

INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO PENAL

INCIDENCE OF GENDER VIOLENCE IN THE PROCEDURAL SCOPE

SILVIA PASCUAL LÓPEZ¹

Recibido: 28/08/2020

Aceptado: 28/09/2020

SUMARIO: I. Competencia para el conocimiento de la causa en el orden penal: juzgados de violencia sobre la mujer o juzgados de instrucción: 1. Competencia funcional objetiva y territorial 1.1. Funcional 1.2. Objetiva 1.3. Territorial 2.- Aspectos procesales en relación a la Ley de Violencia de Género 3. La prueba forense en la violencia doméstica y/o de género 4. Dispensa 4.1. Extensión de la dispensa a las parejas de hecho 4.2. Fundamento y fin 5.- Conclusiones

SUMMARY: I. Competence for the knowledge of the case in the criminal order. Courts of violence on women or instruction courts: 1. Functional, objective and territorial competence. 1.1. Functional. 1.2. Objective. 1.3. Territorial. 2. Procedural aspects in relation to the Law on Gender Violence. 3. The forensic evidence in domestic and/or gender violence. 4. Dispensation. 4.1. Extension of the dispensation to default couples. 4.2 Foundation and purpose. 5. Conclusions.

Resumen: La determinación del ámbito de competencia propio de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es uno de los principales temas de debate que propicia la aplicación práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Los procedimientos más habituales en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lo constituyen: JUICIO RÁPIDO (Diligencias Urgentes) y DIP (Diligencias Previas). Muy importante y necesaria la labor del médico forense, complementaria a la realizada por otros profesionales. Esta interrelación da como fruto la elaboración de un informe pericial de calidad adaptado a la solicitud realizada en el procedimiento penal correspondiente. La excepción o DISPENSA de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo 416, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado.

Palabras Clave: Víctima, Violencia, Género, Competencia, Dispensa.

Abstract: The determination of the sphere of competence of the Courts of Violence against Women is one of the main issues of debate that provides the practical application of the Organic Law 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence. The habitual proceedings in the Violence against Women Courts are: DUR (SPEEDY TRIAL) (Urgent Proceedings) and DIP (Preliminary Proceedings). The

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto.

forensic surgeon's work is very important and necessary. It is complementary to that performed by other professionals. This interrelation results in the preparation of a quality expert report adapted to the request made in the corresponding criminal procedure. The exemption or DISPENSATION of declaring the relative of the defendant or the spouse is established in this article 416. It is intended to resolve the conflict that may arise for the witness between the duty to tell the truth and the bond of solidarity and familiarity that unites this person with the processed.

Key Words: Victim, Violence, Gender, Competence, Dispensation.

I. COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA CAUSA EN EL ORDEN PENAL: JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER O JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN

1. Competencia funcional, objetiva y territorial

1.1. Funcional

La determinación del ámbito de competencia propio de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es uno de los principales temas de debate que propicia la aplicación práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Las razones son varias y la controversia se centra, por un lado, en la imprecisa redacción de los preceptos relativos a la competencia de dichos Juzgados, dando lugar a diversas opiniones e interpretaciones y como consecuencia, a conflictos negativos de competencia entre los diferentes órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la innovadora configuración de estos Juzgados como Juzgados de Instrucción especializados a los que se les atribuye determinadas competencias civiles, da lugar a permanentes puntos de fricción entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Instrucción ordinarios, como entre los primeros y los Juzgados de 1ª Instancia. Por último, la configuración de estos nuevos Juzgados especializados como Juzgados que han de desarrollar su labor en días hábiles y horas de audiencia, y su sustitución fuera de dichos días y horas por el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia y sólo para determinados asuntos, genera conflictos y disfunciones entre estos órganos y los ciudadanos.

La creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer radica en la necesidad de órganos judiciales especializados dentro del orden jurisdiccional penal, con una vis atractiva hacia determinados asuntos de familia propios del orden jurisdiccional civil.

Por esta razón la LEY ORGÁNICA 1/2004, de 28 de diciembre, de MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, dispone que en cada partido judicial debe existir, al menos, un órgano judicial que asuma las competencias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de manera que se garantice a todas las víctimas una respuesta judicial especializada independientemente del lugar del domicilio.

La Ley señala varias modalidades de Juzgados de Violencia sobre la Mujer:

- Exclusivos: Juzgados que sólo tienen las competencias propias del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sin asumir otras diferentes.
- Compatibles: Órganos judiciales que asumen el conocimiento de todos los asuntos en materias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dentro del partido judicial, sin embargo, también conocen de otros asuntos penales (si son Juzgados de Instrucción) o penales y civiles (si son Juzgados de Primera Instancia e Instrucción); el número de asuntos que no sean de Violencia sobre la Mujer se determinará en función de la carga de trabajo.
- Partidos judiciales con Juzgado único: asumirán el conocimiento de todos los asuntos en materias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dentro del partido judicial, junto con el resto de materias.

Artículo 43 de la Ley 1/2004:

- “1.- En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.
2. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.
3. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica, corresponda a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos Órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.
4. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley.”

Las relaciones entre el Juzgado de Instrucción de Guardia y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, atribuyendo funciones a favor de aquéllos en funciones de guardia, se pueden sistematizar de la siguiente forma:

- Cualquier actuación de carácter urgente o inaplazable que la Ley atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Ej. Inspecciones oculares, levantamiento de cadáveres o diligencias de entrada o registro.
- La regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por existir indicios de su participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, siempre que no sea posible la presentación del detenido ante el correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer (lo que sucederá en los supuestos de presentación fuera de horas de audiencia).

- La resolución de las solicitudes de Orden de Protección que se presenten ante el Juzgado de Guardia fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Los juicios Rápidos por delito deben tramitarse ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, también en los casos en los que el detenido hubiese sido puesto a disposición del Juez de Guardia.

El Juez de Instrucción en servicio de guardia no puede dictar sentencia de conformidad en supuestos de juicios Rápidos porque si existe conformidad durante la tramitación del juicio Rápido por delito, será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el que debe dictar la sentencia a la que se refiere el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello por aplicación del último inciso del artículo 14.3.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.2. Objetiva

La competencia objetiva en el orden penal viene recogida en los artículos 44 y 58 de la Ley 1/2004, por los que respectivamente, se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial y se modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual adiciona un nuevo apartado 5 que, a su vez, reproduce el apartado 1 del mencionado artículo 87 ter.

Así, conforme al artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

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

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

e.- Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.”

De este modo, para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer conozca de la instrucción, incluida la adopción de la correspondiente orden de protección, de una causa han de concurrir dos tipos de presupuestos:

a.- Uno de carácter personal.

Delitos cometidos por un hombre contra una mujer. Si la mujer: sea o haya sido esposa del autor de la infracción penal; y esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. De la misma forma y siempre y cuando se haya producido un acto de violencia de género, este ámbito personal también se extiende a: delitos cometidos sobre los descendientes propios o de la esposa o conviviente; o sobre menores o incapaces que convivan con el autor o se hallen sometidos a la potestad, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Reseñar que no se exige convivencia con el agresor respecto de los menores o incapaces que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Por el contrario, se exige convivencia con el agresor respecto de los restantes sujetos pasivos a excepción de los casos de ex cónyuge y mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad.

Caben tres posibles interpretaciones de la expresión “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. Una primera restrictiva: se exige unidad de acto en la violencia ejercida sobre la mujer y la ejercida sobre uno de los menores. Una segunda extensiva: de tal manera que alcanzará a todos los hijos de víctimas siempre que hubiese existido algún precedente de acto violento sobre la mujer sin limitación temporal. Y una tercera intermedia: igual que el anterior pero señalando un límite temporal. Por ejemplo: que la responsabilidad penal por el acto de violencia sobre la mujer no se hubiere extinguido.

Atendiendo a la definición de la violencia de género contenida en el artículo 1.3 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004, parece más correcta la interpretación extensiva. La competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer alcanzará a todos los descendientes, siempre que hubiese existido algún precedente de acto violento sobre la mujer, sin limitación temporal. Así, la competencia de dicho Juzgado se extenderá a aquellas situaciones en las que la violencia sobre la mujer afecta también a los menores que se encuentran dentro del entorno familiar, contribuyendo a garantizar la afectividad de la protección de la propia mujer.

b.- Y otro de carácter material, es decir, que se trate de alguna de las siguientes infracciones penales:

- Delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual. Cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, delitos contra los derechos y deberes familiares. También, delitos leves del

Título I del Código Penal: donde los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán competencia para enjuiciar los “delitos leves contra las personas”, que serán las injurias y vejaciones injustas leves tipificadas en el artículo 620.2 del Código Penal, siempre que no puedan ser calificadas como delito en virtud de los artículos 153 y 173.2 del Código Penal. Por último, los delitos leves del Título II de Código Penal, con Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencia para enjuiciar las “delitos leves contra el patrimonio”.

En relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares y de los delitos leves contenidos en los títulos I y II del Libro III del Código Penal, se discute en la práctica si tales ilícitos penales siempre sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o si por el contrario, dada la remisión que en los apartados b) y d) del artículo 87 ter 1 Ley Orgánica del Poder Judicial se hace al apartado a) del citado artículo, sólo entraría a conocer el Juzgado especializado cuando también se hubiera producido un acto de violencia de género.

Una primera corriente entiende que en los apartados b) y d) el legislador no acude a la cláusula de salvaguarda del apartado a). La competencia para conocer de los delitos contra los derechos y deberes familiares y de los delitos leves descritos en el apartado d) del artículo, debe atribuirse al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, sin que sea necesario un acto de violencia de género cometido contra quien fuere o haya sido la esposa o conviviente.

Una segunda corriente parte de entender que la atribución de la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los apartados b) y d) de dicho precepto exige que al delito contra los derechos y deberes familiares o el delito leve de los Títulos I y II del Libro III le preceda o acompañe uno de los delitos descritos en el apartado a) o siempre que además haya tenido lugar un acto de violencia de género.

De este modo, aun cuando existen resoluciones judiciales que optan por la primera corriente, son más numerosas las resoluciones de la jurisprudencia menor que se inclinan por el segundo criterio interpretativo, al cual también se han añadido los Magistrados de las Secciones Especializadas de las Audiencias Provinciales

La Ley 1/2004 no deroga ni modifica el régimen legal de la orden de protección contenida en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que lo asume como instrumento para proteger a las víctimas de violencia de género.

La orden de protección puede ser utilizada en un ámbito doble.

- Para la protección de las víctimas de violencia doméstica (apartado 1 del artículo 544 ter). El órgano judicial competente será aquél que esté conociendo del asunto penal en cada momento (artículo 544 ter 11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Si se plantea durante la fase de instrucción, lo será el juez de Instrucción (artículo 544 ter 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y actuará el Juez de Instrucción en funciones de guardia cuando se trate de actuaciones de carácter urgente o inaplazable.

- Con la finalidad de proteger a las víctimas de violencia de género, enumeradas en la letra a del apartado 1 del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde define las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En este supuesto, el órgano judicial competente será aquél que está conociendo del asunto penal en cada momento (artículo 544 ter 11 Ley de enjuiciamiento Criminal). Si se plantea durante la fase de instrucción, lo será el Juez de Violencia sobre la Mujer (artículo 544 ter 1 ley de

Enjuiciamiento Criminal, artículo 62 y Disposición Adicional 12ª de la Ley 1/2004); y actuará el Juez de Instrucción en funciones de guardia cuando la solicitud se presente ante él fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Como quiera que la situación objetiva de riesgo está ligada a la concurrencia de razones de urgencia, el Juez de Instrucción en funciones de guardia deberá dictar resolución expresa que resuelva toda solicitud de Orden de Protección que le sea sometida fuera de las horas de audiencia, sin perjuicio de la ulterior remisión de lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer correspondiente.

Si no es posible la celebración de la comparecencia para la adopción de la Orden de Protección por no haberse podido localizar al imputado o por cualquier otra razón, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, quién asumirá la plena competencia sobre la solicitud; todo ello sin perjuicio de que el Juez de Guardia pueda adoptar, en su caso, aquellas medidas urgentes que resulten necesarias para la protección de la víctima.

1.3. Territorial

Territorial: Artículo 59 de la ley 1/2004:

“En el caso de que se trate de algunos de los delitos o delito leve cuya instrucción o conocimiento corresponda al juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente ley que pudiera adoptar el juez del lugar de comisión de los hechos.”

Otra importante novedad introducida en la Ley 1/2004 ha sido sustituir, en el ámbito de la violencia de género, el fuero tradicional del lugar de comisión del hecho delictivo por el del lugar del domicilio de la víctima.

No obstante, el legislador no precisa si hay que atender al domicilio de la víctima en el momento que ocurren los hechos punibles o al que tenga en el momento de la denuncia. Esta circunstancia genera cuestiones de competencia.

En principio, razones de índole práctica aconsejan inclinarse por este último, habida cuenta que en ocasiones las víctimas se ven obligadas a cambiar de domicilio a consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto, pero no podemos olvidar que en la Ley el domicilio de la víctima fija la competencia, por lo que habrá que estar al domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos. Otra interpretación podría dejar a la voluntad de la denunciante la elección del Juez territorialmente competente. Por esta misma razón los cambios de domicilio posteriores a la denuncia serán irrelevantes. La institución procesal de la *perpetuatio iurisdictionis*, aplicable en este punto al proceso penal, impone que la situación fáctica y jurídica, que sirvió de base para fijar la competencia de un órgano jurisdiccional, se estime determinante del fuero, sin perjuicio de que aquella situación varíe a lo largo del proceso y sin que pueda alterarse la competencia por un acto de voluntad de alguna de las partes.

En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª) de 3 de marzo de 2006 señala: “Esta decisión ha sido sometida a un pleno no jurisdiccional de esta Sala

(...) celebrada el día 31 de enero de 2006 y ha acordado que por domicilio de la víctima habrá de entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de Juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de los posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con el expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado.”

En los supuestos excepcionales de que no se pueda determinar el Juez territorialmente competente por no haberse podido concretar el domicilio de la víctima, se estará al lugar en que se encuentre residiendo y, en su defecto, a los fueros generales previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con carácter subsidiario.

El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para ...”la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente ley ...” A lo que se debe añadir la salvedad ya mencionada, derivada de la competencia del Juez de Guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma aunque no sea ninguno de los dos anteriores, conforme al artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no ha sido objeto de modificación.

Aunque el criterio de competencia territorial, domicilio de la víctima, traerá consecuencias positivas para la víctima, también puede ocasionar problemas de aplicación especialmente cuando hay cambio de domicilio.

En el último inciso del artículo 59 de la Ley 1/2004 refiere expresamente el hecho de que el Juez del lugar de la comisión de los hechos puede adoptar: Orden de Protección o medidas urgentes del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Debe interpretarse que será el Juez del lugar de comisión de los hechos que se determine por aplicación de las normas de competencia objetiva. Así, en principio sería el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de ese lugar, sin perjuicio de las actuaciones urgentes e inaplazables que corresponderán al Juzgado de Instrucción de funciones de guardia. Como quiera que las actuaciones a las que se refiere el último inciso del artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se considerarán urgentes, será el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar de la comisión del delito el que adopte tanto la orden de protección como las medidas urgentes del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de la ulterior remisión de lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer territorialmente competente.

Por otra parte, interpretando el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 13 y 797 bis 2.º de la misma Ley, cabe interpretar que, cuando el lugar de comisión de los hechos no coincida con el domicilio de la víctima, el detenido deberá ser presentado ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar de la detención, sin perjuicio de la ulterior remisión de lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer territorialmente competente.

Artículo 60 de la Ley 1/2004:

“La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y delitos leves conexos siempre que la

conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 de la presente ley.”

El artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que también determina una norma nueva en materia de conexidad incorporada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, excluye para considerar la conexidad los apartados 1º, 2º y 5º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarando sólo aplicables los casos de conexidad para atribuir la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de los apartados 3º y 4º del mismo precepto: cuando se comete un delito como medio para cometer otro o facilitar su ejecución, o cuando se comete el delito procurar la impunidad del cometido anteriormente.

Cuando hay denuncias cruzadas, es decir, cuando el cónyuge o persona ligada a la mujer por análoga relación de afectividad, con convivencia o sin ella, interpone una denuncia contra esa mujer y luego ella interpone otra contra el mismo hombre por los mismos hechos; o, en sentido inverso, primero interpone denuncia la mujer y posteriormente el varón.

En estos supuestos no resultan aplicables las normas de conexidad de los apartados 3º y 4º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, sí es posible interpretar que, en los casos en los que exista unidad de acto en los hechos denunciados por el varón y por la mujer, estos hechos deben ser instruidos dentro de un mismo proceso penal cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer por concurrir los requisitos del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En relación con el delito de quebrantamiento de medida cautelar o de seguridad previsto en el artículo 468.2 del Código Penal, este delito no se encuentra dentro del ámbito de competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del Artículo 87, anteriormente mencionado. No obstante, sí que será conocido por estos Juzgados en aquellos casos en los que se ha cometido junto con otro delito que sí esté recogido en el mismo ámbito, y todo ello por aplicación de la norma de conexidad del artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Aspectos procesales en relación con la Ley de Violencia de Género.

Los procedimientos más habituales en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lo constituyen: JUICIO RÁPIDO (Diligencias Urgentes) y DIP (Diligencias Previas).

La aplicación del procedimiento de los **Juicios Rápidos** viene determinada en el artículo 795 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, que concreta las condiciones fácticas y procesales que deben reunirse en relación con unos hechos de apariencia delictiva. Las condiciones acumulativas que deben concurrir para seguir el trámite procesal rápido en el ámbito de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son el límite penológico descrito en el mentado artículo –delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía-, la presentación de un atestado policial con denunciado identificado (detenido para su puesta a disposición del Juzgado o haya podido ser citado para su comparecencia ante el Juzgado) y se trate de

Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

Las Diligencias Urgentes, en el supuesto de que la competencia corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 797 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El mencionado precepto contempla asimismo el siguiente tenor literal:

“La Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el día hábil más próximo, entre aquellos que se fijen reglamentariamente.

Sin embargo, el detenido habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

Para realizar las citaciones, antes mentadas, la Policía Judicial determinará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, conforme a lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación.”

Tras la práctica de las diligencias de prueba que se estimen necesarias conforme a lo previsto en el artículo 797 y en el citado anteriormente artículo 797 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se celebrará la audiencia de las partes personadas y del Ministerio Fiscal prevista en el artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la resolución a adoptar. Las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal podrán solicitar medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil, sin perjuicio de que se hayan podido adoptar anteriormente.

El Juez dictará resolución con algunos de estos contenidos:

1.- Sobreseimiento libre o sobreseimiento provisional.

El sobreseimiento o archivo constituye la resolución judicial por la que, una vez el Juez ha practicado las diligencias probatorias que, a su juicio, son necesarias, se acuerda la terminación del proceso (sobreseimiento libre o provisional) si no concurren los presupuestos establecidos por la ley.

El sobreseimiento libre procederá de conformidad con el artículo 637 de Ley de Enjuiciamiento Criminal en los siguientes supuestos: Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los imputados.

El sobreseimiento procederá de conformidad con el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los siguientes supuestos: Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. Y

cuando resulte de la causa haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona.

El sobreseimiento libre impide la reapertura del procedimiento y una total convicción del juzgador en la concurrencia de las causas de exclusión de responsabilidad criminal. No es utilizado muy frecuentemente. Por el contrario, el sobreseimiento provisional permite reabrir el procedimiento penal cuando aparezcan nuevos indicios que determinen la existencia de hechos constitutivos de infracción penal o la imputación de estos hechos a una persona determinada.

El archivo de la causa puede llevarse a cabo ante la simple lectura de la denuncia o tras la práctica de una serie de diligencias. Ej. Declaración de la denunciante, denunciado, testigos...

Estas resoluciones de sobreseimiento libre o provisional han de estar motivadas, esto es, han de contener un razonamiento individual sobre cuáles son las razones y los preceptos legales aplicables que determinan dicho sobreseimiento.

En la práctica del día a día en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se observa que, una circunstancia que suele concurrir en aquellos procedimientos que terminan sobreseídos, es la postura adoptada por la víctima acogiéndose a la dispensa prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y en su caso retirando la denuncia si lo hubiera formalizado), no deseando ser reconocida por el médico forense y no mostrándose parte. Si bien esta postura de la víctima no es determinante para el archivo, lo cierto es que, si no existen otros elementos probatorios (así testigos...), la conclusión deviene en no quedar suficientemente justificada la perpetración de infracción criminal procediendo al sobreseimiento provisional.

Únicamente tratándose de delito leve de injurias prevista en el artículo 620.2 último párrafo del Código Penal, la retirada de la denuncia por la perjudicada conlleva necesariamente el archivo definitivo de la causa, pues el mentado precepto exige la denuncia de la víctima como requisito de perseguibilidad del delito leve.

- 2.- Reputar delito leve el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias. En este caso se procederá al registro e incoación del correspondiente Juicio de Delito Leve Inmediato, celebrándose la vista seguidamente o en el día hábil más próximo posible conforme a los artículos 962 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 3.- Continuar el procedimiento como diligencias previas del procedimiento abreviado. Esta resolución obedece a la consideración de la insuficiencia de las diligencias practicadas. El Juez deberá señalar motivadamente las diligencias a practicar durante la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible.
- 4.- Continuar el procedimiento por el trámite de diligencias urgentes. En este caso puede suceder que exista acuerdo entre las partes, en cuyo caso terminará el procedimiento con sentencia de conformidad (artículo 87 ter 1 e de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por el contrario, que no exista acuerdo entre las partes, en cuyo caso se remitirá la causa al Juzgado de lo Penal señalando vista oral.

El artículo 798.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de adopción de medidas cautelares frente al imputado y, en su caso, frente al responsable civil.

El ámbito de aplicación de las **Diligencias Previas** se regula en los artículos 774 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En estos procedimientos no existe ninguna especialidad propia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en cuanto a su tramitación, diferente a los Juzgados de Instrucción.

Un elemento común a los procedimientos de Diligencias Urgentes o Diligencias Previas y que constituye una nota característica en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, es la posible adopción de la Orden de Protección (artículos. 62 Ley 1/2004 y 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Para adoptar una orden de protección son necesarios dos presupuestos: La existencia de indicios suficientes que apunten sobre un delito o delito leve contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad y seguridad de alguna de las personas citadas en el artículo 173.2 Código Penal cometido por el imputado en cualquier de sus grados de participación. Y además, que la víctima se encuentre en una situación de riesgo que genere un peligro para la víctima en la demora de esta decisión.

3. La prueba forense en la violencia doméstica y/o de género

La entrada en vigor de la Ley 1/2004 constituye la culminación de la reacción institucional ante este fenómeno, junto con la puesta en marcha de los Juzgados especializados. Este fenómeno violento requiere, además, una repuesta institucional, completa integral y decidida. La erradicación sólo es posible articulando un conjunto de medidas diversas que comprendan desde la represión del hecho delictivo al ofrecimiento de un ámbito de segura protección a las víctimas.

La Ley Orgánica 1/2004, en su disposición adicional segunda establece que El Gobierno y las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género.

La labor del médico forense en estos casos es necesaria y complementaria a la realizada por otros profesionales cuales son Psicólogos, Trabajadores Sociales, Oficinas de atención a las Víctimas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para conseguir la valoración integral y multidisciplinar que se persigue. Esta interrelación da como fruto la elaboración de un informe pericial de calidad adaptado a la solicitud realizada en el procedimiento penal correspondiente.

Sin embargo, es importante en este tipo de actuaciones periciales, la gran complejidad y variabilidad que, con frecuencia, supone e implica la valoración directa de la víctima y/o presunto agresor y el establecimiento de una aproximación a la valoración del riesgo de nuevas *agresiones*.

Fundamental es tener en cuenta que, en general, una actuación de este tipo suele ser para una mujer víctima de violencia el punto de partida o el punto sin retorno de una situación anterior y de un cambio hacia un futuro a priori incierto. No se trata, como regla

general, de un momento aislado y circunscrito en el tiempo, sino que habitualmente existen lazos de todo tipo: económicos, afectivos...que hacen más complejo afrontar el problema y valorar las decisiones personales a tomar de cara al futuro.

Lo cierto es que existe una compleja realidad humana y personal que envuelve a la mujer y, en muchos casos, limita y entorpece las actuaciones de los profesionales que intervienen en la valoración y resolución de este tipo de asuntos.

La respuesta forense deberá estar adaptada a la solicitud realizada por el Juez o Magistrado, que entiende del caso, o por el Ministerio Fiscal actuante en el mismo, requiriendo de orden expresa emitida en la forma que dichos operadores jurídicos consideren más adecuada para el procedimiento abierto y sus circunstancias.

La valoración forense, unida al resto de los profesionales implicados en la valoración integral de este tipo de delitos, debe aportar la mayor y mejor información técnica médica posible en relación con el caso concreto, dejando a los operadores jurídicos la toma de decisiones que consideren oportunas.

De todo ello, la actuación pericial médico-forense se adaptará a lo solicitado, de forma genérica (lesiones graves, agresiones sexuales...) o concreta (valoración de lesiones físicas), dependiendo de cada una de las situaciones.

La respuesta forense siempre tiene lugar con la existencia de un médico forense de guardia disponible para realizar una actuación pericial de carácter urgente (agresiones sexuales, lesiones graves con ingreso hospitalario...), quién actuará coordinadamente con el personal sanitario asistencial del centro sanitario al que deba desplazarse para realizar una valoración inicial del asunto, teniendo en cuenta lesiones físicas, psicológicas, estado anterior, toma y recogida de muestras en condiciones idóneas asegurando la cadena de custodia e informando al Juez de Guardia de las incidencias más relevantes del caso para favorecer subsidiariamente la actuación coordinada de la Policía Judicial.

También es posible la disponibilidad de presencia física en sedes judiciales a fin de realizar valoraciones de forma inmediata o una asistencia diferida, en función de las especialidades del caso, de forma programada en las Clínicas Médico Forenses, sobre todo para valorar lesiones graves, valoraciones psiquiátricas o evaluación de secuelas físicas y/o psíquicas, aspectos relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas, tratamientos o medidas específicas de índole médico.

En este extremo el médico forense elaborará una valoración de las lesiones físicas y una valoración básica para tratar de detectar o excluir cuestiones menos aparentes como despistajes de patología mental previa o concomitante y aproximación a evaluar los posibles factores de riesgo presentes en cada caso.

De esta valoración forense podrá derivarse un informe final o actuaciones médico-forenses sucesivas de tipo generalistas o con derivación a expertos de áreas concretas, traumatología y/o psiquiatría, para valoración, confirmación y/o exclusión de aspectos que en un principio son más llamativos, graves o evidentes desde el punto de vista médico pericial.

Podrá resolverse y elaborar tras sesión clínica o bien de forma directa por parte del médico forense generalista o del experto que se ocupa del asunto una recomendación para derivar a otros servicios asistenciales o periciales, en el caso que se considere

conveniente, examinada toda la información recogida del caso y que se hará siguiendo los protocolos determinados al efecto.

De esta forma, cuando lo solicitado sea una valoración de lesiones psicológicas, será el psicólogo el encargado de realizar dicha valoración, todo ello sin perjuicio de que posteriormente se solicite una valoración médico forense psiquiátrica. Del mismo modo, si interesa una valoración de aspectos específicos sociales será el trabajador social el encargado de elaborar dicha valoración, y sin perjuicio de que de forma multidisciplinar profesionales de distintos ámbitos colaboren y elaboren valoraciones más concretas de aspectos como valoración del riesgo potencial de nuevas agresiones, evaluación del clima violento, asesoría sobre medidas u otro tipo de aspectos susceptible de valoración multidisciplinar.

En relación con lo anteriormente expuesto, en febrero del año 2009, por Resolución de la Directora de la Dirección de Relaciones de la Administración de Justicia, se adscriben las funciones de las Unidades de Valoración Forense Integral a los Servicios de Clínica del Instituto Vasco de Medicina Legal dependiente del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social.

Las Unidades de Valoración Forense Integral están formadas por equipos multidisciplinarios, integrados por médicos forenses expertos en psiquiatría, trabajadores sociales y psicólogos, uno por cada territorio histórico; que podrán comenzar el procedimiento a través del forense de guardia, de los juzgados o fiscalía.

Su objetivo es la elaboración de un informe pericial de alta calidad que pueda responder a la petición del Juzgado y que facilite la máxima información, debiendo ser conjunto y coordinado de todo el equipo.

4. La Dispensa

4.1. Extensión de la dispensa a las parejas de hecho

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, “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 cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de efectividad, aun sin convivencia” (artículo 1).

El objeto de esta norma es dar respuesta a la violencia que ejercen determinados hombres respecto a las mujeres, en la relación sentimental de la pareja o ex pareja. Así el plus de protección a favor de la mujer que se introduce en la Ley Orgánica 1/2004, no se basa sólo en el hecho de ser el sujeto pasivo la mujer, sino por el hecho de que los atentados que sufre tienen lugar en el ámbito de esta relación. Entre las competencias que asume los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer se haya incluido la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos cometidos sobre los hijos/as de la víctima, en cuanto los mismos guardan conexión con la situación de la madre. En muchas ocasiones los hijos se usan como instrumento de violencia contra la mujer, sin perjuicio del maltrato

psicológico que, en todo caso, sufren, por ser testigos directos de actos violentos en el seno familiar.

La violencia de género a la que se refiere esta Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluso las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad.

La de género es una violencia especial y diferente, que sume a la mujer que la sufre en una situación de pérdida marcada de su autonomía personal, cuyos rasgos intrínsecos pueden resumirse en -una violencia ejercida por alguien conocido, cercano y, en algún momento, querido; -que se despliega muchas veces en el propio domicilio de la víctima; -una violencia instrumental para controlar a la mujer, que realmente busca someter a la misma, más que causarle daño; -y que responde generalmente a un ciclo, que comienza con una fase de acumulación de tensiones, culmina explosivamente con actos de maltrato o agresión, y es seguida de otra fase de reconciliación, tras la cual se iniciará un nuevo ciclo de violencia.

Resulta de interés en este ámbito la declaración de la presunta víctima, dada cuenta que un alto porcentaje de los casos se producen en el más estricto ámbito de la intimidad de manera que, con frecuencia, va a existir un déficit probatorio, más allá de las versiones sustentadas por denunciante y denunciado.

En la práctica diaria de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer es muy frecuente que la mujer no comparezca a ratificar su denuncia o a prestar declaración como perjudicada. Además, un elevado número de mujeres a los pocos días de haber denunciado retira la denuncia o se acogen a su derecho a no declarar en contra de su marido o compañero.

No resulta fácil ofrecer una explicación de este fenómeno, posiblemente muy superior en el supuesto de la violencia de género, por encima del resto de los delitos. Los sentimientos afectivos en muchas ocasiones coexisten con la violencia aunque generalmente es un tipo de afectividad adictiva, dependiente, posesiva y basada en la inseguridad.

Es necesario analizar con detenimiento los presupuestos para que dicha declaración pueda fundar una Sentencia condenatoria, así como toda la problemática derivada de la retirada de la denuncia y de la exención de la obligación de declarar en contra de su pareja que establece el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 416.1 señala “que están dispensados de la obligación de declarar: los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos, consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261.

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

Dicha facultad se reitera, para el momento del juicio oral, en el art. 707 del mismo texto legal:

“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las

personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”. Por último, el contenido de dichos preceptos tiene acomodo constitucional en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna que dispone in fine: “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.”

El problema en la interpretación no está sólo en el alcance procesal de la dispensa, que es al que hacen referencia fundamentalmente las Sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial, sino también en el alcance subjetivo de la exención. Es decir, si ésta se aplica o no, además de los cónyuges, a las parejas unidas o que estuvieren unidas por análoga relación de afectividad a la del matrimonio, aún sin convivencia.

En este sentido, podemos encontrar varias posturas:

- 1.- Sentencias que reconocen la extensión restrictiva, exigiendo convivencia en todo caso (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2003).
- 2.- Sentencias que entienden que estas parejas no pueden tener un trato discriminatorio respecto de los matrimonios, teniendo en cuenta la realidad social (artículo 3 del Código Civil y artículo 14 de la Constitución). Este criterio es el actualmente más extendido en la práctica judicial (Sentencia del Tribunal Supremo 134/2007 de 22 de febrero).

En esta sentencia 134/2007 los hechos se refieren a diversas agresiones y violencias efectuadas por el condenado sobre la persona con la que convivía desde diciembre 2004. Los hechos por los que fue condenado ocurrieron el 19 de marzo de 2005, 13 de abril de 2005 y durante todo el tiempo en que estuvieron conviviendo.

Si bien no consta en el factum, en la argumentación de la sentencia, fundamento jurídico primero, se afirma que la relación de convivencia continúa, considerándose la víctima como pareja de hecho aunque físicamente esta convivencia no se pudiera materializar por la situación de prisión, por esta causa, en la que se encontraba el recurrente desde el pasado 26 de abril de 2005. A pesar de ello, en el último trimestre del 2005 mantuvo vis a vis con el recurrente. A mayor abundamiento, en su declaración en el Plenario, que tuvo lugar el 20 de abril de 2006, se acogió al derecho de no declarar de conformidad con el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello fue admitido por el Tribunal sentenciador en una interpretación que asimilaba la relación de convivencia declarada por la víctima con el recurrente a la relación conyugal, que se cita en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la consecuencia de aceptarle la DISPENSA de declarar en el Plenario. Esta cuestión y decisión del Tribunal, que fue cuestionada y protestada por el Ministerio Fiscal, no fue motivo de recurso. El Tribunal equiparó la relación conyugal a la de convivencia de hecho declarada y proclamada por la víctima en el plenario, a pesar de que por la situación de prisión no pudiera ser completa.

La Ley proporciona una solución normativa al equiparar cónyuge con persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, pero sigue dejando una puerta abierta a la convivencia. El criterio de la necesidad de convivencia al cónyuge o pareja de hecho para la aplicación de la figura de la dispensa, puede encontrar un sustento más, amén de la jurisprudencia reseñada, en el hecho fácilmente deducible, que toda convivencia conlleva un vínculo de afectividad y relación, si se quiere, más estrecho, vínculo éste que plantea a la víctima mayor disyuntiva de cómo actuar (declaro o no declaro).

Son diversas las resoluciones judiciales que abordan este tema:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 18 de marzo de 2009, nº 205/2009: “Esta Sala ha venido manteniendo que tal dispensa alcanza, del propio modo, a las personas unidas al acusado por análoga relación de afectividad a la conyugal, equiparando así la relación conyugal a la de convivencia declarada por la víctima, lo que ha sido, además, admitido de modo expreso en la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia 134/07, de 22 de febrero”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 19 de febrero de 2009, nº 117/2009: “Esta Sala, especializada en violencia de género, tiene declarado en multitud de resoluciones que en efecto la situación de análoga relación de afectividad ha de equipararse a la del matrimonio a efectos del artículo 416 de la LEcrim y ello por las siguientes razones:

- a) Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 22 de febrero de 2007.
- b) El propio Código Penal equipara los efectos de las uniones sentimentales estables con las del matrimonio en distintos supuestos, como en el art. 23 del C. Penal en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco, el art. 173 del C. Penal relativo a la violencia familiar y especialmente el citado art. 454 CP., que respecto al encubrimiento de parientes, establece que están exentos de las penas impuestas a los encubridores "los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad...." Precepto este último claramente indicativo de la equiparación, por cuanto resultaría ilógico que, por una parte la ley prevea dicha excusa absoluta y por otra se impusiera a quien estuviera ligado por análoga relación a la matrimonial al acusado en la situación de efectuar declaraciones que pudieran incriminar a su pareja.
- c) Por el hecho de que el propio Tribunal Supremo en otros supuestos en los que el Código Penal no recoge expresamente la equiparación anterior, la ha establecido, como es el de la excusa absoluta respecto a los delitos patrimoniales previstos en el art. 268 del C. Penal acordando en el Pleno no Jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 que a los efectos del art. 268 del C. Penal EDL1995/16398 las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial. d).- Por estimar que la denegación de dicha equiparación sería efectuar una interpretación contraria a la realidad de la sociedad actual, que en ningún caso ampararía las reglas generales de la interpretación de las normas jurídicas, conforme al art. 2 del Código Civil, creando situaciones discriminatorias, en las que a supuestos de facto prácticamente iguales en su fundamentación se les aplicaría una normativa diferente."

La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que, en definitiva, el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal que se refiere, junto a la relación conyugal, a la de que la persona *esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*.

Este es precisamente el criterio tenido en cuenta en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer y en la reforma de la Ley publicada en el Boletín Oficial del Estado, de fecha 4 de Noviembre de 2009 y en vigor desde el día 5 de Noviembre de 2009, donde el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado como sigue:

Están dispensados de la obligación de declarar:

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

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

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

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

3.- Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.”

4.2. Fundamento y fin

La excepción o DISPENSA de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la DISPENSA de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.

Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede valorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, o el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en su ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido.

Diferentes fallos judiciales estudian esta cuestión:

Así, la Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2009, nº 292/2009: “La exención suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio. Tal fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento. Así resulta del artículo 454 del Código Penal.

La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución”.

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009: “En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 31 de marzo de 2009, nº 13/2009: “ La razón de ser de dicho precepto no es el de proteger al imputado dentro del proceso, como viene a invocar la defensa, sino la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales y familiares del testigo, en la consideración de que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen que pudiera incriminarle, o verse en la situación de poder mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio.

Estamos en definitiva ante un derecho personal del testigo en el proceso, y respecto de la obligación general que le exime de la obligación general que tienen todos los que residan en el territorio español de declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, y de decir verdad, conforme a lo establecido en los artículos 410 y 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que no puede interpretarse, como una especie de

"derecho de disposición" sobre el proceso penal del que el testigo pariente ha sido víctima, oponiéndose a la práctica de cuantas diligencias de investigación y medios de prueba resulten lícitas y se practiquen conforme a los preceptos legales aplicables a cada caso, para el esclarecimiento de los hechos delictivos y la determinación de las personas que resulten responsables de los mismos. De lo contrario se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos o semipúblicos. Tal es la orientación que deriva de la reciente STS 58/08, de 25 de enero, cuando afirma que "no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho Penal", y que "lo que no es posible es la disponibilidad del derecho penal a la conveniencia de la víctima para cada caso".

Muchos son los debates doctrinales y jurisprudenciales en torno al **derecho a la dispensa a no declarar** con gran repercusión en el ámbito de la Violencia de Género. En relación con el particular, resulta relevante lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo 160/2010, de 5 de marzo, cuya doctrina jurisprudencial queda definitivamente fijada en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2.013, que declara:

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

- 1) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- 2) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.

Pueden acogerse a la dispensa todas las personas que comparecen en calidad de testigos que mantengan los vínculos familiares referidos en dicho artículo. Debe incluirse entre las personas que pueden acogerse a la dispensa: a) Cónyuges cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos, pese a que exista separación legal o de hecho; b) Parejas de hecho cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos; c) Novios; d) Personas con dichos vínculos que ostentan doble condición de investigados y perjudicados.

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

Con posterioridad, la jurisprudencia refuerza el alcance de las excepciones a dicha dispensa con la Sentencia del Tribunal Supremo 449/2015, de 14 de julio, por la que se amplía el alcance de dicha excepción, declarando que tampoco da lugar la dispensa en el caso de que la perjudicada hubiese ejercido la acusación particular en cualquier momento del procedimiento, aunque ya no lo estuviera ejercitando en el momento que pretende acogerse a la mentada dispensa. La justificación se basa en que, de no interpretarse de esta forma, se estaría dejando a la perjudicada que a voluntad decida su estatus en base a criterios de oportunidad, que no deben ser admisibles en esta materia. En este mismo sentido, la Sentencia de 28 de marzo de 2017, núm. 209/2017, en su fundamento jurídico quinto, ratifica el criterio expresado en la anterior, afirmando que la pérdida de la dispensa queda perpetuada a partir de la personación como parte acusadora, aunque luego la víctima se retire de la acusación en el proceso.

Poco después, la Sala Segunda adopta el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 23 de enero de 2018, que, respecto al alcance temporal de la dispensa del artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concluye, en el segundo punto de su contenido, lo siguiente:

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

Conforme a esta doctrina, la víctima de violencia de género puede acogerse a la dispensa de no declarar a lo largo de todo el procedimiento, independientemente de que se hubiese personado en la causa como acusación particular. De este modo, la dispensa de la obligación de declarar, en violencia de género, puede nacer, desaparecer y volver a aparecer a lo largo del proceso penal.

Por último, otro cambio, que viene a significar una modificación en la doctrina establecida por la jurisprudencia, se produce por el Tribunal Supremo, el 10 de julio de 2010, en Sentencia 389/2010. En la mentada sentencia se indica que las víctimas, una vez constituidas en acusación particular, no recuperan el derecho a la dispensa de declarar contra su pareja o determinados familiares -artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- si renuncian a ejercer dicha posición procesal. La Sala modifica así, de nuevo, el criterio que mantenía hasta ahora al considerar que de este modo se protege a las víctimas de violencia de género frente a posibles coacciones de su agresor para que no declaren contra él, después de haberle denunciado.

5. Conclusiones

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, incluye los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con el fin de concentrar las denuncias que se formulen por hechos derivados de violencia de género, es decir, hechos delictivos cometidos por un hombre sobre su pareja sea matrimonial o de hecho, así como con una mujer con la que tenga una relación semejante y estable aun sin convivencia.

Estos Juzgados, el día 29 de Junio de 2005, entran en funcionamiento, siendo ubicados en cada Partido judicial, estableciendo varias modalidades, bien uno -que será la regla general- o varios, en atención al número de procedimientos que se tramiten.

La Ley establece en los mismos varias modalidades:

- **Exclusivos:** Los fijados por el Real Decreto 233/2005, de 3 de marzo y los que se vayan creando en virtud de Real Decreto. - Solo conocen de los asuntos de violencia de género. Se pueden crear ex novo o transformar algún Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción en Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- **Compatibles:** son órganos judiciales que asumen el conocimiento de todos los asuntos en materias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

dentro del partido judicial, pero que también conocen de otros asuntos penales (si son Juzgados de Instrucción) o penales y civiles (si son Juzgados de Primera Instancia e Instrucción); el número de asuntos que no sean de Violencia sobre la Mujer se determinará en función de la carga de trabajo.

- Partidos judiciales con Juzgado único, quienes asumirán el conocimiento de todos los asuntos en materias propias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dentro del partido judicial, junto con el resto de materias.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen competencia penal respecto a hechos constitutivos de delitos de violencia de género y la falta de injurias, constituyendo sus procedimientos más habituales el Juicio Rápido y las Diligencias Previas, sin perjuicio de los Delitos Leves.

Muy importante la labor realizada en esta materia por profesionales como Psicólogos, Trabajadores Sociales, Oficinas de atención a las Víctimas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como el médico forense, en aras a conseguir una valoración integral y multidisciplinar. Esta interrelación da como fruto la elaboración de un informe pericial de calidad adaptado a la solicitud realizada en el procedimiento penal correspondiente.

No obstante, este tipo de actuaciones periciales son de gran complejidad y variabilidad y, con frecuencia, suponen e implican la valoración directa de la víctima y/o presunto agresor y el establecimiento de una aproximación a la valoración del riesgo de nuevas *agresiones*. Existe una compleja realidad humana y personal que envuelve a la mujer y, en muchos casos, limita y entorpece las actuaciones de los profesionales que intervienen en la valoración y resolución de este tipo de asuntos.

En el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se establece quienes son las personas que están dispensadas de la obligación de declarar entre las que comprende al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, incluyendo, por tanto, a las víctimas de violencia de género.

En el ámbito de la violencia de género, es de especial importancia la dispensa al deber de declarar, en tanto son delitos que se cometen en la esfera de las relaciones familiares, normalmente en la intimidad, en los que habitualmente se carece de testigos u otras pruebas directas acreditativas de la comisión del hecho delictivo, salvo la declaración de las partes, por lo que resulta de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos, instrucción, enjuiciamiento y resolución de la causa, la declaración de la víctima.

Se ha destacado el alcance constitucional de la referida dispensa, pues se referencia la misma en el propio art. 24 de la Constitución Española, apartado segundo, in fine, que establece: "La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Y en este sentido, aparece desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 1.882, redacción que se mantuvo sin cambios hasta la publicación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que amplía la dispensa a las personas unidas por análoga relación de afectividad.

II. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. Cuadernos Penales de José María Lidón 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.
- AA. VV., Algunas Cuestiones Prácticas y Teóricas de la Ley Orgánica 1/2004. Cuadernos de Derecho Judicial IX-2007, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008.
- AA. VV., Aspectos Procesales y Sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004. Cuadernos de Derecho Judicial I-2007, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- AA. VV., Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- AA.VV., Respuesta Penal a la Violencia Familiar, Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999.
- AA. VV., La prueba en el proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación continuada, nº 12, 2000.
- ALARIO, T., y GARCÍA COLMENARES, C. (coords.), Persona, género y educación, Ediciones Amarú, Salamanca, 1997.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS y SEMINARIO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ, Sistema sexo-género, Unidad didáctica, Catarata, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO, E., Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- BARRAGÁN, F., DE LA CRUZ, J.M., DOBLAS, J.J. y PADRÓN, M.M., Violencia de Género y Currículum. Un programa para la mejora de las relaciones interpersonales y la resolución de conflictos, Aljibe, Málaga, 2001.
- BECCARIA, C., De los delitos y de las penas, Alianza Editorial, Salamanca, 2002.
- DELGADO MARTÍN, J., Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Comentarios, jurisprudencia, instrumentos internacionales, esquemas explicativos, normativa complementaria, recursos web, bibliografía, Colex, Madrid, 2007.
- GARCÍA CALVO, M., El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho fundamental a vivir sin violencia de género". Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 48, 2014, págs. 31-48.
- MARTÍN VALVERDE, A., "La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género: análisis jurídico e ideológico". Revista Relaciones Laborales, nº 22, 2006, págs.531-564.
- OLIVER, E. y VALLS, R., Violencia de género. Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla, El Roure Editorial, Barcelona, 2004.
- OSBORNE, R., Apuntes sobre la violencia de género, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2009.

- PULEO, A. H., El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.
- ROMERO BURILLO, A.M (dir.), La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, Aranzadi, Navarra, 2016, págs.165-191.
- TORRES, L., y ANTÓN, E., Lo que Vd. Debe saber sobre: violencia de género, Obra Social de Caja España, León, 2006.

III. RECURSOS EN INTERNET

ACCIÓN EN RED, Por los Buenos Tratos:

www.porlosbuenostratos.org • <http://www.porlosbuenostratos.org/inicio/>
Sitio Web de la ONG Acciónenred dedicada al Programa “Por los buenos tratos”, que presenta esta iniciativa, sus actividades, con aportes de diversos materiales y documentos.

AMNISTÍA INTERNACIONAL-ESPAÑA, Mujeres:

www.es.amnesty.org • <http://www.es.amnesty.org/temas/mujeres/>
El área temática dedicada a las Mujeres de esta ONG internacional dirigida a la defensa de los derechos humanos acoge un amplio despliegue en torno a la violencia de género: definición, cifras y datos que revelan su magnitud, espacios y responsables de estas violencias, así como campañas y noticias. Se incluye un espacio multimedia.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Observatorio contra la violencia doméstica y de Género:

www.poderjudicial.es
<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>
Incluye estadísticas judiciales, en series trimestrales y anuales, con datos de denuncias y procedimientos penales y civiles registrados y órdenes de protección solicitados en los Juzgados de violencia sobre la Mujer; guías y protocolos de actuación, normas, legislación y jurisprudencia; informes y memorias de la Comisión de Igualdad del CGPJ y otros documentos relevantes.

FUNDACIÓN MUJERES, Observatorio de la violencia de género y Banco de Buenas Prácticas para la prevención de la violencia de género:

<http://www.observatorioviolencia.org/> •
<http://www.observatorioviolencia.org/bbpp.php> Portal sobre Violencia de Género que ofrece materiales informativos, documentales y de sensibilización: seguimiento y compilación de noticias; artículos de opinión; indicadores, informes y estadísticas de fuentes gubernamentales y organismos expertos. Destaca un banner de entrada al sitio Web: Banco de buenas Prácticas para la prevención de la Violencia de Género, que integra diversos materiales para la prevención, de sensibilización, formación e investigación (campañas, materiales educativos, materiales de talleres de prevención dirigidos a colectivos diferentes...) y desde la intervención o prestación de servicios (guías de recursos, protocolos, legislación...), de procedencia autonómica, estatal e internacional.

MINISTERIO DE IGUALDAD, Violencia de Género:

www.migualdad.es

http://www.migualdad.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1193047246325&language=cas_ES&pagina me=MinisterioIgualdad%2FPage%2FMIGU_Subhome

Sección del Portal del Ministerio de Igualdad desde donde se accede a la temática de la violencia de género en conjunto. Ofrece la información sobre el Teléfono gratuito 016; la entrada al Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer; derechos y recursos; normativas y planes; materiales de sensibilización y campañas; publicaciones, informes y documentos; información estadística; y la recién creada Web de Recursos de apoyo y prevención ante casos de violencia de género.

SIN GÉNERO DE DUDAS SGD:

<http://singenerodedudas.com/>

Es una comunidad virtual de interés para la creación, el intercambio y la difusión del conocimiento con enfoque de género. La página contiene bibliografía, archivos y enlaces con otras páginas.

UNIFEM, Centro Virtual de conocimiento para poner fin a la violencia contra las mujeres y las niñas (ONU):

www.endvawnow.org • <http://www.endvawnow.org/?languages=ESP>

La ONU ha creado en 2010, a través de UNIFEM, un sitio virtual global sobre estrategias para programar proyectos y políticas con el fin de prevenir y eliminar la violencia de género. Recopila prácticas recomendadas obtenidas de iniciativas de todo el mundo. Incluye información y materiales sobre campañas de sensibilización, principales problemas y formas de violencia, organizaciones expertas, marcos legislativos, estrategias de prevención, etc.