

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención y represión de la violencia de género: perspectiva española e internacional

*Miguel Ángel Núñez Paz**

Sumario: **1.** La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención y represión de la violencia de género. **1.1.** El Ministerio Fiscal frente a la violencia de género: la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. **2.** Las Instituciones Penitenciarias como mecanismo tutelar del Estado para el cumplimiento de las penas, y la reinserción y resocialización de los sentenciados a penas privativas de libertad. **3.** Las obligaciones internacionales de los Estados en la prevención y lucha contra la violencia de género. La violencia “online”. **4.** El Pacto de Estado en materia de violencia de género: otro mecanismo estatal de prevención de la violencia de género.

Resumen: Queda claro que uno de los grandes retos que enfrenta el Estado español, y los distintos Estados democráticos del mundo, es el constante aumento en la violencia de género. En el presente escrito, el autor Miguel Ángel Núñez Paz aborda el tema de la creciente violencia de género, y las alternativas que tiene el Estado para controlar dicho fenómeno, desde distintas aristas: la función del Ministerio Público como controlador de la acción penal, las instituciones penitenciarias con el objetivo de reintegrar, las obligaciones de los Estados en el tipo de violencia de género en redes, y una alternativa concreta para establecer un mecanismo de defensa ante dicha violencia.

Abstract: It is clear that one of the great challenges facing the Spanish State, and the different democratic States of the world, is the constant increase in gender violence. In this paper, the author Miguel Ángel Núñez Paz addresses the issue of growing gender violence, and the alternatives that the State has to control this phenomenon, from different angles: the role of the Public Ministry as controller of criminal action, the penitentiary institutions with the objective of reintegrating, the obligations of the States

* Catedrático de Derecho penal.

in the type of gender violence in networks, and a concrete alternative to establish a defense mechanism against said violence.

Palabras clave: Violencia de género, instituciones estatales, pacto de Estado, Estado protector

Key words: gender violence, state institutions, State pact, protective State

1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO ACTIVIDAD TUTELAR DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Uno de los mecanismos tutelares fundamentales del Estado de Derecho, conformando incluso un poder constitucional independiente, junto al Legislativo y al Ejecutivo, es el Poder Judicial, integrado por los Juzgados y Tribunales integrados por Jueces y Magistrados, sometidos únicamente al *imperio de la Ley*, como dispone el art. 117 de la CE, cuando proclama que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.

Este sometimiento, únicamente, al imperio de la Ley diseña unos patrones en las actuaciones jurisdiccionales, tanto en las procesales como en las resolutorias definitivas o firmes.

En un Estado de Derecho no es concebible una actividad, sea privada o pública, que no sea conforme a Ley, y su vulneración no esté sujeta a tutela judicial efectiva, conforme al art. 24 de la C.E. y con las garantías jurídicas de asistencia Letrada del art. 17 de nuestra Carta Magna. Por consiguiente, tanto en el caso que nos ocupa de violencia de género como en cualquier conducta sometida a control judicial, opera sin duda alguna la “*presunción de inocencia*”, siendo dicho principio uno de los pilares básicos de un Derecho Penal moderno.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, donde en su apartado 11.1 se proclama que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio

¹ Vid. *Artículo 11* Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950², refrendado en multitud de tratados internacionales³, la presunción de inocencia es un principio penal de carácter universal, consagrado, como ya se ha citado, en el art. 24 de la C.E., siendo evidentemente la presunción de inocencia un derecho inalienable de todo ciudadano que a las normas procesales y sustantivas corresponde respetar y proteger.

Sin embargo, a pesar de la obligatoria (por imperativo de Ley) irrenunciabilidad al escrupuloso respeto a este principio nuclear del Derecho Penal, a veces se suceden situaciones sociales en las que la alarma social, (real o aparente, justificada o no), incita al populismo punitivo⁴, propiciando que los legisladores dilaten las penas,

² Vid. *Artículo 6* Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1.979.

³ Vid. CARL STUMER A. *"La presunción de Inocencia"*. Prólogo de Colin Tapper. Magdalen College, Oxford. La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos Traducción de Walter Reifarth Muñoz. Marcial Pons. p. 15. Madrid. 2018. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491234586.pdf>: *La presunción de inocencia está universalmente reconocida como un derecho humano fundamental y como un principio básico en la administración de justicia penal. ... En cualquier parte del mundo, los que definen las normas de la justicia penal deben disponer de medios para decidir si (y, en caso afirmativo, cuándo) se pueden justificar ciertos límites a la presunción de inocencia.*

Entre otros Tratados internacionales que refrendan la presunción de inocencia figuran:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada el 10 de diciembre de 1948); art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976); art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (adoptado el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953); art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (adaptada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada el 27 de junio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986); art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, agosto de 1789); art. 11.d) de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades de 1982; art. 35.3.h) de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996; art. 25.1 de la Charter of Human Rights and Responsibilities Act de 2006 (Estado de Victoria, Australia); art. 25.c) de la New Zealand Bill of Rights Act de 1990. En Estados Unidos, la presunción de inocencia se encuentra implícita en la garantía del debido proceso de las Enmiendas quinta y decimocuarta.

⁴ Vid. ANTÓN-MELLÓN J. y ANTÓN CARBONELL E. *"Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)"*. Revista Internacional de Pensamiento Político - I Época - Vol. 12 - 2017, pp. 133-150. <https://www.google.com/search?q=punición+popular&oq=punición+popular&aqs=chrome..69j57.5095j1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

La Sociología y Criminología Críticas anglosajonas del último decenio del siglo XX e inicios del s. XXI fueron el marco académico en el que surgió el término populismo punitivo. Concretamente fue A. Bottoms el primero en utilizarlo en su obra The Philosophy and politics of punishment and sentencing (1995), seguido por otros autores Roberts et al. (2003), Newburn y Jones (2005) y Pratt (2007). Todos ellos entendían por populismo punitivo la utilización electoralista del Derecho Penal. Acriticamen-

o disminuyan las garantías procesales, básicamente a impulsos de una expectativa electoral.

Sin abordar la incidencia jurídica de este fenómeno socio político en todas las numerosas figuras delictivas que conforman el Código Penal, y ciñéndonos solo a los delitos de violencia de género, hay que reflexionar profunda y serenamente si las modificaciones legales, procesales, y la orientación jurisprudencial que las interpretan están consiguiendo una minoración de los delitos de violencia contra las mujeres.

Desde la Ley 1/2004, que significó un punto de inflexión en la lucha contra la violencia de género, hasta hoy, los delitos de maltrato contra las mujeres en el seno de una relación de pareja no han cesado, y lo que es más trágico, las mujeres asesinadas, tampoco. Más de mil mujeres asesinadas por sus parejas desde el año 2003 hasta el 2019⁵, deberían hacer reflexionar a los poderes públicos sobre la efectividad de todo lo actuado y no disponerse a abordar reformas sustantivas o procesales sin las opiniones autorizadas de expertos. Los cambios legislativos a impulsos de medios de comunicación, o de opinión pública mediatizada, hasta ahora no han acertado en la raíz y por tanto en la prevención del problema. Un estudio científico, serio y riguroso, sin influencias demagógicas ni de políticas interesadas, abordando las causas estructurales de la violencia de género, y disponiendo de los medios suficientes para prevenirla, será siempre más eficaz que un aumento indiscriminado de pena o de disminución de las garantías procesales. La posible subjetividad de algunos medios de comunicación de masas, puede crear un estado de opinión que conlleve la elección de la oferta política electoral que dé respuesta inmediata (aunque irreflexiva) que satisfaga sus pretensiones.

Lo que puede condicionar la efectividad de la función jurisdiccional no es la merma de garantías sino la dilación en las resoluciones judiciales. La actividad u omisión del Estado en el cumplimiento de sus funciones, entre ellas la judicial, puede causar perjuicios a los ciudadanos. La Administración de Justicia en España es el servicio público peor valorado por los ciudadanos. En el *“Informe de Calidad de los servicios*

te, determinadas élites políticas occidentales agravaban sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública sin cuestionarse las causas estructurales de los delitos; sin tener en cuenta los datos empíricos de los índices de criminalidad; obviando el enorme grado de subjetividad existente en la opinión pública debido a la truculencia (económicamente interesada) de algunos medios de comunicación de masas, alcanzándose, puntualmente, situaciones de pánico moral/ alarma social; y despreciando las autorizadas opiniones de los expertos en la materia. Si esas élites políticas occidentales hubieran escuchado a dichos expertos, hubieran sabido que los cambios legislativos efectuados según los criterios populistas punitivos ni reducirían los delitos ni serían la salvaguarda del consenso moral de la sociedad. Ambas cuestiones son demagógicos objetivos que se pretendían lograr en paralelo a su auténtico objetivo, ganar las elecciones: alcanzar o revalidar el poder.

⁵ Op. cit. Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer. Gobierno de España. http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/Vmortales_2019_06_21.pdf

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

*públicos en tiempos de austeridad*⁶ (informe del 2014), del Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas, de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, consta que el porcentaje de ciudadanos que se declaran satisfechos con el funcionamiento de la administración de Justicia ha caído de forma importante en 2013 (8 puntos porcentuales, pasando del 24 por ciento en 2012 al 16 por ciento en 2013, lo que supone un 25 por ciento de reducción en un solo año del número de satisfechos), alcanzando un mínimo histórico de la serie, que implica que casi 8,5 de cada 10 ciudadanos encuestados consideran que el funcionamiento de la justicia en España no es satisfactorio. Es más, incluso se ha incrementado el porcentaje de personas que se sienten “nada satisfechas” con su funcionamiento hasta el casi 44 por ciento siendo el porcentaje más alto de toda la serie histórica elaborada por el Ministerio.

Este mal funcionamiento de una Administración Pública esencial para el enjuiciamiento y fallo (en los casos objetos de este estudio) no propicia una actuación que coadyuve, todo lo eficaz que fuera deseable, junto con otros mecanismos tutelares del Estado, a la prevención y represión de los delitos.

Las dilaciones indebidas en los procesos de enjuiciamiento y fallo, a veces conllevan una espera de la resolución definitiva o firme que no favorece la pacificación de la relación traumática de la pareja sometida a juicio, y además tiene un efecto penológico singular: la de atenuar la pena (art. 21. 6º del CP) del autor culpable del delito. La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio⁷, en su preámbulo hace una declaración de asunción del mal funcionamiento de la Administración de Justicia cuando dice

⁶ Vid. “Calidad de los Servicios Públicos en tiempo de austeridad”. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. p. 47

“Aunque puedan tenerse en cuenta las precisiones anteriores a la hora de interpretar los datos que siguen, lo cierto es que el porcentaje de ciudadanos que se declaran satisfechos con el funcionamiento de la administración de Justicia ha caído de forma importante en 2013 (8 puntos porcentuales, pasando del 24 por ciento en 2012 al 16 por ciento en 2013, lo que supone un 25 por ciento de reducción en un solo año del número de satisfechos), alcanzando un mínimo histórico de la serie, que implica que casi 8,5 de cada 10 ciudadanos encuestados consideran que el funcionamiento de la justicia en España no es satisfactorio. Es más, incluso se ha incrementado el porcentaje de personas que se sienten nada satisfechos con su funcionamiento hasta el casi 44 por ciento siendo el porcentaje más alto de toda la serie histórica.” https://letradosdej usticia.es/wp-content/uploads/2014/05/www.aeval_.es_export_sites_aeval_comun_pdf_calidad_informes_Informe_Percepcion_2014.pdf

⁷ Vid. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152 de 23 de junio del 2.010.

“En materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía”.

que se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía. Esta circunstancia modificativa, de atenuación de la pena, significa, por una parte, que un mal funcionamiento de una Administración Pública, que debería conllevar una responsabilidad patrimonial del Estado, se convierte en una menor protección penal de la víctima al atenuarse la pena al autor culpable del delito. Desde esta óptica, el Estado no solo no asume su responsabilidad por mal funcionamiento de una Administración Pública, sino que desplaza sus efectos hacia a terceros⁸. Y es necesario determinar qué ha de entenderse por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y cuál es la responsabilidad del Estado, analizando la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, su efecto reductor sobre la pena impuesta y la posibilidad de que la víctima del delito pueda exigir algún tipo de compensación a quien tiene la obligación de actuar con justicia, eficacia y dentro de los plazos razonables.

La doctrina construida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, antes de la positivización de la atenuante a la que nos referimos, centra su atención técnica en el cumplimiento de una tutela judicial efectiva (art. 24 CE) sin dilaciones indebidas. Y con posterioridad a la LO 5/2010 de 22 de Junio, en la Sentencia del TC de fecha 11 de Abril del 2016⁹, el Tribunal Constitucional declara la prohibición

⁸ Vid. MAYORDOMO RODRIGO, V. "Atenuación de la pena por dilaciones indebidas y responsabilidad del Estado ante las víctimas". Revista General de Derecho Penal, nº. 27, 2017.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6037338>, *La actividad u omisión del Estado en el cumplimiento de cualquiera de sus tres funciones -administrativa, legislativa o judicial puede causar daños a los ciudadanos que deberían ser reparados por él. La realidad nos está demostrando, con demasiada insistencia, que la Justicia en España no está funcionando bien. Tras complejas y eficaces investigaciones y actuaciones de los cuerpos policiales, son muchos los asuntos conocidos en los que o bien las penas prescriben, o se conceden indultos por causas inexplicables o las penas se ven sensiblemente rebajadas debido a retrasos injustificados en la Administración de Justicia.*

⁹ Vid. Sentencia de la Sala Segunda del TC 63/2016, de fecha 11 de abril del 2016. BOE núm. 122 de 20 de mayo del 2016.

"Pues bien, para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del meritado derecho, hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra jurisprudencia, conforme a la cual, este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4); por otra parte, el derecho fundamental referido no puede identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad (STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3). Como hemos subrayado, más recientemente, en las SSTC 89/2014, de 9 de junio, FJ 4; 99/2014, de 23 de junio, FJ 4, y 74/2015, de 27 de abril, FJ 4, con cita de la jurisprudencia precedente, la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a los Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma natu-

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales, imponiendo a los Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Y todo ello, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma¹⁰ (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE. Y asienta una regla de consideración hacia el justiciable, ajeno a la infraestructura material, humana y procesal que el Estado facilita a la Administración de Justicia para el cumplimiento de sus fines, aun cuando el retraso parezca obedecer a causas estructurales y a la carga de trabajo que pese sobre el órgano judicial. Motivos estructurales que, aunque *no* imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Este deficiente funcionamiento de una Administración Pública estatal, además de desamparar a la víctima con una menor protección penal en beneficio del autor culpable del hecho, puede significar una revictimización de la mujer agredida al tener que soportar una excesiva espera en disponer de una resolución judicial firme que dé respuesta a su denuncia.

La injusticia de una justicia lenta nos obliga a reflexionar sobre las responsabilidades del Estado al no dotar a la Administración de Justicia de una infraestructura adecuada para el eficaz cumplimiento de sus fines ante los ciudadanos¹¹; y la de los

raleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando. Tales son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades.”

¹⁰ Vid. Artículo 6. *Derecho a un proceso equitativo*, de la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1.999.

¹¹ Vid. BELLOCH JULBE, J.A. “*Las dilaciones indebidas*”. Ponencia presentada por el autor en el curso sobre “*Poder judicial y proceso penal*”, en la Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida, en agosto de 1989. *El interés central de la Ponencia radica en tratar de avanzar alguna reflexión sobre el alcance de los deberes constitucionales que pesan sobre jueces y tribunales, en el concreto momento*

Jueces y Tribunales en el momento de ejercer su actividad jurisdiccional, como órganos gubernativos, que deben articular su funcionamiento con criterios de eficiencia, organización del trabajo, y racionalidad de los mismos, optimizando los recursos de que disponen.

Centrándonos en los efectos que puede producir el posible mal funcionamiento de la Administración de Justicia en la resolución judicial de las denuncias de violencia de género, y en la afectación que una excesiva dilación pueda producir en la víctima, tenemos que meditar nuevamente sobre lo que se denomina revictimización, victimización secundaria, o doble victimización, como proceso mediante el cual se produce un sufrimiento, estrés, y riesgo añadido, por parte de las instituciones (en este caso, la Judicial), con competencia para dar respuesta a la denuncia formulada por la víctima, tanto en el plano represivo de la conducta antijurídica por parte del autor, como en la función preventiva que una resolución firme y dictada en tiempo razonable pueda producir en el mismo para evitar futuras conductas reprochables. Y se acentúa esa inquietud en unos tiempos en los que la consolidación de la Victimología como disciplina de carácter científico, sitúa en un plano principal a la víctima, quien en otros tiempos de la ciencia del Derecho Penal solo merecía un sentimiento de pena, y no tanto de justicia¹².

El sistema penal, comprendiendo en él tanto la investigación policial previa, como la Instrucción y la Vista, generan en la víctima una situación de estrés que en muchas ocasiones le hace desistir de su acción, por cuanto puede llegar a causarle incluso más daño traumático que la agresión¹³.

La Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 de 4 de Julio, en el fundamento de Derecho noveno aborda la revictimización a la que ha sido sometida la víctima durante la duración del proceso¹⁴.

de ejercer su función jurisdiccional, ante el hecho evidente de la obvia injusticia de la Justicia lenta. Dicho en términos muy simples la cuestión podría sintetizarse así: 1.-La maquinaria judicial es hoy patológicamente lenta. 2.-La lentitud equivale, casi siempre, a un mayor o menor grado de injusticia. 3.- ¿Qué puede y debe hacer un juez ordinario "mientras tanto"? Esto es, mientras se producen, con inevitable lentitud, las reformas procesales y orgánica de carácter estructural." <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529940>

¹² Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ G. "Perfil de la Víctima de violencia intrafamiliar y de género desde una realidad latinoamericana. Estudio victimológico comparado de la Ciudad de Hermosillo (Sonora-México)." dentro de la obra "Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género". NÚÑEZ CASTAÑO, E. y otros. Tirant lo Blanch. p. 305. Valencia. 2010.

"En la actualidad, la víctima adquiere un renovado interés. La Criminología, el Derecho Penal, la Política Criminal, la Psicología Social reconocen lo necesario que resulta su estudio, al mismo tiempo que precisan e incrementan los conocimientos científicos sobre la víctima".

¹³ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. con prólogo de FARALDO CABANA, P. "Violencia sexual de Género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales." Reus. p. 401, Madrid 2019.

¹⁴ Op. cit. STS 344/2019 de 4 de Julio. <https://supremo.vlex.es/vid/798365717>

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

La atención a las víctimas de los delitos, tras permanecer olvidadas durante tanto tiempo¹⁵, ha propiciado que se dirigiese la vista hacia ellas en orden a conocer sus necesidades, reconocer sus derechos, y a no contraponerlos a los derechos de los delincuentes. Se pueden argüir para explicar este cambio de orientación teórica y de política criminal varios argumentos, (oportunismo político, presión de grupos organizados, etc.), pero sin duda han coadyuvado a esa visibilización los fenómenos del terrorismo y de la violencia de género, que han mostrado con toda crudeza los resultados de esos delitos. Hoy la victimología existe. Y tanto en la función legislativa sustantiva como en la procesal, deberían contemplarse los derechos de las víctimas hasta el punto de hacerles partícipes, como sujetos activos, de la justicia penal.

1.1.- El Ministerio Fiscal frente a la violencia de género: la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

El art. 124 de la Constitución Española atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹⁶, en su artículo primero reproduce la atribución de competencia que determina la Constitución en el antes citado art. 124 CE, continuando en su artículo segundo, que es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. Por tanto, el Ministerio Fiscal es otro importante mecanismo tutelar del Estado en el objetivo de prevención y represión de la violencia de género, al estar integrado en el Poder Judicial y ejercer su función defendiendo la legalidad y el interés social. Defensa de la legalidad que debe presidir tanto la actividad procesal como el principio acusatorio. Y es necesario resaltar la exigencia de legalidad en ambas actividades, (procesales y sustantivas), por cuanto el interés social no debe obviar las garantías exigibles en un proceso penal. En un Estado de Derecho solo se defiende el interés social conforme a Ley, por cuanto dicho interés social comprende el de cada uno de los ciudadanos (sujetos activos o pasivos) afectados en un procedimiento judicial.

¹⁵ Vid. LARRAURI PIJOÁN, E. "Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?", n° 15, pp. 21-31. 1992. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520556>

¹⁶ Vid. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. BOE núm. 11 de 13 de enero 1982.

Y sentado el principio de legalidad, como exigencia inexcusable, el Ministerio Fiscal puede orientar su actividad investigadora y de obtención de pruebas a fin de impetrar una respuesta judicial represiva de la acción penal, y preventiva y de protección en evitación de mayores riesgos a la víctima.

La importante función del Ministerio Fiscal¹⁷, (además de la clásica en nuestra tradición jurídica, la del ejercicio de la acción penal), en la protección de las víctimas y de sus hijos, aspecto en el que se le ha conferido un papel protagonista, al encomendársele la misión de instar las medidas cautelares que resulten precisas para protegerlas frente al agresor y la de velar por su protección frente al procedimiento, convierten a esta Institución en un eje fundamental en la lucha contra este tipo de delitos.

Este último apartado de la función del Ministerio Fiscal en el proceso penal, y en el caso que nos ocupa, (de protección de la víctima frente al procedimiento) es fundamental para evitar la llamada revictimización, es decir, el aumento del sufrimiento inicial a lo largo del *iter* del proceso penal. Cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal, policial y/o judicial, experimenta el estrés de la excesiva burocracia y dilación de los procedimientos, sufriendo, a veces, la incompreensión de los operadores jurídicos y del propio sistema¹⁸.

Ciertamente el proceso penal es un conjunto de actividades necesarias, de investigación, prueba, enjuiciamiento y fallo, que a veces resulta pesada, y que con razón se suele denominar en la terminología forense “la carga procesal”. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su art. 3, apartados 5 y 10¹⁹, le atribuye la función de instar de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares, y la de velar por la protección procesal de las víctimas y de los testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. Y en el mismo sentido la Ley 4/2015 de 27 de Abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, en su preámbulo declara reconocer a la víctima en el proceso penal un conjunto de derechos incluido el derecho de protección e indemnización²⁰.

En resumen, la función del Ministerio Fiscal, en el caso de violencia de género que nos ocupa, y dentro del ejercicio de la acción penal, está la del impulso del procedimiento, la protección de la víctima solicitando la adopción tanto de medidas penales

¹⁷ Op. cit. FIGUERUELO BURRIEZA, A. - DEL POZO PEREZ, M. “Retos Actuales para la Erradicación de la desigualdad y la violencia de género”, Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Ediciones Universidad Salamanca. pp. 323-339. Dentro de la obra, el capítulo “La importante función del Ministerio Fiscal frente a la Violencia de Género”, de PERAMATO MARTIN, T.

¹⁸ Vid. Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia. 2019. p. 63. <https://www.uv.es/recri/recri19/recri19d01.wiki>

¹⁹ Vid. Art. 3.5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ley 50/81 de 30 de diciembre. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-837>

²⁰ Vid. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101 de 28 de abril del 2.015.

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

como civiles, y de protección integral frente al rigor legal de la carga procesal de la denunciante, compatibilizando el ineludible cumplimiento del principio de legalidad y de la prueba del hecho acusatorio con el de la aligeración posible de la violencia psíquica presencial de la víctima. A ese respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de Marzo del 2019, número 678/2019²¹, Sala de lo Penal, Sección Primera, fija los criterios orientativos a la hora de valorar la declaración de una víctima en el proceso penal, necesarios para la percepción por el Tribunal a la hora de llegar al proceso de convicción sobre la realidad y veracidad del relato, por cuanto la víctima puede padecer una situación de temor o “revictimización” por volver a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al Tribunal, tras haberlo repetido ya en dependencias policiales y en sede sumarial. Esta reiteración de la declaración de los hechos, con la carga psicológica de tener que afrontarla incluso en presencia del maltratador, requiere un trato procesal que, sin vulnerar la presunción de inocencia y la carga de la prueba del hecho acusatorio, humanice la intervención procesal -necesaria, por otra parte- de la víctima.

En algún momento habrá que afrontar el conflictivo tema de la mediación penal, (incluso en el caso de la violencia de género), para cuyo logro la figura del Ministerio Fiscal puede resultar clave. La persistencia en la prohibición de mediar en estos supuestos²², actualmente no está exenta de críticas. La posibilidad de utilizar esta figura, en beneficio de la víctima, si ésta lo permite, intentando aportarle justicia y paz moral, es un objetivo que merece ser considerado sin apriorismos descalificadores.

Quizás contemplando su viabilidad en casos concretos, en función de la menor gravedad del hecho acusatorio, por ejemplo, contando siempre con la voluntariedad de la víctima, y posibilitando una solución penal, no únicamente criminalizadora, sino haciéndolo compatible con metodologías restaurativas, donde la participación activa de la víctima en la sanción penal pueda contribuir no solo a aligerar su carga procesal sino a la restauración moral del maltrato recibido, podría posibilitar la sanción penalizadora del hecho y la dignificación de la víctima²³.

Hay argumentos teóricos a favor y en contra de la mediación penal, y especialmente en contra en los casos de violencia de género, por el imperativo de la prohibición legal del art. 44 de la LOPIVG²⁴. Sin embargo, en el ámbito procesal y penal de la misma violencia de género no está prohibida la conformidad. Es frecuente asistir en los pasillos de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a la negociación de la pena previa conformidad de los hechos acusatorios por parte del acusado. Con ello

²¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, de fecha 6 de marzo del 2019, número 678/2019, Ponente, Magro Servet.

²² Vid. ALONSO SALGADO, C. “*El Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2017) y la Justicia Restaurativa*.” Ponencia en la obra ya citada “*Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de Género*”. Tirant lo Blanch. p.27.Valencia. 2019.

²³ Vid. ROIG TORRES, M. “*Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género*”. *Perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch. p. 32. Valencia. 2018.

²⁴ Op. cit. Artículo 44. Competencia, LOPIVG. Ley Orgánica 1/2004.

se consigue celeridad en la tramitación procesal, y unos buenos datos estadísticos de sentencias condenatorias, y de menos recursos de apelación, pero ¿se consigue más justicia? ¿Y en qué se diferencia realmente la justicia negociada de la justicia mediada con la intervención de la víctima? El dogma legal de la prohibición de mediación del art. 44 de la LOPIVG está siendo heretizado diariamente a través de la figura interpuesta de la negociación de la pena. Y no es mejor la justicia criminalizadora a la baja, generalmente con suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 80-87 CP), producto de la negociación, que la pena mediada con la sanción penal que corresponda y con un mensaje pedagógico resocializador hacia el autor del hecho y de restauración de la dignidad de la víctima. Y quizás pueda ser útil también para empoderar a la mujer víctima de violencia de género, a la que no hay que presumir que sea una persona *capitidisminuida* incapaz de intervenir como sujeto activo en la reparación del mal sufrido.

Puede que no sea fácil delimitar los casos en los que resulte razonablemente aplicable la mediación penal en los casos de violencia de género; es entendible que resulte desaconsejable en muchos de ellos, especialmente en los más graves o reiterados; pero cerrar indiscriminadamente la puerta a toda posibilidad de investigar para avanzar en conseguir un Derecho Penal más justo y restaurativo para la víctima, sería anclarnos en el dueto clásico delincuente-pena, preteriendo a la víctima de su realidad penal y remitiéndola a asuntos sociales, cuando, quizás, abordando un estudio victimológico riguroso y realista pueda ofrecerle el Estado la posibilidad de intervenir a la víctima en la solución penal, sin menoscabo de la ayuda social de todo tipo que los poderes públicos les pueda ofrecer. Y todo ello, sin perjuicio de la siempre posible actividad procesal acusatoria particular.

2. LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS COMO MECANISMO TUTELAR DEL ESTADO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS, Y LA REINSERCIÓN Y RESOCIALIZACIÓN DE LOS SENTENCIADOS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La Ley Orgánica General Penitenciaria²⁵, recoge en su artículo primero que las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social²⁶ de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen

²⁵ Vid. *Artículo primero* Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. BOE núm. 239 de 5 de octubre de 1979.

²⁶ Vid. LAMARCA PÉREZ, C. *“Régimen penitenciario y derechos fundamentales. La orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social.”*

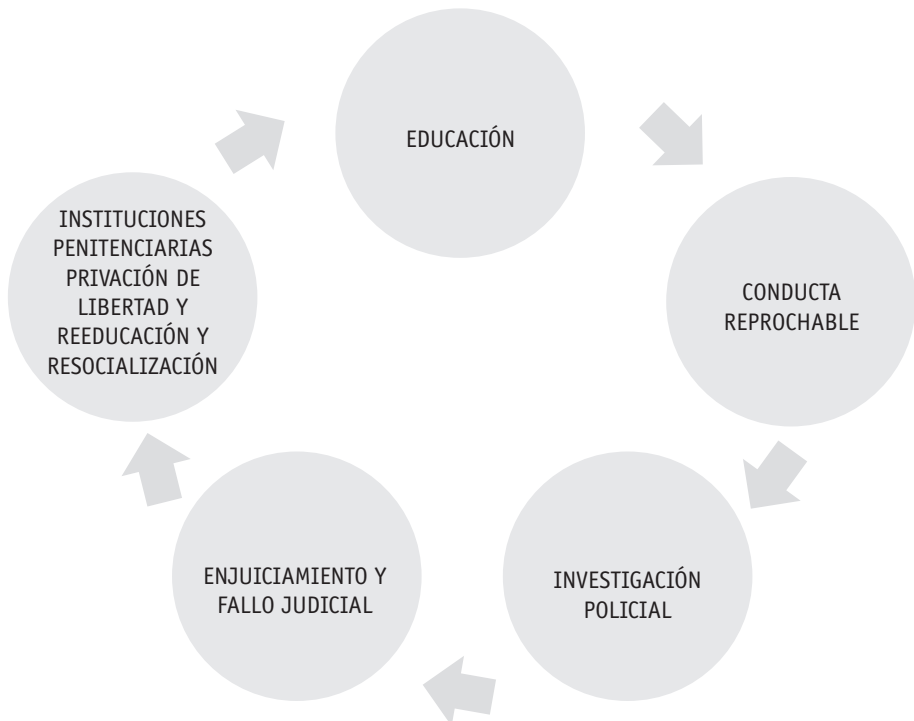
La autora aborda la polémica doctrinal sobre la reeducación y reinserción social como fin de la pena. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4187/pg_211-248_penales16.pdf?sequence=1&isAllowed=y

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados. En esta proclamación desde el inicio del texto articulado, destacan dos elementos de la función tutitiva de esta institución: la reeducación y la inserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad. La política criminal penitenciaria, asumiendo la complejidad del tema de las funciones o fines que desempeña la pena, considera como cierto que la misma debe cumplir, junto a la prevención especial, una finalidad preventiva general, e incluso cabría hablar de un cierto fundamento retribucionista, máxime si se acepta la distinción de sus tres fases o momentos constituidos por la conminación, imposición y ejecución. Si aceptamos un Derecho Penal protector de bienes jurídicos, no cabe excluir la prevención general donde la pena actúa como amenaza o conminación para evitar la lesión de esos bienes. Y el carácter retributivo del cumplimiento de la pena, por cuanto tampoco se puede obviar la deuda social que tenemos con la víctima.

En un esquema secuencial de todas las actuaciones públicas que pueden llevarse a cabo para la prevención y represión de las conductas de violencia de género, conforme hemos considerado en estos epígrafes, es sintomático que todas empiecen y terminen en la educación, aunque en las distintas fases intermedias del proceso sean necesarias la investigación, persecución, enjuiciamiento y fallo y cumplimiento de la pena, con el objetivo de reinserción y resocialización del penado.

Un diagrama básico sería el siguiente:



Y además del proceso general de resocialización de todos los internos conforme a la normativa penitenciaria, Instituciones Penitenciarias tiene diseñado planes de reinserción específicos para condenados por maltrato. El programa de tratamiento para agresores de género se considera un programa prioritario y se encuentra implantado en la mayoría de los establecimientos penitenciarios, destinado a internos que han cometido delitos de violencia de género en el ámbito familiar, es decir contra sus parejas y ex parejas²⁷, teniendo, como objetivos del programa, disminuir la probabilidad de reincidencia en actos de violencia de género por parte de personas condenadas por delitos relacionados con dicha conducta, y modificar actitudes sexistas y desarrollar pautas de comportamiento que respeten la igualdad de género.

El Programa de Intervención para Agresores “PRIA”²⁸, intenta modificar y mejorar las variables relacionadas con la violencia de género, a través de un conjunto de terapias educativas aplicadas a los internos que voluntariamente se presten a recibir dicha instrucción.

En la fase de cumplimiento de condena, momento fáctico y jurídico en el cual ya ha resultado inevitable la conducta reprochable, es necesario profundizar en la etiología de la violencia de género, en cada caso particular, por cuanto, a partir de ese conocimiento, se podrá abordar no solo la reinserción del condenado, sino aplicar sus conclusiones en otras actuaciones pre-delictuales. Puede decirse que el centro penitenciario, teniendo al interno a disposición de la Institución, conforme a las normas penitenciarias, es el laboratorio que puede resultar más eficaz para la aplicación de técnicas psicoterapéuticas y de otro orden, que puedan aportar el conocimiento

²⁷ Vid. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Gobierno de España. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/maltratados-res.html>

“El programa de tratamiento se estructura en una serie de unidades progresivas en las que se intenta modificar y mejorar las variables relacionadas con la violencia de género. Tiene un formato grupal, celebrándose sesiones semanales durante aproximadamente un año.

La intervención es de tipo psicoterapéutico y educativo. Incluye aspectos como los siguientes:

- *Toma de conciencia y modificación de pensamientos, actitudes y creencias de tipo sexista, que justifican la desigualdad de género*
- *Identificación de las distintas formas en las que se ejerce la violencia de género*
- *Asunción de la responsabilidad, eliminando estrategias defensivas o justificadoras de los hechos violentos*
- *Desarrollo de la empatía hacia las víctimas de los malos tratos*
- *Especial énfasis en los hijos como víctimas directas de la violencia de género, reconociendo formas de abuso e instrumentalización*

En la actualidad para la evaluación del programa se cuenta con la colaboración de profesores de la Universidad Complutense de Madrid.”

²⁸ Vid. “Documentos Penitenciarios” 7. Violencia de Género. Programa de Intervención para Agresores “PRIA”. Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Penitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

empírico tanto de la razón última que explique la conducta del maltratador, como de la técnica que mejor pueda optimizar los esfuerzos públicos en tareas de prevención en otras áreas de actuación.

Entre ellos, y estudiando la aplicación de los distintos enfoques teóricos tenidos en cuenta en el "PRIA" (enfoque psicodinámico, enfoque de la liberación de tensión, enfoque sistémico familiar, enfoques cognitivo-conductuales y psicoeducativos, enfoque de género), intentar poder llegar a configurar una tipología de los maltratadores, por ser una de las cuestiones que ha suscitado gran interés desde el campo aplicado y desde la investigación: la posibilidad de determinar diferentes tipos de maltratadores, que, aunque partiendo del hecho de la no existencia de un perfil único y determinado de maltratador, intentar un acercamiento a la delimitación de las categorías más representativas en las que se puedan englobar la mayor parte de los hombres que ejercen violencia hacia la pareja. Alcanzando, como una primera conclusión, la creencia de que la violencia de género es un problema con fuertes raíces culturales y educacionales, siendo necesario intervenciones cognitivo-conductuales que refuercen actitudes y comportamientos igualitarios en el seno de la relación de pareja. Es decir: las raíces culturales como reflejo de una determinada educación social, y la educación personal, en sí misma. O sea, la educación.

Y cabe destacar una de las fases del proyecto "PRIA": la entrevista con el interno como instrumento de evaluación²⁹. Esta fase del programa puede aportar al psicoterapeuta un conocimiento de la conducta del maltratador de un valor sociológico y criminológico esencial. Esta especie de regresión cuasi freudiana puede aportar datos significativos sobre el *íter* educacional del interno, sus patrones de conductas y estereotipos asumidos masculinos y femeninos, traumas en la pareja, observación de la conducta no verbal (el lenguaje corporal, la comunicación no verbal, puede revelarnos en determinados casos más información que las palabras), familia de origen, familia adquirida, amistades y relaciones sociales, historia laboral y relaciones de trabajo, problemas de salud, y especialmente su "*explicación*" al maltrato inferido a su pareja, y su versión de la ruptura traumática de la pareja, su opinión sobre las medidas judiciales adoptadas en orden a la custodia de hijos menores, si los hubiere, pensión de alimentos, o pensión compensatoria, celos, etc. Todo ello puede diseñar un mapa psicosocial personal, quizás irreplicable con exactitud en otros casos, pero en los que se puedan detectar elementos concurrentes en supuestos similares.

²⁹ Op. cit. "Documentos Penitenciarios" 7. Violencia de Género. Programa de Intervención para Agresores "PRIA". http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Doc_Penitenc_7_Violencia_de_gxnero_Acc.pdf

"La entrevista es una herramienta de evaluación fundamental para conocer diferentes aspectos del participante que no pueden recogerse de otra manera. Sin embargo, su función no es solamente evaluativa, sino que supone la primera toma de contacto con la persona que va a participar en el programa, por lo que adquiere connotaciones importantes en relación con el fomento de la alianza terapéutica, el aumento de la motivación inicial, ... Por tanto, esta segunda entrevista es muy importante, ya que aborda temas relacionados con la conducta violenta, las relaciones de pareja y otros factores de riesgo que nos facilitarán el conocimiento de la problemática concreta de cada participante."

Como fundamentos sociológicos de la personalidad, la exposición desde los primeros años de vida a modelos y estilos de relación en el seno de la familia de origen, así como los aprendizajes realizados a lo largo de la vida en relación a lo socialmente valorado, que determinan en gran parte la conducta de las personas. Los mensajes recibidos en cuanto a los roles de género fundamentan, ya sea por la aceptación o el rechazo, nuestra forma de entender las relaciones humanas y consecuentemente nuestra posición en relación a los géneros. La familia, la educación formal e informal, las distintas religiones, los medios de comunicación de masas, el lenguaje, etc., transmiten valores que la sociedad sustenta y que considera vitales para su supervivencia. Los roles y estereotipos de género pueden entenderse como parte de esos “valores”, aun sin tener conciencia de que sean erróneos o desviados. El lugar del varón y de la mujer ha estado siempre predeterminado y sus roles sociales claramente definidos, aunque por aceptación (imposición) de un orden establecido por varones.

Los datos que publica el Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias³⁰, *“Reincidencia de los agresores de pareja en Penas y Medidas Alternativas”*, parecen corroborar la eficacia de estos programas de intervención con los internos condenados por violencia de género, minimizando el riesgo de reincidencia, y ayudándoles a desterrar ciertos patrones de comportamientos atávicos machistas que son el germen de la violencia.

3. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA VIOLENCIA “ONLINE”.

Las funciones tutelares del Estado en su obligación de prevención y lucha contra la violencia de género, no dimanan solo del convencimiento social local y de las

³⁰ Vid. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Gobierno de España. http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Informe_Reincidencia2017x.pdf

“... surgió el programa específico titulado “Violencia de género: Programa de Intervención para Agresores” (Ruiz et al., 2010). Este programa se empezó a aplicar en 2010, tanto a condenados con una medida de suspensión o sustitución de la pena, condicionada a la realización de un programa de intervención específico en materia de violencia de género en la comunidad (reglas de conducta de obligado cumplimiento), como a los condenados a penas privativas de libertad ... Las conclusiones principales del estudio pusieron de manifiesto la eficacia terapéutica del programa de intervención para agresores de género con una medida alternativa en la comunidad. Específicamente, los resultados obtenidos mostraron que se había producido un cambio terapéutico significativo en los usuarios del tratamiento al finalizar la intervención: éstos manifestaron menos actitudes sexistas, menos celos, menos abuso emocional sobre la pareja, menos conflictos de pareja, una mayor calidad en la relación de pareja, una mejor asunción de la responsabilidad de los hechos delictivos cometidos, más empatía en general, menos impulsividad, menos hostilidad, menos ira y un mejor control y expresión de ésta una vez finalizado el tratamiento...”

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

normas que produce su poder legislativo nacional. La opinión mundial, expresada por los diversos Organismos Internacionales, y suscrita por los Estados a través de los instrumentos internacionales de colaboración, como los Convenios, o los Tratados, entre otras formas de asumir los postulados de políticas encaminadas a solventar problemas comunes, obligan a los Estados a trasponer a sus ordenamientos jurídicos las previsiones legales que posibilite la armonización global de las políticas en sus diversos sectores. Y entre ellos, el de la lucha contra el maltrato femenino. La comunidad internacional ya no es insensible a las conductas violentas contra las mujeres por el hecho de serlo y a su discriminación y marginación.

Este objetivo de armonización de los diversos ordenamientos jurídicos mundiales se hace más necesario con la irrupción en las relaciones personales e institucionales de las nuevas tecnologías, significando una verdadera revolución en todos los ámbitos sociales y por ello también, inevitablemente, en el mundo de la delincuencia³¹. A esta realidad tecnológica global no son ajenos los Organismos Internacionales más representativos, como la Organización de las Naciones Unidas, -ONU- o los Internacionales territoriales, como la Unión Europea -UE-, ni los Tribunales Internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH-, o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE-. La normativa internacional, de aplicación directa en algunos casos, como el Convenio de Estambul, o los Reglamentos de la Unión Europea, o con la necesaria trasposición a los ordenamientos jurídicos locales, como las Directivas en la UE, entre otros tipos de actos jurídicos internacionales, obligan a los Estados miembros a poner en práctica las políticas (en el caso que nos ocupa de lucha contra el maltrato de la mujer) acordadas en el seno de estas institucionales supranacionales.

La incidencia de la tecnología en las comunicaciones global ha creado formas delictivas que ponen en jaque no solo a la normativa sustantiva de cada País, sino a las normas procesales, de investigación policial, de persecución, de enjuiciamiento y fallo y de cumplimiento de la pena. La aparición del acoso y acecho cibernético, la difusión de documentos e imágenes sin consentimiento, y otras formas coactivas delictivas de *ciberviolencia* a través de Internet, requieren la colaboración de las

³¹ Vid. GONZALEZ CUSSAC, J.L. "Estrategias legales frente a las ciberamenazas".

El presente trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación «Nuevas amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación» (Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia DER2008-05707). <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/296108>

"Un ejemplo es suficiente para subrayar la incidencia de estas novedosas proyecciones del terrorismo y del crimen organizado sobre las agendas de seguridad nacional: la globalización, la deslocalización, la ausencia de fronteras y las dificultades para identificar al atacante y capturarlo.

Esta es sin duda una de las cuestiones claves a resolver por los sistemas legales en la actualidad: ¿cómo hacer frente jurídicamente a un delincuente del que no se conoce exactamente ni su identidad ni su ubicación espacial? Es evidente que las estrategias de la disuasión ya no son suficientes, ni en el terreno militar ni tampoco aparentemente en el jurídico"

distintas Policías Nacionales, con unidades especializadas, y siempre necesitando el apoyo institucional de los Estados. Y en este punto, el Estado nacional debe asumir los deberes tutelares asumidos con la ratificación de los instrumentos internacionales suscritos.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos³² de 1948, donde en su preámbulo se dice que considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, hasta uno de los más recientes, como el Convenio de Estambul, la comunidad internacional se concienza y se obliga con el concepto de igualdad y de no discriminación entre hombre y mujer.

La Convención sobre la “Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, ratificado por España³³, proclama que, a los efectos de esa Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Y además de que los Estados firmantes deben condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, se les exhorta a seguir sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, se comprometan a consagrar en sus Constituciones y en su legislación el principio de igualdad del hombre y la mujer, adoptando las medidas adecuadas, legislativas y de otro orden para prohibir la discriminación. Por tanto, las obligaciones de los Estados firmantes, entre ellos España, ya no dimanan solo de su política local, sino de la política común asumida a través de la ratificación de los diversos instrumentos internacionales, y cuyo incumplimiento puede ser reclamable ante los Tribunales internacionales competentes.

La Recomendación General núm. 19 del Comité de la ONU para la eliminación de la discriminación contra la mujer³⁴, incide en que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de gozar de derechos y

³² Op. cit. Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

³³ Op. cit. Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. BOE núm. 69 de fecha 21 de marzo de 1984.

³⁴ Vid. Office of the high commissioner for human rights. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: 29/01/92 CEDAW RECOM. GENERAL 19. (GENERAL COMMENTS) RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 19. http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/pp.es/Recommendations.aspx>

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

libertades en pie de igualdad con el hombre, y recomendó que los Estados incluyeran en sus análisis información sobre la violencia y sobre las medidas adoptadas para tratarla. Recomendación que ha sido actualizada con la Recomendación núm. 35 de 26 de Julio del 2017³⁵. En esta última, se hace una consideración que viene a corroborar que la violencia contra la mujer no es una lucha particular de un grupo social, sino una lacra mundial que hay que erradicar con el compromiso firme de todos los Estados. Dice en su Introducción que, durante más de 25 años, en su práctica, los Estados partes han respaldado la interpretación del Comité, y que la *opinio iuris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. Y sigue denunciando, esta importante Recomendación, la falta de legislación en algunos Estados para hacer frente a la violencia contra la mujer, agravada por un concepto erróneo de tradición cultural o religiosa fundamentalista³⁶, y del entorno tecnológico que está invadiendo espacios de delincuencia desconocidos hasta hace pocos años³⁷.

³⁵ Vid. Recomendación General núm. 35 de 26 de Julio del 2.017. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405>

"A pesar de esos avances, la violencia por razón de género contra la mujer, ya sea cometida por Estados, organizaciones intergubernamentales o agentes no estatales, particulares y grupos armados entre otros, sigue siendo generalizada en todos los países, con un alto grado de impunidad. Se manifiesta en una serie de formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes, en diversos ámbitos, del privado al público, incluidos entornos tecnológicos, y trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo.

En muchos Estados, la legislación para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer no existe, es insuficiente o se aplica de manera deficiente. La erosión de los marcos jurídicos y normativos que tienen por objeto eliminar la discriminación o la violencia por razón de género, justificadas a menudo en nombre de la tradición, la cultura, la religión o una ideología fundamentalista, y la reducción significativa del gasto público, a menudo como parte de las denominadas "medidas de austeridad" tras las crisis económicas y financieras, contribuyen a debilitar todavía más las respuestas de los Estados. En un contexto de reducción de los espacios democráticos con el consiguiente deterioro del estado de derecho, todos estos factores contribuyen a la persistencia de la violencia por razón de género contra la mujer y conducen a una cultura de impunidad."

³⁶ Vid. En su Introducción, apartado 7, señala: *En muchos Estados, la legislación para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer no existe, es insuficiente o se aplica de manera deficiente. La erosión de los marcos jurídicos y normativos que tienen por objeto eliminar la discriminación o la violencia por razón de género, justificadas a menudo en nombre de la tradición, la cultura, la religión o una ideología fundamentalista, y la reducción significativa del gasto público, a menudo como parte de las denominadas "medidas de austeridad" tras las crisis económicas y financieras, contribuyen a debilitar todavía más las respuestas de los Estados. En un contexto de reducción de los espacios democráticos con el consiguiente deterioro del estado de derecho, todos estos factores contribuyen a la persistencia de la violencia por razón de género contra la mujer y conducen a una cultura de impunidad.*

Y como medidas legislativas generales, se recomienda:

A-29 c) Derogar, en particular en las leyes consuetudinarias, religiosas e indígenas, todas las disposiciones jurídicas que discriminan a la mujer y, de ese modo, consagran, alientan, facilitan, justifican o toleran toda forma de violencia por razón de género...

³⁷ Op. cit. Recomendación General núm. 35 de 26 de Julio del 2.017, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas. p. 4.

En el ámbito regional europeo, el Consejo de Europa, en su Informe Final de Actividad sobre la violencia de género, en documentos elaborados en el marco de la campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008)³⁸, reconoce la difícil puesta en práctica en muchos Estados de las recomendaciones que tanto el Consejo como otras instituciones internacionales han elaborado en jornadas y sesiones de trabajo sobre la violencia contra la mujer. Y considera que, junto a las medidas legislativas, penales y procesales, es fundamental la sensibilización, la educación y la formación como armas fundamentales para combatir la violencia contra la mujer y garantizar la prevención, la protección y la prestación eficaz de los servicios, siendo necesario cambiar las actitudes y creencias que permiten que se produzca la violencia, informar a las mujeres de sus derechos y de los servicios de que disponen y formar al personal que presta esos servicios. Para ello se necesitan programas integrales de sensibilización a largo plazo, y campañas enfocadas hacia temas específicos de educación personal y social. Destaca también el papel nada desdeñable de los medios de comunicación, que pueden desempeñar una función importante en la sensibilización colectiva en la igualdad de género, desterrando estereotipos sexistas que perpetúen las ideas discriminatorias sobre la mujer. Y reiterando en varios apartados la importancia de la educación en la lucha preventiva para la erradicación de la violencia de género, especialmente dirigida a niños y adolescentes.

Como órgano jurisdiccional competente para conocer de las demandas interpuestas contra un Estado por particulares, asociaciones, u otros Estados contratantes, por violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁹, -TEDH- como máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, excepto Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano. En base a la Jurisprudencia del TEDH, y con la construcción doctrinal de la obligación positiva, se puede obligar a los Estados a la prestación de determinadas formas de protección de los derechos.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405>

³⁸ Vid. División de Igualdad de Género y Tráfico de Seres Humanos. Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos. Estrasburgo, septiembre de 2008. http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/libro4_consejoeuropa.pdf

“Un prerequisite para una acción eficaz es el establecimiento de medidas in situ. No importa lo buena que sea una ley o una política si no se puede ejecutar porque, por ejemplo, los policías, los jueces u otros profesionales no están formados de manera apropiada o no se hayan proporcionado fondos suficientes. La falta de aplicación de las leyes ha llevado a una amplia impunidad para los agresores extendida a lo largo de los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto detrae a muchas mujeres de denunciar casos de violencia y muestra claramente que los Estados miembros están violando el derecho de las mujeres a la protección y la asistencia. Es necesario hacer un seguimiento del cumplimiento y recoger datos para evaluar lo bien que funcionan las leyes, las políticas y las prácticas.”

³⁹ Vid. página oficial del Consejo de Europa. <https://www.echr.coe.int/pp.es/home.aspx?p=applicants/spa&c>

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

Esta construcción interpretativa del TEDH no es ajena a nuestra Constitución, por cuanto en el art. 10.2 CE ya dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y puesto en conexión con el art. 1.1 CE, por el que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, y con el art. 9.2 CE, asumiendo que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, es obvio que la inacción de los Estados en la protección de esos derechos puede ser reclamable ante las instancias internacionales, como es el caso del TEDH⁴⁰.

Por citar otro de los instrumentos de cooperación internacional más recientes, traemos nuevamente a colación el Convenio de Estambul⁴¹, suscrito por España y publicado en el BOE de fecha 6 de Junio del 2014. Entre sus objetivos, plasmados en el art. 1, como principios básicos a desarrollar en el resto del articulado, está la de concebir un marco global de políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, propiciando la cooperación internacional, apoyando y ayudando a las organizaciones y fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer. El resto del articulado desarrolla estos principios, lo que significa que España tiene que adaptar sus mecanismos de actuación a lo asumido a través de este instrumento internacional.

⁴⁰ Vid. FREIXES SANJUÁN, T. *"Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de Derecho en Europa"*. <https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/PRINCIPALES%20CRITERIOS%20JURISPRUDENCIALES%20DEL%20TEDH.pdf>

⁴¹ Op. cit. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm. 137 de fecha 6 de junio del 2.014.

"1. Los objetivos del presente Convenio son: a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres; c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica; d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. 2. Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico."

El Convenio de Budapest⁴², sobre ciberdelincuencia, aborda de manera frontal la nueva realidad digital, y el uso delictivo de las tecnologías de la información y la comunicación -TIC-. Las definiciones técnicas de su artículo 1, ya nos remite a un mundo tecnológico nuevo que por su alcance global plantea un escenario de actuación distinto a los *modus operandi* clásico de las autorías delictivas estudiadas en los Códigos Penales anteriores a la era digital. El *iter criminis*, es decir, el camino que recorre el autor del hecho punible desde que concibe la idea de delinquir hasta que lo consuma, puede suceder que transite por varios espacios jurídicos, sustantivos y procesal, distintos. Esta nueva forma comisiva, como instrumento para cometer delitos de violencia de género (*on line*), deben poner en guardia a los Estados y disponer de fuerzas y Cuerpos de Seguridad especializados en ciberdelincuencia, y asumir los poderes públicos unos deberes de cooperación y ayuda mutua internacional, por cuanto el *forum loci delicti commissi* clásico puede dificultar la persecución del delito, y en casos extremos, llegar a la impunidad.

Los útiles para esta forma de comisión del delito puede ser un sistema informático, la expansión de datos informáticos, a través de un proveedor de servicios (art. 1 Convenio de Budapest), iniciado en un país, alojado el servidor en otro, y con una víctima, o víctimas, en otros. Sin una cooperación internacional y con una armonización de sus ordenamientos punitivos y procesales, y sobre todo, con la firme voluntad de cumplir las obligaciones asumidas en los Convenios y Tratados Internacionales, estas conductas de agresión de género resultan difícilmente perseguibles.

La problemática sobre competencia jurisdiccional queda reflejada en el art. 22 del Convenio (Jurisdicción), creando unas reglas de atribución de competencia, (y normas de conflicto de competencia), que solo con la buena voluntad de los Estados se pueden salvar. La soberanía particular de cada Nación, reflejada en sus Códigos Penal y en sus normas procesales puede obstaculizar, en los casos de falta de colaboración, la investigación, persecución y enjuiciamiento de estos delitos que nos

⁴² Vid. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. BOE núm. 226 de fecha 17 de septiembre del 2.010.

“Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios del presente Convenio; Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros; Reconociendo el interés de intensificar la cooperación con los Estados Partes en el presente Convenio; Convencidos de la necesidad de aplicar, con carácter prioritario, una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, entre otras formas, mediante la adopción de la legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional; Conscientes de los profundos cambios provocados por la digitalización, la convergencia y la globalización continua de las redes informáticas; Preocupados por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos y de que las pruebas relativas a dichos delitos sean almacenadas y transmitidas por medio de dichas redes; Reconociendo la necesidad de una cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia, así como la necesidad de proteger los legítimos intereses en la utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información; En la creencia de que la lucha efectiva contra la ciberdelincuencia requiere una cooperación internacional en materia penal reforzada, rápida y operativa.”

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

ocupa, dejando a las partes que reivindiquen su jurisdicción respecto de un presunto delito contemplado en el presente Convenio, a que celebren “consultas”, siempre que sea oportuno, con miras a determinar cuál es la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales.

Y por último, y sin la pretensión de ser exhaustivo, en el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, entre otras resoluciones, la de *“Integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (2018/2162(INI))*⁴³, en base a los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que establecen el principio de la igualdad entre hombres y mujeres como un valor de la Unión, además de otras declaraciones y Convenciones sobre la igualdad de géneros, considera que el principio de igualdad de género es un valor fundamental de la Unión Europea que se encuentra consagrado en los Tratados de la Unión y en la Carta de los Derechos Fundamentales, y que el artículo 8 del TFUE⁴⁴ estipula que en todas sus acciones la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, promover su igualdad y combatir la discriminación en la definición y ejecución de sus políticas y acciones.

Estas referencias a organismos internacionales que han abordado el problema de la violencia de género, nos sitúa frente a la realidad de que esta lacra no es un problema local sino global, que con mayor o menor intensidad afecta a todos los pueblos, y que resulta vital adoptar políticas comunes de coordinación, armonización de los mecanismos de prevención y represión, y una voluntad decidida a la cooperación y colaboración entre Estados. Especialmente, cuando las formas comisivas del delito desbordan el ámbito territorial (físico y jurídico) de un Estado, utilizando sus autores los recursos TIC que posibilitan delinquir en cualquier País del mundo y desde cualquier lugar, haciendo difícilmente aplicables las clásicas reglas competenciales procesales. Pero sin duda resulta esperanzador que la concienciación mundial sobre este grave problema común de la violencia contra las mujeres, por el hecho de ser mujeres, se haya plasmado en resoluciones de las grandes instituciones mundiales, representativas, en su conjunto, de todos los Estados, que apuestan sin reserva en la lucha para erradicar esta lacra.

⁴³ Vid. Parlamento Europeo, 2014-2019. *“Integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo”* (2018/2162(INI). http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0010_ES.pdf?redirect

⁴⁴ Vid. Tratado del funcionamiento de la Unión Europea.
El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es uno de los cuatro documentos constitutivos de la Unión Europea, junto con el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

La Organización de las Naciones Unidas, de ámbito universal, y la ONU-Mujeres⁴⁵, entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, o las constituidas dentro de un espacio regional, citando, por cercanía, al Consejo de Europa y al Consejo Europeo, además de organizaciones en otras áreas regionales de los demás Continentes, todas se han pronunciado inequívocamente a favor de la lucha contra la violencia de que son víctimas las mujeres en todo el mundo, exhortando a los Estados a que garanticen recursos eficaces para luchar contra las violaciones de los derechos humanos, y entre los más generalizados, la violencia contra las mujeres. Y en esa línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo a través de su jurisprudencia la obligación positiva de los Estados en esa función tutelar de protección y aseguramiento de los derechos de todos sus ciudadanos, les imple a actualizar sus mecanismos de respuesta, tanto policiales como jurídicos sustantivos y procesales, a fin de prevenir y reprimir la violencia de género en sus espacios territoriales de soberanía, con la posible sanción judicial en caso de dejación de funciones.

Estas consideraciones nos llevan a concluir que, a pesar de una cierta dispersión normativa en materia de prevención y erradicación de la violencia de género, y de los problemas en varios órdenes que plantea la ciberdelincuencia contra las mujeres, se observa que se van conformando unos estándares mínimos de protección que todos los Estados deben garantizar a las víctimas. No obstante, como los avances tecnológicos suelen superar los espacios normativos⁴⁶, no se puede descansar en esta lucha, máxime, cuando las cifras de malos tratos y de asesinatos de mujeres nos devuelven la imagen de la insuficiencia de la respuesta institucional.

4. EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: OTRO MECANISMO ESTATAL DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Tras la Ley 1/2004, se hizo necesario mejorar y actualizar dicha norma, a cuyo fin el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad el 23 de noviembre del 2016 una proposición no de ley con el objetivo de impulsar un Pacto de Estado contra la violencia de género. Y con la finalidad de articular dicho Pacto, se creó una Subcomisión en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso, que tras la comparecencia de 66 expertos, aprobó el 24 de Julio de 2017 un informe contemplando hasta 213 medidas⁴⁷ a incluir en el Pacto de Estado. Tras el paso por la Comisión de Igualdad

⁴⁵ Op. cit. ONU-Mujeres, <https://www.unwomen.org/es>

⁴⁶ Piénsese, por ejemplo, qué virtualidad tendría una orden de alejamiento contra un ciberacosador, con respecto a su víctima, si el medio del acoso es un ordenador, o un teléfono móvil, situado en cualquier país del mundo, y la víctima situada a miles de kilómetros, en otro Estado.

⁴⁷ Vid. Diario Oficial del Congreso de los Diputados. Secretaría General. http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Pacto_de_estado_contra_la_violencia_de_genero.pdf

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

pasó al Pleno del Congreso el 28 de septiembre del 2017 (núm. expediente 154/2), siendo aprobado en dicho Pleno, como así lo comunicó la Presidenta del Congreso de los Diputados a la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia y para la Administraciones Territoriales con fecha 29 de septiembre del 2017. Paralelamente, el 21 de diciembre del 2016 se constituyó en el Seno de la Comisión de Igualdad del Senado una Ponencia, a raíz de la cual se elaboró un informe con 265 medidas, aprobándose por la Comisión de Igualdad del Senado el 28 de Julio del 2017, y ratificado por unanimidad en el pleno del Senado el 13 de Septiembre⁴⁸. En el diario de sesiones del Senado, del día 18 de Julio de 2017, se reconoce que, aunque es de destacar que España es un referente entre los países de nuestro entorno en esta lucha, pero, a pesar de los avances, queda un largo camino por recorrer porque la violencia sobre las mujeres no cesa, se perpetúa y se presenta con nuevas manifestaciones y de ahí la urgencia de ese pacto.

Para el desarrollo de ese Pacto de Estado, el Real Decreto Ley 9/2018 de 3 de Agosto 2018⁴⁹, articula una serie de medidas de protección de las víctimas, como el refuerzo de la asistencia jurídica, la no obligatoriedad de la denuncia para la acreditación de su condición de víctima mediante otras formas constatables de esa situación⁵⁰, la protección de los menores hijos de víctimas de violencia de género, y disposiciones de contenido económico y presupuestario.

La acreditación de una situación de violencia de género mediante informe de instituciones sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente, o por cualquier otro título (art. 23 RD-L 9-2018), es una medida discutible. La situación reconocida por algún organismo público de una víctima de violencia de género, pero de cuya situación no media denuncia o resolución judicial, puede plantear la cuestión nada accesoria, desde la óptica procesal penal, de asumir el hecho de denunciar obligatoriamente al tener conocimiento de la comisión de un

⁴⁸ Vid. Diario de Sesiones. Cortes Generales. Senado. http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_12_155.PDF

⁴⁹ Vid. Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. BOE núm. 188 de 4 de agosto de 2.018.

"La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, señalaba que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige 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. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en su artículo 5.2, exige a las partes del convenio que tomen las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del mismo..."

⁵⁰ Op. cit. RD-Ley 9/2018, Artículo 23. Acreditación de las situaciones de violencia de género.

delito público⁵¹, o guardar silencio, lo que podría conllevar alguna responsabilidad del funcionario actuante.

Y considerando, como mecanismo eficaz de prevención y persecución de toda conducta relacionada con la violencia de género, el art. 27 del Convenio de Estambul, “alienta” a toda persona testigo de la comisión de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, “o que tengan serias razones para creer que se podrá cometer algún acto o que haya riesgo de que se produzcan nuevos actos de violencia” para que lo denuncien a las organizaciones o autoridades competentes⁵².

En el otro aspecto del hecho “delictivo” estaría el presunto sujeto activo, quien, por una declaración de la víctima en una sede administrativa asistencial, quedaría marcado como maltratador “*inaudita parte*”, algo que en Derecho Penal está proscrito por cuanto atenta a los principios de presunción de inocencia, defensa, contradicción e intermediación judicial, es decir, de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

No cabe duda de que tanto la sociedad civil como los Poderes Públicos están concienciados para afrontar la lucha contra la violencia de género, en su doble vertiente de prevención y represión. Sin embargo, los resultados, a la luz de los datos del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, no son satisfactorios. El número de asesinatos de mujeres a manos de sus parejas no cesa, y los casos de maltrato en cualquiera de sus formas, tampoco.

Hay que admitir que no es fácil desterrar esta lacra, pero la insatisfacción por los resultados no deseados no puede llevar al Estado (y en la configuración territorial de España, a las Autonomías dentro de sus competencias legislativas), a legislar en una especie de huida hacia adelante sobre la violencia de género de manera no suficientemente reflexiva, olvidando que se trata de una conducta penal que debe ser abordada desde la doble vertiente de los sujetos activos y pasivos de la acción. La asistencia jurídica y social de las víctimas, deseable y obligada en todos los casos, no puede conducir a la creación de normas que conculquen principios básicos del Derecho Penal. Por ejemplo, y por razón de cercanía, la acreditación de la violencia de género en el art. 30 de la Ley 7/2018 de 30 de Julio, del Parlamento de Andalucía⁵³.

⁵¹ Confr. A este respecto, el deber de denunciar que impone art. 262 de la LECr. Sin perjuicio del deber general de denunciar de quien presenciare la perpetración de un delito público, del art. 259 LECr., o tuviere conocimiento del mismo (art. 264 LECr.). Y todo esto, en concordancia con el art. 27 del Convenio de Estambul.

⁵² Op. cit. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

⁵³ Vid. Artículo 30. Acreditación de la violencia de género, Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. BOJA núm. 148 de 1 de agosto de 2.018.

La función jurisdiccional como actividad tutelar del Estado en la prevención...

En dicha norma autonómica se dispone que en los supuestos en que se exija la acreditación de la situación de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en la referida Ley y de aquellos que se deriven de su desarrollo reglamentario, solo en el apartado e) se contempla que se aporte resolución judicial por violencia de género, o documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares o sentencia condenatoria por violencia de género. En otros cinco apartados de los que describe la norma (de un total de 8), resulta suficiente con la certificación de un órgano administrativo (servicios sociales, y cualquier otro que venga establecido por norma de rango legal), o un informe del Ministerio Fiscal (que no es el titular de la función jurisdiccional) o un Atestado de la autoridad policial que acredite la existencia de indicios razonables sobre la condición de víctima (lo que sitúa a la policía como "autoridad" y además con la facultad cuasi-jurisdiccional de apreciar indicios de violencia de género). Esta facilidad administrativa para declarar sobre un hecho (delictivo) con el objetivo de la obtención de beneficios sociales, pugna con la dispensa de declarar en el procedimiento penal -si se llegare al mismo- del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se acogen muchas denunciante en el acto del Juicio. Esta última postura procesal es entendible desde muchos puntos de vista: es una violencia peculiar y distinta, que sume a la mujer que la sufre en una situación de pérdida marcada de su autonomía personal; es una violencia ejercida por alguien conocido, cercano y en algún momento, querido, conviviendo en el mismo domicilio, y en muchos casos con hijos comunes. Y esa falta de pruebas a través de la -no- declaración de la denunciante, si no concurren con otras, en muchos casos propicia la absolución del acusado. Habría que articular un procedimiento que evitase la revictimización de la mujer objeto de maltrato, concediendo valor probatorio a la primera declaración ante el Juzgado, y no teniendo que repetirla en el plenario por la violencia psicológica del momento. Pero no es recomendable que, en sede administrativa, con un objetivo no de justicia penal, sino de ayuda social, la declaración sea cuasi-constitutiva de la comisión de un hecho penal por parte de un autor, y en sede judicial, sea dispensada de declarar lo mismo.

Esta Ley, que se inspira en la corriente normativa del Convenio de Estambul, (según su Exposición de Motivos), y a la necesidad ineludible de armonizar la legislación de los países miembros del Consejo de Europa, evitando un ámbito distinto de protección a las referidas víctimas de violencia en función de su país de residencia, así como a lo emanado de las instituciones de la Unión Europea, como ámbito regional al que pertenecemos, pretende facilitar la asistencia social y económica a las víctimas -algo loable, sin duda- pero teniendo como presupuesto la declaración en sede administrativa de un hecho delictivo, sin percatarse de que aparejada a esa afirmación de la comisión de un delito está la determinación de la autoría delictiva de una persona, algo inadmisibles en Derecho Penal.

El art. 18.4 del Convenio de Estambul ciertamente contiene una disposición que pretende facilitar la prestación de servicios sociales no haciéndolo depender de la voluntad de la víctima de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier

autor de delito. Y en ese sentido, pero con ampliación del concepto, el art. 23 de la Ley 1/2004 LOPIVG, con la reforma de R.D Ley 9/2018. Pero que un órgano administrativo (*"por cualquier otro título"*), certifique que existe una situación de violencia de género (lo que conlleva necesariamente la existencia de un autor) para conseguir una serie de prestaciones económicas por parte de quien dice ser la víctima, puede ser un procedimiento administrativo peligroso que vulnere todos los principios básicos del Derecho Penal. No se puede obviar que la violencia de género es un hecho de naturaleza jurídico penal regulada por normativa penal sustantiva y procesal, no pudiendo un funcionario administrativo certificar la comisión de ese hecho, tanto por falta de competencia jurisdiccional, como prescindiendo de todas las garantías que lleva consigo la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Esa forma de conseguir beneficios económicos no es compatible con la expedición de un documento administrativo, por un funcionario, de presunta autoría de un hecho penal, que incluso podría ser aportado en un eventual procedimiento penal posterior como prueba documental, pudiendo el inculpado verse obligado a tener que probar su inocencia.

En el plano crítico, hoy se cuestiona que el Pacto de Estado, transcurridos tres años de vigencia (2017-2020), y a trece años de la LOPIVG (2004-2017), resulte un instrumento que haya acreditado una eficiencia como para apreciar un serio avance en la pretendida erradicación de esta lacra social.

La resistencia a admitir un derecho penal sexuado como respuesta jurídico penal a la violencia de género, con unas reformas sustantivas y procesales que una vez sometidas a la prueba de la operatividad diaria de los Juzgados y Tribunales no arrojan un resultado pacífico⁵⁴, y que con la información estadística que nos ofrecen los Observatorios de violencia sobre la mujer, que tampoco nos alientan a creer en su acierto, conforman una realidad normativa con más riesgos que avances⁵⁵.

⁵⁴ Op. cit. TARDÓN OLMOS, M. *"La interpretación de la análoga relación de afectividad, "aun sin convivencia"*, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-interpretacion-de-la-analoga-relacion-de-afectividad---i-aun-sin-convivencia--i->

⁵⁵ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *"Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?"*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. pp. 1-38, 2018 <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-04.pdf>