

# REFLEXIONES ENTORNO A LA LEY DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

## PROLEGÓMENOS

Hace más de cien años se pronunciaba un Fiscal en la Memoria del Ministerio Público con ocasión de la apertura del año judicial, de tal manera que, en la primera década del siglo XXI, no podemos menos que calificarle de un representante del Ministerio Fiscal avanzado a su época y preocupado por un fenómeno que, seguramente no calibraba como producto de un enfoque desigual del género masculino y femenino. No obstante sus apreciaciones debemos entenderlas como el germen de épocas pretéritas pero avanzadas, seguidas de un largo periodo de silencio en que se nos señalaba a la ciudadanía, jurista o desconocedora de las leyes y políticas criminales, que existía un problema, un delito que se consentía y que recaía en las mujeres que, por aceptar el vínculo conyugal o relaciones sentimentales, debían soportar de manera sumisa y pasiva, lo que hoy conocemos como malos tratos.

“Por desgracia, hay que consignar que el número de delitos cometidos contra esa escogida mitad del género humano ha crecido en número y en gravedad durante el último año...” “Por caminos semejantes llega también la muerte a la mujer en que vengan positivos agravios, satisfacen fanáticos celos o castigan honestas resistencias, amantes o maridos. Y el caso se presta a varias disquisiciones, que demostrarían expresivamente, cómo se sigue entendiendo entre nosotros la solidaridad entre el amor y la navaja...” . “Hablar del crimen pasional para enmascarar estas infamias... es una gran vergüenza, reveladora de negligente indefensión social que pide a gritos rigores de la Ley, inflexibilidades de jueces, reparaciones de derechos a cuyo amparo cuenten con verdaderas garantías la inocencia y la seguridad de las mujeres”..... “El amor libre debe tener la misma libertad para concertar el contubernio que para romperlo”. Terminaba sus palabras el discurso de apertura del Año Judicial el

Fiscal culminando con una verdadera sentencia dirigida al Ministro de Gracia y Justicia: “Señalo la llaga Excmo. Sr., y hago votos para que en la farmacopea gubernamental se faciliten remedios que la extirpen” (1).

El citado pronunciamiento, al que poco o ningún caso se hizo en 1907, es un indicativo de una cuestión que se representaba como problemas familiares que por pertenecer a las cuatro paredes del hogar no debía catalogarse como delito público, ni privado.... pertenecía al mundo de lo no visible - jurídicamente hablando- .

Un gran paréntesis hubo desde las palabras de algunos hombres de Ley (era impensable hablar de mujeres) y Leyes (2), hasta la repercusión normativa de un grave problema que permanentemente quedaba en el ámbito de la pareja.

- La Ley 3/89, de 21 de junio, sobre actualización del Código Penal dio una nueva redacción al art. 425 CP, contemplando el ejercicio de violencia física no productora de lesiones, elevando tal conducta a la categoría de delito, cuando se realizara habitualmente y con “cualquier fin” sobre el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a la tutela o guarda de hecho. Con anterioridad solo cabía encuadrar tales conductas en la falta de lesiones del art. 583 de nuestro anterior texto punitivo. Hace veinte años, ya se nos descubría que un sector de la población ponía en práctica esquemas socio -cognitivos-, de corte machista, en los que se justificaba la superioridad del hombre sobre la mujer y explicaban la utilización de la violencia -antes solo física- ahora física y psíquica, como medio de resolución de conflictos (3). Resulta premonitorio leer un año antes de la primera agravación de conductas que recaían en las parejas unidas por lazos sentimentales matrimoniales ó no, como la Fiscalía General del Estado nos señalaba que quedaba mucho camino por recorrer hasta que

- Año tras año, en lo que se convirtió en una cascada de reformas legislativas sobre lo que originariamente se denominaba violencia doméstica o intrafamiliar, examinamos como en 1999 junto a la violencia física se contempla la violencia psíquica. En el mismo año se produce una reforma procesal sobre el art. 13 LECrim y se instaura la medida de alejamiento como medida de carácter cautelar, lo que supone una revolución en lo que atañe a las medidas preventivas o anteriores a la resolución firme por las que ya no se contempla como sujeto afectado a ellas al imputado sino, por primera vez, se hace una apuesta para la protección de la víctima. Esta nueva medida de carácter cautelar demuestra una clara intención del legislador de no limitarse a la

- Pero seguía vislumbrándose que faltaba algo más y se seguían manteniendo en el ámbito jurídico severas críticas en relación a la inadecuada ubicación del maltrato habitual, dado el bien jurídico protegido, y se requerían soluciones más drásticas para conductas que solo podían ser encuadradas como faltas y no delitos, lo que llevaba a una cierta impunidad en la persecución y represión de esta enfermedad social. “Salía barato el maltrato”.
- Otros pasos decisivos fueron los que vieron la luz en el año 2003. Unos de carácter sustantivo que introdujo un tipo de nueva planta , el art. 153 (maltrato ocasional), desplazándose el maltrato habitual al art. 173 del Código Penal, dentro del Título VII dedicado a torturas y otros delitos contra la integridad. Ya no se consideraba que el bien jurídico protegido era sólo la vida, la integridad física, la indemnidad sexual... sino que trascendía a valores de carácter eminentemente constitucionales o de primer orden como son: la dignidad de las personas, seguridad, libre desarrollo de la personalidad, interdicción de tratos inhumanos y degradantes. Este tipo que he dado en llamar de “nueva planta” volvía a repetir algo cuyo ensayo fue, como ya he indicado, el antecesor de 1989. Se consideró por el poder legislativo como conducta delictiva lo que hasta tal fecha solo merecía un reproche penal por falta, lo que produjo protestas sobre la proporcionalidad de esta reacción por no ser acorde con la gravedad del hecho que, ocasionó una cuestión de inconstitucionalidad que tuvo como respuesta el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 233/04 de 7 de Junio que inadmitió la cuestión (4).

Pero si mereció en su momento críticas el trasvase del maltrato ocasional a la categoría de delito y no de simple falta en las conductas delictivas que seguían denominándose de Violencia doméstica. No suponíamos inicialmente los problemas que nos iba a acarrear otra modificación que recogía la misma reforma: el que el alejamiento como pena junto a la prisión o trabajos en beneficio de la comunidad se convirtiese en un imperativo legal frente a la discrecionalidad que regía en su imposición hasta el año 2003.

Los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado en cuanto iniciadores e investigadores de la acción penal, los representantes del Ministerio Público como garantes de la legalidad y los jueces encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, somos conocedores en el día a día de nuestra función, de lo que tal imposición legal sin posibles excepciones supone, que en muchos supuestos - cuando no nos consta una situación de riesgo- que en vez de resolver conflictos individuales y sociales, combatimos realidades y consentimientos mutuos en la reanudación de la convivencia de las que nos sentimos impotentes y con sensación de no saber hasta donde llega nuestra encomienda. Tal es la preocupación que estas situaciones nos suponen que junto a la dispensa a no declarar del art. 416 de la L.E.crim. merece el carácter imperativo de esta pena un comentario específico con guía en las sentencias del Tribunal Supremo que trata de ambas cuestiones y que pueden servir para saber como actuar policial, fiscal y judicialmente.

- El mismo año 2003, a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, se introduce un medio de protección a las víctimas de violencia doméstica (todavía no se distinguía la violencia doméstica y de género) regulándose la orden de protección a través del nuevo artículo 544 Ter. Nuevamente vemos una medida cautelar distinta a las tradicionales que permitía proteger y ordenar las relaciones entre agresor y víctima una

**LA LEY INTEGRAL, L.O. 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Se culminan las incesantes reformas legislativas con esta Ley de violencia sobre la mujer por la que en base a que “la violencia de género no es un problema que afecta al ámbito privado, al contrario se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, al tratarse de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo”(6), se separan los dos tipos de violencia específicos , la tradicionalmente llamada doméstica cuyo bien jurídico protegido es la paz familiar y en la que resulta indistinto el sexo del agresor y víctima, siendo lo esencial el vínculo entre ambos según el art. 173.2 CP; de la violencia contra la mujer, cuyo bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal del sujeto pasivo, al atentar a valores constitucionales de primer orden , referidos específicamente a la mujer, como su derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja. Lo relevante es encuadrar las conductas típicas cuando las ejerce un hombre sobre la mujer existiendo o al haber existido matrimonio o situación afectiva similar al matrimonio aunque no hubiera convivencia. Por tanto, la Ley opta por una definición de violencia de

género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación, o la intencionalidad del sujeto (7). Sin embargo, sobre este automatismo que predica la Ley, que interpreta la Consulta de la Fiscalía General del Estado e incide la Sentencia del Tribunal Constitucional num. 59/08, hay Juzgados y Audiencias (los minoritarios), que afirman en sus resoluciones que esto no es posible, dado que, “podrían darse situaciones, como las peleas en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio y que impedirán la “plus punición” contenida en el art. 153.1 CP (malos tratos ocasionales). No comparto este argumento que se reitera en algunas sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia y Barcelona, y, cuyo resultado en la practica es seguir aplicando unas normas penales que han sido derogadas por la L.O.V.G y no atenerse a la voluntad del legislador que solo atiende a calificar como falta en estos supuestos de violencia contra la mujer, la residual del art. 620.2 C.P. “amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve”, hechos que sólo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Al contrario de lo que ocurre en los art. 36 al 41 de la L.O. 1/2004, en los que no se necesita ningún requisito de procedibilidad por ser delitos eminentemente públicos aunque los siglos que nos preceden dificulten a ciertos sectores concebirlos como delitos perseguibles de oficio, sin posibilidad de mediación (art. 44.5 L.O.V.G) ni renuncia.

El enfoque de la nueva Ley es entender, que en las agresiones físicas, o morales está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión y, no comprender esta cuestión nuclear, es imposibilitar la aplicación de esta Ley tan criticada, ya que es el acto, en sí, la manifestación por diferentes razones: sociales, culturales, jurídicas es lo que implica un mayor desvalor de la acción que justifica la punición agravada.

La sentencia del Pleno del T.C. 59/08, de 14 de Mayo de 2008, debe de ser interpretada en igual sentido ya que se expresa sobre tal cuestión de la intencionalidad diciendo: “El legislador no lleva a cabo una presunción normativa de lesividad sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de significado objetivo como reproducción del arraigado modelo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”. Como de forma llana decía uno de los Magistrados del Constitucional que disientía de la mayoría en otros extremos, pero no en este: “No es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el Legislador quien lo ha hecho ya” (8)

La mayoría de los pronunciamientos judiciales contrarios a la degradación penológica que predicán los juzgadores que quedan en minoría, insisten en el reconocimiento de una pelea mutua, es decir, donde ambos protagonizan este tipo de incidentes, no priva de eficacia jurídica la conclusión de que ambos actos no pueden compensarse y, en consecuencia, degradarse, sino que se acumulan, de suerte y manera que habría dos procesos penales llevados en el mismo procedimiento por conexión.

Por último, no deja de resultar extraño que se exija un determinado ánimo que demuestre que en el acto de violencia de género se pruebe que el hecho se basa en una situación de dominación tendente a demostrar la superioridad de un sector del sexo masculino y sometimiento de la víctima, lo que nadie plantea ni exige en otros tipos de violencia agravadas, como en la violencia doméstica, igualmente reprochable, en los que nadie pide al acusador público o privado que pruebe necesariamente una relación de subordinación, simplemente, se presume.

## LA ESPECIALIZACIÓN EXIGE CONOCER A LA VÍCTIMA

En nuestro sistema procesal penal, la víctima como titular legítimo del bien jurídico protegido y vulnerado, - el llamado sujeto pasivo del delito; ha sido un sujeto casi desconocido y siempre cargado de obligaciones (denunciar el hecho delictivo, decir la verdad con el riesgo de que no hacerlo se pueda deducir testimonio, poner en conocimiento del Juez los cambios de domicilio.... etc.). Hasta épocas muy recientes ha sufrido un permanente estado de abandono, desde épocas pretéritas en las que regía el: "ojo por ojo". Resultaba desde la perspectiva casi reciente que el infractor o victimario, era el verdadero protagonista de nuestro sistema judicial y penitenciario, tratando junto a la represión de la conducta, el de conseguir su rehabilitación, relegándose siempre a la víctima a un papel o rol secundario, por el que permanecía oculta a los avatares de un proceso, que curiosamente se cernía a lo que había padecido y debería haberse centrado en su protección y reparación del daño sufrido.

A día de hoy, todos los que funcionamos en torno a la consecución de la justicia, sabemos que uno de los fines a los que debemos confluir es ayudar de formar primordial a cualquier víctima, no adicionando dificultades ni más sufrimientos de los que les ha tocado vivir por la agresión padecida por la actividad delictiva.

Es nuestra obligación que arranca generalmente de la manifestación de voluntad de quien padece el acto antijurídico y culpable ante los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, dar respuesta a las necesidades de la más variada índole jurídicas, psicológicas, económicas, asistenciales en las que no puede ser ajeno el sistema de justicia penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, habida cuenta de los importantes intereses en juego.

Por ello como indica con acierto el catedrático Antonio Beristain... “hoy el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales”.

#### Nuestra víctima. Singularidades

Lo que ciñéndonos a lo que denomino “nuestra víctima”, se aleja, de los parámetros normales de la víctima de cualquier otro hecho delictivo. Tienen en común el que los hechos que han sufrido merecen un reproche social y que son perjudicadas de infracciones criminales que requieren una reparación del daño sufrido, pero tienen peculiaridades y singularidades que nada tienen que ver con las víctimas comunes que venimos observando desde que surgió la víctima en el proceso penal, una vez superada con la “ Ley del Talión”.

Como regla general las víctimas de hechos no encuadrables en la violencia de género y lo extiendo a las de violencia doméstica, tienen un sentimiento de venganza que les lleva a buscar, a toda costa, el castigo del culpable, al menos insisten, en que se reponga su situación anterior al hecho criminal, además, por regla general no conocen al agresor.

Las que encuadro dentro del concepto de violencia contra la mujer, sin inmiscuirme en cuestiones que afectan a disciplinas ajenas al derecho, son personas acostumbradas a un trato sin atisbo de igualdad, lo que, día a día, les ha llevado al convencimiento de que son un ser humano inferior al victimario, están acostumbradas frente a ataques directos que dañan sus esenciales derechos constitucionales a callar, a no denunciar, hasta a considerarse culpables de lo que se les ha venido encima y a no querer descubrir que son verdaderas víctimas, primer paso para sobrevivir a los malos tratos y buscar algo tan racional- desde fuera- como el reconocimiento de estar sufriendo un daño, sea físico, moral, psicológico, sexual o económico. Lo expuesto que es tan difícil de explicar para el/la desconocedora del fenómeno, me sirve para

preconizar que la especialización en esta materia que reivindica la Ley 1/04, de 28 de diciembre, es el cimiento o pared maestra que nos debe envolver a todos y todas los que, - según el papel que se nos otorga- tratamos de investigar este tipo de fenómenos criminales y buscamos el castigo del que no se cree que somos iguales hombres y mujeres, no necesitando de dominación ni sumisión para mantener la convivencia regida por los sentimientos. Leía hoy un atestado referente a un asesinato ocurrido en marzo de 2009 y me llevaba a reflexionar sobre la cuestión objeto de tratamiento en estas líneas, la frase que el agresor dijo y que se plasmó en las diligencias policiales: "... "esto ocurre cuando una mujer quiere estar por encima de un hombre" (¡cuantas cosas se expresan en tan pocas palabras!). Ahondando en este supuesto de hecho que terminó de la peor manera por la muerte de la mujer y heridas graves de una de las hijas que se encontraba en el domicilio conyugal, descubro con perplejidad como años antes el mismo individuo había sido condenado por malos tratos en el ámbito familiar (hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Violencia de Género) respecto a su mujer y a sus dos hijas, no respecto a otros tres hijos varones que completaban el núcleo familiar.

## **CUESTIONES JURÍDICAS DE INTERES SOBRE ESTA PECULIAR VIOLENCIA.**

- Los llamados quebrantamientos consentidos. Art. 468 del C.P.

Ya mencionaba, líneas atrás, que en una de las reformas del año 2003 se impone con carácter obligatorio y como pena accesoria (art. 57.2 CP, en relación art. 48) la pena de alejamiento. Así mismo a través del art. 544 bis y Ter de la L.E.Crim. puede recaer tal medida de carácter cautelar , en caso de riesgo efectivo e indicios racionales de que exista un hecho con carácter de delito que se encuadren en nuestro tema objeto de estas reflexiones. La teoría jurídica puede no encajar siempre con las situaciones con las que nos encontramos según la función que nos toque desempeñar. Cuatros años de rodaje de la Ley

son una “memoria justificativa” de que en muchos casos aunque exista una pena con carácter firme o una medida que previene riesgos, se reanudan convivencias sin atender a las prohibiciones acordadas en las resoluciones judiciales.

Esta fue una de las cuestiones que tratamos los/las representantes del Ministerio Público, en nuestro primer Seminario de especialistas en violencia sobre la mujer (9). Considerábamos una vez analizado el problema que, interesaríamos la deducción de testimonio en estos casos por si los hechos fueran constitutivos de un delito sancionado en el art. 468, al ser un delito contra la Administración de Justicia, aún cuando mediara el consentimiento de la víctima. Añadíamos, y esto es de interés, que no se procedería por el Fiscal a deducir testimonio contra ésta (la víctima) ni por inducción al delito, ni como cooperadora necesaria al entender que tal comportamiento no era subsumible en los apartados del art. 28.2 C.P., a y b.

El primer escollo fue relevante al plantearnos que nuestra víctima podía facilitar o consentir una nueva convivencia- a pesar del riesgo que entraña- pero no era ella la receptora de la pena ni de la medida cautelar o pena de carácter prohibitivo al no haber cometido ninguna infracción penal.

Tal conclusión fue avalada por la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005, sentencia que en otros extremos ha sido aclarada, concretada y modificada, por otras posteriores pero en esta posible discrepancia jurídica descartó el que pudiera perseguirse la conducta de la mujer expresando que considerar a ésta como copartícipe del delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena, supondría “unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos, como recuerda la SSTE de 24 de Abril de 1988”.

Pero la andadura de la Ley no nos plantea en nuestra realidad jurídica este extremo como esencial en la cuestión relativa a los “quebrantamientos consentidos”. El problema cotidiano se centra en la reflexión sobre ¿Que hacer ante una vulneración del alejamiento por el imputado o penado?

Muchos vaivenes hemos leído en resoluciones de las Audiencias Provinciales y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. La ya reseñada Sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 2005 supuso una sorpresa en cuanto, a pesar de ser un delito (el quebrantamiento) pluriofensivo nos indicó que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe de desaparecer y quedar extinguida”. Siempre he sostenido a pesar de que la precitada sentencia se refería a un caso de medida cautelar, que tal afirmación era incongruente, en tanto que estos delitos eran y son contra la Administración de Justicia, no únicamente contra la protegida y víctima y que la imposición de un pena (*ius puniendi*) solo le compete al Estado, no dependiendo su ejecución a la voluntad de la víctima... voluntad de la que yo parte de que no es siempre libre y casi siempre fácilmente manipulable, de ahí este fenómeno.

Diferentes sentencias posteriores nos vinieron a dar la razón (10) tanto se tratara de alejamiento por medida cautelar, como pena por sentencia firme, concluyendo que no se podía permitir la impunidad de los autores de semejantes quebrantamientos al no ser su cumplimiento disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, o bien, por que el consentimiento de la ofendida no podía eliminar la antijuricidad del hecho.

No obstante, la discrepancia jurídica ha seguido en los Juzgados y Tribunales de Justicia encargados de la ejecución de las sentencias, dando a mi juicio un paso en la confusión sobre que hacer con las reanudaciones de convivencia a pesar de los alejamientos acordados judicialmente. Este paso es un “salto al vacío” incomprensible desde el punto de vista estrictamente

jurídico y que puede interpretarse como una confusión en la necesaria y característica división de poderes que defina a un Estado democrático y social de derecho.

Vaya por delante el que yo no soy ninguna partidaria acérrima de la imposición imperativa de la pena accesoria de alejamiento, y que espero que pronto se resuelvan las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas entorno a tal precepto, pero que ello no empañe el actuar en supuestos de trasgresión de norma sometida a la aprobación del Poder Legislativo que decide la política criminal adecuada a la realidad social.

Nadie debería negar que cada supuestos de violencia contra la mujer merece una respuesta singular al hecho enjuiciado, por ello, la conveniencia de la ponderación y arbitrio de los Juzgadores , pero de igual manera, una vez constatada la necesidad de su imposición no puede dejarse su cumplimiento a ninguna conveniencia o decisión ajena al que enjuicia el hecho.

Nuevamente se retoma la cuestión planteada, en resolución del T.S. de 29/01/09, en concreto sobre el alejamiento como medida cautelar, que como pena se va pacificando la controversia en el sentido de que las penas no son disponibles por las partes y por ello son conductas antijurídicas y culpables. Hubo que llegar a un Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª (11) y, en consecuencia a una sentencia de la misma Sala (12) en la que se mantiene que hubo delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima. No obstante dicha sentencia se vio acompañada de dos votos particulares que disientían del criterio mayoritario, diferenciando entre que se imponga esta pena de alejamiento, en donde se considera delito, o el de una medida de carácter cautelar en que puede no serlo dependiendo de la relevancia de su consentimiento (incapacidad de juicio, engaño, amenazas, error).

Lo indicado no solo es una cuestión estrictamente jurídica que únicamente compete a las partes de un proceso penal, sino que, a quien de forma directa e inmediata les plantea no solo zozobras sobre la antijuridicidad o no de estos actos, sino como actuar es a los que por su desempeño en su actuar policial saben de la imposición de estas medidas que imposibilitan el acercamiento y comunicación de una pareja sometida a un procedimiento judicial y conocen de forma real su incumplimiento y convivencia “consentida”. Mi conclusión es la iniciación de las correspondientes diligencias contra un único individuo: el infractor.

- Sobre la dispensa a no declarar del art. 416 L.E.Crim.

Con acierto, el legislador del siglo XIX, contempló frente a la obligación general de comparecer al llamamiento de la justicia y declarar en los procesos judiciales que, podían existir situaciones en las que en base a vínculos, generalmente, familiares ciertos testigos deberían estar exentos de declarar por los lazos de solidaridad existente entre el imputado y el testigo al integrar un mismo núcleo familiar.

Sin embargo, entiendo que dicha dispensa no debería ser aplicado en los supuestos en que la testigo es la denunciante de un hecho delictivo que imputa a su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad de forma estable.

Esta cuestión tampoco resulta pacífico, trascendiendo de la mera discrepancia jurídica para convertirse en un elemento distorsionador de la marcha de los procesos penales por violencia contra la mujer, no sólo porque en demasiados casos se produce un vacío probatorio que impide enervar el derecho fundamental a la Presunción de Inocencia, sino que es un nuevo foco de riesgo para la víctima que, en muchos casos, puede verse mediatizada para no declarar. Además, ¿ no resulta contradictorio configurar estas conductas

como delito público perseguible de oficio en el que no cabe renuncia, ni perdón, ni mediación con la supervivencia de no exigir su declaración? .

A mi juicio, la respuesta es competencia del legislador, pero hasta tanto no se afronte, las consecuencias prácticas serán que los Fiscales intereseamos constantemente pruebas que rodean al hecho - no sólo las pruebas periciales-cuando sea posible - por efecto lesivo a la integridad física de la perjudicada, sino, lo esencial, que recaerá en el testimonio de los agentes de la autoridad que asistieron a la víctima en los supuestos en que sean llamados por ella o por terceros que presencian el hecho delictivo.

Como hago siempre que expongo un problema que recalca en cualquier interpretación del derecho, debo de concluir esta exposición haciendo constar los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sigue siendo vacilante. No faltan sentencias que concluyen sobre que tal precepto adjetivo no es preceptivo realizarlo respecto de la persona que acude a la Policía en demanda de auxilio (13), que culminaría con el Auto de Inadmisión de 29/01/09 en igual sentido, frente a la última (14) que en un delito de agresión sexual absuelve al condenado en la instancia, en base a que la víctima, a pesar de que al tiempo de los hechos mantenía con el acusado relación de afectividad equiparable a la del cónyuge, se opuso a declarar (art. 416 L.E.Crim) "siendo doblegada su voluntad por la imperativa conminación del Presidente del Tribunal".

En estas páginas quedan por tratar muchos dilemas a los que nos enfrentamos, desde los que suponen una crítica sin sustancia a la Ley 1/04, de 28 de Diciembre, "una excepción que confirma la regla", conocido como el empleo o utilización de la acusación y denuncia falsa de las mujeres para conseguir "logros inadecuados o indebidos": pasando por la exigencia de la rehabilitación del reo a través de las reglas de conducta que exige la Ley. La efectividad de las penas alternativas a la de prisión..... muchos temas me quedan "en el tintero" que quizás requieran un tratamiento en otra ocasión. No

obstante no quiero concluir este breve texto sin hacer un reconocimiento expreso a aquellos/as que día a día ejercen su profesión partiendo de que este fenómeno delictivo se aleja de los parámetros comunes del resto de la delincuencia. Acabo de leer, pidiendo informes sobre el funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar (P.E.F) como se resalta la: “amplia experiencia de la Guardia Civil en conflictos relativos al orden público, que preserva a los menores y a los profesionales que trabajan en los PEF de situaciones conflictivas debido a la alteración con los que algunos usuarios se toman el cumplimiento de las resoluciones judiciales que no resultan favorables a sus propósitos”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- “El Ministerio Fiscal Español”. Editado en el año 2007 por el Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Boletín Oficial del Estado. Páginas 35 y 36.
- 2.- D. Luis Jiménez de Asúa. “EL CRIMINALISTA”. Año 1946. “Con frecuencia suelen aparecer en los periódicos de todos los países noticias sobre sucesos acaecidos con dolorosa repetición, el que una mujer ha perdido la vida a manos de su marido o de su amante, y son muchos los que a diario comentan en calles y en estrados el último crimen pasional. Ese crimen pasional del que tanto se ha hablado..... ¿Qué es lo que tiene dentro? ¿Es tan solo la muerte dada a la hembra por un hombre ofendido en su calidad de macho, agitado por los celos, herido en su amor propio, acuciado por el resentimiento? ¿o abarca territorios más extensos?.
- 3.- Instrucción 3/1988 de la Fiscalía General del Estado, sobre “Persecución de malos tratos a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales”.
- 4.- Tres parámetros sirvieron al Tribunal Constitucional para inadmitir la cuestión planteada: a) la relevancia de los fines mediatos e inmediatos de protección. b) la idoneidad de la medida para alcanzar el fin de protección. c) la proporcionalidad de la pena en relación con el delito. La conclusión fue que en vista de la cantidad de agresiones cometidas contra las mujeres en nuestro país, la escasa o nula eficacia de la tipificación de las mismas como falta y no delito a efectos de prevención especial y general y la posibilidad de que la pena de prisión prevista en el precepto cuestionado no era la única solución al contemplarse como pena alternativa de la de trabajos en beneficio de la comunidad.

- 5.- Sobre esta cuestión ver CIRCULAR 3/2003, de 30 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre “Algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección”, suplemento al Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de 1 de Marzo 2004. nº 1960.
- 6.- Exposición de motivos de la denominada Ley Integral de 28 de diciembre del año 2004.
- 7.- Circular num. 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, “Relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año LX. Suplemento al nº 2008 de 1 de marzo de 2006.
- 8.- Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez- Zapata Pérez. Voto particular a la Sentencia del T.C. que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad nº 5939/2005.
- 9.- Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2006.
- 10.- SSTT, Sala 2ª: 19-01-2007, 28 de septiembre de 2008.
- 11.- Fecha del Pleno de 25-XI-08
- 12.- Sentencia 39/2009 de fecha 29-1-9, Recurso de Casación 1592/2007
- 13.- SSTS, Sala 2ª del 20-2-2008, 27-X-2004, 12-7-2007
- 14.- SSTS, Sala 2ª de 26-3-09

**Soledad Cazorla Prieto**  
**Fiscal de Sala en Materia de Violencia**  
**sobre la Mujer**