

## VÍCTIMAS EXTRANJERAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DERECHOS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN<sup>1</sup>

Ana María Chocrón Giráldez

Universidad de Sevilla

A nadie se le oculta que la violencia de género se ha convertido en el último lustro en un tema de ineludible actualidad. Las noticias acerca de mujeres asesinadas por violencia machista se suceden con alarmante continuidad en los medios de comunicación mientras organismos, asociaciones, instituciones y personas que están involucradas en la lucha contra este tipo de conductas delictivas, evidencian que estamos ante un verdadero problema social que presenta múltiples facetas de ahí su imposibilidad de ser abordado y tratado de forma unidireccional.

Las líneas que siguen abordan esta problemática desde un punto de vista legal, con el fin de examinar la respuesta que ofrece nuestro ordenamiento jurídico al maltrato de género y particularmente la protección que dispensa a las víctimas que lo padecen. En ese sentido resulta ineludible referirse a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, norma muy reivindicada y esperada desde diversos sectores sociales y que significó, sin duda, un importante avance en la lucha contra esta lacra social, por mucho que se discuta su idoneidad para atajar la compleja problemática de los malos tratos. Así las cosas, cuando la Ley cuenta ya con una cierta trayectoria, procede evaluar el funcionamiento de la jurisdicción penal en orden a otorgar la debida protección a las víctimas de la violencia de género y a condenar a los agresores que la infligen.

Pero cuando las víctimas son mujeres extranjeras tenemos que remitirnos además a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuya reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, posibilita que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tengan garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, antes citada, y muy especialmente las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género que dicha Ley contempla. Y es que ciertamente no puede afirmarse que exista un perfil específico de mujer maltratada por el sólo hecho de ser extranjera, sino que, precisamente por su condición de extranjera, se produce lo que ha venido a denominarse una "dimensión del maltrato de género" o una "sobrexposición" a este tipo de situaciones que no concurre en el caso de las mujeres autóctonas. Esa apreciación deriva de factores específicos e inherentes a la inmigración que incrementan el riesgo de sufrir malos tratos tales como la estancia irregular en nuestro país, la situación económica precaria, elementos culturales en los que no se cuestiona que el papel del hombre esté por encima del de la mujer, los problemas derivados de la barrera idiomática o su escasa confianza en las instituciones públicas, lo que propicia la impunidad de este tipo de conductas.

En todo caso, la inmigración -a diferencia de la violencia de género- es para nosotros un fenómeno reciente que nos ha llevado a asumir en poco tiempo, aunque intensamente, nuestra condición de país de destino de los flujos migratorios. En efecto, nuestro país se convierte en receptor de inmigrantes a partir del momento en el que los tradicionales países de acogida (Gran Bretaña, Francia, Alemania o Suiza), cierran sus puertas a la inmigración económica. Desde entonces la entrada de extranjeros a través de nuestras fronteras no ha dejado de aumentar hasta convertirnos en uno de los países de la Unión Europea que registra una cifra más alta de admisión de inmigrantes. En tales circunstancias, la población inmigrante se inserta principalmente en los sectores de actividad más frágiles que no pueden ofrecer más que empleos de escasa estabilidad, lo que contribuye a provocar la marginación de los colectivos extranjeros.

Sin embargo, cuando se trata de examinar el fenómeno de la violencia sobre la mujer se observa que se trata de un problema global que no conoce fronteras ni nacionalidades. Por eso, resulta plausible la labor realizada por nuestros tribunales de justicia, en particular el Tribunal Constitucional, que ha ido progresivamente ampliando el catálogo de derechos reconocidos en nuestro país a los ciudadanos extranjeros. Ese reconocimiento tiene su proyección en las medidas de protección y seguridad previstas en la legislación sobre violencia de género que extiende sus efectos a la mujer extranjera. Por consiguiente, la exposición que sigue propone efectuar una exposición del estatus de los extranjeros en nuestro país con especial hincapié en aquellos derechos que posibilitan la tutela judicial, para posteriormente pasar a examinar las medidas de protección que

<sup>1</sup> El presente texto se enmarca en la investigación desarrollada por su autora al amparo del Proyecto de Investigación Inmigrantes Ilegales en la Unión Europea SEJ 2007-60684 del que ha sido investigadora principal la Dra. Sánchez Rodas Navarro de la Universidad de Sevilla.

contempla la legislación para la víctima de maltrato con intención de evaluar la incidencia de la situación irregular de la mujer extranjera sobre la efectividad de las mismas.

## 1. DERECHOS DE LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El ámbito subjetivo sobre el que se extiende la protección dispensada por la Ley Orgánica de Violencia de Género 1/2004, alcanza la situación específica de las mujeres extranjeras. En este sentido, el artículo 17 de esta Ley garantiza los derechos en ella reconocidos a todas las mujeres víctimas de violencia de género con independencia de su origen, religión o cualquier otra circunstancia personal o social<sup>2</sup>. Interesa destacar su Título II que recoge tres bloques de derechos a tener en cuenta: derecho a la información, que se extiende no sólo a su situación personal sino también a las medidas de protección y seguridad; derecho a la asistencia social integral, que se traduce en un apoyo multidisciplinar y, finalmente, derecho a la asistencia jurídica gratuita en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.

Ahora bien, estos derechos de reconocimiento explícito para la mujer maltratada, se conjugan con la protección que dispensan los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos extranjeros, con particular interés, el derecho a solicitar la tutela efectiva de jueces y tribunales lo que obliga a remover cualquier obstáculo que impida que la mujer víctima de violencia de género denuncie su situación y reaccione frente al maltrato.

### 1.1 Reconocimiento de derechos fundamentales a los ciudadanos extranjeros

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, parte de un propósito inicial cual es el reconocimiento de los derechos contenidos en su articulado en condiciones de igualdad con los españoles:

Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercerán los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles (art. 3.1 de la Ley de Extranjería)

Sin embargo, la posición constitucional de españoles y extranjeros dista mucho de ser idéntica. En este punto hay que partir del artículo 13.1 de la Constitución española que es la norma que regula el estatus de los extranjeros en nuestro país al disponer que éstos gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I del texto constitucional pero en los términos que establezcan los tratados y la ley. Por tanto, se trata de un precepto que no sólo delimita el alcance subjetivo de la extensión de ciertos derechos fundamentales para los cuales es relevante ser español o extranjero, sino que además otorga al legislador una notable parcela de libertad para regular los derechos de los ciudadanos extranjeros en nuestro país, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio.

Esta matización que introduce en su texto ha requerido una profunda y compleja labor interpretativa por parte del Tribunal Constitucional. Su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre constituye uno de los primeros pronunciamientos que tuvo a bien explicar el alcance de esta norma reconociendo que la previsión del artículo 13 de la Constitución no pretende desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.

Esta misma sentencia, que se reconoce como un referente en el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España, distinguió tres categorías de derechos:

Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pueden pertenecer o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre).

Con posterioridad, la propia doctrina constitucional ha ido perfilando con base en el citado artículo 13.1, los criterios de atribución de un derecho concreto a una u otra categoría así como los límites del legislador en la configuración legal de los derechos de los extranjeros. Sobre esta base podemos distinguir:

<sup>2</sup> Dice el artículo 17 en relación a la garantía de los derechos de las víctimas de violencia de género.

1. Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley.

2. La información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

a) Derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, en correspondencia con lo previsto en el artículo 10 de la Constitución<sup>3</sup>. Por consiguiente, la dignidad humana constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular los derechos de los extranjeros en España en la medida en que la dignidad deberá permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, y en relación con los extranjeros, con independencia de la regularidad o irregularidad de su estancia en el país. Así, en este primer grupo se situarían los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros tales como el derecho a la vida, la integridad física y moral o la intimidad en cuya regulación no es posible establecer diferencias en lo que se refiere a su titularidad, ni permite al legislador modular o atemperar su contenido o negar su ejercicio a los extranjeros cualquiera que sea la situación en que se hallen. Es evidente que se trata de derechos en los que se hace más patente la protección de la condición humana, sin embargo, eso no ha impedido que progresivamente el Tribunal Constitucional haya ido ampliando el catálogo de derechos incluso más allá de las exigencias propias de la dignidad humana.

En efecto, una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) permite observar el creciente incremento del catálogo de derechos que se consideran inherentes a la dignidad de la persona y que por tanto corresponden por igual a españoles y extranjeros<sup>4</sup>. A resultas de ello, en la interpretación constitucional del derecho de que se trate, su vinculación con el concepto de dignidad o su reconocimiento expreso en la Constitución a todos por igual, será decisivo de cara a su atribución a los ciudadanos extranjeros en situación irregular.

Y es que como llegó a afirmar el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, este elenco no constituye una lista cerrada y exhaustiva, y buena prueba de ello es la incorporación, entre otros, de los derechos de reunión, asociación y sindicación, en lo que se interpreta como una decidida apuesta del Alto Tribunal por la equiparación, en cuanto a derechos y deberes se refiere, entre españoles y extranjeros.

b) Un segundo grupo quedaría integrado por aquellos derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes, o dicho de otro modo, aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles.

Es el caso de los derechos que el artículo 19 de la Constitución garantiza a los españoles: derecho a elegir libremente la residencia, derecho a circular por el territorio nacional, derecho a entrar y derecho a salir libremente de España. Pues bien, del tenor literal de este precepto, se concluye que la titularidad de los mismos corresponde exclusivamente a los ciudadanos españoles cuando lo cierto es que existe una abundante jurisprudencia constitucional que reconoce también a los extranjeros el disfrute de tales derechos tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 13.1 antes citado, es decir, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio (González Soler, 2002: 195). Ahora bien, para conocer el alcance de la extensión que opera este precepto es conveniente recordar que el propio Tribunal Constitucional tiene dicho que el sujeto de derechos a que se refiere esta norma no es el extranjero sin más, sino el extranjero que ya ha entrado en nuestro país (STC 72/2005).

c) Como contrapartida a los dos bloques anteriores, existen en derechos (los del artículo 23 de la Constitución) cuya titularidad se reserva exclusivamente a los españoles sin posibilidad alguna de extenderlos a los extranjeros, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

## 1.2 El derecho de acceso a la jurisdicción. La denuncia y el ofrecimiento de acciones a la víctima

Centrándonos en el plano de las garantías procesales, el punto de partida lo constituye el artículo 20.1 de la Ley de Extranjería dedicado a la tutela judicial efectiva, derecho que ha sido considerado como inherente a la dignidad humana y en consecuencia integrado en el primer grupo lo que indica que nos encontramos ante un derecho que debe ser reconocido sin limitación o restricción alguna. El libre acceso se concreta en el derecho a que para el sostenimiento de los intereses legítimos se abra y se sustancie un proceso por la vía judicial que se estime más conveniente, siempre que sea procesalmente correcta y conforme a las normas legales. Pero

<sup>3</sup> El artículo 10.1 -que encabeza el título I de la Constitución- dispone que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Por consiguiente, esta norma alude a la dignidad con referencia a la persona humana para consagrarla como derecho fundamental de todo ser humano y para entenderla como la base de la concepción de la sociedad y del Estado conforme a las directrices marcadas en la propia Constitución.

<sup>4</sup> Esa tendencia tiene lugar a mediados de la década de los ochenta con el significativo reconocimiento a los extranjeros del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985) y fue paulatinamente incrementándose en años posteriores con el derecho a la libertad y seguridad (STC 144/1990), el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000) y derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003).

no basta con reconocer el libre acceso al proceso sino que los Tribunales asumen también el deber de posibilitar o propiciar dicho acceso.

En el sistema procesal penal español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal, la víctima puede constituirse en parte en el proceso y, por consiguiente, puede ejercer los derechos inherentes a esa situación jurídica (esencialmente el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías). Además, en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la víctima tiene reconocido un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal y garantizada la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

En esa línea, incoada una instrucción penal, la llamada al proceso se efectúa mediante el denominado trámite de *ofrecimiento de acciones* a fin de que la víctima pueda comparecer y mostrarse parte en la causa ya incoada y sostener la pretensión penal o, en otras palabras, a defender sus propios intereses.

Consecuentemente, cuando no tiene lugar ese ofrecimiento se cercena el derecho de la víctima a la efectividad de la tutela judicial (Gutiérrez Gil, 1998: 19) ya que nuestra legislación procesal exige que en el acto de recibirse declaración al ofendido, el Secretario Judicial le instruya del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso penal y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible (artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por consiguiente, con independencia de su procedencia y situación administrativa en la que se halle, el ordenamiento jurídico español garantiza a la mujer extranjera objeto de maltrato el acceso a los tribunales de justicia en demanda de una orden de protección. Quiere esto decir que la estancia irregular en España no debería ser un impedimento para el disfrute de este derecho y, en su caso, para ejercer la acción penal. En ese sentido, interesa destacar la siguiente declaración prevista en la normativa de extranjería que dispone:

Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal (art. 31.bis 2 Ley Orgánica 4/2000).

Es decir, la Ley cifra la protección dispensada a las mujeres extranjeras en situación irregular en la suspensión del expediente sancionador incoado por la comisión de una infracción grave<sup>5</sup>, lo que se traduce en la práctica en que el expediente de expulsión opera por el hecho de la denuncia que presenta la víctima tan pronto se constate la irregularidad administrativa de su estancia en el país, haciendo primar esta circunstancia sobre su condición de víctima de violencia de género, lo que se evidencia con claridad en los casos en los que la orden de expulsión es anterior a la denuncia por malos tratos.

En consecuencia, la solución legal pasa por anteponer la protección del interés público derivado del régimen sancionador de la legislación de extranjería, a derechos esenciales vinculados a la dignidad de la persona como el derecho a la integridad física, ya que si bien el expediente se mantiene en suspenso, hay motivos suficientes para pensar que este sistema puede disuadir a la víctima a la hora de interponer la denuncia incrementando su vulnerabilidad, ya que si no hay denuncia es imposible que la Ley y las medidas de protección que contiene se puedan aplicar.

En realidad se trata de uno de los principales escollos en la lucha contra la violencia machista que se focaliza no sólo en relación a la víctima inmigrante, aunque el origen o la causa de la exclusión de toda intervención externa, alcanza en el ámbito de la extranjería a la creencia de que cualquier denuncia sobre maltrato de género puede afectar negativamente a la regularización de la estancia de la mujer en España o el temor ante las amenazas proferidas por el agresor ante una eventual expulsión del territorio nacional motivada por la denuncia.

De igual forma, constituye un dato preocupante el número de mujeres inmigrantes que renuncian a la acción judicial entablada o la negativa a ser reconocida por el médico forense, y debe recordarse en ese contexto que el artículo 416 de la Ley procesal penal dispensa al cónyuge del procesado de la obligación de declarar, siendo común que la mujer renuncie a la dispensa en la fase de instrucción pero se acoja a la misma en el acto del juicio oral. En estos casos el tribunal viene obligado a contar con otra prueba de cargo de carácter inequívocamente incriminatoria, suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

Así se expone con claridad en el supuesto examinado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de abril de 2010, que elimina del elenco probatorio la declaración de la víctima extranjera denunciante a quien indebidamente se le denegó la facultad de no declarar contra su pareja que le otorga el citado artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la argumentación de que ya había renunciado a ese derecho en

<sup>5</sup> Se refiere a la prevista en el artículo 53.1 a) de la legislación de extranjería conforme a la cual constituye una infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente

la fase de instrucción al prestar declaración en dicha fase. En este caso, aún cuando el acusado negó haber agredido ni empujado a su pareja, la declaración de la presunta víctima estaba avalada en todo caso por los testimonios de los testigos presenciales que vieron la agresión y escucharon las expresiones amenazantes contra la mujer y las hijas de ésta que profirió el acusado.

En todo caso, si el objetivo es propiciar que la víctima se acerque a un juzgado de guardia y formule la correspondiente denuncia, nuestro sistema judicial debe estar preparado para ofrecer, desde esta primera fase, una respuesta integral, eficaz y protectora a su situación. De lo contrario, se producirá un alejamiento paulatino y en el peor de los casos una retractación respecto de los hechos denunciados que curiosamente "protegerá" al agresor aumentando su sensación de impunidad (Armero Villalba, 2001: 327).

### 1.3 La asistencia jurídica gratuita dispensada a la mujer extranjera

La atribución del derecho a la tutela judicial efectiva a los ciudadanos extranjeros, ha de implicar igualmente el reconocimiento de un derecho instrumental en íntima conexión con el anterior como es el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Con carácter general, en el ámbito de la extranjería la justicia gratuita se encuentra reconocida expresamente en el artículo 22 de su Ley reguladora para los extranjeros que se hallen en España y respecto de los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan y en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

En la difícil situación de la mujer extranjera que denuncia ser víctima de malos tratos se hace patente la necesidad de una asistencia jurídica inmediata desde el mismo momento de la denuncia, esto es, la ayuda de un profesional que le informe y asesore de las medidas de protección así como de las actuaciones judiciales y procesales que suceden a su denuncia. Ello no es óbice para que después la víctima tenga la obligación de acreditar que cumple con los requisitos exigidos a cualquier ciudadano para tener acceso a una justicia gratuita tal como dispone expresamente la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

De hecho, la filosofía que subyace en la Ley de asistencia jurídica gratuita 1/1996, de 10 de enero, es precisamente la protección de los ciudadanos más desfavorecidos que necesitan acceder a la tutela judicial para ver realizadas sus legítimas pretensiones o defendidos sus derechos (Exposición de Motivos de la Ley). De ahí que explícitamente señale que no será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada que se les prestará de inmediato, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la misma, éstas deban abonar al Abogado, y al Procurador cuando intervenga, los honorarios devengados (art. 3.5 de la Ley).

Este derecho comprende, entre otras, las siguientes prestaciones: asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión; asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste y defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

En todo caso, difícilmente puede hablarse de protección efectiva si la mujer extranjera carece de la más mínima información sobre las consecuencias de las actuaciones procesales que con su denuncia se desencadenan. En ese sentido resulta imprescindible ofrecerle una adecuada información acerca de sus derechos y medios para ejercerlos efectivamente de modo que no pasen por ser un mero reconocimiento teórico (Fernández Entralgo, 2001: 126).

Sin embargo, en este punto no hay que desconocer las dificultades de representación que se derivan de los casos en los que la mujer extranjera se desconecta de las actuaciones judiciales tras interponer la denuncia por malos tratos, como se viene poniendo de manifiesto con reiteración por el Turno de Oficio de los Colegios de Abogados.

## 2. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

A la hora de evaluar la eficacia e idoneidad de la Ley de Violencia de Género se señala como una de sus mayores deficiencias el marco de protección que dispensa a las víctimas de estas conductas agresoras. Con carácter específico hay que mencionar las llamadas "Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas", puestas a disposición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer como mecanismo para erradicar y prevenir este tipo de comportamientos delictivos. En líneas generales, vienen a configurar una tutela judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz a la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género.

Hay que recordar además que el artículo 31 bis de la Ley de Extranjería, reconoce que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

Violencia de Género, por consiguiente sus disposiciones integran y completan también el catálogo de derechos de las mujeres inmigrantes y los mecanismos puestos a su alcance para procurar su protección.

No obstante lo anterior, antes de la entrada en vigor de esta Ley, nuestro sistema procesal -y concretamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal-, ya contaba con instrumentos cautelares con una finalidad protectora de las víctimas. Se trata de las medidas de alejamiento previstas en el artículo 544 bis y de la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica a la que se refiere el artículo 544 ter<sup>6</sup>.

Las medidas cautelares han sido definidas como aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie (Asencio Mellado, 2008: 192), a lo que hay que añadir el matiz protector con el que actualmente se presentan los mecanismos cautelares.

Ambas medidas constituyen dos vías distintas de protección a la víctima de violencia de género siendo la primera más concreta y más amplia la segunda, de manera que el incumplimiento de aquella puede dar lugar a la adopción de ésta.

Queda claro una vez más que su significado hay que buscarlo precisamente en esa protección que brindan a la víctima estimando que la ausencia de contacto físico y cese de la convivencia procuran una reducción importante de la conducta delictiva por parte del infractor (Gómez Colomer, 2007: 215). La regulación legal de estas medidas queda como sigue.

### 2.1 Medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El artículo 544 bis regula la posibilidad de medidas cautelares de tipo general para cualquier víctima que lo sea de los delitos a los que se refiere el artículo 57 del Código Penal<sup>7</sup>. Conforme a dicha norma el catálogo de medidas que pueden imponerse al imputado son las de prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, y prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. Se trata, en suma, de una serie de medidas que limitan la libertad de movimientos y por tanto condicionan los derechos fundamentales a la libertad de residencia y a la libre circulación, derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución española, lo que invita a suscitarse dos órdenes de cuestiones.

Por un lado, se halla el tema de la limitación, con fines cautelares, de un derecho constitucional de configuración legal como es la libertad de circulación y de residencia expresamente regulado en la legislación de extranjería conforme a la cual "los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme" (art. 5.1 Ley de Extranjería).

En ese sentido reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 60/2010, de 7 de octubre, que el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente resulta, si no radicalmente suprimido, sí parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella.

En segundo lugar, estas medidas de alejamiento pueden ser acordadas en el transcurso de un procedimiento penal en el que todavía no se ha declarado la atribución cierta de un hecho punible a una persona determinada. Esta circunstancia condiciona su aplicación en términos muy estrictos suscitándose su compatibilidad con la presunción de inocencia<sup>8</sup>. Debe incidirse en que no puede prescindirse de la ineludible necesidad de des-

<sup>6</sup> Se trata de dos normas vinculadas inequívocamente a la protección de las víctimas de violencia doméstica promulgadas en el ámbito del Plan de acción contra la violencia doméstica aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 1998 para dar respuesta a uno de los problemas más acuciantes de la sociedad actual recogiendo una serie de medidas destinadas a erradicar este tipo de violencia. Esta intención claramente señalada en la Exposición de Motivos de ambas leyes se procura a través del instituto cautelar por lo que tanto las medidas de alejamiento del artículo 544 bis, como la orden de protección del 544 ter, quedan vinculadas a lograr la efectividad del proceso y de la sentencia de condena que pueda dictarse, así como a la específica finalidad de proteger a las víctimas de determinados delitos y a su entorno frente a posibles nuevas agresiones.

<sup>7</sup> Se trata de conductas delictivas a las que el legislador ha querido dotar de una especial protección tales como: homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, delito de tortura, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, delitos contra la intimidad, delitos contra el derecho a la propia imagen, delitos contra la inviolabilidad del domicilio, delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio, delitos contra el orden socioeconómico.

<sup>8</sup> La presunción de inocencia constituye un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal pero ante todo es un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los tribunales penales, pueda ser considerada de cargo. Y, como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la "efectuada en juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación" (STC de 10 de febrero de 2003).

plegar una prueba de cargo cuya iniciativa corresponde a la acusación, razonablemente suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Consecuentemente sólo deben adoptarse cuando concurren determinados presupuestos o condiciones:

- En primero de ellos es la apariencia razonablemente probable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por una determinada persona. Es lo que en se denomina *fumus boni iuris*, es decir, que haya motivos bastantes para inculparla y someterla por ello a tales medidas cautelares. Ciertamente tales motivos no han de ser pruebas plenas, pues las pruebas sólo tienen lugar en el juicio oral y no durante la fase de investigación, sino más bien indicios racionales más o menos intensos que permitan imputar a una persona un hecho punible.
- El segundo requisito se encuentra en la existencia de razones para temer que el inculpado va a tratar de sustraerse a la acción de la justicia en el tiempo en que dura la sustanciación del procedimiento. Es el llamado *periculum in mora*, es decir, no basta con que haya motivos para considerar verosímil y probablemente razonable que el hecho investigado haya sido cometido por la persona afectada por la medida cautelar, sino que, como el fin de tales medidas es evitar que el inculpado se sustraiga al posible fallo condenatorio, sólo cuando hay motivos para temer que esto vaya a suceder quedan justificadas las medidas cautelares personales. Son manifestaciones del *periculum in mora* las siguientes: el riesgo de fuga, la obstrucción de la investigación, la ocultación patrimonial o la reiteración delictiva.

En definitiva, la adopción en el proceso penal de las medidas del artículo 544 bis requiere que concurren dos requisitos o presupuestos: 1º la constatación por el instructor de la existencia de los indicios racionales de la comisión de un delito recogido en el catálogo establecido en el artículo 57 del Código Penal (*fumus boni iuris*). 2º La existencia de una situación objetiva de riesgo (*periculum in mora*), pues de no adoptarse la medida cautelar puede correr peligro la integridad de la víctima física o moral de la víctima.

Por otro lado, el artículo 544 ter 1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (norma que regula la llamada orden de protección para las víctimas de violencia doméstica) establece que el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima.

Por consiguiente, para el otorgamiento de la protección se exigen dos presupuestos básicos: el primero, que existan indicios de la comisión de un delito de violencia doméstica, o lo que es lo mismo que la víctima de los delitos referidos en esta norma sea una de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal<sup>9</sup>; y el segundo, que concurra una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de las medidas de protección recogidas en el mismo precepto.

Es decir, que el Juez deberá efectuar una primera valoración de los hechos denunciados al efecto de determinar si la víctima tiene con el denunciado una de las relaciones referidas en aquel artículo, y si se da una situación de riesgo objetivo entendido como un juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro (Herrero Tejedor Algar, 2007: 373).

Pues bien, en materia de extranjería, a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la mujer extranjera cuyo expediente de expulsión se halle en suspenso mientras se tramita el proceso penal, la Ley le faculta a solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales; ahora bien, dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal (art. 31 bis de la Ley de Extranjería).

En otros términos, sólo se concederá la autorización cuando haya recaído la sentencia lo que abre un periodo de inseguridad dado que si finalmente no se consigue una sentencia judicial condenatoria podrá terminarse con un expediente de expulsión. Las hipótesis posibles son:

- Primera: concluido el procedimiento penal con sentencia condenatoria, se concederá y notificará a la mujer extranjera la autorización de residencia temporal y de trabajo por circunstancias excepcionales. En el supuesto de que no se hubiera solicitado, se le informará de la posibilidad de conceder a su favor una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales otorgándole un plazo para su solicitud.
- Segunda: concluido el procedimiento penal sin que pueda deducirse, en el marco del mismo, la situación de violencia de género de la mujer extranjera, se denegará la autorización de residencia temporal y de

<sup>9</sup> Se refiere el artículo 173.2 del Código Penal al cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al infractor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

trabajo por circunstancias excepcionales y continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido.

## 2.2 Medidas previstas en la Ley Orgánica 1/2004

Como se ha indicado con anterioridad, además de las medidas previstas con carácter general en la legislación procesal penal, la Ley de Violencia de Género ha optado por la regulación expresa de las medidas de protección de las víctimas sin que ello haya impedido declarar su compatibilidad con el resto de medidas cautelares previstas legalmente tanto para los procesos civiles como para los procesos penales en coherencia con el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (Senés Motilla, 2007: 1).

A tales efectos como el artículo 61 de la LO 1/2004:

1. Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.
2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción.

Así pues, tomando como base la regulación de la Ley 1/2004, hay que citar las siguientes medidas:

- Primera. La salida obligatoria del inculpado del domicilio en el que estuviere conviviendo o donde tenga su residencia la unidad familiar con prohibición de volver al mismo (art. 64.1). Esta medida se completa además con la posibilidad de carácter excepcional reconocida a la persona protegida de permutar temporalmente el uso de la vivienda familiar de la que sean copropietarios por el uso de otra vivienda (art. 64.2).
- Segunda. Prohibición de aproximarse a la persona protegida lo que implica la imposibilidad de acercarse a cualquier lugar en el que ésta pudiera hallarse (art. 64.3 y 4). Como novedad se introduce a modo de control de esta medida "la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento"<sup>10</sup>.
- Tercera. Prohibición al inculpado de comunicarse con las personas o personas que se indique bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal (art. 64.5).
- Cuarta. Otras medidas legalmente previstas hacen referencia a la garantía de la intimidad y la seguridad de las víctimas (art. 63), medidas de protección de carácter civil como la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores y la suspensión del régimen de visitas (arts. 65 y 66), y la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas (art. 67).

A continuación se destacan otros aspectos destacados de la regulación de estas medidas de protección:

Órgano competente para la adopción de las medidas y resolución judicial: como no podía ser de otra forma la competencia de atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del lugar del domicilio de la víctima (arts. 14 y 15 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal) sin prescindir del reconocimiento de la competencia del Juzgado de Guardia (art. 14. 5º-c). A este Juez corresponde pronunciarse de oficio o a instancia de parte sobre "la pertinencia de la adopción" -en palabras de la ley (art. 61.2)- y, en su caso, decretarlas mediante "auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad" (art. 68). Sobre este extremo contamos ya con una abundante jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales en las que se revela que para la adopción de la medida de protección es necesario además de que existan indicios de haberse cometido un delito, que se valore la situación efectiva de riesgo. Es decir, la existencia de indicios de criminalidad contra el imputado (malos tratos a la mujer) no lleva automáticamente a otorgar la protección interesada ya que "para acordar una restricción de las características de la orden de alejamiento ha de objetivarse con datos o indicios que hagan prever que puede suceder un mal a la víctima, más allá de una percepción subjetiva" (por todas, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2009); en otro caso, resultará su improcedencia por no concurrir razones para decretar la protección que confiere la orden.

Por otra parte, se requiere que las medidas de protección sean adoptadas mediante auto motivado tras ponderar los intereses en juego: por un lado, los de una persona cuya inocencia se presume, y por otro, la evitación de hechos delictivos. En ese orden, la motivación debe proyectarse tanto sobre los indicios contra el agresor como sobre la situación objetiva de riesgo de la víctima.

Legitimación: también la Ley de Violencia opta por una amplia legitimación para solicitar las medidas de protección que se extiende a la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida (art. 61.2) sin olvidar a la propia víctima, los hijos, las personas que convivan con ella o se hallen sujetas a su guarda o custodia, y el Ministerio Fiscal.

<sup>10</sup> Se trata de dispositivos electrónicos que activan un sistema de alerta cuando se quebrantan los órdenes de alejamiento acordadas judicialmente y que se van instaurando gradualmente en el territorio nacional, aunque no puede ocultarse que su aplicación real está condicionada por los recursos materiales destinados por el Gobierno y las Comunidades Autónomas a su implantación.



Plazo de duración: la especial naturaleza de las medidas cautelares supone que no pueden perpetuarse en el tiempo, sino que, desaparecidas las circunstancias que se tomaron en consideración para dictarlas, la medida también ha de desaparecer o, cuando menos, adaptarse a los nuevos acontecimientos. Al plazo alude de manera expresa aunque sin precisarlo en el reiterado artículo 61.2 que se completa con el artículo 69 que deja abierta la posibilidad para que se mantengan tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de estas medidas.

### 3. CONCLUSIONES

Pese a lo pueda parecer, la violencia de género no es un fenómeno desconocido ni de nueva aparición aunque sí lo es el hecho de trascender de la esfera meramente privada para convertirse en un problema que atañe a sectores muy diversos de la sociedad y que exige una respuesta contundente de los poderes públicos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000 con ocasión de analizar el delito de malos tratos en el ámbito familiar previsto en el artículo 153 del Código Penal, ya señalaba que este tipo de conductas deben ser abordadas como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

No puede negarse que asistimos en la actualidad a un cambio de actitud respecto de estas conductas agresoras basadas en la dominación del hombre sobre la mujer que alejan la sensación de impunidad para los maltratadores. La instauración de una jurisdicción especializada en violencia sobre las mujeres y la concesión de órdenes de protección constituyen la mejor respuesta.

Ahora bien, cuando quien padece el delito de género es una inmigrante irregular y por tanto se pone en valor la nacionalidad de las víctimas, se incrementa el peligro impunidad del agresor no sólo por el desconocimiento de la mujer del sistema de protección de nuestro país sino por las dificultades intrínsecas que contiene la propia legislación de extranjería en los términos que se han expuesto.

Por consiguiente, si somos capaces de establecer unos canales permanentes de información dirigida especialmente a la población inmigrante a la vez que legislar superando las barreras y obstáculos existentes habremos avanzado definitivamente en la lucha contra la violencia de género.

### BIBLIOGRAFÍA

- Armero Villalba, Silvia. (2001). Violencia familiar y adopción de medidas cautelares. En *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales* (pp. 325-353). Madrid: Ministerio de Justicia
- Asencio Mellado, José María. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch
- Fernández Entralgo, Jesús. (2001). Protección penal y procesal de la víctima. En *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales* (pp. 109-153). Madrid: Ministerio de Justicia
- Gómez Colomer, Juan Luis. (2007). *Violencia de género y proceso*. Valencia: Tirant Lo Blanch
- González Soler, Olayo. (2002). La posición del extranjero en el ordenamiento jurídico constitucional. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 4, 195-238.
- Gutiérrez Gil, Andrés Javier. (1998). La dimensión constitucional del ofrecimiento de acciones. *Revista del Ministerio Fiscal*, 5, 9-49
- Herrero Tejedor Algar, Fernando. (2007). La orden de protección. En J. L. Gómez Colomer (Coord.). *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (pp. 363- 379). Castellón: Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions
- Senés Motilla, Carmen. (2007). Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y seguridad a las víctimas de la violencia de género. *Diario La Ley*, 6644, 1-4.