

MEDIDAS CIVILES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA L.O. 1/2004*

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ**

Resumen: La L.O. 1/2004 es la primera norma que toma conciencia de la gran dimensión del problema de la violencia de género. La Ley parte de que no es un mero problema privado sino público y transversal que exige un conjunto de medidas de distinto tipo. En este estudio se hace un análisis de las medidas de carácter civil recogidas en la Ley, arts. 61 y ss. No es una novedad total, pues ya se recogían, en parte, en la Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección, pero si se introducen algunas nuevas.

Palabras clave: Violencia contra la mujer, Igualdad, Medidas de protección, Violencia doméstica, Violencia de género.

Abstract: The L.O. 1/2004 it is the first norm that is aware of the great dimension of the problem of the violence of genre. The Law departs that is not a mere private but public and transverse problem that demands a set of measures of different type. In this study there is done an analysis of the measures of civil character gathered in the Law, arts. 61 and ss. It is not a total innovation, since already they were retiring (going home), partly, in the Law 27/2003 regulatory of the protection order, but if new any of them interfere.

Key Words: Violence against the woman, Equality, Protection measures, Domestic violence, Genre violence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. SUJETOS DEL SUPUESTO DE HECHO LEGAL; III. JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER; IV. MEDIDAS CIVILES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO; 1. Legitimación activa para la solicitud de las medidas; 2. Momento y plazo de adopción; 3. Medidas de protección concretas; 4. Control judicial de las medidas; V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La lucha por erradicar la violencia contra la mujer ha cobrado un auge particular a partir de los años 80. No significa que hasta entonces no existiera el problema o no se reconociera, sino más bien que no se entendía como un problema público y mucho menos como un problema que afectaba a todos los sectores de la sociedad.

* Fecha de recepción: 13 de octubre de 2008.

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2008.

** Prof. Titular de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: ararodri@der-pr.uc3m.es.

A nivel nacional, la solución, desde un punto de vista global, aparece con la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección integral contra la violencia de género. No es totalmente novedoso, pues ya antes hubo un intento de solución más global con la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica donde se combinan medidas civiles y penales.

Ahora bien, la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género es la primera normativa que se enfrenta al problema de la violencia de género desde una perspectiva total tomando medidas coordinadas en el ámbito preventivo, educativo, sancionador, social y asistencial¹. Su finalidad adoptando medidas civiles, penales, laborales, procesales y sociales es que la mujer maltratada desde que acude al juez para denunciar su situación tenga un status completo de víctima² que le permita cubrir sus necesidades y verse protegida frente a su agresor³.

No sería justo, a pesar de todo, dejar de reconocer que la Ley sí es novedosa en recoger por primera vez el término “violencia de género” y no violencia doméstica para designar el supuesto de hecho que regula⁴. La violencia de género es consecuencia de una situación de discriminación intertemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género es el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. La violencia de género se explica en clave cultural no biológica⁵. El término género, así entendido, surge en los años 60 a través de Money y Stoller y designa el contenido cultural que se adiciona al sexo para determinar la diferente posición de los

¹ La exposición de motivos señala que la Ley enfoca de modo integral y multidisciplinar la violencia de género, empezando por el proceso de socialización y educación.

² La violencia de género, como se destaca en el II plan contra la violencia de la Comunidad de Madrid, ataca directamente y de manera brutal a la dignidad de las mujeres, a su vida y su integridad física y moral, bienes jurídicos protegidos en los arts. 10 y 15 CE, con la protección del art. 53 CE. Pero hay otros artículos constitucionales también afectados como el 32 CE sobre igualdad de sexos a la hora de contraer matrimonio; art. 35 sobre derecho al trabajo; y art. 39 CE sobre protección social, económica y jurídica de la familia especialmente de los hijos.

³ MIRAT HERNÁNDEZ, P/ARMENDÁRIZ LEÓN, C: *Violencia de género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico penales. Estudio del título IV de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Madrid, 2007, p. 109.

⁴ Violencia de género: “cualquier acto de violencia sufrido por una mujer por su pertenencia al género femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño físico sexual o psicológico y que abarca el homicidio, las lesiones, las amenazas, las coacciones, la privación arbitraria de la libertad, la libertad sexual y los tratos degradantes, tanto en la vida pública como en la privada. La violencia doméstica supone exactamente igual violencia física, sexual o psicológica pero únicamente dentro del ámbito familiar y tiene por objeto a la mujer por causa de la “discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales”, Vid. MIRAT HERNANDEZ, P/ARMENDARIZ LEÓN, C: *Violencia de género ...*, cit., p. 12.

⁵ MAQUEDA ABREU, ML: “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Art. 14. Una perspectiva de género*, 2006, p. 4.

hombres y mujeres en la sociedad⁶. En este sentido, la LO nace como consecuencia de la convicción de que la violencia de género es un problema social de hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de dominio y posesión que a lo largo de la historia han padecido las mujeres por parte de los hombres⁷.

En este sentido, podemos afirmar, como hace un sector de la doctrina, que la perspectiva de género es un instrumento de análisis y de acción. Instrumento de análisis porque explica el fenómeno como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres-mujeres; en el que la violencia se usa para mantener las relaciones de dominación, especialmente en el seno de la familia y el matrimonio. Instrumento de acción en cuanto medio necesario para cambiar la tradicional concepción del papel de la mujer en la sociedad⁸. De ahí que en el art. 1 párrafo 1º la Ley introduzca ya la perspectiva de género como análisis del problema social e incorpore el factor cultural como causa del fenómeno, asumiendo que la violencia contra la mujer en el ámbito familiar es una manifestación de la violencia de género⁹.

Para concluir esta introducción, podemos afirmar que, la Ley es una ley integral que, de acuerdo con las recomendaciones internacionales¹⁰, se basa en una concepción que pretende ser más activa y pluridisciplinar en la lucha contra la violencia de género mediante una acción positiva¹¹. Reconoce por fin que el problema de la violencia de género es un problema de carácter transversal¹² que afecta a todos los sectores sociales; qué es un problema muy

⁶ Vid. BALAGUER CALLEJON, ML: “Concepto de género y su incorporación al ordenamiento jurídico”, en *Art. 14. Una perspectiva de género*, 2006, p. 4. La palabra género además de término gramatical es también una construcción, categoría o instrumento intelectual de la realidad. Sería “la definición cultural de la conducta que se considera apropiada a los sexos en una sociedad y en un momento determinado” GERNA LERNER, tomado de MONTALBAN HUERTAS, I: “La ley integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de su problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV, 2006, p. 169.

⁷ MIRAT HERNÁNDEZ, P./ARMENDÁRIZ LEÓN, C: *Violencia...*, cit., p. 15. En igual sentido, AÑON ROIG, M/ MESTRE I MESTRE, R: “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en *La nueva Ley contra la violencia de género*, Madrid, 2005, p. 35.

⁸ MONTALBAN HUERTAS, I: “La ley integral contra ...”, cit., p. 17.

⁹ La introducción de esta perspectiva es conveniente y necesaria por la existencia de características específicas o singularidades: especialmente “la relación sentimental o de convivencia, actual o de pasado reciente, con o sin hijos, de intimidad afectiva y/o sexual entre dos personas adultas con su propia dinámica de interacción en modo alguno asimilable a otras relaciones familiares”. Vid. MONTALBAN HUERTAS, I: “La ley...”, cit., p. 32 que cita a FARALDO CABANA.

¹⁰ Fundamentalmente se basa en la Resolución A4-250/97 del parlamento europeo sobre tolerancia cero, donde trata de abordar el problema atendiendo a las diversas causas y con respuestas legales multidisciplinarias. Vid. MONTALBAN HUERTAS, I: “La ley...”, cit., p. 29.

¹¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E: “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre”, en *La nueva Ley contra la violencia de género*, Madrid, 2005, p. 321.

¹² Vid. GIL RUIZ, JM: *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, 2007, donde analiza el paso de violencia doméstica a violencia de género y analiza la evolución y justificación de este tipo de violencia.

grave que ha aumentado en nuestros días¹³ y qué necesita medidas reales y efectivas que permitan acabar en un futuro con el problema¹⁴ mediante una actuación eficaz y coordinada de todas las instituciones implicadas¹⁵.

Posteriormente, analizaremos si realmente esa finalidad se consigue o no y porqué. Ahora hemos de centrarnos en el objeto de nuestro trabajo que es fundamentalmente analizar las medidas de carácter civil que la Ley acoge. El desarrollo de este objetivo nos obliga a detenernos en dos datos importantes de la Ley:

- 1- Los sujetos del supuesto de hecho de la Ley.
- 2- El órgano judicial especializado en estos supuestos: El Juzgado de violencia sobre la mujer.

II. SUJETOS DEL SUPUESTO DE HECHO LEGAL

Los sujetos del supuesto de hecho de violencia de género aparecen expresamente mencionadas en el art. 1,1º de la LO al manifestar: “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 quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes *estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad*, aún sin convivencia”¹⁶.

¹³ En igual sentido, en el informe al II plan contra la violencia de género de 2006 de la comunidad de Madrid, se señala como la violencia de género presenta síntomas preocupantes en la realidad española por lo que es necesario diseñar nuevas fórmulas para producir normas o medidas de intervención que incidan en las causas que generan el problema y que deriva de la construcción de relaciones desiguales entre mujeres y hombres.

¹⁴ La ley de 2004 surge como consecuencia de la insuficiencia de las reformas legales en materia de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico durante 1999 a 2003, así como por la complejidad del problema, el aumento de casos y los defectos de coordinación de las instituciones. Numerosos colectivos de mujeres reclamaron una Ley integral que cumplieran con presupuestos mínimos: a) violencia contra la mujer en el ámbito familiar como una manifestación de la violencia de género; b) realización de un diagnóstico sobre las causas de esta violencia y las medidas legales necesarias para atajarla; y c) sistematización y mejora de la coordinación institucional que trata a las víctimas; atribuyendo a un solo juez las medidas civiles y penales, tanto en fase preventiva como a lo largo del proceso. *Vid.* MONTALBAN HUERTAS, I: “La ley...”, cit., p. 27. En igual sentido, el primer informe anual del observatorio estatal contra la violencia de género, 2008, p. 28.

¹⁵ Como señala la Circular 4/2005 de la Fiscalía general del Estado, la ley retoma el enfoque de género iniciado por la Proposición de Ley Integral de 2001, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales de darles una respuesta global y pretende actuar en el problema desde la causa que hunde sus raíces en concepciones sociales de superioridad del hombre sobre la mujer.

¹⁶ A este respecto la Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección contra la violencia de género de la Fiscalía General del Estado señalaba como la ley tiene una doble motivación: “una cuantitativa, vinculada a la magnitud del fenómeno de la violencia sobre la mujer en nuestro país,...la mayoría de agresores son masculinos...y están o han estado vinculados en relación de pareja con la víctima...Otra de carácter cualitativo derivada de la constatación de que esta violencia degrada los

A pesar de la denominación de la Ley, “violencia de género”, no se aplica a toda mujer que sufra violencia en cualquier ámbito de su vida, sino que, como vemos en el art. 1.1º indicado se ha precisado de forma clara quien es el sujeto protegido y en qué situación.

En primer lugar, el agresor sólo puede ser un hombre. De esta forma quedan fuera las mujeres, cuando sean las agresoras, como puede ocurrir en los casos de homosexualidad. Igualmente, quedan fuera los hijos /as o cualquier otro pariente que puedan agredir en el ámbito de violencia doméstica. El hombre agresor puede cometer cualquier tipo de acto violento: agresión física, sexual o psicológica.

El sujeto protegido por la LO es la mujer. Pero, no es cualquier mujer sino sólo aquella mujer que tenga una relación especial con el agresor. En este sentido ha de existir una relación de afectividad, bien porque hay vínculo matrimonial o bien porque hay una relación análoga a la matrimonial aunque no exista ya convivencia en cualquiera de los casos. Aquí hemos de incluir no sólo matrimonios o parejas de hecho heterosexuales, sino también parejas de novios. La Ley sólo pide continuidad o intención de convivencia futura. No entrarían, en la esfera de actuación de la Ley, las agresiones de hombres a mujeres en casos de relaciones esporádicas¹⁷.

Como sabemos éste ha sido uno de los puntos más criticados de la LO por la doctrina al considerarse que va contra el principio de igualdad en el ámbito penal y jurisdiccional¹⁸. Así se entendió por el propio Consejo General del Poder Judicial cuando se le instó el informe del Anteproyecto de Ley quien informó señalando que si bien es un tipo de violencia el del hombre sobre la mujer, no es la más grave¹⁹ y supone una excepción al principio de igualdad

valores en que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menoscaba derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, la dignidad humana, la igualdad y no discriminación por razón de sexo”.

¹⁷ La Circular 4/2005 citada expresamente reconoce que no abarca todas las manifestaciones de violencia de género ni toda la violencia intrafamiliar contra la mujer. Igualmente señala como quedan excluidas de este ámbito de protección las parejas de un mismo sexo, aunque si sería de aplicación en los casos de parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es varón y la víctima mujer.

¹⁸ Vid. MOLINA GIMENO, F J: “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6818, 12 de noviembre de 2007, ref. D-240; SOTO NIETO, F: “Discriminación, desigualdad y relación de poder en la violencia de género”, *Diario La Ley*, 2006, nº 6603, 1 diciembre, Ref. D-258.

¹⁹ Así, el propio Consejo señaló: “Definida la violencia como relación de subordinación, ésta es mayor cuando se trata de personas desvalidas o de niños, pues el adulto, la mujer agredida, suele conservar una capacidad de reacción, aunque esté mermada como consecuencia de aquella clara superioridad. En consecuencia, la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, precisamente por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se le presupone. La circunstancia de que personas que no son mujeres constituyen una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el Derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la Ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas. Por lo tanto, no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres”.

de trato²⁰, si bien se manifestó en contra con un voto particular los vocales D^a Montserrat Comás d'Argemir y D. Luis Aguiar de Luque²¹.

Esta problemática se ha zanjado por el propio Tribunal Constitucional recientemente en la STC 59/2008 de 14 de mayo²² como respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad de un Tribunal de Instrucción de Murcia sobre el art. 153.1º CP. El Tribunal Constitucional justifica la desigualdad de trato a nivel penal con base en los siguientes argumentos:

“De acuerdo con nuestra doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2;3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar ‘en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas’ (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de

²⁰ Según el Consejo “la discriminación positiva excepcionaría la igualdad de trato y podría ser ilegítima si tiene como contrapartida ineludible el perjuicio hacia quienes pertenecen a otro grupo. Son medidas de acción positiva que resultan improcedentes cuando se trata de medidas de naturaleza punitiva...es distorsionante una norma que pesa a titularse integral es, en buena medida judicial y, sin embargo, se basa en la acción o discriminación positiva”.

²¹ En su voto particular ambos vocales han contestado al informe del Consejo que la afirmación del Consejo es negar la historia misma, es negar que la violencia como problema social es “violencia de género”, es decir, de hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de dominio y posesión que históricamente han ejercido aquellos sobre estas. La violencia que se ejerce contra menores o ancianos o de mujeres contra hombres en el ámbito familiar, es un problema individualizado que tiene respuesta en el ordenamiento jurídico, al tener garantizado el derecho a la tutela efectiva y en la respuesta del Código Penal. No se vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE) pues ha de ser reinterpretado a la luz de numerosos preceptos constitucionales. El legislador está constantemente clasificando a los ciudadanos españoles en razón de muy diversos factores y asignando diferentes estatutos jurídicos en función del colectivo en que se integren los individuos. Caben medidas de discriminación positiva en relación a determinados colectivos sociales para propiciar la plena equiparación en el terreno jurídico y en ejercicio de sus derechos a tales colectivos. En sentido similar justificando la desigualdad como respuesta del Estado social de Derecho, *vid.* LOPEZ ALVAREZ, A/ GONZÁLEZ DE HEREDIA, M R/ Y ORTEGA JIMÉNEZ, A: “Reflexiones multidisciplinarias acerca de la violencia de género y doméstica”, *Diario La Ley*, nº 6440, 14 marzo de 2006, Ref. D-68.

²² BOE 4 de junio de 2008, nº 135 suplemento, pp. 14 y ss.

la STC 222/1992, de 11 de diciembre, 'los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas' FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. 'Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe' (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, *'este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica* (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8...), *si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación'* (FJ 4). *La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el*

ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada. El principio general de igualdad del art. 14 CE exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación.

8. La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. La Ley 'tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia' (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la 'especial incidencia' que tienen, 'en la realidad española... las agresiones sobre las mujeres' y en la peculiar gravedad de la violencia de género, 'símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad', dirigida 'sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión', y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (exposición de motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia 'constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución', los poderes públicos 'no pueden ser ajenos' a ella (exposición de motivos II).

Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es 'elemento definidor de la noción de ciudadanía' (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es fue su pareja:

no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece. Lo mismo sucede respecto a la objeción de que la agravación se haya restringido a las relaciones conyugales o análogas –sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales–. Y más allá de que las relaciones comparadas –meramente sugeridas en el Auto de cuestionamiento– son relaciones carentes de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas, debe subrayarse que cuando las mismas son entre convivientes cabe su encuadramiento en el art. 153.1 CP si se considera que se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables.

c) Como el término 'género' que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación. Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP), en la interpretación del Auto de cuestionamiento, y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

Como ya se ha apuntado, podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá

abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora. Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. *Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.* La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. *Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres.* Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad”²³.

No obstante, junto a la mujer como víctima de la agresión, es posible aumentar el sujeto pasivo a otras personas, no necesariamente mujeres, que tengan una especial relación con la mujer o con el agresor. Expresamente se hace referencia a los descendientes (hijos o nietos) comunes, sólo de la mujer o sólo del agresor. En cualquier caso, deben ser personas que convivan con el agresor o con la víctima y estar sujetos a la potestad, tutela, curatela,

²³ Las cursivas son nuestras.

acogimiento o guarda de hecho. También es posible incluir ascendientes o personas sin relación de parentesco siempre que sean incapaces y dependientes y estén bajo el cuidado de alguno de los sujetos principales implicados en el supuesto de hecho²⁴. Para que estos sujetos entren en el ámbito de la Ley es necesario que junto al acto de violencia cometido sobre la mujer se haya realizado un acto de violencia sobre ellos, pues en otro caso hablaríamos de violencia doméstica y no se aplicaría la Ley de 2004. Esto, como sabemos, se ha justificado no sólo por la doctrina, sino también por el propio Tribunal Constitucional, como hemos visto anteriormente. No obstante, hay que señalar que es uno de los puntos distorsionantes con algunas legislaciones autonómicas más amplias en su ámbito subjetivo debido a la definición de violencia adoptado²⁵.

III. JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

La LO 1/2004 ha creado un nuevo órgano, el Juzgado de Violencia sobre la mujer, para la adopción de medidas cuando se da un acto de violencia de género. Se ha optado por una fórmula de especialización²⁶ dentro de la jurisdicción penal de los Jueces de instrucción, excluyendo la creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por los Juzgados de Familia. Su competencia se regula en los arts. 44, 58-59 y 60 LO²⁷.

En este sentido, como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, se ha realizado una especialización sin alterar las normas de reparto de asuntos, mediante los mecanismos de especialización previstos en el art. 98 LOPJ y en el Capítulo I del título II del reglamento 5/1995 de 7 de junio de Aspectos accesorios de las Actuaciones judiciales. La especialización es importante porque implicará que estos Juzgados conocerán de la instrucción y fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer así como de las causas civiles relacionadas²⁸. Es un acierto que permite que tanto las causas penales

²⁴ Así se deduce del art. 19.5 LO se trata de menores sometidos a la guarda y custodia de la persona agredida.

²⁵ Esto lo ha destacado en su primer informe el Observatorio Estatal contra la violencia de género de 2008.

²⁶ En este sentido, la Circular 4/2005 citada señala como la LO 1/2004 en su título V para garantizar un tratamiento especializado y eficaz de la situación jurídica de la víctima ha tomado varias iniciativas novedosas de carácter orgánico-procesal, entre ellas, la previsión de órganos especializados, como los Juzgados de Violencia contra la mujer y la superación de la tradicional separación de competencias penales y civiles. Aparte habríamos de señalar la regulación de las medidas de protección y seguridad o la creación del Fiscal contra la violencia de la mujer.

²⁷ ALHAMBRA PÉREZ, P: “Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional”, en *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2007, p. 85; MARTÍNEZ GARCÍA, E: “Protección...”, cit., p. 324.

²⁸ Señala el Consejo general del Poder judicial a este respecto en el informe al anteproyecto de Ley que “mientras el orden jurisdiccional civil alcanza a todos los asuntos no atribuidos a otro orden – jurisdicción

como civiles sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede, compaginando la necesidad de respeto al derecho al proceso con todas las garantías del imputado con la eficaz e inmediata protección de la víctima de este tipo de violencia para evitarse el peregrinaje ante los órganos jurisdiccionales penales y civiles²⁹.

La atribución de competencias civiles a ese órgano jurisdiccional penal se ha justificado por la necesidad de otorgar a la mujer víctima de violencia de género una protección integral o total³⁰. Efectivamente, la especialización, como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, obedece a un objetivo político tomando como base el sexo de la víctima y el ánimo o intención del agresor³¹. Como dice expresamente este Consejo, en el informe al Anteproyecto de Ley, “estamos... ante una especie de conmixción de jurisdicciones, que tiene como resultado una jurisdicción especial, la jurisdicción de violencia sobre la mujer, un híbrido que combina aspectos penales y civiles –y estos de diversa índole– y sin que se pierda de vista las consecuencias jurídico laborales de sus decisiones”³².

Un dato destacable aquí es que por primera vez la competencia de un órgano judicial se determina por razón de las personas (esposa o ex esposa y mujer que tenga o haya tenido relación de afectividad; agresor hombre unido a la víctima por matrimonio o noviazgo; descendientes (hijos o nietos comunes o no) e incapaces (art. 25 CP), si bien no son todas las mujeres. Esa competencia se completa por razón de la materia: ha de cometerse un delito o falta relacionado con la violencia de género (arts. 87 ter 1 y 4 LOPJ y 14.5 LECrim) y siempre debe existir relación de afectividad entre hombre agresor y mujer agredida³³.

La competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer es exclusiva y excluyente en la materia, de modo que si se produce un acto de violencia sobre la mujer que provoque la incoación de actuaciones penales por delito o falta debe dictarse el oportuno auto de incoación o, en su caso, orden de protección³⁴. A partir de aquí, como señalan los arts. 44 LO y 87 ter LOPJ, el Juzgado de Violencia conocerá de las causas civiles relacionadas (art. 748 LEC)

residual–, la preferencia del orden jurisdiccional penal determina que conforme al artículo 10 Ley Orgánica del poder judicial pueda esta jurisdicción conocer de materias propias de otro orden jurisdiccional a solos efectos prejudiciales. La jurisdicción es en todo caso improrrogable”.

²⁹ PLANCHADELL GARGALLO, A: “La competencia del Juez de Violencia sobre la mujer”, en *La nueva Ley contra la violencia de género*, coordinada por J. Boix Reig/ E. Martínez García, Madrid, 2005, p. 281. Igualmente se expresaba el Consejo General del Poder Judicial en el informe al Anteproyecto de ley de Medidas, señalando que persigue que en primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante el mismo órgano, de forma que lo integral radica en la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima.

³⁰ PLANCHADELL GARGALLO, A: “La competencia...”, cit., p. 295.

³¹ *Vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A: “La competencia...”, cit., p. 283 y ss.

³² Así, VILLAGRASA ALCAIDE, C: “Protección en el ámbito civil”, en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Pamplona, 2007, p. 373 quien afirma que el Juzgado de violencia sobre la mujer incorpora un Juzgado de instrucción y un Juzgado de Familia.

³³ ALHAMBRA PÉREZ, P: “Cuestiones...”, cit., p. 86-87.

³⁴ Como señala la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado es necesario que exista un proceso civil cuyo objeto sean alguna de las materias citadas en el precepto; que alguna de las partes del proceso sea víctima de la violencia de género; que otra de las partes sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario

con las causas penales que se instruyan en materia de violencia si los sujetos implicados son los mismos. Hay que destacar la “*vis atractiva*” de la jurisdicción penal sobre la civil.

Procesalmente, las consecuencias se han materializado legalmente en la atribución de competencia civil al Juzgado de Violencia en las siguientes materias:

- a) Procedimientos de filiación, maternidad y paternidad. Se trata de los procedimientos de los arts. 764 y ss. LECiv. Normalmente suelen ser supuestos de reconocimiento o impugnación de la maternidad o de la paternidad³⁵. La razón de su inclusión, según algunos autores, podría estar en la acumulación de pretensiones relacionadas con la prestación de alimentos a los hijos y las reclamaciones de régimen de visitas.
- b) Procedimientos de nulidad, separación y divorcio (art. 770 LECiv) tanto contenciosos como de mutuo acuerdo³⁶. En estos casos, podrían incluirse los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial, concretamente, la liquidación de estos. Igualmente los procedimientos por incumplimiento de los deberes familiares. Como ha señalado la Circular 4/2005, las medidas civiles acordadas en la orden de protección han de ser objeto de ratificación en el Juzgado de Violencia con el fin de facilitar su homologación. Aquí, como gran novedad legal podemos tener en cuenta, tras la LO 1/2004, la modificación del Código civil con la Ley 15/2005 al facilitar los procedimientos de separación y divorcio, modificando también el art. 68³⁷.

En este punto hay que destacar que aún siendo dichos procedimientos de mutuo acuerdo está prohibida la mediación a la hora de solucionar dichos conflictos. Este es uno de los puntos más controvertidos por parte de la doctrina y profesionales jurídicos que pueden llevar a consecuencias adversas a las perseguidas. En este punto hay que señalar que efectivamente la existencia de conflicto evita la igualdad de las partes, pero en ocasiones puede ser importante la mediación para terminar rápido y de la mejor forma posible los procedimientos de disolución del matrimonio, puesto que supone que aunque haya situaciones de violencia no siempre desaparece la libertad a la hora de decidir³⁸. Además, no siempre los supuestos de violencia terminan con

en la realización de los actos de violencia; y, que se hayan iniciado actuaciones penales por delito o falta con auto de incoación u orden de protección.

³⁵ SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J/MOYA CASTILLA, J M: *Violencia de género*, Barcelona, 2005, p. 129.

³⁶ Vid. Auto AP Cádiz, sección 2ª, de 22 de marzo de 2007 (AC 2007, 1167) quien destaca la fuerza atractiva del Juzgado de Violencia en un supuesto en que sin haberse cerrado el procedimiento penal por violencia se presenta una demanda de disolución del matrimonio. En sentido similar, Auto Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2007 (AC 2007, 877) que niega la fuerza atractiva del Juzgado de Violencia cuando en el proceso penal se ha pasado a la fase del juicio oral por razones de seguridad, doctrina repetida por dicha Audiencia a lo largo de los años anteriores, 2006 y 2005.

³⁷ En este mismo sentido, el informe anual del observatorio estatal contra la violencia de género de 2008, p. 155.

³⁸ Vid. VILLAGRASSA ALCAIDE, C: “Protección...”, cit., p. 378.

la ruptura de la relación y, la mediación puede ser un medio de reestructuración de la familia y superación de los hechos violentos³⁹.

- c) Procedimientos sobre relaciones paterno-filiales: relativos a la titularidad o ejercicio de la patria potestad, posibilidad de representación legal, administración del patrimonio de los menores; adopción, etc.

Un dato importante a tener en cuenta, es que ha de excluirse la posibilidad de reconocer el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, salvo que existiera anteriormente un procedimiento de familia de mutuo acuerdo o contencioso donde se hubiera planteado dicha cuestión.

- d) Procedimientos sobre adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. Normalmente, implica la modificación de medidas adoptadas anteriormente. En este punto, la circular 4/2005 de la fiscalía General señala como cabe preguntarse si podría dar cobertura a acciones civiles entre parejas de hecho sin hijos menores. Parece que podrían incluirse procedimientos sobre ratificación de medidas civiles: alimentos o atribución del uso de la vivienda familiar de la pareja.
- e) Procedimientos sobre otros asuntos relacionados con menores. Incluimos aquí los relativos a la guarda y custodia de los hijos menores; sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Aquí, como señala la fiscalía en la Circular 4/2005, han de incluirse los procesos sobre menores de parejas no casadas incluyendo los temas sobre régimen de visitas, comunicación, atribución de uso de vivienda familiar; etc. Igualmente, hemos de incluir procesos de delito por impago de pensiones o de incumplimiento de deberes asistenciales del obligado a prestarlos (STS 576/2001, de abril)⁴⁰.
- f) Procedimientos sobre asentimiento para la adopción. Cuando existe un acto violento y se tramita dicho procedimiento.
- g) Procedimientos de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Así por ejemplo, los casos de cambio de apellidos o cuestiones relacionadas con el Registro; acogimientos, etc., entre otros⁴¹.

³⁹ Vid. SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J/ MOYA CASTILLA, J M: "Violencia...", cit., p. 136.

⁴⁰ Así lo reconoce la circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado.

⁴¹ En este punto hay que destacar la modificación del Reglamento del registro Civil de 9 de febrero de 2007 por la que se simplifica la autorización para el cambio de apellidos en caso de violencia para los hijos víctimas.

IV. MEDIDAS CIVILES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Vistos estos dos puntos anteriores, está claro que la solución desde el punto de vista civil, respecto a las medidas cautelares deben relacionarse con la infracción de los deberes ineludibles de la familia⁴².

La protección de la víctima contra la violencia de género establecido en la LO es actualmente la máxima protección posible. Como ya señaló la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 hay tres niveles de protección para las víctimas: Uno general recogido en el art. 13 y 544 bis de la LECrim; otro reforzado en el art. 544 ter LECrim; y, finalmente el de máxima protección en la LO 1/2004, arts. 61 y ss.

En la práctica, la finalidad perseguida por la Ley de dar mayor protección a la víctima no se ha conseguido. Por ello, existen críticas respecto a la insuficiencia de regulación, ausencia de previsión de trámites para su adopción (art. 68) o la remisión en bloque a la LECrim para proveer la solicitud de la orden de protección (art. 62)⁴³.

Dejando esto aparte vamos a comenzar por el análisis del Capítulo IV “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”. En este punto, el primer problema que aparece con relación a las medidas legales es el de su naturaleza jurídica. La razón es que si bien la Ley habla unas veces de medidas de protección y seguridad, otras habla de medidas cautelares. En este sentido nos cuestionamos lo siguiente: ¿Son medidas de aseguramiento o cautelares, como señala el art. 62.1 LO?, ¿son medidas de protección y seguridad como recoge el art. 61.1 LO? ó ¿qué tipo de medidas son?

La Ley goza de gran imprecisión terminológica como ha señalado la doctrina. Si atendemos a la Exposición de Motivos de la Ley se consideran medidas de protección y aseguramiento, similares a las de la LECrim en el art. 544 bis, que han de imponerse en sentencia condenatoria y en decisión motivada. A pesar de ello, la terminología de la LO es confusa y podría llevar a ciertas complicaciones. Sin entrar en demasiadas disputas, consideramos, como ha señalado GUTIERREZ ROMERO, que no hay problema en considerarlas medidas de protección porque su finalidad no es otra que dar a la víctima un estatuto de protección adecuado frente al agresor⁴⁴. No pueden considerarse medidas cautelares o de seguridad, porque su fin no es asegurar la presencia del inculpado a disposición judicial para la cele-

⁴² Así se señaló por el Consejo General del poder judicial en el informe al Anteproyecto de Ley de medidas, señalando expresamente la privación de patria potestad en relación con los hijos (art. 166 CC); la desheredación (arts. 856 y 756 CC) o la separación y divorcio entre otros.

⁴³ Vid. SENÉS MOTILLA, C: “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 6644, 5-febrero 2007, Ref. D-30, p. 1.

⁴⁴ GUTIERREZ ROMERO, F M: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas: ¿Novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?”, *Diario la Ley*, nº 6716, 18 de mayo de 2007, ref. D-119.

bración del juicio⁴⁵. En este punto, podemos considerar que la Ley ha sido redundante en su terminología. Incluso, yendo más lejos, puede considerarse innecesaria en este punto⁴⁶.

Desde otro punto de vista más sustantivo, hemos de tener en cuenta que la LO señala la compatibilidad de estas medidas con cualquier otra medida cautelar o de aseguramiento que puedan adoptarse en procedimientos civiles o penales (art. 61.1 relación art. 87 LOPJ). Ejp. Compatibilidad de libertad provisional con orden de alejamiento y suspensión de visitas a los hijos. En este punto, como ha señalado, SENES MOTILLA, “las medidas de protección de la víctima son compatibles con las medidas cautelares personales del proceso penal (citación, detención, prisión y libertad provisionales: arts. 486 y ss. LECrim), con las cautelares propias de los procesos matrimoniales y sobre menores (provisionales previas y coetáneas a la demanda: arts. 771 y ss. LECiv.; así como con las medidas que el art. 158 del CC autoriza al juez a adoptar para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios (por ejemplo, prohibiciones de salir al extranjero, expedición del pasaporte al menor o su retirada...)”⁴⁷.

De otro lado puede decirse que las medidas previstas son importantes en los supuestos de violencia de género, pues como señala PERAMATO MARTÍN⁴⁸, las medidas cautelares en el ámbito familiar y más en el de la violencia de género cobran especial importancia por las vinculaciones existentes entre agresor y víctima, la convivencia, dependencias y roles entre ellos, factores que implican la existencia de un riesgo mayor de reiteración de conductas semejantes a las investigadas y por ende un peligro para los bienes jurídicos de la víctima, su vida, integridad física y/o psicológica, su libertad, etc.

En cuanto a la novedad de las medidas, debemos tener en cuenta que la mayoría de las recogidas en la LO no son nuevas, sino que ya estaban reguladas anteriormente en la legislación procesal. No obstante, se acepta por la doctrina que se han recogido algunas

⁴⁵ Vid. SENÉS MOTILLA, C: “Consideraciones...”, cit., p. 1; MORENO CATENA, V: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, en *II Congreso sobre Violencia doméstica y de género*, Granada 23 y 24 febrero de 2006, pp. 207-208.

⁴⁶ Vid. GUTIERREZ ROMERO, F M: “Medidas...”, cit., p. 1.

⁴⁷ Vid. SENÉS MOTILLA, C: “Consideraciones...”, cit., p. 2. En sentido similar, señalaba GARCÍA ORTIZ, que estas medidas son preventivas o cautelares y no penas, como señala el art. 13 LECrim por lo que no excluyen la adopción de otras medidas que el Juez de instrucción considere necesarias. Así, el art. 61 LO establece la compatibilidad de las medidas contenidas en el capítulo IV con el resto de medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales, lo que significa que el Juez competente no sólo ha de adoptar las medidas de la LO sino también las que se regulan en la LECrim. Expresamente el art. 62 LO se remite al 544 ter LECr. Esto significa que el art. 61 en un procedimiento de violencia de género permite que se acuerden medidas de los arts. 544 bis, 544 ter y 13 LECrim, que alude a los dos anteriores y otras medidas innominadas dirigidas a proteger a la víctima. Vid. GARCÍA ORTIZ, L: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento”, en *La violencia de género; Ley de protección integral, implantación y estudio de su problemática y desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2006, p. 72-73.

⁴⁸ PERAMATO MARTÍN, T.: “Medidas cautelares y penas en el ámbito de la violencia de género”, en *Aspectos procesales y sustantivos de la ley Orgánica 1/2004*, en Cuadernos de Derecho Judicial, I-2007, p. 154.

mejoras técnicas, como la necesidad de dar duración a ciertas medidas a la hora de adoptarlas, dar la distancia geográfica en caso de alejamiento o la causa de subsistencia en caso de recurso⁴⁹.

Entrando ya en el tema de las medidas concretas hay que señalar que el Tribunal de Violencia sobre la mujer puede adoptar medidas muy similares según se soliciten con orden de protección, en cuyo caso se aplicará el art. 544 ter LECrim o sin orden de protección, donde acudiríamos a los arts. 61 y ss. LO 1/2004. Puesto que las medidas son bastante similares vamos a entrar en el análisis concreto de su procedimiento desde el momento de su solicitud, especificando posteriormente las diferencias en un caso y otro.

1. Legitimación activa para la solicitud de las medidas

Es uno de los puntos de diferenciación, pues:

- Existiendo orden de protección, el art. 544 ter LECrim, según la Ley 27/2003, de 31 de julio, la legitimación activa para solicitar estas medidas corresponde a la víctima de la agresión, su representante legal o el Ministerio Fiscal (caso de menores o incapaces).
- Sin orden de protección, el art. 61 LO amplía la legitimación activa al permitir no sólo a la víctima de violencia, representante legal o Ministerio fiscal, sino también instituciones implicadas en este sector, esto es Administraciones públicas de las que dependen los organismos asistenciales de protección o acogida a la víctima, destacando el art. 29.2 de la LO la legitimación de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia de la mujer.

Incluso se pueden adoptar dichas medidas de oficio aún en contra de la voluntad de la víctima, en contra de su percepción que, a veces, no concibe la realidad del riesgo tal y como es, debido a las dependencias de la víctima con el agresor (afectivas, económicas, etc.)⁵⁰. Esto ya se preveía en el ámbito penal por el art. 533 LECrim, y es una novedad prevista por la Ley para el ámbito civil.

2. Momento y plazo de adopción

- Si existe orden de protección, se han de adoptar las medidas en un plazo urgente que no supere las 72 horas desde la denuncia de agresión. Para ello es necesario un presupuesto objetivo importante, la situación objetiva de riesgo para la víctima,

⁴⁹ GUTIERREZ ROMERO, F M: "Medidas...", cit., p. 2.

⁵⁰ PEREMATO MARTIN, T: "Medidas...", cit., p. 155.

no tanto atendiendo a los precedentes sino al riesgo futuro de su vida, integridad o tranquilidad en el desenvolvimiento de su vida cotidiana. Si existe dicho presupuesto, tras las diligencias previas, el juez en auto motivado acordará las medidas penales y civiles que considere convenientes tras la valoración por el Ministerio Fiscal de las diligencias así como la valoración sobre la existencia de indicios de delito o falta.

- Si no hay orden no existe ningún plazo, sólo es necesario que sea lo más rápido posible según las circunstancias. Según señala el art. 68 LO las medidas se adoptan en Auto motivado donde se aprecie su proporcionalidad y necesidad, con intervención del Ministerio Fiscal y respetando siempre los principios de contradicción, audiencia y defensa. En este punto, para dar cierta claridad, la Fiscalía General en la Circular 4/2005 ha señalado que aunque Ley no señala cauce procesal para la tramitación de medidas, no es necesaria la comparecencia judicial sino que basta oír a la víctima o a la persona solicitante de las medidas; intervención del Ministerio Fiscal y demás partes personadas con observación de los principios de contradicción, audiencia y defensa. Cabe adoptar medidas de protección urgente sin orden de protección si las circunstancias del caso no permiten esperar a la celebración de la audiencia para la orden o se ve que será un plazo superior a las 72 horas. Cabe destacar el interés prioritario de protección de la víctima⁵¹.

3. Medidas de protección concretas

Exista o no orden de protección las medidas son tan iguales que se puede afirmar que el legislador ha buscado proteger a las víctimas, dotándolas no sólo de un buen entorno personal sino también patrimonial.

A. Orden de protección

El art. 62 LO remite al 544 ter LECrim como instrumento para adoptar medidas judiciales de protección cuando se solicita orden de protección conforme señala el nuevo art. 87 ter 1c) LOPJ introducido por el art. 43 LOMPIVG.

La orden de protección se introduce por primera vez con la Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Su fin es intentar dar a la víctima respuesta y posibilidad de salir de una situación de convivencia donde lo más grave era la dependencia económica del agresor y su dependencia afectiva. La orden de protección es el instrumento específico diseñado por el legislador para otorgar la máxima protección a la víctima en todos los órdenes jurídicos, dada la gravedad del pro-

⁵¹ STC 70/2005, de 4 de abril.

blema. (II Plan contra la violencia Comunidad de Madrid)⁵². Como ha señalado la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica en el “Protocolo para la implantación de la orden de protección”, la orden es un importante avance en la lucha contra la violencia doméstica porque unifica a partir de una sola solicitud, los diferentes instrumentos de protección de la víctima previstos por el ordenamiento jurídico⁵³.

La orden sólo se adoptará por el Juez⁵⁴ si hay indicios fundados de comisión de delito o falta contra la vida, libertad, integridad o seguridad (173,2 CP) y una situación objetiva de riesgo para la víctima que exija adoptar medidas de protección⁵⁵. Si el Juez está de acuerdo en la orden de protección que se decida se recogerán no sólo las medidas penales sino también las civiles⁵⁶. No es inusual, aunque sea incorrecto, por poner en peligro la protección de la víctima, adoptar sólo medidas penales y enviar el juez de guardia al Juez de violencia el auto para que adopte las medidas civiles. En estos casos celebrada la comparecencia y resuelta la orden de protección queda vedada la posibilidad de hacer nuevas peticiones, quedando desprotegida la familia y más los menores⁵⁷.

⁵² En igual sentido señala LAURENZO COPELLO, P: “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en *Artículo 14, perspectiva de género*, 2003, nº 14, p. 5. “La orden de protección constituye un instrumento de notable importancia práctica que permite concentrar la competencia para adoptar las primeras y más urgentes medidas cautelares en el juez de instrucción, a quien se le atribuye la facultad no sólo de decretar medidas de orden penal...sino incluso ciertas medidas de naturaleza civil que resultan igualmente esenciales para garantizarse la seguridad de las víctimas en las horas siguientes a la denuncia... Muchos estudios empíricos han demostrado que los momentos posteriores a la denuncia y, sobre todo, a la decisión de romper la convivencia, constituyen una de las fases de mayor riesgo para las víctimas del maltrato, lo que justifica plenamente la concentración en un solo órgano judicial de la facultad para adoptar de manera inmediata todas las medidas adecuadas para mantener alejado al potencial agresor con independencia de su naturaleza civil o penal”.

⁵³ Como se señala en el Protocolo citado, la orden se configuró sobre la base de seis principios básicos: el principio de protección de la víctima y de la familia que busca proteger la integridad de la víctima y de la familia para que recuperen la sensación de seguridad; principio de aplicación general pues puede utilizarse con independencia de que haya delito o falta; principio de urgencia en cuanto a que debe obtenerse la orden con la mayor celeridad, en un procedimiento rápido; principio de accesibilidad mediante un procedimiento sencillo accesible a todas las víctimas; principio de integralidad la concesión de la orden ha de provocar la obtención de un estatuto integral de protección que active una acción de tutela en la que se concentren medidas penales, civiles y de protección social; y, principio de utilidad procesal para facilitar la acción de la policía judicial y la instrucción procesal.

⁵⁴ Como sabemos la competencia es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer aunque el juez de instrucción de guardia pueda y deba adoptar medidas cautelares fuera de las horas de audiencia del Juzgado de violencia (normalmente días de fiesta, fiestas consecutivas, etc.). El Juzgado de guardia ha de remitir lo actuado al Juzgado de violencia.

⁵⁵ GARCÍA ORTIZ, L: “Medidas...”, cit., p. 94.

⁵⁶ Es la innovación en la protección a la víctima según señala el Protocolo para la implantación de la Orden de protección.

⁵⁷ PERAMATO MARTÍN, T: “Medidas...”, cit., p. 157.

B. *Protección de datos de la víctima y limitaciones a la publicidad de las actuaciones procesales*

El art. 63 LO recoge medidas de tutela de la intimidad de las víctimas respecto de sus datos personales o los de sus descendientes o tutelados. Se trata de preservar los datos personales de la víctima dejándolos fuera del alcance del imputado y de su defensa: domicilio, centro de trabajo, colegio de los niños, etc, evitando la “victimización secundaria” con el refuerzo de la seguridad de la víctima y sus descendientes⁵⁸. No es novedoso, pues ya se recogía en los arts. 120.1 y 24 CE, 138.2º y 754 LECiv.

A través de estas precauciones se trata de salvaguardar la integridad física e incluso la vida de la víctima que ha depositado su confianza en las instituciones como servicios sociales, servicios de atención a la víctima o casas de acogida⁵⁹.

La privacidad en el ámbito judicial tampoco es una novedad, ya se había previsto en otras normas como la Ley de protección de testigos y peritos en causas criminales de 1994; o la ley de protección jurídica del menor de 1996, entre otras. Si bien sí refuerza los mecanismos previstos, como ha señalado la Fiscalía General en la circular 4/2005, al reforzar la seguridad de las víctimas preservando del conocimiento del imputado determinados datos; y proporciona mayor tutela del derecho de la intimidad de las víctimas. Esta medida implica, claro está, una excepción al principio general de publicidad de las actuaciones judiciales como expresión de la libertad de expresión y derecho a la información, por lo que debe tomarse de forma suficientemente motivada y en forma de Auto⁶⁰.

C. *Salida del domicilio, alejamiento y suspensión de comunicaciones*

Se regula en el art. 64 LO. Estamos ante medidas ya previstas en el 544 bis LECrim, salvo la de salida del domicilio y prohibición de volver que debía adoptarse implícitamente. Es una medida importante con la que se afianza la posición de la víctima para evitar que tenga que ser ella la que abandone el domicilio. Esto implica:

- a) *Orden de salida obligatoria del domicilio.* Supone el lanzamiento ejecutivo y la prohibición al agresor, con intervención policial, de entrar en el domicilio común. Sólo se le permite entrar para coger sus enseres con presencia policial si así se autoriza en el oficio ejecutorio⁶¹. Es una medida importante que implica la atribución del uso de la vivienda a la víctima y que se adopta con independencia de la titularidad de

⁵⁸ GARCÍA ORTIZ, L: “Medidas...”, p. 95; GUTIÉRREZ ROMERO, F M: “Medidas judiciales...”, cit., p. 6.

⁵⁹ GUTIÉRREZ ROMERO, F M: “Medidas...”, cit., p. 7.

⁶⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, F M: “Medidas...”, cit., p. 7.

⁶¹ GARCÍA ORTIZ, L: “Medidas...”, cit., p. 98.

la vivienda, pues sólo se atribuye el uso. Es una medida provisional previa similar a la del art. 102 CC en demandas de nulidad, separación y divorcio⁶². Esta medida de atribución del uso de la vivienda a la víctima mediante la salida obligatoria del domicilio al agresor, ¿es igual en los casos de convivencia de hecho sin hijos menores? Como ha observado GUTIERREZ ROMERO, si la propiedad es de ambos o están en régimen de alquiler, las partes en el plazo de 30 días deben ejercitar la acción civil de división de la casa común, si no sería correcto afirmar que la víctima puede disfrutar de la vivienda indefinidamente⁶³. No obstante una crítica importante a tener en cuenta, es la inobservancia del supuesto en la LAU 29/1994.

- b) *Permuta, excepcionalmente, del uso de la vivienda familiar con autorización judicial con una agencia o sociedad pública por otra vivienda* durante el tiempo y condiciones determinadas en el auto. Es una novedad específica de la LO 1/2004 que no afecta para nada a la propiedad sino tan sólo al uso con el fin de posibilitar que la víctima mantenga la vivienda familiar con sus costumbres y siga desarrollando su vida aún cambiando de residencia. Se le posibilita el desarrollo de su libertad, sin que se le imponga la vivienda habitual por el juzgado o por terceros.
- c) *Prohibición de aproximación a la víctima en cualquier lugar en que se encuentre.* Art. 64.3º y 4º LO. Es la medida más frecuente y común que suele darse y está en relación con la primera. Coincide con la de alejamiento del 544 bis LECrim, así como con la del art. 48 CP. Puede acordarse para su cumplimiento efectivo la utilización de instrumentos para verificar su incumplimiento, como es el caso de la pulsera telemática, y cabe acordar incluso una distancia mínima (normalmente 500 mts) aunque depende del lugar y circunstancias concretas del caso⁶⁴.

En caso de implantación de la pulsera, se ha destacado que esto implica la necesidad de preservar la dignidad e intimidad del sujeto al que se le coloque, pues ya se restringe la vida privada y familiar (STEDH 25 de febrero de 1993 Caso Funke), por lo que se debe regular por Ley. No es en sí una medida cautelar sino un medio para garantizar el cumplimiento de las medidas cautelares. Estos medios telemáticos son pertinentes cuando se adopta una orden de alejamiento, ante la imposibilidad de dar protección policial a todas las víctimas; así como en caso de prohibición de residencia⁶⁵.

También sería posible la utilización del GPS como sistema de localización del agresor. En cualquier caso, el TC ha insistido en la individualización judicial de la situación de peligro para la víctima (STC 62/2005, de 14 de marzo, Sala 2ª).

⁶² PARDILLO HERNÁNDEZ, A: “Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Actualidad Civil*, 2006, nº 6, p. 675.

⁶³ GUTIERREZ ROMERO, F M: “Medidas...”, cit., p. 8.

⁶⁴ El protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de violencia doméstica y de género fija una distancia media de 500 metros.

⁶⁵ GARCÍA ORTIZ, L: “Medidas...”, cit., pp. 100-101.

Uno de los problemas más importantes que plantea, aparte del respeto a los derechos del agresor, es el de su eficacia pues todo depende de los medios materiales que las distintas Administraciones pongan para su cumplimiento ¿Realmente funciona? Igualmente, en caso de incumplimiento de esta medida o cualquiera relativa a la comunicación con la víctima, más cuando existe consentimiento de ésta ¿obligan a actuar? En la práctica parece que no. Ante el consentimiento de la víctima, en ocasiones con reanudación de la convivencia, la medida queda sin efecto y ante una nueva agresión debería comenzarse un nuevo procedimiento. ¿Es una buena solución?

- d) *Prohibición de comunicaciones*. Art. art. 64,5º LO que recoge la medida del 544 bis 2 LECrim., si bien ha de integrarse con el art. 48 CP para entender que comprende cualquier tipo de comunicación con la víctima: por cualquier medio escrito, informático, telemático, verbal, visual, etc.
- e) *Suspensión de la patria potestad, custodia de menores o suspensión del régimen de visitas*. Arts. 65 y 66 LO. Es una novedad de la Ley junto a la suspensión de visitas en cuanto a que se pueden adoptar como medidas cautelares civiles en un proceso penal por violencia y pueden adoptarse de oficio. No obstante, ya se preveían en el art. 533.7º ter LECrim.⁶⁶.

Son medidas de suspensión y no de privación, ya que en éste último caso, sólo se puede acordar como pena por delito (art. 170 CC). Dada su gravedad, estas medidas sólo se acuerdan si el acto de violencia afecta al menor no en otro caso⁶⁷ y en todo caso si existe orden de protección o de alejamiento. Es decir, ha de tratarse de actos graves y perjudiciales para los hijos menores⁶⁸.

Así, la fiscalía General, en la Circular 4/2005 ha señalado “fijar en todo caso la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor para con los hijos comunes puede no resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada. Mas acertado será estipular...el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión del menor...”.⁶⁹ Estas medidas, en todo caso, deben siempre tomarse

⁶⁶ Vid. SENES MOTILLA, C: “Consideraciones...”, cit., p. 6.

⁶⁷ GARCÍA ORTIZ, L: “Medidas...”, cit., p. 102.

⁶⁸ Como señala GUTIÉRREZ ROMERO, F M: “Medidas...”, cit., p. 10, la regulación de esta medida es positiva porque resulta acorde con la introducción de la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad o de la guarda y custodia como pena principal en los delitos de los arts. 153, 173,2º, 171.4º; 172 Cp.

⁶⁹ En este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6, de 4 de julio de 2005 (AC 2005, 229623) negó la posibilidad de suspender el régimen de visitas a un padre sobre una menor a pesar de la existencia de violencia psíquica sobre la madre al no existir situación objetiva de riesgo para la menor. A favor del interés del menor, también se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 6, de 19 de septiembre de 2005 (AC 2006, 290902).

teniendo en cuenta el interés del menor⁷⁰. Está claro que en estos casos de violencia se evita la posibilidad de guarda y custodia compartida (art. 92.7º CC).

D. Control judicial de las medidas

El art. 68 LO prevé como garantía de las medidas adoptadas la necesidad de control judicial de estas. Es algo lógico y necesario dado que estas medidas restringen derechos⁷¹ del agresor.

Por ello, el art. 68 LO exige que se adopten en forma de auto la proporcionalidad y necesidad, con intervención del MF y respetando los principios de contradicción, audiencia y defensa. En el auto ha de exteriorizarse la situación objetiva de riesgo para la víctima (*Periculum in mora*) y la agresión susceptible de ser tipificada como acto de violencia de género (*fumus boni iuris*)⁷².

Las medidas han de respetar el principio de proporcionalidad en cuanto debe ser idónea con el riesgo; necesaria o menos gravosa con el imputado y limitada en el tiempo.

Respecto al control de la medida de alejamiento de la víctima, el protocolo de Actuación de las fuerzas y cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género ha establecido 5 pautas de actuación frente a las decisiones judiciales: a) el examen individualizado de la situación de riesgo; b) el análisis del contenido de la resolución judicial; c) la adopción de medidas adecuadas a la situación de riesgo (asistencia policial las 24 horas; vigilancia electrónica del imputado; asignación a la víctima de teléfonos móviles; vigilancia policial continuada....)....las medidas no han de quedar al libre albedrío de la víctima y que se primará el control policial del imputado para la efectividad de la orden de protección o de alejamiento; d) elaboración de informes de seguimiento para su traslado a la autoridad judicial; y, e) en caso de reanudación de convivencia, inmediata comunicación de los hechos al juez”.

Las medidas adoptadas tanto en la orden de protección como en la LO tienen una duración temporal dado su carácter provisional.

En el caso de la orden de protección su duración es de 30 días prorrogables por otros 30 con el fin de que se pueda iniciar el procedimiento civil en el Juzgado de Familia, quien ha de ratificarlas, modificarlas o extinguirlas⁷³.

⁷⁰ Vid. Auto Audiencia Provincial de Soria, sección 1, de 22 de junio de 2006 (AC 2006, 240501).

⁷¹ MORENO CÁTENA, V: “Medidas...”, cit., p. 209.

⁷² Vid. SENÉS MOTILLA, C: “Consideraciones...”, cit., p. 7.

⁷³ Así ocurrió en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 5, de 11 de abril de 2005, (AC 2005, 245934) donde se atribuyó en la orden el uso de la vivienda a la mujer y posteriormente se dejó sin efecto dicha medida.

Mientras que en el caso de la LO se habla en el art. 69 hasta la sentencia definitiva y, si hay recurso, hasta su duración pues se trata siempre de proteger a la víctima. No hay problema en continuar con dichas medidas haciéndolas definitivas si consta en la Sentencia su confirmación.

En cualquier caso, existiendo sentencia de condena de un acto de violencia de género, se ha previsto la creación de un Registro central de inscripción de sentencias y medidas adoptadas mediante el RD 355/2004 de 5 de marzo, que mediante modificación por el RD 660/2007, de 25 de mayo ha permitido el acceso a dicho Registro de Delegados y Subdelegados del gobierno para tener un mayor control.

V. CONCLUSIÓN

La violencia de género es un problema social que afecta a todos los sectores de la sociedad y en todos sus ámbitos⁷⁴. Es un error entender que afecta más a las capas más débiles o con menos recursos económicos o bien a los inmigrantes⁷⁵.

A pesar de los méritos de la Ley, ésta adolece de defectos importantes. Así, en materia civil y en el ámbito del Derecho común, ¿Qué ocurre si un agresor en régimen de sociedad de gananciales con el ánimo de perjudicar a la víctima disminuye sus bienes o bien perjudica a la sociedad? Es un tema no resuelto⁷⁶ que nos debería llevar a suspender la posibilidad de dichas actuaciones de alguna forma y dar publicidad a terceros en torno a la situación en que se encuentra el sujeto (publicidad registral). Igual ocurre en el ámbito de la obligación

⁷⁴ Así, MIRAT HERNÁNDEZ, P/ARMENDARIZ LEÓN, C: *Violencia...*, cit., pp. 16 y ss., señalan como la “violencia contra la mujer, concretamente la violencia doméstica no es un fenómeno nuevo en la sociedad, sino que es una situación que se ha producido durante siglos, en todas las sociedades y en todas las clases sociales. Este fenómeno es difícil de entender, porque la familia debería representar para el individuo el espacio de la seguridad y de la protección, pero el hecho cierto es que en el seno privado del domicilio familiar se producen actos violentos y con más frecuencia de lo que podamos pensar, a pesar de haber traspasado esta situación el ámbito de lo privado, en algunos casos.

Los factores que determinan la violencia domésticas son múltiples y llevan a convertir el problema en muy complejo: dependencia económica sobre la pareja; falta de preparación profesional; temor a no ser capaz de proporcionar a los hijos el bienestar de que disfrutaban al lado de sus padres; miedo a represalias de la pareja; temor al reproche social; falta de certeza de un fallo judicial a favor; etc. Estos son factores importantes pero en ocasiones no existen y si hay malos tratos en mujeres con recursos propios para vivir con una profesión, etc. Aquí vamos a lo que se llama la INDEFENSIÓN APRENDIDA que consiste en que la mujer víctima de malos tratos no suele reaccionar en el primer episodio de violencia física ni en los sucesivos, por lo que se produce una relación de desgaste, en el que la parte que resulta más débil ante la violencia, normalmente la mujer, va perdiendo la autoestima y con ello los mecanismos de defensa hasta perder la capacidad de reacción (SELIGMAN psicólogo americano), o bien la DEPENDENCIA EMOCIONAL”.

⁷⁵ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R: “Tratamiento de la violencia de género respecto de la mujer inmigrante”, *Diario La Ley*, 2008, 7 de mayo, Ref. D-144.

⁷⁶ En este punto, vid. MONTERO CASILLAS, M: “El régimen económico de gananciales ante las situaciones de violencia de género”, *Diario La Ley*, 2008, 11 de abril, Ref. D-114.

de alimentos ¿Existe tal obligación a pesar de la violencia? ¿Cuándo deja de existir? Son puntos pendientes que necesitan un desarrollo legal.

Contar con los medios personales y materiales suficientes, seguido de las medidas educacionales que paralelamente se va a ir desarrollando debería poner fin al importante incremento estadístico de víctimas que se ha dado en los últimos tiempos y lograr a medio plazo un control de la situación por parte del Estado. Esto lo decía ya MARTÍNEZ GARCÍA⁷⁷, pero la situación es igual o superior debido fundamentalmente a un problema: falta de dotación para hacer efectiva la Ley.

Igualmente, el perdón de la víctima y la infracción de medidas como la orden de alejamiento o de protección ¿Debe realmente mantenerse? No está muy claro que prevalezca la voluntad de la víctima, en ocasiones totalmente confusa, con el interés del Estado⁷⁸. Sería válido si no hay situación de riesgo lo que implicaría un análisis de la situación anterior a la invalidez de la medida⁷⁹.

Otro tema importante en materia civil, puesto al descubierto por el propio Observatorio Estatal contra la violencia de Género, es el de la competencia del Tribunal que ha de declarar la incapacitación de una persona víctima de violencia cuando el procedimiento es instado por el agresor; o los casos de garantía de reparación por impago de pensiones e indemnizaciones a víctimas de violencia en caso de insolvencia del agresor.

Finalmente, otro problema importante es el de la pluralidad de legislaciones en la materia, pues junto a la legislación estatal existe una multiplicidad de normas autonómicas con un ámbito de aplicación diferente lo que lleva a una gran ambigüedad y complejidad a la hora de aplicarlas⁸⁰.

⁷⁷ “Protección...”, cit., p. 333.

⁷⁸ Así, STS 26 de septiembre de 2005 hace prevalecer la voluntad de la víctima frente a la naturaleza pública de la medida.

⁷⁹ Vid. SENES MOTILLA, S: “Consideraciones...”, cit., p. 6.

⁸⁰ Así lo ha manifestado el primer informe del observatorio Estatal de Violencia de género de 2008, si bien ha señalado como la “erradicación de la violencia contra las mujeres constituye un objetivo común y para lograrlo se deben vencer todas las dificultades para tratar de alcanzar la mayor sinergia institucional”.