

REVISTA DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

MAYO 2017. N° 3

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: MARÍA AUXILIADORA DÍAZ VELÁZQUEZ



AJFV

A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA

Visítanos en   www.ajfv.es

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

1.- ALEVOSÍA DOMÉSTICA

María Auxiliadora Díaz Velázquez

**Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de
Las Palmas**

2.- LA VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

Juan José Navas Blánquez

**Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de
Marbella**



-1-

ALEVOSÍA DOMÉSTICA

MARÍA AUXILIADORA DÍAZ VELÁZQUEZ

Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Las Palmas

VOCES: Igualdad formal. Igualdad plena. Igualdad real. Juzgar con perspectiva de género. Alevosía convivencial. Alevosía familiar. Pérdida de confianza. Ciclo de violencia.

Nuestra Constitución prohíbe en su artículo 14 toda clase de discriminación por razón de raza, sexo o religión, al tiempo que reconoce el derecho a la igualdad entre hombre y mujer. Esto es lo que se conoce como igualdad formal. Pero todavía no hemos podido llegar a esa igualdad plena y real entre hombres y mujeres. Precisamente Naciones Unidas, en el año 2015, consideró en su informe The World Women Report, ¹que tardaremos doscientos años en alcanzar la igualdad real y efectiva. Esto es una buena noticia, ya que cinco años antes consideraba que la igualdad sería conquistada en quinientos años. Vivir en una sociedad libre de violencia y discriminación debe ser una de las prioridades de una sociedad democrática, por lo que debe exigirse a los órganos jurisdiccionales que introduzcan la perspectiva de género en sus resoluciones judiciales.

La Ley de protección Integral contra la Violencia de Género supuso la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la perspectiva de

¹ http://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/doscientos-anos-para-alca_b_8389304.html

género. Esto supone que el órgano jurisdiccional a la hora de dictar sus resoluciones, debe tener en cuenta los factores de desigualdad de quienes se enfrentan en un proceso judicial. Eso no supone dar la razón a la mujer solo por el hecho de serlo, sino juzgar reconociendo la existencia de estereotipos y prejuicios que puede generar una norma y determinar la solución, que mejor contribuya a reducir los obstáculos y deficiencias y, sobre todo, a visibilizar esta realidad social y remover los obstáculos que impidan una igualdad efectiva.

En definitiva, juzgar con perspectiva de género, permite transformar la aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto, dando una respuesta adecuada a esa realidad social, teniendo en cuenta esos roles y estereotipos sociales, lo que permitirá que la sociedad sea más consciente del problema y eliminar los prejuicios imperantes.

Precisamente, esta perspectiva de género puede desprenderse de varias resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, donde hacen referencia a una modalidad especial de alevosía denominada convivencial o familiar en el año 2009, para posteriormente denominarla a partir de 2012, alevosía doméstica.

La alevosía convivencial o familiar, en un primer momento, parece que sólo permite identificar como alevosos aquellos casos en que la víctima se encuentra en un entorno donde se desarrolla el día a día de una pareja y por lo tanto la víctima considera que, en dicho escenario, es imposible que pueda cometerse un crimen. En ese sentido, se expresa la STS 1284/2009 de 10 de diciembre.

Posteriormente, la STS 527 /2012, de 16 de junio, denomina tal situación como alevosía doméstica, la cual según dicha resolución se basa en la relación de confianza proveniente de la convivencia, que genera en la víctima una total despreocupación respecto a un eventual ataque

de su pareja. La indefensión se deriva de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque por parte de la persona con quien convive.

Con la admisión de este tipo de alevosía, el Tribunal está autorizando la alevosía basada en la ruptura de la confianza, entendiendo por confianza, la que deriva del estrecho vínculo personal entre víctima y acusado.

Un sector doctrinal, considera que no es apropiada dicha interpretación ya que tiene un carácter excesivamente restringido, pues solo considera alevosos aquellos casos en que la víctima tenga una relación de convivencia con el agresor. Su fundamento, se basa en la necesidad de concurrencia del requisito de la convivencia para poder apreciar esta agravante especial. Dicha tesis no la comparto, si bien en un momento inicial en el año 2009, se requería el requisito de la convivencia, como elemento determinante para poder apreciarla. Creo que posteriormente, con la entrada en vigor de la ley de protección integral, donde el requisito de la convivencia no es exigible, considero que puede apreciarse dicha agravante, cuando el acto en sí sea sorpresivo, de tal manera que la víctima considera imprevisible dicha conducta, por lo que no adopta ninguna medida de protección, basada precisamente en ese vínculo que tiene con su esposo o persona unida por análoga afectividad.

Otra de las razones que argumentan para su rechazo, es entender que la víctima que sufre violencia de género confie, a causa de la convivencia, en no ser objeto de un ataque. La convivencia, lejos de ser *«generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado»*².

²LUIS IVÁN MASIP DE LA ROSA, La Alevosía, su fundamento y análisis desde los fines de la pena. Tesis doctoral, Universidad complutense de Madrid, 2015.

En esos casos, considera su autor que las víctimas de la violencia de género, lejos de pensar que su pareja no les va a hacer nada, es todo lo contrario y temen que éstos a la menor ocasión les va a producir un daño.

La realidad forense es otra, las mujeres víctimas de la violencia de género minimizan los riesgos y consideran que nunca les va a pasar nada, por lo que en su mayoría no adoptan medidas de protección.

No es extraño, que una víctima de tentativa de asesinato u homicidio, nos diga en sede judicial, que nunca lo hubiese pensado, que era la primera vez que ocurrían esos actos.

Esta situación es debido a que al estar estas mujeres viviendo en ese clima de violencia, se saltan las alarmas y confían que cambiará y no creen que les pueda hacer daño, a pesar de haber, por ejemplo, intentado asfixiarlas o matarlas. Esto nos puede sorprender a nosotros como sociedad, pero debemos comprender que nuestra realidad no es la misma que las de mujeres víctimas de la violencia de género. Lo que para nosotros entraría dentro de la normalidad *“yo no permitiría que me hicieran esas cosas, yo saldría inmediatamente del domicilio, lo denunciaría sin pensar...”* ellas no lo perciben así, ya que están inmersas en el ciclo de la violencia y dependiendo del momento del ciclo en el que se encuentren, actuarán de una forma u otra.

Un ejemplo de juzgar con perspectiva de género, es la sentencia del Tribunal Supremo Sentencia Nº: 1.284/2009, de fecha de 10 de diciembre de 2009, cuyo Ponente es el Excelentísimo Sr. D. Manuel Marchena Gómez, que consideró aplicable la alevosía familiar o doméstica en un supuesto concreto. En dicha resolución se recoge *“En efecto, Martín golpeó a Rocío de una forma absolutamente inesperada, sorprendiendo así a la víctima que, hallándose en el dormitorio compartido por ambos, cayó sobre la cama. No faltan precedentes en esta Sala que han precisado que la situación de convivencia entre agresor y víctima es*

de por sí generadora de una total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (STS 86/1998, 15 de abril). Pero es que, a partir de ese momento, Martín –según refleja el factum- “...se colocó encima de ella, inmovilizándola y anulando sus posibilidades de defensa y tras ponerle las manos en el cuello apretádoselo a continuación con una almohada le tapó la boca y la nariz, ocasionándole la muerte por asfixia”. Es cierto que el acusado no utilizó ningún instrumento contundente, ni golpeó por la espalda. Probablemente porque el aseguramiento de la muerte de Rocío no requería otros medios que doblegaran su reacción defensiva. La víctima está en el dormitorio que compartía con su agresor. Su falta de prevención sobre la posibilidad de una agresión mortal es absoluta. De hecho, no existe constancia en la sentencia recurrida de ninguna agresión o maltrato previo que le hubiera hecho sentirse alarmada por la acalorada discusión que precedió a su muerte. Martín inmoviliza a Rocío, colocándose sobre ella, que yace sobre la cama. De la eficacia de esa inmovilización y de su seguridad como estrategia de ejecución, habla el hecho de que, según dictaminaron los médicos forenses y recoge la sentencia cuestionada –vid. FJ 3º-, esa forzada sujeción de Rocío duró un tiempo cercano a cinco minutos, sin que la víctima pudiera articular defensa alguna durante su prolongada agonía. El acusado, en fin, obró sobre seguro y pudo inmovilizar a su compañera durante el tiempo preciso para privarle de oxígeno.”.

En otras resoluciones no se apreció dicha alevosía doméstica, pero considero que en muchas ocasiones a pesar de no existir convivencia, la mujer se ve sorprendida por el ataque de su pareja o ex pareja y a pesar de ello, debería aplicarse dicha circunstancia agravante, porque el fundamento de dicha circunstancia, se basa en el hecho de que la mujer, precisamente porque el sujeto activo es quien es, es por lo que no ve probable la comisión del hecho delictivo hacia su persona. Circunstancias que encontramos diariamente en este tipo de juzgados especializados.

Realmente el fundamento de esta circunstancia, se basa en lo sorpresivo de la acción, precisamente porque el sujeto activo de la acción es su marido o persona unida por análoga relación de afectividad y no por el hecho en sí de la convivencia.

Juzgar con perspectiva de género, supone otra vía más, para hacer frente a esta lacra social, ya que una vez que se constate por el juzgador una relación de desigualdad como la generada por este tipo de actos, éste puede generar un precedente que abra el camino a otras situaciones similares, como es el caso expuesto.

AJFV

-2-

LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ESPACIO JUDICIAL

JUAN JOSÉ NAVAS BLÁNQUEZ

Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Marbella

VOCES: Orden Europea de Protección. Estatuto de la Víctima. Medidas penales y civiles. Cooperación y control transfronteriza.

Se realiza con el presente artículo una visión global de la normativa actual reguladora de la Orden Europea de Protección, y su transposición a nuestro sistema legal a través de la Ley de Reconocimiento Muto de resoluciones penales en la Unión Europea, Ley 23/14. Tras más de dos años y medio de su publicación y a pesar del enorme avance que supuso su implementación, se analizan los distintos problemas prácticos que los Jueces y Tribunales pueden encontrar como autoridad de emisión y ejecución.

Realizando una visión retrospectiva de lo que comúnmente se ha denominado como el “Espacio Judicial Europeo” podremos observar los enormes avances legislativos y por qué no decirlo metodológicos que en el ámbito de la Unión Europea se han venido realizando en las dos últimas décadas. Lejos queda atrás el Tratado de Amsterdam de 1998, germen estructural de la actual cooperación jurídica internacional y base del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. El legislador europeo consciente de las fluctuaciones constante de bienes, efectos e instrumentos relacionados con el delito ha ofrecido-en algunas ocasiones con menos acierto que el esperado-, instrumentos y

herramientas tendentes a la aprehensión de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

Sin embargo ha sido una queja casi constante en los últimos años inherente a la presión efectuada por importantes grupos vinculados a Asociaciones de Víctimas de delito”, la falta de protección de las mismas especialmente cuando interviene el denominado “elemento transfronterizo”. Especialmente en el ámbito de la Violencia machista, no es poco frecuente que la mujer en situaciones de conflictividad y/o ruptura de la pareja huya a su país de origen o donde encuentre más cercano sus vínculos y lazos afectivos. En tal sentido el objetivo de la Unión Europeo ha sido meridianamente claro *“si se pretende instaurar una nueva libertad de las personas para que puedan ir y venir libremente sin controles ni fronteras, es preciso completar esta situación con unas actuaciones que impidan la disminución de la seguridad de los Estados y las personas, que podría generarse con la citada desaparición-”*³. Dicho en otras palabras, la eliminación de barreras supone un importante generador de derechos para las personas, pero igualmente aumenta en sentido proporcional a su desarrollo importantes riesgos para ciertos colectivos, ciertamente vulnerables entre los que se encuentran sin duda alguna las víctimas de la Violencia de género. La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección es el fruto de un largo proceso legislativo, situando la Comisión Europeo el problema de la violencia contra las mujeres en el centro del huracán de su política comunitaria. Sin embargo, como ya advertí no ha sido un camino fácil, habiendo España desempeñado un papel esencial⁴. Previamente a su publicación se fijó una Hoja de ruta no exenta de ciertas trabas hasta cierto punto entendibles bajo mi punto de vista por dos motivos:

³ Capítulo 7, Orden Europea de Protección. Memento Cooperación Jurídica Penal Internacional.

⁴ Aprobada durante el mandato español de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea.

.- Las confluencias culturales y normativas entre los distintos países europeos hacen que resulte de una extrema dificultad conectar sistemas diametralmente opuestos al menos en lo relativo al sistemas de garantías procesales con un estándar procedimental normalizado que pueda evitar disfunciones o anomalías a la hora de la protección a las víctimas de violencia. Nuestro país es un claro ejemplo de ello. España y Austria goza de unos altos niveles de tutela jurídica a la Mujer, principalmente a raíz de la entrada en vigor de la Orden de Protección integral⁵. Frente a aquellos otros-como por ejemplo los de Irlanda o Luxemburgo- en los que la orden de protección no goza ni tiene el alcance tutelador más allá del que pudiera tener la protección a cualquier otra víctima no relacionada con la violencia doméstica en general y contra las mujeres en particular.

.- Los principios de confianza y equivalencia entre resoluciones judiciales no son auténticos “dogmas de fé”, ya que mecanismos de control con férreas causas de oposición que, mal entendidos o con una interpretación restrictiva en su proyección, pudieran desvirtuar los efectos de fortificación a bienes jurídicos de las víctimas encomendadas a la Orden Europea de Protección.

En definitiva, la Directiva 2011/99 no es sino el culmen de un hito legislativo a nivel europeo cuyo embrión los configuraron los siguientes vértices normativos:

.- El programa de Estocolmo de 11 de Diciembre de 2009: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, en la que se fijaron las bases para una futura ayuda financiera y la necesidad de una actuación conjunta *“de todos los Estados para garantizar que la protección ofrecida a una persona en un Estado se mantenga y continúe*

⁵ Ley 27/2003, de 31 de Julio, que regula la Orden de Protección.

en cualquier otro Estado a la que la persona se traslade o se haya trasladado”.

.- La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de Noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en cuyo considerando “D” se eleva la igualdad entre hombres y mujeres como *“un principio fundamental de la Unión Europea”*, y en el Considerando “E” que determina la violencia sobre las Mujeres como una *“violación de los derechos humanos”*.

.- La Resolución del Consejo de 10 de Junio de 2011, sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales, instando a los Estados a la creación de un auténtico *“estatuto de la víctima”* en el ámbito de la violencia sobre la Mujer. Desgraciadamente como veremos la Directiva tan sólo prevé medidas de protección penales olvidándose las civiles tan importante o más en algunos casos que aquellas.

.- El Convenio de Estambul, de Mayo de 2011, que a juicio de la Magistrada Gema Gallego⁶ ha significado que *“Ningún otro Tratado de ámbito europeo había identificado y expresado textualmente que la violencia contra la mujer, es un atentado a los derechos humanos.”*

La transposición de dicha Directiva se realizó a través de la Ley 23/14, de 20 de Noviembre de reconocimiento de resoluciones judiciales-LRM, en adelante-en el ámbito penal⁷, que la define en su artículo 130 como *“una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado para*

⁶ Gallego, Gema. El Derecho.com. 29 de Marzo de 2012

⁷ BOE de 21 de Noviembre de 2014.

adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual cuando se encuentren en su territorio". No pretendo realizar una exégesis exhaustiva de dicha ley quizá más propia de un posible excelso artículo doctrinal sobre la materia tratada, pero sí llamar la atención sobre ciertas carencias técnicas ofrecidas en dicho texto normativo transcurrido ya más de dos años y medio desde la publicación de la LRM. En primer lugar, conviene recordar que el concepto de víctima⁸ -al que se refiere la ley 23/14, es el de víctima en mayúsculas, es decir, en el de mayor sentido posible de su significado, no constreñido exclusivamente a la violencia de género o en el ámbito familiar, llegándose incluso a utilizar un concepto ciertamente ambiguo y de escasa concreción jurídica como "el de posible". Una víctima goza de dicha condición procesal o no pero difícilmente puede tener un anclaje intermedio, máxime cuando de derechos y tutela hablamos. Respecto a su contenido-artículo 130.2 de la LRM- sólo abarca medidas penales de protección consistentes en:

.- La prohibición de entrar o aproximarse a determinados localidades, lugares o zonas concretas en las que la persona protegida reside o se encuentra

.- La prohibición de limitación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida

.- La prohibición o limitación de acercamiento a la persona protegida a una distancia menor a la indicada.

⁸ Directiva 2012/29, de 25 de Octubre de 2012, que establece normas mínimas sobre los derechos, y la protección de las víctimas de delitos

Un mero análisis de dicho artículo permite observar ciertas carencias enumerativas respecto a las contempladas en el artículo 544 ter, 544 bis de la ley de Enjuiciamiento Criminal o incluso de carácter asistencial previstas en nuestro sistema legal como la “acogida en centros de protección”, expedición de permisos de residencia para víctima de malos tratos o la fijación de pensiones de manutención a cargo del erario público. Los Jueces y Tribunales a la hora de proceder a la ejecución de una Orden Europea de Protección- en adelante OEP- han de actuar como si de una resolución judicial “propia” se tratara, esencia y éxito al mismo tiempo del principio del reconocimiento mutuo. No obstante, surgen varias dudas que conviene aclarar. En primer lugar, en lo relativo a las medidas de carácter civil, pues no olvidemos que la OEP es “*una resolución en materia penal*”, es decir con un contenido exclusivamente tendente a evitar que algún bien jurídico de la víctima resulte potencialmente dañado. ¿Significa ello dejar al margen las medidas civiles que el Juez de Violencia Sobre la Mujer puede acordar al amparo del artículo 544 ter de nuestra ley rituaria? Sí, aunque resulta necesario realizar distintas matizaciones. La Directiva 2011/99 no puede entenderse sin el Reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil, que siguiendo a la profesora Montserrat de Hoyos⁹ tiene como objetivo establecer las normas que hagan posible un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento y ejecución pero “*no puede suscitar equívocos...lo que sucede, es que este tipo de medidas del Reglamento- no aproximación/no comunicación- se adoptan en otros ordenamientos de Estados de UE por autoridades judiciales desde el orden procesal civil o bien como medidas con naturaleza administrativa asistencial*”. Por lo tanto, una autoridad judicial española no podrá emitir jamás un orden de protección al amparo del Reglamento del año 2013 pero sí ejecutar un certificado “con medidas de protección

⁹ De Hoyos Sancho, Montserrat. Parte 5, Capítulo I, “El reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”. Thomson Reuters. Aranzadi. 2016

civil”. Debemos por lo tanto acudir a los instrumentos de reconocimiento mutuo de la Jurisdicción civil para que otorgar dicha pretendida a la par que necesaria protección, esto es, principalmente Bruselas II bis, y Bruselas III.

Existe una segunda cuestión que no podemos dejar al margen. ¿Qué ocurre cuando la persona protegida de desplaza a un Estado miembro en el que reside la persona generadora del riesgo, y sobre la que existe una medida cautelar alternativa a la prisión o siendo condenada es puesta en libertad? A mi juicio no es una cuestión baladí y puede producirse con cierta frecuencia. En aras a dar una respuesta adecuada resulta necesario saber cuál es el régimen jurídico en el que se encuentra la persona causante del peligro. En el primer supuesto planteado resultaría de aplicación la DM 2009/829 y el Título V de la LRM reguladoras de “las medidas alternativas a la prisión provisional” mientras que, en el segundo caso, opera la DM 2008/947 y el título IV de la LRM, es decir, “las resoluciones de libertad vigilada”. Nos encontramos ante una confrontación entre, por un lado, los derechos procesales de la víctima-OEP- y por otro los derechos de la persona condenada o investigada que resuelve el artículo 132 de la LRM otorgando prevalencia a este último grupo de derechos cuando taxativamente indica que *“las medidas de protección de la víctima o posible víctima se adoptarán de acuerdo con las normas que regulen estas resoluciones”*, esto es, las fijadas en los Título IV y V de la LRM. La primera consecuencia para la víctima de malos tratos es que la competencia territorial para la ejecución de las medidas de protección que pudieran acordarse queda alterada en el sentido de que no será *“siempre el de su domicilio”* debiéndose acudir a la fijada por los instrumentos de libertad vigilada y medidas alternativas a la prisión.

La OEP como cualquier tipo de medida de protección basa su éxito en un adecuado despliegue de medios materiales relativos a la

comunicación entre autoridades judiciales y las propias víctimas, lo que supone un amplio despliegue presupuestario por la Administración de Justicia. No obstante, transcurrido más de dos años y medio desde la puesta en escena del título VI de la LRM se puede advertir como se trata de unos de los instrumentos de reconocimiento mutuo menos utilizados por los operadores jurídicos europeos, motivado principalmente por los efectos perniciosos de la “comunicación al causante del riesgo” del nuevo lugar de residencia o la distancia a la que no puede aproximarse. La Hoja de ruta del futuro espacio judicial europeo para la víctima pasa por fortalecer determinados derechos procesales derivados de su estatus jurídicos-inclusión de medidas civiles, protección de su ubicación, medios asistenciales mayores, una normativa procesal única-, si no queremos convertir a este instrumento tan valioso en una mera “rara avis” de la cooperación judicial internacional.

AJFV