



LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.
LA VALORACIÓN DEL RIESGO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.,
ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL, MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

El riesgo se define en el Diccionario de la RAE en su primera acepción como “contingencia o proximidad de un daño” y en el vocablo “correr riesgo” como estar expuesto a no perderse a no verificarse. Así entendido, en una sociedad moderna, libre y democrática, toda persona se encuentra en situación de riesgo ante los innumerables peligros que le acechan (accidentes de circulación, robos en nuestros domicilios o en la vía pública), situaciones que intentamos conjurar bien confiando en las medidas de prevención y seguridad pública que adoptan las autoridades, confiando en su buen funcionamiento, o bien conforme a las posibilidades de cada uno, reforzándolas con medidas particulares de protección (compra de un vehículo con mayores prestaciones de seguridad, instalación de mecanismos de alarma en nuestros domicilios, evitando transitar en horas nocturnas por determinadas calles o lugares...). Junto a este riesgo genérico que padecemos todos, hombres y mujeres, concurre otro añadido que solo afecta a una parte de la población, a la mujer; según los datos de las Naciones Unidas, cada dieciocho segundos una mujer es maltratada en el mundo y la violencia mata y discapacita a más mujeres entre dieciocho y cuarenta y cuatro años de edad que el cáncer, siendo la violencia por motivos de género, la violación más generalizada y más tolerada socialmente y con consecuencias devastadoras.

En ninguna de estas situaciones, ni la genérica, ni la específica referida a la mujer, se hace necesario examinar la situación de riesgo para la adopción de las medidas de protección de la víctima, y solo se hace desde la perspectiva del autor del delito, para evitar el riesgo de fuga o la posibilidad que pueda volver a cometer nuevos delitos.

La perspectiva cambia cuando la víctima es alguna de las personas a las que se refiere el art.173.2 del Código Penal, (cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge 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 del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar) y en concreto, que es lo que nos preocupa en esta mesa, cuando la violencia la ejerce sobre una mujer el hombre que es o ha sido su pareja sentimental, el cual entiende que ésta al entablar

dicha relación de pareja hace dejación de sus derechos, de todo o de parte de ellos, y convierte al varón en administrador de los mismos, negándole el derecho básico a una vida libre de violencia de género.

No obstante a diferencia de las anteriores situaciones no toda mujer que se involucra en una relación de pareja se encuentra automáticamente inmersa en una situación de riesgo, puesto que no todo hombre, ni aún potencialmente, puede ser considerado como un agresor de su pareja. Las desavenencias conyugales o de pareja no son necesariamente sinónimo de violencia. Este argumento no es unánimemente admitido pues como expone la profesora María Luisa Maqueda, “bajo el peligroso lema de “tolerancia cero” contra la violencia de género, tan popular, se ha acabado por criminalizar todo el entorno de la pareja haciendo creer a la ciudadanía que esa violencia estructural – tan compleja de definir y de erradicar – en un asunto del Estado y del Derecho Penal. “Ser mujer en una relación de pareja” pasa a convertirse en un factor de riesgo que demanda un refuerzo de tutela de la ley. Hay un plus de vulnerabilidad que se mide en un plus de penalidad para el maltrato”.

Es más, las medidas que se arbitran legalmente a través de la orden de protección no se otorgan en todos los casos en que se comete un delito de los contemplados en el art.544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad), sino únicamente en aquellos casos en los que concurre una “situación objetiva de riesgo”; no basta por ello, como erróneamente pueda entenderse, con que se haya denunciado un hecho delictivo y con que existan fundados indicios de la comisión del mismo, sino que además es preciso integrar en cada caso concreto aquél concepto jurídico indeterminado.

La STC 180/1996, de 12 de noviembre, al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados nos dice que han de ser dotados de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico mediante la explicación y aplicación al caso concreto.

Por tanto, no puede decirse sin más en la adopción de la orden de protección que concurre una situación objetiva de riesgo o un riesgo para la perjudicada, sin precisar en que consiste la misma. A su vez, esta integración del concepto nos servirá para determinar que tipo de medidas cautelares deben ser adoptadas puesto que no en toda situación objetiva de riesgo deben aplicarse las mismas medidas, ni éstas deben serlo en la misma intensidad o extensión, puesto que siendo limitativas en muchos casos de los derechos de un ciudadano deben guardar la adecuada proporcionalidad, agravándose o atenuándose en la misma proporción en que lo sea el riesgo para la mujer, prueba evidente de ello es el art.544.bis.LECR que prevé en cuarto y último párrafo que “en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, este convocará la comparecencia regulada en el art.505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art.503, de la orden de protección prevista en el art.544.ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrá en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudiera resultar”; así como el art.68 LO 1/2004 al establecer que “las medidas restrictivas de derechos contenidas en este

capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad (...)” y el art.69 de la misma ley al prever que “las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse consta en la sentencia el mantenimiento de tales medidas”.

Se trata por tanto de que el órgano judicial valore la concurrencia de una situación de riesgo para la víctima, tarea complicada de la cual se ha llegado a afirmar que no se pueden establecer criterios y en la que es necesario abstraerse de todos aquellos efectos complementarios que pueden derivarse de la adopción de la orden de protección y huir del tópico de la “mujer aprovechada” que solicita la orden de orden protección por otras motivaciones como puedan ser regularizar su situación administrativa en España, obtener una renta o anticipar las medidas civiles de un procedimiento matrimonial...

Considerar a una mujer en situación de riesgo porque concurren en ella todos los datos que probablemente hacen que nos encontremos ante el clásico “perfil de mujer maltratada” – ama de casa, entre 25 y 40 años, con dos o tres hijos, con una situación de maltrato desde el inicio de la convivencia y a lo largo de siete o nueve años – no puede conducir al equívoco de considerar que la mujer que no se ajusta a estos parámetros no se encuentra en situación de riesgo.

Si nos atenemos a los datos estadísticos facilitados por el CPGJ referidos al primer trimestre del año 2009, de los que resultaría que la media de concesión de las ordenes de protección se encuentre entre un 75% y un 80% de las solicitadas, nos encontraríamos con que las mujeres que residen en una determinada Comunidad Autónoma se encuentran en una situación de riesgo superior a las del resto del territorio nacional; de 53 órdenes solicitadas en el Juzgado de guardia, solo una se denegó; por partidos judiciales, en el de la capital se denegaron solo 8 de las 154 solicitadas, en el segundo partido judicial solo se deniegan 5 de 137 y en un tercer partido se concedieron 46 de 46, un 100%. Estos datos contrastan con los de las grandes capitales, Madrid, Barcelona o Sevilla en los que los porcentajes están mas igualados, incluso las denegaciones de las órdenes superan las concedidas: en Madrid se concedieron 488 y se denegaron 319 y en Barcelona y Sevilla las denegaciones fueron superiores a las acordadas, 185 frente a 158 y 181 frente a 147 respectivamente, y sin necesidad de realizar un análisis mas exhaustivo estos datos y la práctica diaria de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de Instrucción nos permiten llegar a la conclusión de que no todos los órganos judiciales valoran el riesgo o entienden la situación objetiva del mismo de una misma forma.

Ya con anterioridad a la Ley Orgánica de Protección Integral en los trabajos legislativos se hacía referencia a la necesidad de diseñar un mecanismo capaz de individualizar el riesgo al cual se enfrenta cada víctima para protegerle de forma eficaz y a que esa evaluación debería corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, haciendo mención a una serie de factores tales como los antecedentes policiales del agresor, su perfil psicosocial, la reiteración de sus conductas y otros factores determinantes de una mayor peligrosidad, tales como el alcoholismo o drogadicción;

previando que evaluada la situación de riesgo, se determinaría el nivel de protección adecuado.¹

Esto no es sino el antecedente del actual Sistema de Seguimiento Integral de los casos de violencia de género que comenzó a funcionar en agosto de 2007, que determina el riesgo de la víctima de sufrir una agresión, diferenciando cuatro niveles: extremo, alto, medio y bajo, y no apreciado; conforme al cual los agentes policiales proporcionan protección a la víctima, sin que estas medidas de protección afecten al denunciado y a la espera de la resolución judicial oportuna, que no se encuentra en absoluto vinculada por el nivel de riesgo que facilita el sistema pudiendo conceder la orden de protección aunque el sistema de un nivel de riesgo no apreciado y denegarla aunque la valoración del sistema sea muy alta o extrema, dado que el órgano judicial debe efectuar la valoración en diferente forma..

La información facilitada por el SSI es un buen punto de partida, teniendo en cuenta que valoran al mismo nivel indicadores directamente relacionados con la actividad delictiva con otros de carácter genérico, debiendo en la actuación judicial primar aquellos sobre éstos, que en todo caso vendrán a reforzar las conclusiones alcanzadas.

Determinantes en la apreciación de la situación objetiva de riesgo: la gravedad del hecho cometido (tentativa de homicidio o lesiones graves), el estado de gestación de la víctima, la reiteración de los hechos, la existencia de condenas anteriores o de procedimientos penales en trámite por delitos relacionados con la violencia de género en los que la víctima sea la misma u otra mujer, el quebrantamiento de medidas cautelares y la comisión de los hechos en el domicilio común dado que el hogar es el lugar donde las mujeres corren mayores riesgos de experimentar violencia.

En esta línea la Instrucción de la Fiscalía general del Estado 2/2005, de 2 de marzo, al tratar la cuestión relativa al informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección, previsto en los arts.23 y 26 LO 1/2004, de 28 de diciembre, prevé que “será preciso objetivar una verdadera situación de riesgo para la víctima en atención a lo dispuesto en el apartado primero del art.544.ter.LCER, juicio que se obtendrá tras efectuar el oportuno pronóstico de la peligrosidad del denunciado, vista la situación personal de la víctima, las circunstancias del hecho y del imputado, así como cuantos datos consten en las actuaciones que puedan alertar sobre la posibilidad de reiteración en la conducta agresiva.

Hay dos situaciones que deben considerarse especialmente graves aunque no se comparta mayoritariamente esta opinión; uno, es el de aquellos casos en los que el denunciado con inmediatez a la comisión del hecho delictivo denunciado se coloca en situación de no poder ser localizado ni citado por la policía, en estos supuestos demorar la celebración de la comparecencia del art.544 ter hasta su efectiva localización coloca a la víctima en una situación de absoluta desprotección, y en la alternativa entre la indefensión de ésta y la del denunciado, creo que la elección no admite duda ni discusión; el otro, al que suele darse menos importancia, es el de las amenazas de muerte ante el hecho de la partida de la mujer, las cuales no pueden

¹ Proposición de Ley de garantías de la seguridad personal de las víctimas de la violencia doméstica y de género, año 2004.

considerarse como simples palabras cuando se profieren contra una mujer maltratada que ha decidido poner fin a su convivencia con el hombre que la agrede.

Todo ello sin olvidar para valorar el riesgo que “la posición social de la familia, su estatus económico, el consumo de alcohol o drogas, el nivel cultural de sus miembros, la condición de inmigrante trabajador, la pertenencia a minorías étnicas y porqué no las características del grupo familiar, son factores que contribuyen sin duda a graduar el nivel de riesgo de un estallido de la violencia en la pareja”².

Acreditada la necesidad de la orden por la concurrencia de una situación objetiva de riesgo las medidas protección que puede adoptar el órgano judicial son penales y civiles, mas las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas contempladas en el Capítulo IV de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

Penales, cualesquiera de las medidas penales que se consideren precisas para la protección de la víctima (prisión provisional, prohibición de residir en determinado lugar, prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de comunicación con ella por cualquier medio)

Civiles, las relativas a la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar, alimentos y medidas de protección de los menores. En el establecimiento de estas medidas debe tenerse en cuenta que su finalidad no es preparar un posterior procedimiento de familia – separación divorcio o de alimentos y guarda y custodia de hijos menores –, cuestión en la que la mujer seguramente no ha pensado en ese momento, sino dar respuesta a la situación de hecho que se crea en la familia en la que por razón de las medidas penales acordadas el progenitor varón se ve obligado a abandonar el domicilio familiar, a no poder relacionarse con normalidad con los hijos menores y a atender a las necesidades alimenticias pese a la interrupción de la convivencia, no teniendo ningún sentido que con carácter general se contengan pronunciamientos respecto del régimen vacacional o de gastos extraordinarios no previstos en el momento de dictar la orden.

Medidas de protección y seguridad las relativas a la protección de datos y limitaciones a la publicidad, a la salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, suspensión del régimen de visitas y suspensión del derecho a tenencia, porte y uso de armas.

En relación a las medidas penales hay que destacar la posibilidad prevista en el art.64.3 LO 1/2004 respecto a que la resolución judicial acuerde la utilización de instrumentos con tecnología adecuada para verificar de inmediato el incumplimiento de las medidas cautelares de prohibición de aproximación (medios de detección de proximidad).

Su uso se inició en el año 2006 en la Comunidad Autónoma de Madrid (a principios de julio de 2009 se habían implantado 230 de las que 165 seguían activas y 65 habían sido retiradas tras cumplirse la medida) y en la Comunidad Autónoma de Baleares (se pusieron 25 dispositivos a disposición de los Juzgados en octubre de

² Patricia Laurenzano Copello. “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” CGPJ. Cuadernos de derecho Judicial. Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004

2006 y solo ocho se encontraban en funcionamiento en el mes de julio de 2009) y se generalizó en todo el territorio nacional a partir de julio de 2009, aplicando el Protocolo de Actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género. Se preveía una dotación presupuestaria de 3000 dispositivos, que estarían disponibles a partir de 24 de julio en un 20%, un 40% a partir del 25 de agosto, y el restante 40 % a partir del 8 de septiembre. A fecha 4 de septiembre de 2009 se habían colocado siete pulseras y si su implantación se recomienda solo para aquellos supuestos en que se valore la existencia de un mayor riesgo de vulneración de los intereses y derechos de las víctimas de violencia de género, no sería aventurado pensar que su uso no se va a generalizar pues en ese caso lo procedente sería la prisión provisional al amparo del art.503.3.c.LECR, siendo mas adecuado potenciar su uso en aquellos casos en los que existen serias dudas acerca del cumplimiento efectivo de las órdenes de alejamiento acordadas.

La valoración del riesgo no es una cuestión que solo debe preocupar en el momento inicial del procedimiento penal, cuando junto con la presentación de la denuncia o al realizar la víctima su primera declaración en el Juzgado se solicita la adopción de una orden de protección, sino que debe efectuarse durante la instrucción de la causa y mientras no recaiga sentencia condenatoria firme, especialmente e aquellas ocasiones en las que la mujer a la que le fue concedida la orden comparece en el Juzgado para solicitar que se dejen sin efecto las medidas acordadas; y al igual que debe huirse de todo automatismo en la concesión de la orden de protección, también debe evitarse actuar así y acordar sin mas la revocación, pudiendo solicitarse de la policía un informe sobre la valoración actual del riesgo, a la vista del seguimiento de cumplimiento de las medidas acordadas, así como de los profesionales que hayan ido interviniendo en la causa (médico forense, psicólogo, trabajador social...) ya que con toda probabilidad no se habrá podido contar con ellos en el momento en que se adoptó la orden de protección; si aún así, acreditada la persistencia de la situación objetiva de riesgo, la mujer insiste en que se alcen las medidas no cabría sino actuar conforme a lo interesado salvo en aquellos casos en que se apreciara un riesgo grave que justificara su mantenimiento

No puede dejarse de lado que en el ciclo de la violencia la solicitud de la orden de orden de protección se efectúa en la mayor parte de los supuestos en el momento de explosión de la violencia – en la que la situación de riesgo aparece con nitidez – y que la solicitud de cese de las medidas se produce en la fase de remisión y “luna de miel” en las que el hombre pretende mantener su relación de pareja, convencerla de que lo ocurrido ha sido un hecho accidental y excepcional y obtener su perdón, parte del cual pasa por el hecho de que la mujer acuda al Juzgado para retirar la denuncia interpuesta y alzar las medidas acordadas para su protección, induciendo a la sospecha o haciéndola aparecer como una mujer “mentirosa” o “irracional” y quedando el libre de toda culpa puesto que en no pocas ocasiones la pretensión de la defensa de los imputados, ante una retirada de denuncia, no es la de un sobreseimiento provisional de las actuaciones sino la de un sobreseimiento libre que impediría la reapertura posterior de cualquier procedimiento penal que tuviera por objeto alguno de los hechos que se contuvieran en la denuncia.

Por último quedaría la cuestión no resuelta relativa al riesgo para la mujer respecto del hombre que ha cumplido sus responsabilidades penales en prisión, no siendo infrecuentes los supuestos en que se acude al Juzgado manifestando su temor

ante la inminente salida de prisión del condenado, no en libertad condicional o en permisos ordinarios situaciones en las que sería posible la utilización de métodos de control, sino en libertad definitiva y la imposibilidad de poder adoptar medidas cautelares respecto de aquél mientras no se lleve a cabo ningún acto que ponga en peligro nuevamente la seguridad de quien fue su víctima, cuando es sabido que en el ámbito de la violencia de género es donde con mayor frecuencia se produce la victimización reiterada y que las denuncias, medidas cautelares penales y demás penas impuestas no constituyen un freno para quien ha puesto en el punto de mira a quien considera su mujer.

BIBLIOGRAFÍA

Violencia de género. Una visión multidisciplinar. Teresa Sam Segundo Manuel (Directora). Editorial universitaria Ramón Areces 2008.

Género, violencia y derecho. Tirant lo Blanch (2008).

Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004 (2007). Cuadernos del Derecho Judicial I, 2007. Consejo General del Poder Judicial.

Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004 (2008). Cuadernos de derecho Judicial IX, 2007. Consejo General del Poder Judicial.

Panorama actual y perspectivas de la victimología. La victimología y el sistema penal (2007). Estudios de Derecho Judicial 121, 2007. Consejo General del Poder Judicial.

Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género. Claves para la Igualdad. Teresa García-Berrio Hernández (2008)