2003 que introdujo en el CP (a través del art. 57.2) la obligación de acordar la orden de alejamiento, fue considerada

¹⁴⁷ En este sentido, el TC realiza en el FJº 4 una diferenciación entre *“los efectos propios -por directos e inmediatos- de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos -que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos- que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración (...) no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto”*.

¹⁴⁸ En lo referente a la afectación de los hijos menores y la posible vulneración del derecho a la intimidad familiar, el Tribunal entiende que la suspensión de la patria potestad no se establece en todo caso, imponiéndose únicamente cuando los menores han sido ofendidos por el ilícito, ya que el art. exige la imposición en todo caso de la prohibición de aproximación, siendo, por lo tanto, la suspensión de la patria potestad, potestativa a la decisión del órgano judicial.

¹⁴⁹ El citado art. se articula de la misma manera: *“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse introducción”*.

completamente adecuada a la CE y el resto del ordenamiento jurídico, de manera que es directamente aplicable a los casos de violencia doméstica, permitiendo una mayor seguridad de la víctima de forma inmediata.

En el año 2004, con la entrada en vigor de la LOMPIVG, se produjeron modificaciones en torno a la orden de protección, ya que, si bien la ley se dirigía de forma exclusiva a las víctimas de violencia de género y no de violencia doméstica como sus antecesoras, los datos clarificaban que las personas más necesitadas de esta protección en el ámbito familiar eran las mujeres¹⁵⁰, por lo que se requería modificar determinados aspectos de la orden de protección. En concreto, al constituir los JVM, la Ley modifica la competencia de las órdenes de protección, de manera que las solicitudes se presentarán ante éstos, salvo en los casos en que, por razones de urgencia, haya que presentarla ante el Juzgado de Guardia¹⁵¹.

Adicionalmente, se establece la posibilidad por el art. 64.3 LOMPIVG de utilización de instrumentos de tecnología adecuados para comprobar el cumplimiento de las medidas de prohibición de aproximación, admitiéndose, por tanto, las pulseras de localización para ofrecer una efectividad más precisa de la orden de protección, siendo esta medida en todo caso potestativa, por lo que no se impone obligación al Juez de adoptarla¹⁵². De la misma manera, el citado art. introduce también la obligación por parte del órgano judicial de establecer una distancia mínima entre el agresor y la víctima, la cual no podrá rebasarse sin incurrir en responsabilidades penales. Esta distancia fue fijada en 500 metros, si bien puede ser ponderada en función de las circunstancias concretas del caso, pudiendo disminuir o incluso ampliarse¹⁵³.

Una vez analizada la regulación existente en torno a la orden de protección -tanto los antecedentes de la Ley 27/2003 como las posteriores modificaciones que ha ido experimentando-, se evidencia cómo, pese a ir dirigida a las víctimas de violencia doméstica sin especificar el género al que pertenecieran, con la promulgación de la

¹⁵⁰ Tal y como se analizó anteriormente, los datos del CGPJ evidencian que en año 2004, solamente fueron incoadas 2397 órdenes de protección por hombres, frente a las 34410 solicitadas por mujeres.

¹⁵¹ Concretamente, el art. 44 LOMPIVG reforma la LOPJ, añadiendo el art. 87 ter, relativo a la competencia de los JVM, en el que se establece que *“Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán (...) de la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia”*.

¹⁵² PELAYO LAVÍN, M., *“La protección de la víctima de la violencia de género”* en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, Ed. Comares, 2008, pp. 390-391

¹⁵³ FUENTES SORIANO O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 85

LOMPIVG se redirige, una vez más, a las verdaderas víctimas necesitadas de protección inmediata en el ámbito doméstico: las mujeres que sufren violencia de género por sus parejas o exparejas en el ámbito doméstico, así como los hijos menores que pudieran verse afectados por las agresiones, bien directa o indirectamente.

3.2. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN

Tal y como se ha estudiado anteriormente, la OPVVD se plantea de forma que sea accesible a todas víctimas de violencia doméstica que necesiten de protección, por lo que se establece un procedimiento sencillo y rápido para favorecer su efectividad, el cual se encuentra regulado en el ya citado art. 544 ter LECrim.

En primer lugar, dicho art. ofrece una amplia legitimación para solicitar la OPVVD, estableciendo en su punto dos como posibles solicitantes de la orden de protección tanto la víctima, como las personas que mantengan con ésta cualquier relación de parentesco que se encuentre regulada en el art. 173.2 CP, ya especificadas anteriormente¹⁵⁴. La legitimación que ostenta cualquier persona perteneciente al núcleo familiar tiene su razón de ser en la naturaleza y bien jurídico protegido en cuestión, ya que en la tipificación del delito de violencia doméstica no se trata de proteger únicamente a la persona que ha sufrido la agresión, sino a las personas que conviven con ésta y que, indirectamente, también se ven afectados por la agresión¹⁵⁵. Por otro lado, al tratarse de un delito público el cuál puede ser protegido de oficio por el Estado, también está legitimado a solicitarla el MF y el Juez de guardia, el cual está legitimado para acordar de oficio la orden de protección aun cuando la víctima o sus familiares no la soliciten pro ellos mismos¹⁵⁶. Adicionalmente, el segundo párrafo del art. 544 ter. 2, en aras de garantizar la plena efectividad de la orden¹⁵⁷, establece la obligación de cualquier entidad u organismo asistencial, tanto público como privado, de comunicar, si tuvieran conocimiento de los

¹⁵⁴ Específicamente, serán el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, los descendientes, ascendientes, hermanos, menores, personas con discapacidad que convivan con éstos o estén sujetos a tutela, curatela, potestad, acogimiento o guardia de hecho, así como cualquier persona que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia o estén sometidos a guarda o custodia en centros públicos o privados por su vulnerabilidad.

¹⁵⁵ FUENTES SORIANO, O., *“La protección...”* Op. Cit. p. 9 del documento oficial (facilitado por la autora).

¹⁵⁶ CUADRADO SALINAS, C., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *“Algunos aspectos...”* Op. Cit. p. 153

¹⁵⁷ Y sin perjuicio del deber de denunciar establecido en el art. 262 LECrim, que literalmente establece: *“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlos inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción, y en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante”.*

ilícitos que darían lugar a la adopción de una orden de protección, al Juez de guardia o el MF.

En cuanto a la solicitud, se observa el afán de la medida por ser accesible a todas las víctimas, ya que se establecen una diversidad de órganos frente a los cuáles puede ser presentada la solicitud de una orden de protección. Recogidos en el punto 3 del citado art., se encuentran el MF, la autoridad judicial, y el las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (principalmente la comisaría de policía), los cuales constituyen la regla general de los delitos públicos. Sin embargo, en el presente caso se amplía a las oficinas de atención a las víctimas, los servicios sociales o las instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas, así como los Servicios de orientación jurídica de los colegios de abogados, tal y como establece, en este último caso, el Protocolo para la Implantación de la orden de protección¹⁵⁸. Cuando la solicitud sea recibida por otra institución que no sea la autoridad judicial competente para el caso, deberá ser remitida inmediatamente al Juzgado de Instrucción, que tras la LOMPIVG, será el JVM, o en su defecto, el Juzgado de Instrucción de guardia.

Sin embargo, pese a la multitud de posibilidades con las que cuenta la víctima o familiares para solicitar la adopción de la orden, es necesario analizar las posibles consecuencias, que una u otra opción, puede conllevar en el procedimiento. El art. 795.1 LECrim, que regula el ámbito de aplicación del procedimiento de los juicios rápidos, establece que, - en el caso de que la OPVVD sea el primer paso en el procedimiento-, para la tramitación de una causa a través de éstos se requiere la incoación del procedimiento a través de un atestado policial, y que la Policía haya detenido a una persona y estuviera a disposición judicial, o por lo el contrario, que la haya citado a comparecer en el Juzgado de guardia en calidad de denunciado en el atestado. Por lo tanto, solamente podrá tramitarse la causa a través de un juicio rápido, cuando la orden de protección se hubiera solicitado en la comisaría de policía, ya que se redactaría de esta forma el atestado y podría llevarse a cabo la incoación de Diligencias urgentes. De lo contrario, no habría más remedio que tramitar la causa a través de las Diligencias previas propias del procedimiento ordinario. De esta manera se recoge en la Circular 3/2003 de 18 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de

¹⁵⁸ SERRANO HOYO, G., “Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, 2004, p. 77

protección¹⁵⁹, subrayando la conveniencia de la incoación de la solicitud en sede policial, mediante la redacción del correspondiente atestado policial.

Una vez presentada la solicitud, y en caso de no haberla solicitado ante la autoridad judicial su posterior remisión al Juzgado de guardia, éste convocará una audiencia de forma inmediata a la que asistirán la víctima o su representante legal, el presunto agresor asistido de su abogado, el MF y el solicitante de la medida en caso de que no coincidiera con la propia víctima. En dicha comparecencia se evitará la posible confrontación con la víctima, y en su caso los hijos menores y los restantes miembros de la familia, por lo que se posibilita su toma de declaración por separado, para evitar perjuicios psicológicos en la víctima¹⁶⁰.

Cuando la solicitud de la orden de protección se resuelve al inicio de las actuaciones, la convocatoria de la audiencia podrá realizarse, en la mayoría de los casos, en el mismo auto de incoación de las diligencias previas en los supuestos de procedimiento abreviado, o bien durante la incoación de diligencias urgentes si se trata de un procedimiento mediante juicio rápido¹⁶¹. En virtud del punto 4 del art. 544 ter LECrim, dicha comparecencia podrá sustanciarse simultáneamente con la audiencia regulada en el art. 505 de la misma ley en el caso del procedimiento abreviado, o bien con la contemplada en el art. 798 cuando se tratare de juicio rápido, siempre y cuando fuera procedente realizarlo de esta manera.

Por último, y en virtud del principio de urgencia estudiado anteriormente, si la audiencia no pudiera celebrarse durante el servicio de guardia del Juzgado, el Juez deberá convocarla en el plazo más breve posible, y siempre con el límite de 72 horas tras la presentación de la solicitud, con el fin de garantizar la más efectiva protección y seguridad a la víctima. Una vez celebrada la audiencia, el Juez decidirá sobre la procedencia de la solicitud mediante el correspondiente auto debidamente motivado, estableciendo, en caso de decidir acordarla, tanto el contenido como la vigencia de las medidas que se adopten.

¹⁵⁹ También lo ponen de manifiesto de la misma manera CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., en *"Algunos aspectos..."* Op. Cit. p. 152

¹⁶⁰ DELGADO MARTÍN, J., *"La orden de protección..."* Op. Cit. p. 104

¹⁶¹ FUENTES SORIANO, O., *"La protección..."* Op. Cit. p. 10

3.3. MEDIDAS

Tal y como se ha estudiado anteriormente, la OPVVD constituye no solo un instrumento de protección de las víctimas de violencia doméstica, sino que también facilita la adopción de las medidas correspondientes, integrando en la misma decisión los mecanismos de protección y salvaguarda de la seguridad procedentes de distintos ámbitos. De esta manera, se adoptan medidas tanto penales y civiles, como asistenciales, tal y como se desprende del apartado 5 del ya citado art. 544 ter.

3.3.1. PENALES

De la lectura del art. 544 ter se desprende la posibilidad de adopción por el Juez de cualquiera de las medidas cautelares previstas en la LECrim, y especialmente, las denominadas “de protección y seguridad”¹⁶². Dichas medidas, tal y como señala DELGADO MARTÍN, se caracterizan por los siguientes rasgos¹⁶³:

- Autonomía: Todas ellas pueden adoptarse con independencia de la existencia de otras. De la misma manera, pueden ser decretadas al margen de la adopción de medidas civiles o asistenciales, al contrario, como se analizará a continuación, de las medidas civiles.
- Posible concurrencia: Si bien las medidas penales pueden decretarse conjuntamente con las civiles o sociales, también pueden ser acordadas varias medidas penales en la misma orden de protección si con eso se garantiza la mayor protección de la víctima y demás personas necesitadas de protección.
- Elasticidad: Si se modifican las circunstancias iniciales, éstas pueden acomodarse a éstas. Por lo tanto, durante su vigencia, podrán incrementarse, restringiendo su ámbito de aplicación, o incluso, revocarse o sustituirse por otra medida más adecuada a las circunstancias actuales.

Dichas medidas podrán consistir en la prohibición de permanecer o residir en determinados lugares y de comunicarse o aproximarse a determinadas personas (no únicamente la víctima, sino aquellas personas que el Juez determine que requieren de protección adicional)¹⁶⁴, así como la posibilidad de adoptar una pena privativa de libertad,

¹⁶² FUENTES SORIANO, O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 177

¹⁶³ DELGADO MARTÍN, J, “La orden de protección...” Op. Cit. p. 93

¹⁶⁴ En síntesis, las medidas cautelares establecidas en el art. 544 bis LECrim.

la suspensión de la tenencia y uso de armas, la prohibición de volver al lugar del delito (con especial atención cuando se trate del domicilio de la víctima).

Adicionalmente, el art. 64.1 LOMPIVG otorga al Juez la posibilidad de decretar la salida obligatoria del domicilio al inculcado por un delito de violencia de género, siempre que éste conviva con la víctima, así como la prohibición de volver al mismo. Dicha prohibición será acordada por el juez atendiendo a la situación económica y laboral, así como al posible impacto psicológico que pudiera generar en la propia víctima. De esta manera, cuando la salida del agresor del domicilio pudiera generar más perjuicios a la víctima que su propio abandono, se decretará la permanencia del agresor en la vivienda, no pudiendo proceder de idéntica forma ante situaciones similares¹⁶⁵.

De todas las medidas penales enumeradas anteriormente, y susceptibles de adopción en el marco de una orden de protección, especial atención requieren la denominada “orden de alejamiento” consistente la prohibición de aproximarse a la víctima estableciéndose la distancia mínima de seguridad, así como la prohibición de comunicarse con ésta, tanto por ser las más adoptadas en la práctica¹⁶⁶, como por su efectividad en la disminución del riesgo de reiteración delictiva.

En este sentido, la orden de alejamiento puede decretarse en diferentes momentos del procedimiento, gozando, por tanto, de distinta naturaleza en función del momento en el que se adopta. De esta manera, pueden se puede distinguir¹⁶⁷:

- Cuando es adoptado al inicio del procedimiento o durante la tramitación del mismo como medida “de protección y seguridad”.

¹⁶⁵ FUENTES SORIANO O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 197. De la misma forma entiende DELGADO MARTÍN, J., en “LA orden de protección...” Op. Cit. p. 91, que se debe evitar que sea la mujer la que se vea obligada a abandonar el domicilio familiar, para evitar de esta forma la denominada “revictimización” de la mujer.

¹⁶⁶ Así se desprende de los informes anuales realizados por el CGPJ en relación a la violencia contra la mujer. De esta manera, en el año 2019 fueron acordadas 28.682 órdenes de protección por los JVM, en cuyo seno se adoptaron 19.017 órdenes de alejamiento, así como 19.370 prohibiciones de comunicación con la víctima, frente a, por ejemplo, las 831 privativas de libertad.

Datos disponibles en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/?filtroAnio=2019>

¹⁶⁷ FUENTES SORIANO, O., “Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia” en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, (Coord. Marta del Pozo Pérez, M^a. Luisa Ibáñez Martínez y Marta León Alonso), Ed. Comares, 2008, p. 115

- El alejamiento impuesto como condición para la suspensión de una pena privativa de libertad¹⁶⁸.
- Cuando se establece como pena accesoria por el art. 57.2 CP, analizado con anterioridad.
- Cuando el alejamiento se prevé como pena principal cuando se trata de delito de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones.

En los supuestos en los que el alejamiento se prevé como medida cautelar o medida de protección y seguridad, deben concurrir en todo caso para su adopción, los presupuestos exigidos para las medidas cautelares personales: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, tal y como analizan, entre otros, la SAP Madrid 2081/2019 de 5 de diciembre.

En primer lugar, el *fumus boni iuris* se traduce en la necesidad de acreditación de una imputación delictiva, para lo cual se requiere la concurrencia de indicios fundados de la comisión del delito por la persona frente a quien se pretende imponer la medida. Se requiere la existencia de un mínimo sustento probatorio, que no necesariamente aporte la plenitud que se requiere para la adopción de una sentencia, pero sí proporcionando al Juez una sospecha fundada de la comisión del delito y la participación del presunto agresor¹⁶⁹.

Por *periculum in mora* se entiende “la concurrencia de un concreto peligro justificado legalmente como legitimador de la privación de libertad”¹⁷⁰. Por lo tanto, para la imposición de la orden de alejamiento se requiere la acreditación de un riesgo objetivo para la víctima por producirse una reiteración en el hecho delictivo. La concurrencia de este riesgo constituye el elemento básico para su adopción, ya que se corresponde con el bien jurídico protegido por el Estado en la imposición de la medida, que no es otro que la protección y seguridad de la víctima. La acreditación del riesgo deberá realizarla el Juez valorando cada caso concreto, atendiendo, entre otros factores, a posibles indicadores o testimonios de familiares o amigos, así como cualquier otro elemento que acredite la existencia de un riesgo inmediato en la vida o integridad de la víctima y que justifique la adopción de la medida¹⁷¹.

¹⁶⁸ Con arreglo al art. 83 del CP: “El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos”

¹⁶⁹ CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Algunos aspectos...” Op. Cit. p. 155

¹⁷⁰ ASECIO MELLADO, JM., “Derecho procesal...” Op. Cit. p. 208

¹⁷¹ FUENTES SORIANO, O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 76

Pese a la necesidad de concurrencia de éstos dos requisitos, no se puede obviar, tal y como expresa el Auto 37/2018 de la Sala Primera de la AP de Lleida de 31 de enero, que la adopción de la orden de alejamiento supone la afectación de derechos fundamentales a la persona frente a la que se impone la medida, por lo que se requiere el correspondiente juicio de proporcionalidad de ésta, el cual es esencial para poder determinar la adecuación y viabilidad de la restricción de derechos. En concreto, al examinar la proporcionalidad de la medida se debe atender a los siguientes extremos¹⁷²:

- Idoneidad de la medida, en la cual a su vez pueden subsumirse dos requisitos: la idoneidad formal o procedimental y la idoneidad subjetiva. En lo referente a la idoneidad formal, se requiere que previamente a su adopción, el afectado por la medida sea oído en el procedimiento con todas las garantías procesales, lo cual se cumple en la celebración de la comparecencia en la que el juez valorará la procedencia de su adopción. A su vez, se requiere que la medida sea adoptada mediante resolución motivada que justifique las razones por las cuáles fue adoptada a través de los presupuestos o requisitos necesarios. Por otro lado, la idoneidad subjetiva hace referencia al anteriormente analizado *fumus boni iuris*, exigiendo la concurrencia de indicios fundados de la participación del afectado en la comisión del delito.
- En segundo lugar, se analizará la necesidad de la medida concreta, de manera que no se adopte una concreta medida restrictiva ante la existencia de otra que igualmente puede cumplir el fin pretendido y al mismo tiempo, es más respetuosa con los derechos del afectado¹⁷³.
- Por último, se atenderá a la proporcionalidad en sentido estricto, mediante la ponderación de las ventajas que resultan para protección de la víctima y los perjuicios que sufriera el afectado por la medida.

Una vez, por lo tanto, analizados todos los presupuestos necesarios para su adopción, así como plasmados y debidamente motivados en la resolución que adopte la resolución, la orden de alejamiento se entenderá adecuada a derecho, así como las medidas que la

¹⁷² En este caso se seguirá la argumentación llevada a cabo por el TC en sentencias como la STC 89/2017 de 4 de julio o STC 99/2019 de 12 de agosto.

¹⁷³ En lo referente al requisito de la idoneidad de la medida en la adopción de medidas cautelares, añade ASENCIO MELLADO, JM., en "*Derecho procesal...*" Op. Cit. p. 141 como exigencia, que la falta de adopción de la medida en concreto dificulte gravemente la investigación, por lo que, en este caso, puede extrapolarse a que no afecte de igual manera a la protección y seguridad de la víctima.

acompañen para hacer completamente efectiva la pretensión última de su adopción: la protección de la víctima en el pleno ejercicio de sus derechos.

3.3.2. CIVILES

Junto con las medidas penales, se contempla la posibilidad de adopción de medidas civiles en la misma resolución que acuerde la orden de protección. Sin embargo, éstas últimas se encuentran subordinadas a la adopción de las medidas penales, dado que, si se deniega la adopción de éstas, supondrá la inexistencia de un riesgo objetivo y, por lo tanto, de la necesidad de adopción de la orden de protección en su conjunto¹⁷⁴.

En lo referente a su solicitud, si bien se adoptan por el órgano jurisdiccional penal -normalmente los JVM-, no hay que obviar que el proceso civil se rige por el principio dispositivo, en virtud del cual la pretensión le corresponde al interesado, por lo que las medidas civiles, en el marco de una orden de protección, únicamente podrán ser adoptadas cuando sean solicitadas por la víctima, o en su caso, por el MF en caso de que existan menores necesitados de protección¹⁷⁵. Respecto a éstos, la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito modificó dicho art. añadiendo la obligación del Juez de pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles cuando convivan con la víctima menores o personas con capacidad judicialmente motivada, y dependan de ésta. De esta manera, se garantiza -de forma muy acertada a mi parecer- la seguridad de los menores que convivan en el domicilio con la víctima, y que, por lo tanto, se convierten en víctimas indirectas¹⁷⁶ -cuando no directas- de la violencia ejercida hacia la mujer¹⁷⁷.

Por lo que respecta a su duración, tienen carácter provisional, teniendo únicamente una vigencia de 30 días desde su adopción, estableciendo el punto 7 en su último párrafo la necesidad de acudir al orden jurisdiccional civil, en cuyo caso se prorrogarán otros 30 días desde la presentación de la demanda. Una vez plantadas ante el Juez de primera

¹⁷⁴ DÍEZ RIPOLLES, L.J., CERESO DOMÍNGUEZ, A.I., BENÍTEZ JIMENEZ, M., *“La política...”* Op. Cit. p. 63

¹⁷⁵ FUENTES SORIANO, O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. pp. 179-180.

De la misma manera afronta la cuestión DELGADO MARTÍN, J., en *“La orden de protección...”* Op. Cit. p. 94

¹⁷⁶ Sobre el concepto de víctima, se amplía por la Ley adoptando un concepto amplio de ésta, y considerando como tal *“no únicamente a la víctima directa”* sino también *“a las víctimas indirectas, como familiares o asimilados”*, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos.

¹⁷⁷ Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015 al establecer que *“es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal”*.

instancia del orden civil, éste deberá pronunciarse al respecto ratificándolas, modificándolas o, por el contrario, dejándolas sin efecto.

En concreto, las medidas civiles que se pueden adoptar en el marco de una orden de protección son:

- La atribución y disfrute de la vivienda familiar, la cuál ha sido analizada anteriormente en lo referente a la obligación de abandonar la vivienda familiar. En este caso, la atribución no afecta al derecho de propiedad del inmueble, pudiendo el agresor manteniendo su titularidad a pesar de no habitarla¹⁷⁸.
- La determinación del régimen de guardia y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas dependientes. Al respecto, el art. 65 de la LOMPIVG establece la posibilidad de suspensión de la patria potestad, la guardia o custodia, así como el régimen de visitas de la persona incurso en un procedimiento de violencia de género, respecto de los menores que dependan de él.

Por todo ello, se puede concluir que las medidas civiles que pueden adoptarse en el marco de una OPVVD, coinciden con las susceptibles de solicitar en un proceso de divorcio o separación, con la novedad de poder solicitarse ante el órgano jurisdiccional penal, de forma que se agiliza la tramitación, y, por lo tanto, se otorga una protección más inmediata a las víctimas. Se acaba, de esta manera, con el “calvario burocrático” que tenían que sufrir las mujeres al acudir a varios órganos jurisdiccionales a solicitar las correspondientes medidas, obteniendo, en ocasiones, resoluciones judiciales contradictorias.

3.3.3. ASISTENCIALES

Dada la necesidad cubierta por la OPVVD de otorgar una protección integral en aras de contar con la mayor efectividad posible en todos los ámbitos, el art. 544 ter LECrim contempla la posibilidad de integrar en la misma la asistencia social pertinente a las víctimas de violencia doméstica. Dicha asistencia engloba tanto el derecho a la información, la atención psicológica y social, así como el acceso a las correspondientes prestaciones económicas y asistenciales¹⁷⁹.

¹⁷⁸ FUENTES SORIANO, O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 180

¹⁷⁹ Pelayo Lavín, M., “La protección...” Op. Cit. p. 385

La prestación de la asistencia se llevará a cabo, en virtud del punto 8 del art., mediante la notificación a las correspondientes Administraciones que fueran competentes para la adopción de las medidas de asistencia social pertinentes. Por lo tanto, la OPVVD se otorga directamente las prestaciones correspondientes, sino que permite que la víctima, una vez otorgada la orden, acuda al denominado “Punto de Coordinación”, en el cual se tramitarán directamente las prestaciones sociales que correspondan sin necesidad de llevar a cabo ningún trámite adicional¹⁸⁰. Los Puntos de Coordinación se encuentra, como regla general, en el JVM o en el correspondiente Juzgado de Instrucción, de manera que la tramitación se podrá realizar de forma automática una vez concedida la orden.

En cuanto a las medidas concretas, la que mayor relevancia puede tener es la denominada “Renta Activa de Reinserción Social”, otorgada en virtud del Real Decreto 945/2003 de 18 de julio enfocado a personas desempleadas con necesidades económicas especiales y dificultad para encontrar empleo, ya que en la mayoría de supuestos, la persona solicitante es una mujer que ha sufrido violencia de género en el ámbito familiar, lo que frecuentemente supone dificultades para incorporarse al mercado de trabajo, así como necesidades económicas especiales que el Estado no puede dejar descubiertas¹⁸¹.

Adicionalmente, se entiende necesario prestar asistencia a la víctima, especialmente a la mujer víctima de violencia de género, no únicamente después de la adopción de la OPVVD, sino también durante todo el proceso, por lo que, desde 2013, se les otorga asistencia jurídica gratuita y especializada con independencia de la existencia de recursos suficientes para litigar¹⁸². De esta manera, se hace una distinción entre las víctimas de violencia de género y las de otros delitos, ya que estas últimas deberán acreditar la ausencia de medios económicos suficientes para poder obtener la asistencia jurídica gratuita¹⁸³. Sin embargo, a mi parecer, no se debe realizar en este aspecto, una diferencia de trato entre víctimas de violencia de género y de cualquier otro delito público, en la medida en que toda persona que tiene recursos económicos suficientes debe sufragar los

¹⁸⁰ FUENTES SORIANO O., “El enjuiciamiento...” Op. Cit. p. 187

¹⁸¹ MORENO GENÉ, J., ROMERO BURRILLO, AM., “Mujer, exclusión social y renta activa de inserción. Especial referencia a la protección de las víctimas de violencia de género”, Revista Internacional de Organizaciones, diciembre 2009, nº 3, p. 142

¹⁸² Esta medida fue introducida a través del Real Decreto-Ley 3/2013 de 22 de febrero, que modificó el art. 2 de la Ley 1/1996 de Asistencia jurídica gratuita.

¹⁸³ Tal y como establece la letra a) del art. 2, “los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados Miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

gastos judiciales de su defensa, y únicamente cuando no se cuente con éstos, el Estado debe asumirlos con independencia del delito que se trate.

Una vez analizadas las medidas susceptibles de adopción en el marco de una OPVVD, es necesario poner de manifiesto la problemática que gira en torno al quebrantamiento de la misma, y más concretamente, al posible consentimiento de la propia víctima en la reanudación de la convivencia con su agresor, y, por lo tanto, en el quebrantamiento de la orden de alejamiento, adoptándose al respecto, posiciones distintas tanto desde la doctrina, como desde la propia jurisprudencia.

3.4. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

En los últimos años se observa un crecimiento preocupante en torno al quebrantamiento de las medidas adoptadas en el marco de una orden de protección pasando incluso de 3.690 casos de quebrantamiento de medidas en el año 2014 a 17.873 el pasado 2019, según los datos aportados por el CGPJ¹⁸⁴. Sin embargo, su exponencial crecimiento no es el único dato preocupante al respecto, ya que no se trata de un tema libre de controversias, especialmente en relación a las mujeres víctimas de violencia de género que, por diversas razones, consienten en reanudar la convivencia con su agresor pese a existir una orden de alejamiento. Al respecto, se plantean diversos argumentos que requieren de análisis en las próximas páginas.

3.4.1. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO

Tal y como se ha analizado con anterioridad, el alejamiento puede ser impuesto en diversas fases del procedimiento, tanto como medida de seguridad y protección en el marco de una OPVVD, como pena accesoria o principal, así como el alejamiento impuesto para la suspensión de una privativa de libertad. En todo caso, su quebrantamiento dará lugar a la imposición de la pena de prisión de 6 meses a 1 año establecido en el art. 468 CP sin distinción del carácter con la que ésta fue decretada¹⁸⁵.

El fundamento de su imposición se encuentra en la obligación de todos los ciudadanos de cumplir con las resoluciones dictadas por un órgano judicial como representante del *ius puniendi* del Estado, y por lo tanto, en el correcto funcionamiento de la Administración

¹⁸⁴ Ambos informes se encuentran disponibles en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-del-CGPJ/>

¹⁸⁵ FUENTES SORIANO O., “Las medidas...” Op. Cit. p. 118

de Justicia. Se entiende, a su vez, que la imposición realizada por el art. 468.2 CP al establecer la citada pena de prisión en todo caso cuando se trate de un caso de violencia doméstica, es fruto de la finalidad perseguida por la LOMPIVG de “ofrecer una respuesta firme y contundente”¹⁸⁶.

Para la comisión del delito tipificado en el art. 468.2 CP se requiere la concurrencia de los siguientes elementos¹⁸⁷:

- El quebrantamiento de alguna de las penas o medidas de seguridad contempladas en el CP consistentes en la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, o de aproximarse y comunicarse a la víctima u otras personas determinadas.
- El ofendido por el delito que origina la medida debe ser alguna de las personas contempladas en el art. 173.2 CP, es decir, debe tratarse de un caso de violencia doméstica.
- Por último, se requiere la concurrencia de dolo en el quebrantamiento de la medida. En este sentido, tal y como pone de manifiesto la STS 664/2018 de 17 de diciembre, para la concurrencia de dolo se requiere únicamente *“acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pese sobre el acusado, y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella”*.

Ahora bien, pese a que la configuración del quebrantamiento en principio no causaría mayor controversia, tal y como ocurre en la mayoría de delitos, las propias características de la violencia de género y la especial situación en la que se encuentran sus víctimas, hacen que, una vez más, el tratamiento de la violencia de género requiera un enfoque y análisis distinto.

¹⁸⁶ Tal y como establece la propia Exposición de Motivos de la Ley: *“Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en los tipos penales específicos”*

¹⁸⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *“El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”*, 2007, Indret, Revista de análisis para el Derecho, pp. 10-11

3.4.2. EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EN EL QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN DE ALEJAMIENTO

La situación psicológica en la que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género, así como la relación que comparten con su agresor, conlleva, en multitud de ocasiones, que no estén de acuerdo con una ruptura definitiva de la relación, pese a la existencia de una orden de alejamiento que declara un riesgo inmediato sobre la seguridad de éstas. Este deseo de volver a convivir con su agresor se debe especialmente a las diversas contradicciones que atraviesan las víctimas de esta violencia, lo que las lleva a reanudar la convivencia con sus agresores a pesar del incremento del riesgo que esto supone¹⁸⁸.

La vuelta a la convivencia, cuando existe una orden de alejamiento impuesta al agresor, genera controversias en torno a la existencia o no, en estos supuestos, del delito de quebrantamiento, en la posible virtualidad del consentimiento de la víctima, así como en torno a la posible participación de ésta en la comisión del delito de quebrantamiento. Al respecto, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente, produciéndose desde 2005 una notable evolución y encuadre en la realidad práctica de los procedimientos de violencia de género.

De esta manera, en la STS 1156/2005 de 26 de septiembre, se llevó a cabo una argumentación, a mi juicio, poco compatible con la protección a los derechos de la víctima, así como, de alguna manera, a los propios principios del proceso penal. En la resolución, se dota de virtualidad al consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la medida, argumentando que dicha solución se trata de la *“más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada”*. De esta manera, entiende que *“la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio de que, ante una nueva secuencia de violencia, se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento”*

¹⁸⁸ FUENTES SORIANO, O., *“Las medidas...”* Op. Cit. p. 111

La argumentación suscitó numerosas críticas por gran parte de la doctrina¹⁸⁹, ya que el Tribunal, en esta resolución, parece pasar por alto la complejidad de la violencia de género y la contradictoria situación en la que se encuentran las víctimas necesitadas de protección. En la violencia de género, la relación entre el agresor y la víctima no está libre de imposiciones o coacciones, por lo que no es posible entender que la decisión de volver a convivir juntos se toma de forma libre por la víctima¹⁹⁰. Dicha decisión puede deberse, entre otras razones, a la falsa apariencia de arrepentimiento del agresor propia del carácter cíclico de la violencia y la creencia de la víctima de que no volverá a ocurrir otra agresión, así como por la dependencia o confusión que atraviesan las víctimas, lo que las lleva a ser ellas mismas las que inicien un acercamiento¹⁹¹. Sin embargo, en ambos casos, contrariamente a lo argumentado por el Tribunal, el riesgo que motivó la imposición de la orden no desaparece, sino que incluso aumenta al iniciar de nuevo la convivencia, de manera que, de mantener la premisa del Tribunal, se avalaría una desprotección inaceptable de la seguridad de la víctima.

Adicionalmente, entender que el consentimiento de la víctima condiciona la efectividad la orden de alejamiento se contradice con el art. 61.2 LOMPIVG, al establecer que en los supuestos de violencia de género el Juez deberá pronunciarse, incluso de oficio, de la pertinencia de la adopción de las medidas¹⁹². De esta manera, difícilmente puede entenderse que la mera voluntad de la víctima supone la extinción de la medida, cuando ésta no es esencial para su adopción.

Esta diversidad de interpretaciones en torno a la virtualidad del consentimiento de la víctima radica en las diferentes posturas existentes acerca del bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento¹⁹³.

¹⁸⁹ Existiendo, sin embargo, posiciones favorables al respecto como CRUZ MORATONES, C., en su ponencia *“La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales”*, II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Granada, 23 y 24 de Febrero de 2006, p. 7

¹⁹⁰ RAMOS VÁZQUEZ, JA., *“Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”*, Anuario de Facultade de Dereito de Universidade da Coruña, 2006, nº 10, p. 1233

¹⁹¹ FUENTES SORIANO O., *“El enjuiciamiento...”* Op. Cit. p. 90

¹⁹² RAMOS VÁZQUEZ, JA., *“Sobre el consentimiento...”* Op. Cit. p. 1234

¹⁹³ LALIGA MOLLA, M., BONILLA CAMPOS, A., *“Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas”*, Journal of Feminist, Gender and Women, Enero 2015, p. 46-47

Por un lado, se puede entender el quebrantamiento como un delito pluriofensivo, de manera que se protegen los bienes jurídicos del correcto desarrollo de la Administración de Justicia y la indemnidad de la víctima¹⁹⁴. Desde esta postura, se pretende dotar de virtualidad a la voluntad de la víctima al entender que, de prestarse consentimiento, no existiría responsabilidad del agresor por no vulnerar la indemnidad de la víctima.

Del otro lado, se mantiene que el único bien jurídico protegido es el correcto desarrollo de la Administración de Justicia, por lo que la protección de la víctima supondría la razón de ser de su adopción, pero una vez adoptada la medida cautelar, su quebrantamiento conllevaría atentar contra el principio de autoridad de la Administración¹⁹⁵. De esta manera, el primer aspecto relevante del consentimiento en la teoría del delito como presupuesto para suponer la exoneración del sujeto, es que éste ha de ser prestado por el sujeto pasivo¹⁹⁶. Por lo tanto, el sujeto que debe otorgar el consentimiento es el Estado, de modo que no cabe plantearse la virtualidad del consentimiento de la víctima.

En este sentido, partidarios de negar eficacia al consentimiento de la víctima, el mismo del pronunciamiento del TS, se celebró el Primer Seminario de Fiscales Delegados de la Violencia contra la Mujer en el que se acordó la deducción de testimonio en cualquier supuesto en el que se sospeche el quebrantamiento de una orden de alejamiento, aun existiendo consentimiento de la víctima.

Pese a las numerosas críticas vertidas hacia la STS de 2005, el Tribunal pareció rectificar, afortunadamente, en los años siguientes, pasando de cuestionarse la imposible disposición de la víctima del bien jurídico protegido en la STS 775/2007 de 28 de septiembre, hasta el Acuerdo de la Sala Segunda de 25 de noviembre de 2008 en el que tajantemente afirma que *“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”*.

¹⁹⁴ En este sentido se pronuncia la STS 650/2019 de 20 de diciembre al establecer que *“la jurisprudencia y la doctrina han reconocido un doble bien jurídico protegido, de forma que no solo se entiende que estas conductas afectan a la Administración de justicia, sino que también lo hacen a la seguridad y tranquilidad de las víctimas”*

¹⁹⁵ En este sentido se posiciona también la STS 10/2007: *“Es el principio de autoridad el que se ofende con el quebrantamiento”*, así como la STS 664/2018 de 17 de diciembre: *“El bien jurídico objeto de protección es la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso”*

¹⁹⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *“El quebrantamiento...”* Op. Cit. p. 14. Se entiende por sujeto pasivo *“al titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”*.

Pese al consenso existente hoy en día en la imposibilidad de valorar el consentimiento de la víctima¹⁹⁷, se pretende plantear por parte de un cierto sector de la doctrina la importancia de la actuación de la víctima al consentir o incluso alentar al agresor al quebrantamiento, de manera que se pretende su incriminación como cooperadora necesaria o inductora¹⁹⁸

La doctrina partidaria de castigar a la víctima como cooperadora necesaria en el acercamiento, se basa en la importancia de su conducta, alegando que, si ésta no hubiera consentido, no se hubiera producido el quebrantamiento de la orden de alejamiento por parte del agresor¹⁹⁹. Entienden, de forma errónea a mi parecer, que se trata de una solución equitativa, que evitaría una desprotección jurídica del agresor frente a la impunidad de la víctima, quedando en manos de ésta la posible condena del autor²⁰⁰.

De la misma forma se plantearía la posible incriminación de la víctima como inductora, ya que, en el caso de ser la propia mujer la que iniciara la comunicación con el agresor pidiéndole por ella misma encontrarse físicamente o incluso reanudar la convivencia, entienden que el interés protegido por el delito de quebrantamiento queda vulnerado de la misma manera tanto por la víctima como por el agresor²⁰¹.

Lo que parece olvidar este sector de la doctrina, además del estado psicológico y vulnerabilidad de las víctimas estudiado anteriormente, es el consenso existente, tanto en la mayoría de la doctrina como en la jurisprudencia, respecto de la calificación del delito de quebrantamiento como un delito de propia mano, de manera que únicamente puede cometerlo la persona frente a la que recae la orden²⁰². Igualmente, la necesidad de concurrencia dolo específico, entendido como la voluntad concreta del sujeto afectado

¹⁹⁷ Hoy día el TS sigue manteniendo esta postura. Véase, por ejemplo, la STS 398/2019 en la que establece que *“el cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella”*.

¹⁹⁸ De la misma manera, existe una minoría de autores que mantienen la posibilidad de castigar a la víctima incluso como autora del delito de quebrantamiento, como MONTANER FERNÁNDEZ, R., en *“Del quebrantamiento...”* Op. Cit. p. 13

¹⁹⁹ En el mismo sentido se posicionó la SAP Barcelona de 4 de febrero de 2009, al entender que la víctima, al acudir voluntariamente al encuentro con su agresor siendo conocedora de la vigencia de la orden de alejamiento, debe ser castigada como coautora del delito de quebrantamiento, dada la importancia de su comportamiento.

²⁰⁰ CUADRADO SALINAS, C., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *“La ley integral...”* Op. Cit. p. 157

²⁰¹ RAMOS VÁZQUEZ, JA., *“Sobre el consentimiento...”* Op. Cit. p. 1228

²⁰² PÉREZ RIVAS, N., *“Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española”*, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales

por la orden de alejamiento, hace imposible el encuadre de la víctima en alguna de las formas de participación pretendidas²⁰³. De esta manera, resulta imposible pensar cómo se pueda castigar a una persona como cooperadora necesaria de un delito que solo puede cometer el afectado por la orden.

De la misma forma, las posibles formas de participación del quebrantamiento son las estipuladas en el art. 470 CP, castigándose “*al particular que proporcione la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción*”, por lo que resultaría inviable encuadrar el supuesto de hecho planteado con alguna de las posibilidades contempladas por la legislación²⁰⁴.

Por lo tanto, pese a la existencia de doctrina minoritaria que apunta la necesidad de castigar a la víctima, existe un consenso en la imposibilidad de castigar a la víctima por un comportamiento que no se encuentra en sí mismo prohibido. De adoptar la tesis minoritaria, se incriminaría a aquellas víctimas que deciden acudir a los Tribunales en busca de protección pero que más adelante, bien sea por los trastornos volitivos sufridos, o bien por las presiones y manipulaciones de su agresor, deciden reiniciar la convivencia con ellos. La consecuencia práctica sería el alejamiento de las víctimas a acudir al sistema penal, y, por lo tanto, se involucraría en la lucha por la erradicación de la violencia.

Dada la problemática existente, y la imposibilidad de obligar a las mujeres a no reanudar la convivencia con su agresor contra su voluntad, pese al riesgo que esto conllevaría, es necesario plantear una solución ponderada entre la voluntad de la víctima y la evitación de un riesgo evidente de la vida o integridad de ésta.

En esta línea se pronunció la Fiscalía en su Circular 2/2004 de 22 de diciembre, que planteó la posibilidad de solicitar el indulto, suspendiendo la ejecución de la orden de alejamiento durante su tramitación. Sin embargo, pese al acierto de la propuesta, se plantean problemas como la lentitud del indulto o la posible solución a una nueva agresión durante la tramitación del mismo²⁰⁵.

²⁰³ FUENTES SORIANO, O., “*El enjuiciamiento...*” Op. Cit. pp. 103-105

²⁰⁴ PÉREZ RIVAS, N., “*Cuando la respuesta...*” Op. Cit. p. 49

²⁰⁵ FUENTES SORIANO, O., “*Las medidas...*” Op. Cit. pp. 128-129

Se requiere, por tanto, de una respuesta más integral, que prevea tanto la imposibilidad de criminalización de la mujer y que cubra las lagunas que plantea la solución de la Fiscalía.

La solución, por lo tanto, y a mi juicio más acertada, abarca dos frentes. En primer lugar, se requiere la modificación del actual art. 468.2 CP de manera que se prevea expresamente la imposibilidad de responsabilizar criminalmente a la mujer que consienta en reanudar la convivencia con su agresor²⁰⁶. En segundo lugar, siguiendo la solución aportada por FUENTES SORIANO, en el supuesto de existir voluntad por ambas partes de reanudar la convivencia existiendo una orden de alejamiento (adoptada como medida cautelar, nunca como pena accesoria), sería óptimo implementar un trámite de comparecencia al que asistirían la víctima, el agresor, aquella persona que instó la medida, y el MF. De esta forma, el Juez podría oír a las partes y valorar la evolución llevada a cabo por el agresor, así como informes psicológicos que manifiesten la situación y capacidad volitiva de la víctima. Tenidos todos estos extremos en cuenta, sería el Juez el que decide levantar la medida, si las circunstancias así lo permiten, y únicamente cuando se hubiera levantado, se podría retomar la convivencia²⁰⁷.

Adoptándose dicha solución, se evitaría el posible rechazo que generaría en las mujeres la posibilidad de resultar responsables de un delito de quebrantamiento de una medida que no recaía sobre ellas y que podría apartarlas de la idea de buscar de protección en la Administración. Además, tal y como se ha analizado a lo largo de todo el trabajo, mantener la posibilidad de criminalizar a aquellas mujeres que acuden a los Tribunales, en lugar de encuadrar la compleja situación que atraviesan en la normativa procesal y en la práctica de los Juzgados, conllevará no sólo la desprotección de éstas, sino poner el freno en la lucha contra la violencia de género, impidiendo la consecución de una verdadera igualdad real y efectiva.

²⁰⁶ En la misma línea se pronunció el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ en su informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LOMPIVG, y en la normativa procesal, sustantiva y orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, del año 2011.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>

²⁰⁷ FUENTES SORIANO, O., "Las medidas..." Op. Cit. p. 130-131

CONCLUSIONES

1. Dados los rasgos que caracterizan a la violencia de género en el ámbito familiar, así como la estructura cíclica de las agresiones sufridas por las mujeres a manos de sus parejas o exparejas, queda evidente la existencia de un tipo de violencia dirigida específicamente a las mujeres por el simple hecho de serlo, y que se diferencia notablemente de otras posibles manifestaciones violentas. Estas especialidades generaron la necesidad de una regulación específica y especializada que luchara tanto por la protección de las mujeres maltratadas desde una perspectiva integral, como por la erradicación de esta lacra en nuestra sociedad. Dicha necesidad justifica la regulación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
2. La injustificada impunidad que se producía en los procesos de violencia de género cuando la declaración de la víctima como única prueba de cargo existente, llevó al TS a pronunciarse al respecto estableciendo tres requisitos a tener en cuenta para poder valorar el testimonio y admitirlo como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado. De esta forma, el Juez valorará la ausencia de incredibilidad subjetiva en la declaración de la víctima, la corroboración de su testimonio por datos periféricos, y la persistencia en la incriminación, debiendo quedar estos tres extremos debidamente motivados en la resolución. La exigencia de esta triple valoración niega, consecuentemente, la premisa sustentada por ciertos sectores de la sociedad relativos a la supuesta credibilidad automática de la declaración de la mujer que denuncia a su pareja o expareja, suponiendo por tanto una sentencia condenatoria sin motivación suficiente.
3. El actual tratamiento del art. 416 LECrim posibilitando el acogimiento a la dispensa del deber de declarar a las mujeres víctimas de violencia de género, conlleva una bolsa de impunidad difícilmente justificable que tiene como principal consecuencia la desprotección de las mujeres que deciden no declarar. Por este motivo, entiendo necesaria una reforma legislativa, que si bien no implique la obligación de que las mujeres vuelvan a declarar en la fase de juicio oral de forma forzosa en contra de su voluntad, sí permita introducir en el procedimiento como prueba su primera

declaración trayéndola al juicio oral mediante su lectura a través de una interpretación analógica del art. 730 LECrim.

4. A la luz de los datos aportados año tras año por el CGPJ, así como por las Memorias de la Fiscalía General del Estado relativas a las denuncias que podrían encuadrarse en un supuesto de denuncia falsa de violencia de género, y teniendo en cuenta que la acusación o denuncia falsa se encuentra tipificada como delito en el art. 456 CP, la crítica por parte de ciertos sectores relativa a la existencia de numerosas denuncias falsas interpuestas por las mujeres, carece de credibilidad. Este mito, que entiende que el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones puede equipararse a la existencia de indicios de denuncia falsa, además de negar la veracidad de los datos oficiales, no tiene otro fin que criminalizar a las mujeres que deciden denunciar a sus agresores, así como obstaculizar la lucha por la erradicación de la violencia de género.
5. Ante los datos aportados por el CGPJ relativos a las medidas adoptadas en el marco de un procedimiento de violencia de género por los JVM, que evidencian que la salida del agresor del domicilio se acuerda en una minoría de casos en comparación a la adopción de otras medidas de carácter penal (de las 28.682 OPVVD acordadas en el año 2019, únicamente se decretó la salida del domicilio en 2.411 casos), se niega uno de los argumentos aportados por ciertos sectores que acusan a las mujeres de acudir al sistema penal para obtener beneficios en el divorcio sobre la vivienda familiar.
6. La imposibilidad de dejar en manos de los particulares la efectividad de las resoluciones judiciales, llevó al TS a sentar jurisprudencia sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de una orden de alejamiento, de manera que se imposibilita la pérdida de vigencia de la medida basada en la voluntad de la mujer. Esta ausencia de virtualidad, así como la imposibilidad de castigar a quien no se encuentra afectado por una resolución judicial, debe poner fin a las premisas sostenidas por ciertos sectores, incluso doctrinales, que sostienen la necesidad de incriminar a la propia víctima como cooperadora necesaria o inductora, basándose en la importancia de su conducta en el ilícito. Dada la inseguridad jurídica que genera esta situación, considero necesaria una reforma legislativa que introduzca un trámite de audiencia entre las partes, el Juez y el MF, de forma que se valore en profundidad el caso concreto, y únicamente cuando el Juez levante la orden de alejamiento, pueda

reanudarse la convivencia, sin que se generen, por tanto, consecuencias penales para la víctima.



Bibliografía

- ADÁN, P., BONASA, MP., CARTIL, C., CHECA, M., ESPADA, MC., LÓPEZ, A., LÓPEZ, J., PUNSET, V., VÁZQUEZ, N., “Criterios de fiabilidad en denuncias de violencia de género” en *Procesos judiciales. Psicología jurídica de la familia y del menor*. Universidad de Murcia, Colección de Psicología y Ley, nº 8
- ALBERTÍN, P., CALSAMIGLIA, A., y CUBELLS, J., “Una aproximación a la valoración sobre la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, Research Gate, 2018
- ALCÁZAR CÓRCOLES, MA., GÓMEZ JARABO, G., “Aspectos psicológicos de la violencia de género. Una propuesta de intervención”, *Psicopatología clínica, legal y forense*, Vol. 1, nº 2, 2001, pp. 33-49
- ALMIRÓN PRUJEL, E., “Sobre las violencias cotidianas. Entre mitos y experiencias” en *Violencia de género. Problema antiguo, nuevos abordajes en el Paraguay*, (Coord. Raquel Andrea Vera Salerno), Centro de Documentación y Estudios, 2009, pp. 83-110
- ASENCIO MELLADO, J.M., “*Introducción al Derecho Procesal*”, Tirant lo Blanch, 2015
- ASENCIO MELLADO, J.M., “*Derecho procesal penal*”, Tirant lo Blanch, 2015
- ASENSI PÉREZ, LF., “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”, *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 21, 2008, pp. 15-29
- ASENSI PÉREZ, L., BORRELL ASENSI, J., DÍEZ JORRO, M., “Violencia contra la mujer y suicidio femenino” en *El delito de feminicidio en el ordenamiento jurídico peruano* (Coord. José Luis Castillo Alva), Instituto Pacífico, Perú, pp. 203-227
- BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416: evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, nº 19
- BERGANZA CONDE, MR., en “*La construcción mediática de la violencia contra las mujeres desde la Teoría del Enfoque*”, *Comunicación y sociedad*, Vol. 16, Nº 2, 2003
- BERNABÉ CÁRDABA, B., y PÉREZ FERNÁNDEZ, F., “Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2012, Vol. 22
- BRAVO BOSH, MJ., “El lenguaje discriminatorio en la Antigua Roma y en la España actual”, *Revista jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, Vol. 15, nº 2, 2018, pp. 141-159
- BOLEA BARDON, C., “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 09-02, 2007
- BONINO MÉNDEZ, L., “Masculinidad hegemónica e identidad masculina”, *Dossiers feministes*, Nº 6, 2002, pp. 9-12
- BOSH FIOL, E., y FERRER PÉREZ, VA., “Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI”, *Psicothema*, 2012, Vol. 24, nº 4

BOSH FIOL, E., FÉRRER PÉREZ, VA., LÓPEZ PRATS, L., y NAVARRO GUZMÁN, C., “*La violencia de los mitos de la violencia contra las mujeres en la pareja. The current acceptance of gender violence myths*”, Información Psicológica, dossier Violencia de Género, 2016, nº 111

CAMPOS VARGAS, H., “*La mujer sui iuris: de la mujer como objeto a la mujer como persona en el derecho romano*”, Revista de Ciencias Jurídicas, nº 123, 2010, pp. 141-158

CRUZ MORATONES, C., “*La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales*”, II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Granada, 23 y 24 de Febrero de 2006, p. 7

CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “*Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*”, Feminismo/s, 8 diciembre 2006, pp. 143-158

DEL POZO PÉREZ, M., “*El juez de violencia sobre la mujer: creación y competencia en el orden jurisdiccional penal*”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 9, 2005, pp. 139-172

DEL POZO PÉREZ, M., “*La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género*”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, 2012, nº 19, pp. 157-183

DEL ROSAL, B., “*La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el código penal: legislación vigente y propuesta de reforma*”, Congreso de Violencia Doméstica, Madrid, 12 y 13 de junio de 2003, Ed. Consejo General del Poder Judicial, pp. 323-344

DELGADO MARTÍN, J., “*La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*”, Revista xurídica galega, 2003, nº 38, pp. 79-105

DÍEZ RIPOLLÉS, JL., CEREZO DOMÍNGUEZ, AI., BENÍTEZ JIMENEZ, M., “*La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia*”, Tirant lo blanch, 2017

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. “*El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva Ley de protección integral contra la Violencia de Género*”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 40, 2006, p. 149-170

FUENTES SORIANO, O., “*El enjuiciamiento de la Violencia de Género*”, Iustel, 2009

FUENTES SORIANO, O., “*La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género*”, Revista Diario La Ley, 2005, Nº 6362

FUENTES SORIANO, O., “*La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz: El testimonio de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*, Questio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Vol. 1, 2020, pp. 271-284

FUENTES SORIANO, O., “*La protección de los derechos de la víctima*” en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación, estudios en homenaje al profesor*

Almagro Nosete (Coord. María José Cabezudo Bajo, y José Vicente Gimeno Sendra), Iustel, 2007, pp. 979-994

FUENTES SORIANO, O., “La prueba de la Violencia de género. Cuestiones procesales fundamentales y nuevas tecnologías” en *Género y Derecho Penal, homenaje al profesor Wolfgang Schöne* (Coord. Luz Cynthia Silva Ticllacuri), Instituto Pacífico, 2017, p. 371-407

FUENTES SORIANO, O., “Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia” en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, (Coord. Marta del Pozo Pérez, M^a. Luisa Ibáñez Martínez y Marta León Alonso), Ed. Comares, 2008, pp. 111-133

FUENTES SORIANO, O., “*Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías*”, Iustel.com, Revista General de Derecho Procesal, n^o 44, 2018

GONZÁLEZ BUSTOS, MA., “*Las políticas de igualdad en la publicidad y en los medios de comunicación*”, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, N^o 26, 2010, pp. 20-29

GORJÓN BARRANCO, MC., en “*La violencia contra la mujer: luces y sombras en la legislación de género y su aplicación en el ámbito penal*”, Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, Vol. 1, N^o 01, 2017, p. 51-68

HERNÁNDEZ RAMOS, C., en “*Violencia de género: una cuestión de educación social*”, Revista de Educación Social, N^o 14, 2012

IBÁÑEZ DÍEZ, P., “*La declaración de la perjudicada en los procedimientos de Violencia de Género: una aproximación crítica desde el ejercicio de la abogacía*”, Journal of Feminist, Gender and WomenStudies, 2015, pp. 63-71

JOSÉ ARENA, F., “*Notas sobre el testimonio único en los casos de Violencia de Género*”, Questio Facti, Revista Internacional sobre razonamiento probatorio, 2020, pp. 247-258

LALIGA MOLLA, M., BONILLA CAMPOS, A., “*Políticas públicas en el tratamiento de la violencia de género: una aproximación crítica a la eficacia de las herramientas jurídicas y alternativas*”, Journal of Feminist, Gender and Women, Enero 2015, pp. 41-51

LAURENZO COPELLO, P., “*Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión*”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N^o 21, 2019

LÓPEZ SAFI, S.B., “*Violencia de género en el ámbito doméstico e intrafamiliar*”, en *Violencia de género. Problema antiguo, nuevos abordajes en el Paraguay* (Coord. Raquel Andrea Vera Salerno), Centro de Documentación y Estudios, 2009, pp. 167-194

LORENTE ACOSTA, M., “*Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*”, Crítica, Madrid 2001

LUACES GUTIERREZ, AI., *“Necesidad de una justificación especializada en violencia de género: especial referencia a los juzgados de violencia sobre la mujer”*, Revista de Derecho, UNED, N° 4, 2009, pp. 297-317 MARTÍNEZ MORA, G., *“La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley d Enjuiciamiento Criminal”*, Boletín del Ministerio de Justicia, n° 2176

MONTANER FERNÁNDEZ, R., *“El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”*, 2007, Indret, Revista para el análisis del Derecho

MORENO GENÉ, J., ROMERO BURRILLO, AM., *“Mujer, exclusión social y renta activa de inserción. Especial referencia a la protección de las víctimas de violencia de género”*, Revista Internacional de Organizaciones, diciembre 2009, n° 3, pp. 131-156

MUNÉVAR MUNÉVAR, DI., MENA ORTÍZ, LZ., *“Violencia estructural de género”*, Revista de la Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 57, n° 4, 2009, pp. 356-366

NOGUEIRA, C., *“La mujer que dijo basta: la larga lucha por la igualdad y contra la violencia de género en España (1970-2017)”*, Ed. Libros, Colección A contraluz, 2018

PELAYO LAVÍN, M., *“La protección de la víctima de la violencia de género” en Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, (Coord. Marta del Pozo Pérez, M^a. Luisa Ibáñez Martínez y Marta León Alonso) Ed. Comares, 2008, pp. 381-396

PÉREZ MACHÍO, AI., *“La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXX, 2010, pp. 371-355

PÉREZ RIVAS, N., *“Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española”*, Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, 2016, n° 21, pp. 34-65

PIÑEIRO, ZABALA, I., *“Testigo y víctima: dispensa a declarar”*, Diario La Ley, 2010

RAMÍREZ ORTÍZ, J.L., *“Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica”*, Tirant lo Blanch, 2019

RAMIREEZ ORTÍZ, JL., *“El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”*, Questio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 2020, pp. 201-246

RAMOS VÁZQUEZ, JA., *“Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”*, Anuario de Facultade de Dereito de Universidade da Coruña, 2006, n° 10, pp. 1227-1236

RODRÍGUEZ LAINZ, JL., *“¿Sería constitucional negar a la víctima de violencia de género el ejercicio a su derecho a no declarar en contra de su agresor?”* Diario La Ley, 2017, n° 9014

RUIZ LÓPEZ, C., “La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas”, en *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Ed. Dykinson, 2015, 75-101

SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, M., “Los problemas de la violencia de género en la sociedad actual” *Diario la Ley*, nº 9581, 25 de febrero de 2020, Wolters Kluwer

SERRANO HOYO, G., “Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, 2004, pp. 69-104

SERRANO MASIP, M., “La víctima de violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal”, *Iustel, Revista General de Derecho Procesal*, 2013

TORNEL NICOLÁS, I., “La realidad de la violencia de género a debate: perspectivas, avances y medios para afrontarla/enfrentarla”, *Revista de Trabajo Social de Murcia*, nº 17, 2012, pp. 16-18

