

Retos y mitos de la LO 1/2004 de Violencia de Género, y reforma del Código Penal: Hacia una política criminal en violencia de género en cumplimiento del principio internacional de "diligencia debida"

Por [Josefa Fernández Nieto](#), Doctora en Derecho UNED.Letrada de la Administración de Justicia.
Ministerio de Justicia. | 10.11.2015

Abstract:

En el presente estudio se realiza un análisis con propuesta de futuro sobre los problemas detectados en la aplicabilidad judicial práctica de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se reclama, la vigencia cada vez más actual del principio internacional de diligencia debida, a través del cual se hace responsable al Estado por el no aseguramiento a la víctima de las medidas contempladas en el mandato legal para evitar o paliar la gravosa situación de la víctima. Así mismo, se hace una propuesta de implantación una nueva política criminal, desde la perspectiva jurídico-penal, que puede ser esencial para resolver el grave problema estructural de la violencia de género, en nuestro país.

SUMARIO.

I.- Introducción.

II.- Las causas del fracaso de la Ley Orgánica 1/2004.

III.- La influencia de la Ley 1/2015 de Reforma del Código Penal sobre los delitos de violencia de género.

IV.- La actuación del Estado y el cumplimiento de la diligencia debida.

V.- Conclusiones.

I.- Introducción

Han transcurrido casi 11 años desde la publicación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y, poco o casi poco se ha avanzado.

Debemos abordar desde un principio, las fallas de la aplicación judicial efectiva de dicho texto legal, y las consideraciones críticas sobre la Ley Integral, observadas a lo largo de este tiempo, no hace falta pensar en profundidad para concluir que ni los recursos ni los medios proporcionados por la Administración han sido suficientes y, por ende, han impedido que la ley pudiera extenderse en toda su aplicación de manera efectiva, a pesar del buen intencionado legislador. Afrontar esa situación estructural de la violencia de género exige sin duda la adopción de medidas sociales, programas de ayuda, y garantías efectivas de la igualdad de oportunidades. El derecho penal, no es, pues un instrumento adecuado por sí solo para solucionar el problema de la desigualdad de género.

No es de extrañar, pues, que el modelo innovador propuesto por la ley 1/2004 haya resultado tan polémico. En efecto, el Consejo General del Poder Judicial, ya afirmaba en su informe de 2001 sobre violencia doméstica que, "la experiencia acumulada en los últimos años demuestra que, con frecuencia, las 1ª agresiones que se producen en una misma familia, aparentemente carentes de verdadera gravedad por la inexistencia de un resultado material lesivo físicamente apreciable, son por ello calificadas inmediatamente como faltas, no adoptándose al respecto medida cautelar alguna en relación con el agresor, y tampoco otro tipo de medidas de protección de la víctima. Sin embargo, en muchas ocasiones, llevan en sí el germen de la violencia, de una violencia moral que algunas veces tiene un reflejo físico evidente pero que, incluso en aquellas otras en que no se materializa en forma de golpes o lesiones, comporta una gravedad intrínseca apreciable, cuyas nefastas consecuencias se acaban manifestando con el tiempo....

De lo anterior, cabe deducir, continúa el Consejo, que las conductas que en nuestra legislación y en la práctica forense habitual se vienen considerando como de escasa gravedad -las constitutivas de falta- carecen de un adecuado tratamiento legal, por no permitir éste en muchos casos la adopción de las

medidas precautorias adecuadas, por prever para aquéllas sólo una respuesta penal muy limitada, y por no servir para frenar la progresión cuantitativa y cualitativa de las acciones violentas en el seno familiar, ni coadyuvar a la erradicación de las causas que la originan ...".

A raíz de entonces, fue extensa la doctrina que se levantó en contra de la Ley 1/2004. Se consideró que las reformas llevadas a cabo, resultaron algo precipitadas, puesto que la gran razón que latía para su justificación y que se plasmó de modo cristalino en la totalidad de su articulado, era **su urgencia política**, para **satisfacer las demandas ciudadanas que en aquel momento, reclamaban** de modo reiterado e insistente la ansiada y pretendida seguridad en su convivencia diaria y cotidiana que pasa por la disminución de los supuestos de violencia de género.

Se esgrimían en contra del texto legal, **argumentos de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad**, se criticaba su estructura abierta que contentaba a todas las orientaciones políticas, e incluso, una **absoluta indefinición de muchos de los mecanismos contemplados de tutela de las medidas** civiles, penales, administrativas y las del orden social o laboral, que anulaba la aplicabilidad práctica de la ley.

- **La principal crítica**, desde el punto de vista jurídico- penal, se centraba en que **el legislador desconocía y sigue desconociendo, la voluntad de la víctima: la imposibilidad de la víctima de retirar denuncias**, la falta de reconocimiento expreso de que un cambio de la opinión de la víctima y que ésta sea causa de revocación de la orden de protección, la regulación obligatoria de reglas de conducta como la prohibición de aproximación en la suspensión de la pena de prisión, aun cuando la víctima manifieste su disconformidad, la imposición obligatoria de las penas de alejamiento y por último, la previsión legal de la pena para los casos de quebrantamiento.

En este sentido, la redacción del **art. 416 LECrim** ha sido un obstáculo, para resolver el problema de la protección de la víctima, señalando, "no dejaba de resultar paradójico que el despliegue normativo realizado por del legislador no alcance su objetivo proteccionista en aras a la existencia de un único precepto" (1).

- **La 2ª crítica**, era la **ausencia de una verdadera política criminal para hacer frente a este tipo de delitos**. El proceso penal actual, está concebido como instrumento destinado a la imposición de una pena a un inculpaado al que se reconocen y garantizan sus derechos fundamentales buscando además, facilitar su reinserción social quedando la víctima reducida en la mayor parte de los casos, a un mero instrumento de investigación, el testifical y sin tener en cuenta las necesidades que en no pocos casos presenta la víctima de un delito de asistencia e incluso de resocialización. **La celeridad no es buena compañera de la justicia, y en casos de violencia de género más todavía**. Sabemos que, la solución mágica no pasa sólo por un juicio rápido, contemplados para tramitar procesalmente estos delitos y para condenar al culpable "resolviendo" el problema, con la imposición de una pena de alejamiento respecto de la víctima.

Las estadísticas del Consejo General de Poder Judicial de 2014 (Observatorio de para la Violencia Doméstica), han demostrado, **hoy por hoy, que la ley no es suficiente** y es necesario afrontar una verdadera y valiente política criminal en España, que sea plenamente efectiva para hacer frente a la problemática de la violencia de género. Las medidas legislativas y procedimentales no pueden ser presentadas como la panacea que ha de solucionar el conflicto. **La prioridad, debe ser sin duda, el desarrollo de las políticas sociales previas, las acciones socioeducativas y las firmes inversiones económicas, para atenuar los efectos de semejantes conductas**. Y si no es así, para el Ordenamiento en general, menos lo es para el Derecho penal concreto, que se presenta como la última ratio entre los diversos sectores jurídicos y que precisamente por este principio de intervención mínima tiene que ser utilizado incluso en estas deleznable conductas, con suma economía para los supuestos más graves.

II.- Las causas del fracaso de la Ley Integral 1/2004.

¿Y por qué se ha producido el fracaso?, nos preguntamos. Las principales causas del fracaso de la respuesta del Derecho penal, para abordar una respuesta efectiva, frente a estos delitos son fundamentalmente los siguientes:

1.- El sistema penal tiende a transformar un problema social de desigualdad en un problema de control del delito

2.- En 2º lugar, la víctima, encuentra poca respuesta a su problema, porque la solución, trasciende y debe permanecer para toda su vida, por lo que engloba una problemática social, educativa y cultural. El Derecho penal, puede brindar una ayuda eficaz aunque no definitiva, lo cual ocasiona una

frustración de expectativas que es un factor importante para determinar la actitud que la mujer pueda adoptar en su futuro respecto a la situación violenta o de dominación vivida por ella. No olvidemos, que por encima de todo la Justicia, y la Justicia penal, se debe al ciudadano. El derecho penal se demora al incorporar una respuesta eficaz, a las voces que reclaman el cese de la violencia de género en este país.

3.- La intervención del Derecho penal, tiende a quitar autonomía a la mujer puesto que la definición de un problema público implica plegarse a las exigencias del sistema penal, lo cual conlleva no atender a los deseos o peticiones de la víctima. Esto es un gran peso negativo, a la vez que contradictorio, con el estatuto jurídico de la víctima.

En el sistema penal el Estado es el que asume el monopolio de la violencia, siendo el único legitimado para legislar y administrar justicia en materia penal. En este sistema el Estado y el delincuente son los únicos protagonistas del delito, quedando la víctima como un mero sujeto pasivo de él.

En el caso de violencia de género, a veces se ignora que el género, se construye también discursivamente desde el Derecho, reproduciendo el sistema de dominio que se dice combatir. Por eso, es tan importante denunciar las leyes sobre violencia la pareja que controlan a las mujeres, las victimizan, infantilizan o les quitan poder de decisión, como señalan AÑÓN Y MESTRE..

Una vez más se pone en evidencia la desconexión entre la realidad empírica y la legalidad vigente. La práctica judicial ha demostrado que un alto porcentaje de mujeres no denuncian, o si lo hacen **no declaran después en contra de su agresor (amparándose en el art. 416 Lecrim), o aún se retractan en juicio, motivando una sentencia absolutoria. No deja de ser común la complicidad de las mujeres en la desobediencia a las órdenes de alejamiento decretadas judicialmente contra sus agresores.**

4.- La solución de futuro pasa por diversificar las respuestas a cada caso concreto. Ello implica reconocer y conocer, qué casos son adecuados para la intervención del Derecho penal en toda su extensión, discutir en qué casos hay que dar paso a las soluciones de Justicia-Restaurativa, **contemplando la mediación penal**, qué agentes sociales deben intervenir para dar respuesta amplia a la problemática planteada, y finalmente, analizar cómo evitar los altos costes que tiene la intromisión penal para la mujeres que son las verdaderas víctimas de estos casos, y finalmente, proporcionar y garantizar respuestas distintas y justas para los agresores condenados.

Los responsables políticos, deben afrontar que la problemática de la violencia de género, ha llegado a su situación límite, es un problema que más allá de lo jurídico. Los estudios de Derecho comparado, abordan con corrección que para estos delitos, la necesidad de ofrecer una alternativa clásica retributiva de carácter no punitivo, frente a las situaciones conflictivas enmarcadas en el ámbito de la legislación de adultos de nuestro país, ofrecer una respuesta pacificadora e integradora desde la perspectiva de la víctima, el victimario y la comunidad otorgando a éstos un renovado protagonismo, en la regulación de sus propios conflictos. En muchas ocasiones se presentan en el Juzgado de Violencia de Género historias de vida de parejas rotas, desde hace años, a los que en 30 minutos, el aparato judicial debe ofrecer una respuesta, lo que supone que **no hay una política criminal dirigida específicamente a estos casos.**

III.- La influencia de la Ley 1/2015 de Reforma del Código Penal sobre los delitos de violencia de género.

El 1 de julio, entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

Prestando especial atención a las novedades y modificaciones que se introducen en materia de violencia de género, podemos destacar las siguientes:

- 1.- Se introduce la discriminación por razón de género como circunstancia agravante de responsabilidad criminal (art. 22. 4 CP).
- 2.- Se tipifica el matrimonio forzado (art. 172bis CP)

- 3.- Se regula el delito de acoso o acecho, también conocido como "stalking", (art. 172 ter CP).
- 4.- Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad mediante la tipificación del nuevo delito de difusión de imágenes, obtenidas con consentimiento de la víctima pero sin autorización para su difusión "sexting", (art. 197.7. CP).
- 5.- Se tipifica como delito de quebrantamiento de condena la manipulación de los dispositivos técnicos cuyo objetivo es controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, (art. 468.3 CP).
- 6.- Se suprimen las faltas de tal forma que la actual falta de amenaza se tipifica como delito leve (art. 171. 1 CP) y la actual falta de coacción también pasa a tipificarse como delito leve. (art. 172.3 CP).
- 7.- Con respecto a las injurias leves y las vejaciones injustas leves salen del ámbito penal salvo en los casos de violencia de género que pasan a tipificarse como delitos leves (art. 173.4 CP).
- 8.- Se incluye el género como uno de los motivos que llevan a cometer los llamados delitos de odio contra un grupo o persona determinada (art. 510 CP).
- 9.- Se establece un régimen único de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 83.1 CP). No obstante, en el caso de delitos relacionados con la violencia de género siempre se impondrán las siguientes prohibiciones: prohibición de aproximación a la víctima, prohibición de residencia en un lugar determinado, y deber de participar en programas de igualdad de trato y no discriminación (art. 83.2 CP).
- 10.- La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad condicional al pago de una multa en el caso de violencia de género, únicamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre el condenado y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal de convivencia o filiación o de la existencia de descendencia común (art. 84.2CP).
- 11.- Se amplía el ámbito de imposición de la libertad vigilada (art. 106) que se podrá imponer en todos los delitos contra la vida (art. 140 bis), en los delitos de lesiones y maltrato de obra cuando se trata de víctimas de violencia de género (art. 156 ter) y en los delitos de violencia física o psíquica habitual (art. 173.2).
- 12.- Se modifica la dicción literal de la tipificación de delito de trata de seres humanos (at. 177 bis CP) en aras de adecuarlo a la Directiva 2011/36 /UE de 5 de abril de 2011.

En un 1º análisis, podría afirmarse el loable intento del legislador por reforzar la tutela penal de los delitos relativos a la violencia de género.

Pero en el análisis concreto, surgen las dudas, algunas importantes, como son:

1.- Es clara la influencia del contenido del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Un Convenio que conceptúa la violencia de género como forma de discriminación y en tal sentido insta a los Estados a actuar en cumplimiento de la llamada "diligencia debida". La propia dicción textual del apartado XXII del Preámbulo de la LO 1/2015, resulta significativa por 2 motivos: 1º porque identifica el "género" como fundamento de conductas discriminatorias y 2º, porque lo diferencia del término sexo.

2.- Otro aspecto que cabe reseñar de la reforma penal acometida, y con una incidencia directa en los casos de violencia de género, es que a pesar de que para la persecución de los delitos leves se requiere la denuncia previa de la persona agraviada o perjudicada (o de su representante) este requisito de perseguibilidad se exceptiona en los casos de violencia de género, así como en el nuevo delito de acoso, acecho o "stalking".

3.- En los delitos de "stalking" y "sexting", nuevos delitos para el derecho penal español, suponen un logro para dar respuesta a las conductas habituales contra la libertad y seguridad de las víctimas. Lo que no resulta tan claro es, que cabe entenderse como por conducta "insistente y reiterada", así como cuando en sede judicial hay que probar los términos de esa alteración grave de la vida cotidiana. Con relación al "sexting" los comentarios son coincidentes, y es la necesidad de que para que sea típica la difusión, revelación o cesión a 3º de imágenes o grabaciones de la persona afectada se requiere que tal divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la persona afectada. Un detalle importante de la reforma es que, no se tipifica de forma agravada para los supuestos de violencia de género, sino que es tanto para violencia doméstica como violencia machista, por tanto, no cabe hablar de una protección de tutela penal reforzada en casos de violencia de género.

4.- Con respecto a las penas de multa conviene destacar que en casos de violencia de género solo se podrá imponer cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones

económicas. Se trata de evitar sancionar económicamente a las víctimas. Este hecho supondrá una carga probatoria para la víctima importante.

Estos son algunos aspectos de la nueva reforma del Código penal, y su incidencia en lo que a violencia de género se refiere. Pocos cambios, a nuestro modo de ver. Sin duda, el futuro en la aplicación judicial de los nuevos delitos tipificados, será el que determine el acierto o no del legislador.

IV.- La actuación del Estado y el cumplimiento de la diligencia debida

Con ocasión del dictado [de la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres en 1993](#), se volvía a insistir en el concepto de "diligencia debida", referido al deber de los Estados de prevenir, investigar, castigar todo acto de violencia, contra la mujer, ya sea perpetrado por el Estado, o por particulares.

El principio de diligencia debida, principio básico en el Derecho internacional, se reivindica como el parámetro-medidor de la responsabilidad de los Estados en esta materia.

El Convenio de Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014 insistió en la necesidad del cumplimiento de este principio.

¿Es España diligente en la lucha contra la violencia de género?..

En el Informe del Comité de las Naciones Unidas, *Mas allá del Papel*, se concluye que España debe acometer una acción decidida para hacer efectiva la legislación y eliminar un conjunto de prácticas, mecanismos y enfoques que pueden continuar orientando la respuesta institucional y los desempeños, de funcionarios y agentes, en términos adversos a los derechos humanos de las mujeres.

Y se dice más, **la administración de justicia no está tutelando debidamente el derecho de las víctimas a reparaciones justas y oportunas.**

El derecho a una reparación con sus componentes de indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, no se encuentra sólidamente garantizado por el Estado.

El Comité de Naciones Unidas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) ha dictado una histórica resolución que condena al Estado español por no haber protegido a una niña de 7 años que fue asesinada por su padre (con antecedentes de malos tratos) durante un régimen de visitas sin vigilancia. El fallo pide al Estado español que se indemnice a la madre de la víctima y que la Justicia tenga en cuenta los antecedentes de malos tratos en la concesión de custodias a padres maltratadores. La denuncia, presentada en septiembre de 2012, por Women`s Link Worldwide, tenía como objetivos que se declarase responsable al Estado por la negligencia de las autoridades y que, en consecuencia, se resarciera económicamente a Ángela. Al mismo tiempo, **se solicita al Estado que implemente un sistema que logre proteger de manera real y efectiva tanto a mujeres como a menores víctimas de violencia de género.**

El Comité recuerda que los Estados están obligados a ello, no sólo a ser diligentes en la formulación de leyes, sino que para que su aplicación sea posible deben darse los recursos y la voluntad política. Si bien reconoce los esfuerzos realizados por España contra la violencia de género en materia de legislación, educación y capacitación, al mismo tiempo identifica que persisten costumbres y prácticas por parte de jueces, fiscales, trabajadores sociales y otros agentes estatales que constituyen discriminación contra las mujeres y que se traducen en estereotipos de género y en otras formas de discriminación que fomentan la violencia y permiten la impunidad.

En esta línea, **el art.18 de la Directiva 2012/29/UE**, de 25 de octubre, señala que sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen.

Sin embargo, la normativa española de violencia de género no ha desarrollado suficientemente los deberes internacionales del Estado en esta materia.

La clave de la operatividad de la figura de la diligencia debida "stricto sensu", pasa por un compromiso integral por parte de los Estados, tanto en el desarrollo de su normativa interna, como la adopción de políticas y estrategias de intervención; las bases establecidas en el marco internacional determinan un marco de actuación para los Estados que persigan la erradicación de la violencia y el desarrollo de relaciones equitativas de género, pero es necesario su desarrollo e implementación a nivel interno contando con todos los medios y presencia de los poderes públicos. En este sentido, de habla de violencia "institucional", en aquellos casos en los que la respuesta de las instituciones o sistema públicos, genera en si misma daño físico o psicológico a los usuarios de los servicios públicos.

Es evidente que en estos casos se están dando las circunstancias para que el Estado o la Administración sea responsable directa de los daños ocasionados, puesto que se trata de una lesión en los bienes o derechos de la persona, como consecuencia del funcionamiento, en estos casos del mal funcionamiento. Con esto, estamos demostrando que el Estado tiene en muchas ocasiones, responsabilidad no sólo por culpa "in vigilando" al no haber evitado el delito en cuestión cuando debía, sino también, por responsabilidad directa en los daños causados en los casos que hemos señalado anteriormente, como queda reflejado en el informe sobre muertes violentas del CGPJ.

En este sentido, es muy novedosa, la línea de trabajo que avanzamos ahora, centrándonos en la aplicación de la ley de violencia de género, que ha revelado sus lagunas jurídicas en relación al ámbito subjetivo y garantías. La desprotección legal de los menores exige su consideración como víctimas de violencia doméstica. Entre esas graves deficiencias, en el sistema español, hemos resaltado que las soluciones deben pasar por la regulación de la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la "diligencia debida" y de la administración por victimización secundaria. De todo lo expuesto, podemos decir que en lugar de justificar la inacción de las instituciones descargando en las víctimas la obligación de denunciar (que por supuesto, también la tienen), las autoridades deben verificar la efectividad de la protección "integral" prevista en la LO 1/2004, dispuesta a identificar los obstáculos que, en la ley o en su aplicación, impiden a las mujeres obtener como ciudadano- víctima, tutela, justicia, reparación y protección.

V.- Conclusiones

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004), puede considerarse un importante paso para mejorar la respuesta institucional a la violencia contra las mujeres en España. Sin embargo, 11 años después de su entrada en vigor, **importantes derechos garantizados por esta ley, no se han hecho realidad.**

La falta de cumplimiento y eficacia real del mandato legal, se debe, entre otros motivos, **a la escasez de financiación**, y a un enfoque realista, que desconoce la perspectiva de los estándares de cumplimiento de los derechos humanos más allá del reparto competencial entre Administraciones, así como a la ausencia de una evaluación de las medidas implementadas, con participación de las mujeres sobrevivientes y de sus organizaciones. Prueba de que **el Estado no actúa con la debida diligencia que le exige el derecho internacional** es que en general lo menos desarrollado de la ley integral ha sido todo lo relativo a prevención y educación, ejemplo de medidas que se prevén en abstracto pero que luego no se concretan ni desarrollan.

¿Qué debe hacerse?: Afrontar los obstáculos observados con verdadera voluntad política, mayor concienciación social del problema, formación de todos los agentes implicados que garantice una adecuada capacitación y profesionalización, y sobre todo, una nueva visión de la política criminal dirigida a salvar a la víctima y no proteger al delincuente, una política que debe reinventarse y ello es difícil. No se pretende en este trabajo, defender la **propuesta de que se elimine el derecho penal como respuesta a la violencia contra la mujer** pareja, pero sí que éste juegue un papel más secundario y subordinado y no tan preeminente y principal como el que ocupa ahora porque los resultados lo han demostrado.

El carácter estructural de la problemática de la violencia de género, que la propia Ley resalta, exige una respuesta que sea verdaderamente integral, y en esa dirección es en la que deberían darse los pasos futuros, no sólo frente a los agresores, sino también y principalmente, frente a las víctimas de violencia de género, proporcionando por parte del Estado, en el ejercicio de su responsabilidad,

derivada del principio del cumplimiento de la diligencia debida y de la buena fe, las soluciones necesarias para una tutela y protección efectiva de la víctima.

"Cuidate mucho de hacer llorar a una mujer, pues Dios cuenta todas sus lágrimas ". Talmud.

Nota (1)

- Con la L.O. 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 416, apenas se ha resuelto el problema que se ha apuntado.
- **1.** Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el 2º grado civil, así como los parientes a que se refiere el nº 3 del art. 261.

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

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

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

- **3.** Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación. Apartado 3 en el art.416 introducido por el apartado 9º del art.1º de la L.O. 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales («B.O.E.» 28 abril). Vigencia: 28 mayo 2015 Véase, respecto a la sustitución del sustantivo «imputado», de la expresión «imputados o procesados» y del adjetivo «imputada», en singular o plural según corresponda, el apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre («B.O.E.» 6 octubre).

El Acuerdo del TS Pleno no Jurisdiccional, de fecha 24/04/2013 sobre el alcance del art. 416 de la LECrim, ha sido positivo pero no resuelve en su totalidad la problemática de la dispensa. Se establecía que: "La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por algunos de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

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

El Acuerdo exponía en claro uno de los problemas aplicativos más graves: el de la eficacia ultra vires de la facultad de abstención cuando en el momento del juicio el testigo ya no reúne las condiciones personales de ejercicio de la facultad que sí ostentaba, sin embargo, al tiempo en que se produce el hecho justiciable y accede, por ello, a la información probatoria.

El problema la actual redacción operada con la reforma, no obstante, que subsiste es cuándo debe reputarse que al momento de acceder a la información sobre el hecho justiciable la situación de análogo afecto ya había cesado de forma definitiva.

Cuestión que nos lleva al muy complejo problema relativo a cómo acceder, al cómo indagar –tanto en la fase previa como en el propio acto del juicio oral- sobre las condiciones personales de reconocimiento y eficacia de la facultad del art. 416 LECrim en los supuestos de parejas de hecho...

En cuanto a la 2ª excepción de aplicación, el acuerdo parece que recoge, la doctrina contenida en la STC 94/2010...si bien parece que de dicha sentencia no cabe extraer, en términos de consecuencias necesarias, que la facultad del art. 416 LECrim se desactiva por el solo hecho de que el testigo potencialmente acreedor de aquélla se haya personado y ejercite la acción contra la persona acusada...

El acuerdo es un espaldarazo explícito a la tesis que considera prevalente la existencia de razones de inexigibilidad de declarar cuando existía la relación prevista en el art. 416 LECrim. al momento del hecho aunque la misma hubiera cesado al momento del juicio.

Por otro lado, las excepciones al principio general serían razonables.

1º, porque es consecuencia de la interpretación expansiva de la propia Ley que sustenta el acuerdo. El límite temporal de la facultad vendría determinado no por el momento en que se declara sino por el momento de producción de los hechos justiciables sobre los que una persona es llamada a declarar.

2º, porque se presenta como una corrección de la extensión subjetiva apoyada en doctrina constitucional -STC 94/2010- que pondera los intereses en juego de forma muy razonable -vid. como contrapunto, la STEDH, de Gran Sala, caso Van Hiejden c. Holanda de 3 de abril de 2012, que en un ejercicio inaudito de formalismo prima el interés del estado en la adquisición del material probatorio para fundar el ejercicio de la acción penal frente, o en menoscabo, al derecho a la vida privada y familiar de una mujer que fue encarcelada por negarse a declarar contra el padre de sus 3 hijos porque su relación no se inscribió en el registro de parejas de hecho que, como requisito para el reconocimiento de la facultad de abstención, reclamaba la ley procesal holandesa-.

En resumen, que el Acuerdo, en los términos minimalistas con que se formula es positivo –aunque no agota, ni mucho menos, el catálogo de problemas que plantea el artículo 416 LECrim-.

Vid también MARTINEZ MORA G., *La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del art. 416 LECrim*, Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2176, marzo 2015. Art. 416: Están dispensados de la obligación de declarar.

CONCLUSION: Nada de Modificar la actual ley 1/2004 por su estruendo Fracaso.

Solo incidir en más y más subvenciones para ciertos colectivos feministas.

Y que El Estado sea el responsable de Todo lo que Ocurra.

Asociación Padres y Madres *en Acción* (PAMAC)



www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com