

LA PROTECCION DE LA MUJER VICTIMA DE VIOLENCIA DE GENERO EN GALICIA: REGULACION PROCESAL

Lourdes Noya Ferreiro

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidade de Santiago de Compostela

Resumen: En los últimos años la violencia sobre las mujeres ha disparado las alarmas en numerosos países, provocando la entrada en vigor de diferentes normas que persiguen dar una respuesta integral a las víctimas de violencia de género. En España, también las Comunidades Autónomas han legislado, concediendo en muchas ocasiones un protección incluso mayor que la prevista en la Ley estatal. En este artículo se pretenden realizar un breve análisis de las medidas de carácter procesal recogidas en la Ley Gallega 11/2007, de 27 de julio, para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género.

Palabras clave: 1. Violencia de Genero.- 2. Mujer víctima.- 3. Ley Gallega.- 4. Acusación popular.

Abstract: In the last years the violence on the women has shot to the alarms in numerous countries, causing the take effect of different norms that they persecute to give an integral answer to the victims of gender violence. In Spain, also the Independent Communities have legislated,

Recibido: julio 2008. Aceptado: octubre 2008

granting in many occasions a protection even greater than the anticipated one in the state Law. In this article they are tried to make a brief analysis of the gathered measures of procedural character in Galician Law 11/2007, of 27 of July, for the Prevention and the Integral Treatment of the Gender Violence.

Keywords: 1. Gender Violence.- 2.- Victim women.- 3. Galicia Law.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos, cuya naturaleza priva a las víctimas de su capacidad de gozar de las libertades fundamentales¹. A menudo vuelve a las mujeres más vulnerables a nuevas vejaciones y obstaculiza seriamente la posibilidad de superar las desigualdades entre hombres y mujeres en la sociedad. Esta forma de violencia vulnera la paz, la seguridad y la democracia en Europa².

-
- 1 Así comienza el Programa de la campaña del Consejo de Europa para combatir la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica. Elaborado por el Grupo de trabajo para combatir la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica (EG-TFV) fue adoptado por el Comité de Ministros el 21 de junio de 2006.
 - 2 El reconocimiento de la violencia de género como una violación de los derechos humanos se produce en muchos de los instrumentos internacionales:
 - en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979;
 - en la Declaración y Programa de acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993;
 - en las Resoluciones de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995;
 - en la Unión Europea, el Informe del Parlamento Europeo de julio de 1997, en el que se promovió la campaña Tolerancia Cero ante la violencia contra las mujeres; también en este mismo año se pone en marcha la primera iniciativa DAPHNE, para luchar contra la violencia masculina, a la que sigue el programa DAPHNE II en el que trata de prevenir y combatir todas las formas de violencia contra los niños, las mujeres y los adolescentes.
 - en el Consejo de Europa la Recomendación 2002 del Comité de Ministros se proporcionan claves a los Estados miembros para adoptar medidas contra la violencia hacia las mujeres.

Los continuos actos de violencia causados a la mujer por aquellas personas a las que se encuentran ligadas por razones afectivas, han provocado indignación y rechazo en la sociedad, y la reacción de los poderes públicos para intentar poner fin, en la medida de lo posible, a este tipo de hechos.

Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas se han preocupado de regular una serie de medidas e instrumentos, cuya finalidad no es otra que articular un sistema de protección integral frente a un tipo de violencia que en los últimos años ha disparado las alarmas en numerosos países³.

No obstante, la realidad nos demuestra una vez más, que nos enfrentamos a una difícil tarea, evidenciando, por la vía de los datos, que la regulación normativa no puede en ningún caso solucionar por sí sola, un problema social que a lo largo de los años ha permanecido escondido en el interior de los hogares⁴. Los que en ello confiaban se sienten cuando menos desencantados, pero este hecho no puede servir para condenar una iniciativa, que si bien puede ser mejorada corrigiendo aquellas deficiencias detectadas en las distintas normas, también debe ser objeto de alabanzas, fundamentalmente en lo que respecta a la regulación de numerosas medidas de protección, no sólo de carácter judicial sino también extrajudicial.

Tal y como apuntamos, la violencia del hombre contra la mujer no es un problema actual, aunque su percepción en la sociedad se produce fundamentalmente en los últimos años. Esta sensibilización tiene mucho que ver con los avances que

3 V. Informe sobre la violencia doméstica del Consejo General del Poder Judicial de 13 de septiembre de 2000, pághs. 36 y ss.; Memorias de los años 2004 y 2005 del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer aprobado el 28 de junio de 2007.

4 V. MONTERO AROCA, J./MARTINEZ GARCIA, E., Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género, en “Tutela procesal frente a hechos de violencia de género”, (coordinado por Gómez Colomer), Colección «Estudis jurídics», número 13, Universidad Jaume I, Castellón, 2007, pág. 155.

se han producido en torno a la igualdad de ambos sexos. No puede obviarse que el origen de la violencia del hombre sobre la mujer se encuentra en nuestra historia y cultura. Es fruto de la relación de poder y dominio que los hombres han ejercido sobre las mujeres⁵.

La utilización de la expresión “violencia de género” para englobar este tipo de hechos delictivos ha generado cierta polémica, debido fundamentalmente al concepto gramatical del término “género”⁶. Por ello es necesario precisar, que el empleo de tan

5 Sobre esta cuestión puede consultarse AÑON ROIG, M^a. J./MESTRE I MESTRE, R., *Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho*, en “La nueva Ley de Violencia de Género” (coordinado por Boix Reig/Martínez García), Madrid, 2005, págs 32 a 63.

6 INFORME DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA SOBRE LA EXPRESIÓN VIOLENCIA DE GÉNERO

El anuncio de que el Gobierno de España va a presentar un Proyecto de Ley integral contra la violencia de género, ha llevado a la Real Academia Española a elaborar el presente Informe sobre el aspecto lingüístico de la denominación, incorporada ya de forma equivalente en las Leyes 50/1997 y 30/2003, al hablar de impacto por razón de género.

El análisis y la propuesta que al final de este Informe se presentan a la consideración del Gobierno, han sido aprobados en la sesión plenaria académica celebrada el pasado jueves día 13 de mayo.

1. Origen de la expresión

La expresión violencia de género es la traducción del inglés *gender-based violence o gender violence*, expresión difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995, bajo los auspicios de la ONU. Con ella se identifica la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

Resulta obligado preguntarse si esta expresión es adecuada en español desde el punto de vista lingüístico, y si existen alternativas que permitan sustituirla con ventaja, y de acuerdo con otras fórmulas de denominación legal, adoptadas por países pertenecientes al área lingüística románica, y con el uso mayoritario de los países hispanohablantes.

2. Análisis sobre la conveniencia de su uso en español

La palabra género tiene en español los sentidos generales de “conjunto de seres establecido en función de características comunes” y “clase o tipo”. En gramática significa “propiedad de los sustantivos y de algunos pronombres por la cual se clasifican en masculinos, femeninos y, en algunas lenguas, también en neutros”. Para designar la condición orgánica o biológica, por la

controvertida expresión es consecuencia de su homóloga inglesa “*gender based violence o gender violence*”, en la que el término “*gender*” debe traducirse por “sexo”. De todas formas, el género no debe reducirse a día de hoy a un término gramatical, sino que ha evolucionado para englobar una construcción intelectual, que

cual los seres vivos son masculinos o femeninos, debe emplearse el término sexo. Es decir, las palabras tienen género (y no sexo), mientras que los seres vivos tienen sexo (y no género). En español no existe tradición de uso de la palabra género como sinónimo de sexo.

Es muy importante, además, tener en cuenta que en la tradición cultural española la palabra sexo no reduce su sentido al aspecto meramente biológico. Basta pensar lo que en esa línea ha significado la oposición de las expresiones sexo fuerte/sexo débil, cuyo concepto está, por cierto, debajo de buena parte de las actuaciones violentas.

En inglés la voz *gender* se empleaba también hasta el siglo XVIII con el sentido de “clase o tipo”, para el que inglés actual prefiere otros términos: *kind, sort o class*. Como en español, *gender* se utiliza también con el sentido de “género gramatical”. Pero, además, se documenta desde antiguo un uso traslaticio de *gender* como sinónimo de *sex*, sin duda nacido del empeño puritano en evitar este vocablo. Con el auge de los estudios feministas, en los años sesenta del siglo xx, se comenzó a utilizar en el mundo anglosajón el término *gender* con el sentido de “sexo de un ser humano”, desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales, en oposición a las biológicas, existentes entre hombres y mujeres.

Tal sentido técnico específico ha pasado del inglés a otras lenguas, entre ellas el español. Así pues, mientras que con la voz “sexo” se designa una categoría meramente orgánica, biológica, con el término “género” se ha venido aludiendo a una categoría sociocultural que implica diferencias o desigualdades de índole social, económica, política, laboral, etc. En esa línea se habla de estudios de género, discriminación de género, violencia de género, etc. Y sobre esa base se ha llegado a veces a extender el uso del término género hasta su equivalencia con sexo: Critican algunos el uso de la expresión violencia doméstica aduciendo que podría aplicarse, en sentido estricto, a toda violencia ejercida entre familiares de un hogar (y no sólo entre los miembros de la pareja) o incluso entre personas que, sin ser familiares, viven bajo el mismo techo; y, en la misma línea -añaden-, quedarían fuera los casos de violencia contra la mujer ejercida por parte del novio o compañero sentimental con el que no conviva.

De cara a una “Ley integral” la expresión violencia doméstica, tan arraigada en el uso por su claridad de referencia, tiene precisamente la ventaja de aludir, entre otras cosas, a los trastornos y consecuencias que esa violencia causa no sólo en la persona de la mujer sino del hogar en su conjunto, aspecto

ha servido para identificar la desigualdad entre ambos sexos, fundamentada no en las diferencias biológicas de cada uno, sino en las relaciones desiguales y jerarquizadas que tienen su origen histórico en una estructura familiar patriarcal⁷.

La primera referencia a la “violencia de género” tal y como hoy es entendida, la encontramos en la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el 20 de diciembre de 1993, aprueba la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la mujeres. A partir de ese momento, se generaliza su uso por la normativa internacional, que identifica la violencia de género con la violencia contra las mujeres, utilizando indistintamente ambas expresiones. El art. 1 de la citada Declaración define la violencia de género, como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada”*.

este último al que esa ley específica quiere atender y subvenir con criterios de transversalidad.

4. Propuesta de denominación

Para que esa ley integral incluya en su denominación la referencia a los casos de violencia contra la mujer ejercida por parte del novio o compañero sentimental con el que no conviva, podría añadirse “o por razón de sexo”. Con lo que la denominación completa más ajustada sería LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA O POR RAZÓN DE SEXO.

En la misma línea, debiera en adelante sustituirse la expresión “impacto por razón de género” por la de “impacto por razón de sexo”, en línea con lo que la Constitución establece en su Artículo 14 al hablar de la no discriminación “por razón de nacimiento, raza, sexo...”.

Avala a esta propuesta el hecho de que la normativa gemela de países de la lengua románica adopta criterios semejantes...

- 7 V. AÑON ROIG, M^a. J./MESTRE I MESTRE, R., Violencia sobre las mujeres..., op. cit., págs. 35-37; COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M., La violencia doméstica y de género: diagnóstico del problema y vías de solución, en “Tutela procesal frente a hechos de violencia de género”, (coordinado por Gómez Colomer), Colección «Estudis jurídics», número 13, Universidad Jaume I, Castellón, 2007, pág. 42. También el Informe de la Real Academia Española sobre la expresión violencia de género.

En consonancia con la definición de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa distingue varias categorías dentro de la violencia de género:

Violencia física: en la que se incluyen todo tipo de agresiones corporales (empujones, golpes, ataques con armas, mordeduras, quemaduras, estrangulamientos, mutilaciones, etc...).

Violencia sexual: que comprende cualquier actividad sexual no consentida (visionado o participación forzada en pornografía, relaciones sexuales obligadas, tráfico y explotación en la industria del sexo, etc...).

Violencia psicológica: concepto amplio que admite múltiples modalidades de agresión intelectual o moral (amenazas, aislamiento, desprecio, intimidación e insultos en público, etc...).

Violencia económica: entendida como desigualdad en el acceso a los recursos compartidos (negar el acceso al dinero, impedir el acceso a un puesto de trabajo, a la educación etc...).

Violencia estructural: término íntimamente relacionado con el de violencia económica, pero que incluye barreras invisibles e intangibles contra la realización de las opciones potenciales de los derechos básicos de las personas. Se sustenta la existencia de obstáculos firmemente arraigados y que se reproducen diariamente en el tejido social (por ejemplo, las relaciones de poder que generan y legitiman la desigualdad).

Violencia espiritual: concepto comprensivo de aquellas conductas que consisten en obligar a otra persona a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado, o dirigidas a erosionar o destruir las creencias de otro a través del ridículo o del castigo.

Hasta ese momento, la violencia ejercida contra la mujer se integraba en el concepto general de violencia doméstica. La vinculación entre ambos conceptos es indudable, por lo que se hace preciso determinar el ámbito conceptual de cada uno de ellos.

La violencia doméstica es aquella que se ejerce en el ámbito familiar, fruto de la convivencia, y que trae causa de la

especial vulnerabilidad que se deriva de determinadas relaciones familiares. Dicha vulnerabilidad puede tener su origen en una situación de dependencia jurídica⁸, o en una situación de mayor debilidad de la víctima que puede deberse a múltiples causas⁹. Por tanto, este tipo de violencia se fundamenta en la propia naturaleza de las relaciones familiares. Sin embargo, la situación de la mujer no puede englobarse en ninguna de las categorías descritas. Su vulnerabilidad no se deriva ni de la existencia de una dependencia jurídica en el ámbito familiar, ni de sus condiciones personales. Se debe únicamente a la constante dominación que históricamente ha ejercido el varón¹⁰.

Así, la violencia de género hace referencia a aquellos actos de carácter violento que se ejercen contra la mujer por el solo hecho de serlo, se trata de violencia contra una persona por razón de su sexo.

La diferenciación jurídica entre ambos tipos de violencia es consecuencia directa de la mayor magnitud de los hechos relacionados con la violencia ejercida sobre la mujer¹¹. Son las mujeres las que sufren de manera mayoritaria, violencia física o psicológica dentro del domicilio familiar, lo que lleva al Estado, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales, a proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres¹².

El punto de partida de esta protección global se encuentra indudablemente en la protección de los derechos fundamentales.

8 Patria potestad, tutela, curatela, etc.

9 Incapacidad, ancianidad, etc.

10 LAURENZO COPELLO, P., El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal, en Cuadernos penales José María Lidón”, núm. 2, 2005, pág. 93.

11 COMAS D' ARGEMIR CENDRA, M., La violencia doméstica..., op. cit., pág. 42 a 45.

12 Los poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

La violencia ejercida sobre la mujer vulnera los derechos más importantes del ser humano, aquellos que lo caracterizan como tal y de los que en ningún caso puede ser privado. El derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la dignidad, a la libertad, a la igualdad y la seguridad, son derechos innatos que los poderes públicos, por mandato constitucional, deben proteger y hacer efectivos.

Como respuesta obligada ante las continuas violaciones de estos derechos, se aprueba la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LIVG), ley de ámbito estatal que culmina los avances legislativos que ya se habían producido en este campo¹³. En el apartado tercero de su art. 1, constata expresamente que *“la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*.

Tal y como se desprende de la propia Ley, la protección que se pretende proporcionar a la mujer víctima de violencia de género se extiende más allá del aspecto penal y procesal. El legislador ha regulado una serie de medidas que intentan cubrir las

13 Sin ánimo de ser exhaustivo, pueden citarse como disposiciones más importantes que integran el marco normativo procesal que da protección a la mujer víctima de violencia de género, las siguientes: LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que introduce el art. 544 bis regulando la orden de alejamiento; la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados Delitos y Faltas y de Modificación del Procedimiento Abreviado; La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de Extranjeros; LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional; La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y sobre todo, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, por la que se introduce en la Ley procesal penal el actual art. 544 ter.

necesidades de la mujer maltratada, en el campo sanitario, social y asistencial, en el campo laboral, sin olvidar medidas de carácter educativo e informativo que tienen una importancia trascendental para una futura solución de la violencia de género.

Pero la respuesta de los poderes públicos ante este fenómeno no se ha limitado únicamente a la citada regulación estatal. También las Comunidades Autónomas, ante hechos tan graves como los que se están produciendo en los últimos años, se han preocupado de completar este sistema de protección integral¹⁴.

Un claro ejemplo de ello es Ley Gallega 11/2007, de 27 de julio, para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, que como señala su Exposición de Motivos, articula un marco normativo propio y completo en esta materia, que haga de la prevención el pilar básico de la acción administrativa, y que facilite un adecuado apoyo a la lucha social contra la violencia de género. Con la presente Ley se pretende dotar a los poderes públicos y a la sociedad gallega de un instrumento apropiado para prever, tratar y erradicar la violencia de género y, al fin, conseguir una verdadera realización del principio de igualdad¹⁵.

14 Ley del Parlamento de la Comunidad Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; Ley del Parlamento de Castilla y León 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres; Ley de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de malos tratos y de protección a las maltratadas; Ley Foral del Parlamento de Navarra 22/2002, de 2 de julio, para la Adopción de Medidas Integrales contra la Violencia Sexista; Ley del Parlamento de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley del Parlamento de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

15 Los antecedentes de esta Ley los podemos encontrar en el art. 4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que encomienda a los poderes públicos la defensa de la igualdad y la libertad del individuo y la supresión de los obstáculos que impidan que tales derechos se ejerzan con plenitud. Respondiendo a estas directrices entra en vigor la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, que dedica dos artículos a la regulación de la violencia contra las mujeres.

En su art. 1 establece claramente lo que ha de entenderse por violencia de género a los efectos de la presente Ley, concepto que abarcará *“cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres, que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o privada”*.

Pero la Ley gallega va más allá, constatando las diferentes formas de violencia que se pueden ejercer contra la mujer e integrándolas en el concepto de violencia de género, estableciendo expresamente que *“a los efectos de la presente ley, se consideran formas de violencia de género, fundamentalmente, las siguientes:*

a) Violencia física, que incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Igualmente, tendrán la consideración de actos de violencia física contra la mujer los ejercidos por hombres de su entorno familiar o de su entorno social y/o laboral.

b) Violencia psicológica, que incluye toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Igualmente, tendrán la consideración de actos de violencia psicológica contra la mujer los ejercidos por hombres de su entorno familiar o de su entorno social y/o laboral.

c) Violencia económica, que incluye la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la

discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja.

- d) Violencia sexual y abusos sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima.*
- e) Acoso sexual, que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la mujer de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma.*
- f) El tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación, cualquiera que fuera la relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado.*
- g) Cualquier otra forma de violencia recogida en los tratados internacionales que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres*

Con esta apuesta tan importante, se trata de establecer los límites o el campo de actuación de los poderes públicos respecto de actos violentos que tienen como sujetos pasivos a las mujeres. A diferencia de la Ley estatal, se preocupa de enumerar, digamos que hasta la exahustividad, todo un conjunto de actos de violencia, física o psicológica, siguiendo las pautas de la clasificación realizada por el Consejo de Europa.

Partiendo de los dos textos normativos que proporciona nuestro ordenamiento jurídico, trataremos de establecer el marco de protección y respuesta en el que puede ampararse la mujer víctima de violencia de género en la Comunidad Autónoma Gallega.

Aunque este trabajo pretende centrarse en los aspectos procesales de la regulación de violencia de género en Galicia, es necesario realizar una serie de precisiones respecto al marco de

protección y de aplicación de estas leyes, puesto que las claras diferencias entre una y otra así lo exigen.

2. PROTECCION INTEGRAL Y AMBITO SUBJETIVO DE APLICACION

A) Consideraciones iniciales

Tal y como se ha puesto de relieve, tanto la Ley estatal como la Ley autonómica se preocupan de constatar que sus respectivas regulaciones se dirigen a proporcionar a la mujer víctima de violencia de género una protección integral. El segundo apartado del art. 1 de la LO 1/2004, lo deja claro al señalar que con la presente ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

De igual forma, la Ley gallega recoge en su Exposición de Motivos, que en el presente texto legislativo se establecen medidas conducentes a coordinar y planificar los recursos necesarios a través de una correcta red que integre medidas de información, de recuperación psicológica, de apoyo económico, de inserción laboral y de acceso a la vivienda.

En este primer aspecto objetivo de la protección integral, se evidencia que ambos textos legislativos se preocupan de abarcar todas las posibles actuaciones que caben en esta problemática, aunque es evidente que es imposible llegar a todas ellas. Uno y otro contemplan en su articulado, tanto medidas de carácter extra-judicial (de naturaleza educativa, laboral, publicitaria y sanitaria), como otras de carácter judicial¹⁶.

16 Sobre esta cuestión, CALVO GARCIA, M., Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Analisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, en “Cuaderno penales José María Lidón”, núm. 2, 2005, pág. 52; GOMEZ COLOMER, J.L., Visión general sobre la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, en en “Tutela procesal frente a hechos de violencia.. op. cit., págs. 76 y 77; LAURENZO COPELLO, P., El modelo

El Título Preliminar de la Ley Gallega establece como objeto de la ley, la adopción de medidas integrales dirigidas a la prevención y atención para el tratamiento de la violencia ejercida contra las mujeres, así como a la protección y asistencia a las víctimas.

Si en este aspecto no cabe duda que el legislador ha hecho un esfuerzo importante por proporcionar esa protección integral que se pretende en la Exposición de Motivos, no podemos decir lo mismo del aspecto subjetivo, en el que las deficiencias son evidentes, constatándose además una diferencia sustancial entre una y otra regulación.

B) Ámbito de aplicación: destinatarios

a) La mujer víctima de violencia de género

Una primera cuestión a tratar se centra en el análisis de los destinatarios de las normas y en los posibles defectos de su regulación, porque no puede obviarse que también otras personas son objeto de violencia en el seno de las familias, integrando el concepto de violencia doméstica, no preocupándose el Estado de proporcionarles un sistema de protección integral. Si bien es cierto que la violencia contra la mujer en el seno de las relaciones afectivas, ha hecho saltar las alarmas en nuestra sociedad, no resulta lógico que a la hora de abordar un problema tan grave como es la violencia en el ámbito familiar, el legislador limite el campo de actuación a la protección de las mujeres, y no aproveche esta oportunidad para extenderla a todas aquellas manifestaciones de violencia que se producen en el ámbito de las relaciones familiares o domésticas¹⁷.

de protección reforzada de la mujer..., op. cit., págs. 98-99; MONTALBAN HUERTAS, I., Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Un instrumento normativo novedoso, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, núm. XXII, 2005, pág. 55.

17 V. MONTERO AROCA, J./MARTINEZ GARICA, E., Perspectivas inmediatas..., op. cit., pág. 140; PLANCHADELL GARGALLO, A., La compe-

Como es sobradamente conocido, la violencia ejercida contra los menores en el seno de las familias es cada vez más preocupante, al igual que aquella que se produce contra los ancianos, colectivos ambos que se encuentran en la mayoría de las ocasiones más indefensos que las mujeres. También puede cuestionarse, y socialmente ya se ha hecho, que una ley de protección contra la violencia ejercida en el ámbito de las relaciones afectivas, no contemple a los varones como posibles víctimas. Es cierto que actualmente son pocos los casos existentes, pero una ley con vocación de futuro debería tener presente que en un futuro próximo pueden darse más supuestos.

Esta última cuestión ha sido objeto de amplio debate tanto a nivel social como jurídico. Centrándonos en este último, las posiciones no son unánimes, encontrándose pendientes de resolver numerosas cuestiones de inconstitucionalidad. La base común a todas ellas es la posible lesión del derecho a la igualdad, al aplicar al varón penas más graves que las contempladas para el mismo hecho delictivo cuando la autora es una mujer, llegándose incluso en algunos casos a calificarlos como faltas¹⁸.

La defensa de la regulación efectuada toma como referencia el principio de discriminación positiva, utilizado por la Jurisprudencia Constitucional en el marco de las relaciones laborales y de la administración, como instrumento para salvar la situación de desigualdad que ha afectado a las mujeres a lo largos de los años. No obstante, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia de referencia se dictó fundamentalmente en el ámbito laboral, y

tencia del Juez de Violencia sobre la mujer, en "La nueva Ley de Violencia de Género" (coordinado por Boix Reig/Martínez García), Madrid, 2005, pág. 288; SENES MOTILLA, C., Los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias, en " Tutela procesal frente a hechos de violencia de género", (coordinados por Gómez Colomer), Colección de Estudios jurídicos, núm. 13, Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pág. 230.

18 V. GOMEZ COLOMER, J:L., Violencia de género y proceso, Valencia, 2007, págs. 51 y ss; QUERALT I JIMENEZ, J.J. La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género, en "La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género", Cuadernos de Derecho Judicial, T. XXII, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 148 a 152.

que resulta cuando menos dudosa su aplicación al derecho penal y procesal, en los que el respeto al derecho de igualdad constituye uno de los pilares básicos de su regulación¹⁹.

De la Jurisprudencia citada se desprende que el art. 14 CE no prohíbe toda desigualdad de trato, ni el tratamiento diverso de situaciones distintas, siempre que con dicha actuación se persiga la efectividad de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico. Este tipo de actuaciones tienen justificación en las situaciones de desigualdad que afectan a la mujer trabajadora, en una clara posición de inferioridad respecto del hombre. Es por tanto plenamente justificable la adopción de medidas de acción positiva que establezcan un trato más favorable de la mujer, para conseguir la igualdad eliminando la situación real de desventaja²⁰.

Las diferentes opiniones al respecto ya se pusieron de manifiesto en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley. La opinión mayoritaria se pronuncia en contra de la aplicación del principio de discriminación positiva al Derecho penal y procesal, alegando entre otros muchos argumentos que "...cuando se trata de la tutela penal y procesal, en la medida en que se tutelan derechos fundamentales, no cabe apreciar como punto de partida esa desigualdad...". Sin embargo, siete vocales del Consejo formularon un voto particular defendiendo la aplicación del citado principio²¹.

No obstante, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente con ocasión de resolver una cuestión de constitucionalidad 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de

19 V. MONTERO AROCA, J./MARTINEZ GARICA, E., *Perspectivas inmediatas...*, op. cit., pág. 141-142.

20 V. SSTC 128/1997, de 16 de julio; 229/1992, de 14 de diciembre; 109/1993, de 25 de marzo; 41/2002, de 25 de febrero, entre otras.

21 V. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 24 de junio de 2004, al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer.

diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Dicha cuestión se fundamentaba en la supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad, con un trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional. El alto Tribunal, en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo, desestima la cuestión de inconstitucionalidad²².

Consideramos conveniente transcribir algunos párrafos de los fundamentos jurídicos de la sentencia, teniendo en cuenta la especial trascendencia de la resolución y la polémica suscitada en este aspecto por la Ley.

Considera el pleno del Tribunal Constitucional que «...*la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tiene como finalidad principal prevenir las agresiones producidas en el ámbito de la pareja como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer; su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. Así, la diferenciación se apoya en la voluntad de sancionar más unas agresiones que son más graves y reprochables socialmente a partir del contexto en el que se producen y que no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*».

Continúa constatando el Tribunal que «...*las agresiones del varón hacia la mujer que es o fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que otras en el mismo ámbito porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». No es el sexo en sí lo que se toma en consideración con efectos agravatorios, sino el*

22 V. también las SSTC 80/2008, 81/2008, 82/2008, 83/2008, todas ellas de 17 de julio; 95/2008, 96/2008, 97/2008, 98/2008, 99/2008 y 100/2008, todas ellas de 24 de julio.

carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

«La legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general del igualdad—art. 14 CE— requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen una diferencia inaceptable. Este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato resultante y relacionarla con la finalidad que persigue. ...Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando se aprecie un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa». En el caso, tampoco desde esta perspectiva merece reproche constitucional el precepto cuestionado —art. 153.1 CP 1995—; la diferenciación es significativamente limitada frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende con el tipo de pena más grave y frente a la constatación de que se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación».

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en un futuro próximo se van a producir con seguridad futuras regulaciones excepcionales con la finalidad de completar la protección a las víctimas de la violencia en el ámbito familiar, me sumo a aquellas opiniones que consideran que si bien el gobierno ha afrontado la lacra que supone la violencia de género, también ha desaprovechado la oportunidad de enfrentarse al problema de la violencia en toda su extensión.

b) Relación agresor-víctima

Otras de las cuestiones a tratar, y en la que difieren la regulación estatal y la autonómica es la que hace referencia a la relación o vínculo existente entre el agresor y la víctima.

La Ley estatal 1/2004, establece en su art. 1 que *“la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de efectividad, aún sin convivencia”*.

Por su parte, el art. 2 de la Ley gallega, dispone que *“las medidas contempladas en la presente ley serán de aplicación a todas las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia y que se encuentren en una situación de violencia de género, así como a sus hijas e hijos y a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas”*.

Es evidente que la regulación estatal centra la protección integral brindada a la mujer en la relación de pareja existente con su agresor, limitando por tanto su ámbito de aplicación, pese a que no exige la convivencia entre ambos.

Por el contrario, la Ley gallega va mucho más allá, ampliando su aplicación a todas las mujeres víctimas de violencia de género en Galicia, incluyendo en este concepto todas las formas de violencia recogidas en el art. 3 al que antes hicimos referencia. Nos encontramos por tanto con que los actos de violencia física y los de violencia psicológica sobre la mujer tendrán dicha consideración, aunque se hayan cometido por hombres de su entorno familiar distintos de la pareja, o pertenezcan al entorno social y/o laboral. La misma interpretación cabe en los actos de violencia sexual, abuso sexual, tráfico de mujeres, etc.

Además, quedan dentro del ámbito de aplicación de la ley gallega todas las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia.

En consecuencia, no puede negarse que la mujer víctima de actos violentos cometidos por un hombre encuentra una mayor protección en la Ley gallega que en la Ley estatal, y ello en base a las siguientes consideraciones.

Para que entren en juego las medidas de protección que prevee la Ley estatal es imprescindible que los actos de violencia se cometan por el cónyuge o persona de análoga relación de afectividad, puesto que así se exige en el art. 1 de la Ley. Por el contrario, para que se dispense la protección prevista en la Ley gallega, no se exige el requisito del vínculo afectivo de pareja, puesto que el propio artículo 3 califica como actos de violencia de género los que se cometan también por hombres de su entorno familiar, o de su entorno social y/o laboral.

Sin embargo, es necesario precisar que si lo dicho es cierto respecto de las medidas de carácter extrajudicial, la protección penal y procesal que se dispensará a las víctimas de violencia de género en Galicia, deberá seguir las pautas establecidas por la norma estatal, puesto que la Constitución en su art. 149 establece la competencia exclusiva del Estado respecto de la legislación penal y procesal, por lo que no existe regulación de este tipo en la Ley gallega, con las excepciones que más adelante serán objeto de análisis.

A estos efectos, la mujer víctima de actos violentos causados por hombres de su entorno familiar distinto de su pareja, o de su entorno social y/o laboral, no podrán acogerse a la Ley 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La existencia de esta doble regulación implica que un acto de violencia de género cometido por el cónyuge o persona de análoga relación de afectividad contra la mujer, será instruido e investigado por el Juzgado de Violencia de Género, que además podrá reclamar la competencia en aquellos asuntos civiles en los que sean parte la víctima y su agresor. Por el contrario, los actos de violencia de género cometidos por un varón distinto del cónyuge o persona de análoga relación de afectividad, será instruido por el

Juzgado de Instrucción, sin que pueda reclamar la competencia para ningun otro asunto de un orden jurisdiccional diferente.

No obstante, pese a que se considera presupuesto imprescindible para la aplicación de la Ley estatal, la existencia de una relación afectiva de pareja, no es necesario, y así lo dispone expresamente el artículo primero, que exista convivencia en el momento en que se produce la agresión. Tampoco parece que sea necesario justificar el tiempo en el que haya tenido lugar esa relación, si persiste o no, la clase o su intensidad. Todas estas cuestiones no son intrascendentes puesto que no podrá pretenderse la aplicación de la LIVG cuando la relación afectiva sea totalmente esporádica, o cuando, transcurrido cierto tiempo, el hecho delictivo nada tenga que ver con la relación mantenida.

Ante la ausencia de más precisiones, será el juzgador el que habrá de determinar si la relación existente entre el hombre y la mujer entra dentro de la relación afectiva contemplada en la norma, y también si pese al tiempo transcurrido desde el cese de la relación, el delito se ha cometido atendiendo a la afectividad anterior²³.

Lo que resulta evidente en la regulación estatal, es que la protección extraordinaria a las mujeres víctimas de violencia de género, no viene determinada por el amparo a la parte más débil de la pareja, supuesto éste en el se extendería su aplicación tanto a las víctimas femeninas como masculinas, si no que es consecuencia directa de una situación de subordinación y abuso de poder entre el hombre y la mujer²⁴. Dicha subordinación se produce por parte de la mujer, y el abuso de poder se realiza o se

23 GOMEZ COLOMER, J:L., *Violencia de género...*, op. cit., pág. 88; MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en "Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género"* (con Sempere Navarro/Iñigo Corroza), Elcano, 2005, pág. 53; SENES MOTILLA, C., *Los juzgados de violencia sobre la mujer...*, op. cit., pág. 229.

24 V. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su art. 1.

lleva a cabo por el hombre, dando por tanto lugar a una situación de discriminación y desigualdad en la pareja²⁵.

Aunque esta sería la única interpretación lógica y coherente con la letra y el espíritu de la Ley, respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, una interpretación tan estricta puede llevarnos a su falta de efectividad práctica, puesto que en la mayoría de los casos va a resultar muy difícil o casi imposible probar ese elemento intencional al que la Ley hace referencia.

Sobre esta cuestión ya existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, con ocasión de pronunciarse sobre el delito de maltrato habitual, poniendo de relieve cómo este delito sanciona aquellos actos que “*exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes*” o que “*tienen como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima*”. A lo que debe añadirse, como señalan, entre otras, las SSTs 20/2002, de 22 de enero, 662/2002, de 18 de abril, 355/2003, de 11 de marzo, lo expresado en la STS 1161/2000, de 26 de junio, cuando destaca que el art. 153 (redacción CP/1995) ha sido creado con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia.

En atención a estas consideraciones, ha de colegirse que la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja, constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad del agresor.

25 V. PLANCHADELL GARGALLO, A., La competencia..., op. cit., págs. 288-289.

Las modificaciones en la tramitación de la Ley avalan esta interpretación, al eliminarse del Anteproyecto todas las referencias a la intención finalista del agresor, que provocaron reacciones contrarias en los preceptivos informes institucionales, debido principalmente a la negativa repercusión que en la aplicación de la Ley podía provocar la dificultad de probar ese elemento intencional.

Así, mientras la primera redacción de art. 1.2, definía la violencia de género como aquélla que se ejerce “*como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*” la redacción definitiva sustituyó el término finalista “instrumento” por el más objetivo de “manifestación”.

c) El menor-víctima

Como ya se ha señalado con anterioridad, partiendo del la redacción del art. 1 LIVG, quedarían fuera de su ámbito de aplicación, los hechos delictivos en los que la víctima fuera un hombre, un menor o un anciano, con las precisiones que a continuación se harán respecto de los menores y de los ancianos. Tampoco podría aplicarse, aun cuando la víctima fuera mujer, en aquellos casos en que el autor fuera otra mujer.

No es que estas personas se vean desprotegidas de este tipo de hechos delictivos, cometidos en el ámbito familiar o doméstico, pero lo serán a través de las normas ordinarias de la LECrim²⁶.

Sobre esta cuestión ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de 24 de diciembre de 2004, estimando que «*definida la violencia como relación de subordinación, ésta subordinación es mayor cuando se trata de personas desvalidas o de niños, pues el adulto, la mujer agredida, suele conservar una capacidad de*

26 V. MONTERO AROCA, J./MARTINEZ GARICA, E., Perspectivas inmediatas..., op. cit; pág. 140. PLANCHADELL GARGALLO, A., La competencia..., op. cit., págs. 2889.

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

Respecto de los menores, la LO 1/2004, otorga también la consideración de víctimas a los menores o incapaces que convivan con el autor del delito, o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Serán por tanto objeto de protección²⁷:

- Los descendientes propios del agresor o de la esposa o conviviente: puede tratarse, por tanto, de varones o hembras, con independencia de su edad y sin limitación de grado. No se incluyen los descendientes de las ex esposas, ex convivientes o novias, pero sí los descendientes de la esposa aunque no haya convivencia entre los cónyuges por encontrarse separados legalmente o de hecho. Cumplidos tales requisitos, no se exige que

27 Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía general del Estado, relativa a los “Criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. V. también GOMEZ COLOMER, J:L., Violencia de género..., op. cit., pág. 89; MAGRO SERVET, V., El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral, en “Cuadernos de Derecho Judicial”...op. cit., págs 212-213.

el descendiente conviva con el agresor o con la esposa o conviviente

- Los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente: en este caso los menores o incapaces han de convivir con el agresor o, aún no conviviendo con él, hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa -la cual puede no convivir con el agresor como acabamos de decir- o conviviente -este término, por el contrario, implica que la mujer debe vivir necesariamente con el autor-. Por lo demás, no todos los supuestos exigen que el menor o incapaz deba convivir con la mujer. Esta circunstancia vendrá implícita en casos de acogimiento o guarda de hecho, pero puede no concurrir respecto de los sometidos a su potestad, tutela o curatela.

En cuanto a los pupilos e incapaces no es necesaria una relación de parentesco, y conforme a lo dispuesto en el art. 25 CP respecto de estos últimos, tampoco la declaración judicial de incapacidad.

En lo que respecta a los conceptos de pupilo, potestad, tutela, curatela y acogimiento, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos del Código Civil relativos a las relaciones paternofiliales (arts. 154 y ss), tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados (art. 215 y ss) y a la guarda y acogimiento de menores (art.172 y ss).

No obstante, tal y como se establece en el art. 87 ter.1 LOPJ, el legislador exige para otorgar la protección extraordinaria prevista en la Ley, que se haya producido también un acto de violencia de género²⁸, no dejando suficientemente claros dos aspectos de suma importancia. En primer lugar, si el acto de violencia

28 El precepto alude expresamente a "...cuando también se haya producido un acto de violencia de género".

cometido contra los descendientes debe ir acompañado también de un acto de violencia contra la mujer, y en segundo lugar, si en este caso el hecho delictivo ha de ser coetáneo al cometido contra los menores o incapaces, o puede ser anterior.

Pese a la defectuosa redacción del precepto, y a los inconvenientes técnicos que se pueden plantear en la práctica²⁹, parece claro que la protección a los menores e incapaces es una protección indirecta, que se condiciona a la existencia de un acto de violencia de género contra la mujer³⁰. En otro caso no estaríamos ante la comisión de un delito de violencia de género como expresamente exige el artículo citado, sino ante un acto de violencia familiar o doméstica que no se encuentra en el ámbito de aplicación de esta Ley³¹.

En lo que respecta a si la comisión del hecho delictivo contra la mujer ha de ser coetáneo o anterior al cometido contra el menor, la falta de previsión legislativa va a obligar una vez más al juez a examinar en cada caso concreto la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer³². En dicho examen deberá tener en cuenta, en el caso de perpetración anterior del delito contra la mujer, si pese al tiempo transcurrido entre uno y otro hecho, se mantienen las causas que dieron lugar a la aplicación de la LO 1/2004. Esto es, si el acto de violencia ejercida sobre el menor

29 Sin duda alguna sería mucho más efectivo que los Juzgados de violencia sobre la Mujer se ocuparan de todos aquellos casos de violencia ejercida en el ámbito familiar, porque casi con toda seguridad el acto de violencia ejercido contra el menor trae causa o se deriva de la grave situación familiar, aunque en ese caso concreto no se haya producido también un acto de violencia contra la mujer. En este sentido se pronuncia también GOMEZ COLOMER, J:L., *Violencia de género...*, op. cit., págs. 94-95.

30 Otra interpretación mantiene MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales...*, op. cit., pág. 54.

31 V. GOMEZ COLOMER, J:L., *Violencia de género...*, op. cit., pág. 95. PLANCHADELL GARGALLO, A., *Los presupuestos procesales en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: competencia y legitimación*, en “*Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*”, op. cit., pág. 265.

32 V. MAGRO SERVET, V., *El juzgado competente...*, op. cit., pág. 213.

está directamente relacionado con el cometido con anterioridad contra la mujer, persistiendo en ese momento la situación de desigualdad y abuso de poder del hombre sobre la mujer, provocando esa situación la nueva agresión contra el menor. Si no concurre ya esta situación, las agresiones contra los menores e incapaces se resolverán por las vías ordinarias previstas en el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En relación a esta cuestión también se ha pronunciado la Fiscalía en la circular 4/2005 en el sentido siguiente:

El criterio de atribución *rationae personae* en función de los sujetos pasivos, suscita algunas cuestiones que precisan ser interpretadas:

a).- Operatividad de la cláusula condicional “*cuando también se haya producido un acto de violencia de género*” que la Ley utiliza en la letra a) del art. 87 ter LOPJ para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en relación con las conductas ilícitas dirigidas contra descendientes, menores o incapaces.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán en principio de determinados delitos y faltas cometidos contra la mujer, y sólo extenderán su competencia a los cometidos contra descendientes, menores o incapaces del círculo familiar “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. Esta expresión, obviamente, determina la exigencia de que las infracciones penales cometidas contra los menores, etc., estén vinculadas a actos de violencia de género previos o simultáneos para entrar en el ámbito competencial de los Juzgados especializados. Vinculación que será puesta de manifiesto por las circunstancias de todo tipo que concurran en el caso concreto, y no sólo por la unidad de acto, ya que en situaciones de violencia habitual, bastará con que los actos dirigidos contra los menores, etc., se enmarquen en el contexto de maltrato contra la mujer, aunque no coincidan en el tiempo, siempre que se mantengan dentro del marco temporal al que se circunscribe la situación de violencia de género.

De modo que las agresiones contra los descendientes, menores o incapaces serán competencia del Juzgado de Instrucción ordinario si constituyen actos aislados y del Juzgado de Violencia sobre la Mujer si van unidas a actos de violencia de género.

d) Los ancianos

No incluye el legislador entre los sujetos especialmente protegidos a las personas mayores que no tengan la condición de incapaces, puesto que no se contempla su protección extraordinaria en el art. 44 LIVG. De tal manera que los actos de violencia física o psicológica que se cometan contra ellas, deberán tramitarse por la vía ordinaria, aún cuando concorra la situación de abuso de superioridad sobre la mujer que sirve de base para la protección de los otros sujetos afectados que se mencionaron anteriormente³³.

En atención a todas estas consideraciones se puede afirmar que, pese a su genérica denominación, la Ley Integral no abarca todas las manifestaciones de la violencia de género, concepto más amplio que engloba todas las formas de violencia contra la mujer por razón de su sexo, en la familia y en la sociedad (maltrato doméstico, infanticidio de niñas, mutilación genital, explotación, agresión y acoso sexual, entre otras). Además, ni siquiera se extiende a toda la violencia intrafamiliar contra la mujer, pues queda excluida la violencia que pueda ejercerse por razón de sexo contra otros miembros femeninos del grupo familiar (ascendientes, descendientes, colaterales, otras menores o incapaces).

Por último, al exigir que el sujeto activo sea un varón también debemos excluir las agresiones entre parejas homosexuales, aunque en estos casos sí se evidencie una relación de afectividad contemplada en la Ley como presupuesto para su aplicación.

Volviendo a la circular de la Fiscalía y enlazándola con la Exposición de Motivos de la Ley y con su art. 1, está muy claro que el legislador ha perseguido con esta legislación paliar esa

33 SENES MOTILLA, C., Los juzgados de violencia..., op. cit., pág. 630.

situación de desigualdad que todavía hoy se produce en algunas parejas, en las que el varón con evidente abuso de poder y fuerza trata de imponerse a la mujer, privándola en la muchos de los casos de sus derechos más esenciales.

3. ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY GALLEGA DE VIOLENCIA DE GENERO

A) Servicio de orientación jurídica y turno de oficio

La competencia exclusiva del Estado en materia procesal atribuida constitucionalmente, impide a la Ley gallega abordar una regulación procesal propia y distinta de la estatal. Por tal motivo, siempre que se cometa un acto de violencia de género en la Comunidad Autónoma, las medidas procesales a aplicar serán las previstas en la LO 1/2004.

No obstante, pese a la reserva constitucional, la Ley gallega 11/2007, de 27 de julio, sí recoge algunas disposiciones que establecen medidas de carácter procesal, disposiciones que también se recogen en leyes de otras Comunidades Autónomas, y que están siendo objeto de posiciones doctrinales divergentes.

Dentro de este tipo de medidas referidas al ámbito judicial y que se recogen en el capítulo II de la citada Ley, es preciso hacer referencia en primer lugar a la atención jurídica que prevé el art. 28, en el que se establece el derecho de la mujer víctima de violencia de género a recibir toda la la información relacionada con la situación de violencia, y a una atención jurídica permanente. Esta información, obviamente de carácter general sobre los derechos que le asisten y las medidas y ayudas a las que puede recurrir, se facilitará por el servicio de atención de 24 horas, que funcionarán en materia de violencia de género todos los días y horas del año³⁴.

34 Artículo 51. Servicio de Atención 24 horas.

1. El Servicio de Atención 24 horas, dependiente del departamento competente en materia de igualdad, ofrecerá atención e información integral sobre

Cuando resulte necesario una información estrictamente jurídica relacionada con la situación descrita, el servicio de atención 24 horas, podrán remitir a la víctima, al servicio de orientación jurídica de los colegios de abogados (SOS). Dicho servicio se regula en el art. 32 del Reglamento estatal de Justicia Gratuita, aunque al no se establecerse sus funciones o su contenido, resulta necesario precisar que los profesionales adscritos deberían prestar un asesoramiento jurídico general, puesto que al inicio de la consulta no se dispondría de la información necesaria para un asesoramiento más profundo. Además, esta última función correspondería ya al abogado que se encargase del caso. Lo que en ese momento necesita la mujer víctima de violencia es que se le informe sobre los derechos que le asisten.

Este servicio se prevé también en el art. 31 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Galicia³⁵, que puesto en relación

los recursos públicos y privados al alcance de las mujeres en situaciones de violencia de género.

2. Serán funciones del Servicio de Atención 24 horas:

- a) Escuchar las demandas de las mujeres e informar sobre las medidas a adoptar y los recursos disponibles.
- b) Proporcionar asistencia adecuada frente a situaciones de vulnerabilidad emocional y psicológica.
- c) Prestar asistencia y, en su caso, derivar al recurso más adecuado.
- d) Colaborar y coordinarse con la red de información a las mujeres, con los servicios de acogida temporal y con todos los servicios de urgencia en los casos necesarios.

El Servicio de Atención 24 horas funcionará todas las horas del día y todos los días del año.

3. Las mujeres podrán acceder al Servicio de Atención 24 horas sin necesidad de aportar ningún tipo de acreditación de su situación de violencia de género, conservando asimismo su anonimato, sin necesidad de facilitar sus datos de identificación personal.

- 35 1. Cada colegio de abogados contará con un servicio para asesorar a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, informarles sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho y auxiliarles en la redacción de los impresos normalizados. Dicha información y auxilio carecerán de valor a los efectos de la interrupción de la prescripción contemplada en el artículo 16 de la Ley de asistencia jurídica y del plazo que el artículo 15 del mismo texto concede al colegio de abogados para efectuar o denegar la designación provisional de abogado.

con el art. 28 de la Ley Gallega de Violencia de Género, va a determinar que los profesionales que presten estos servicios habrán de efectuar cursos de formación específica en materia de violencia contra las mujeres como requisito previo para su adscripción.

También recoge la Ley en su art. 29, el derecho de las víctimas a la asistencia jurídica gratuita conforme se establece en la Ley 1/1996, de 10 de enero, modificada por la Ley 16/2005, de 18 de julio y por la LIVG³⁶.

Tal y como señalan los arts. 28 y 29 del Reglamento estatal de Asistencia Jurídica gratuita de 25 de julio de 2003, modificado por Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre, en los supuestos de asistencia a víctimas de violencia de género, la orientación jurídica, defensa y asistencia se asumirán por una misma dirección letrada desde el momento en que se requiera, y abarcará todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida hasta su finalización, incluida la ejecución de sentencia. Para ello se establecerá en cada Colegio de Abogados un servicio de guardia integrado por letrados especializados.

En esta línea, la Ley Gallega establece expresamente la necesidad de todos los colegios profesionales de la abogacía de Galicia de disponer de un turno de oficio en materia de violencia de género, debiendo superarse, para el acceso al mismo, los cursos de formación o perfeccionamiento que se establezcan. Igualmente, adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de

2. Los colegios de abogados podrán organizar y gestionar un servicio de orientación jurídica más amplio, que asumirá las funciones que le asigne la junta de gobierno.

3. Los colegios de abogados adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los ciudadanos a los mencionados servicios y difundir, adecuadamente, la localización de sus dependencias y funciones

36 A efectos de lo previsto en el artículo 3.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, los medios económicos de las mujeres que acrediten por cualquiera de los medios previstos en el artículo 5 de la presente ley que se encuentran en situación de violencia de género serán valorados individualmente, con los límites establecidos en la legislación aplicable.

letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género, tal y como recoge la legislación vigente en la materia a nivel estatal. El control sobre el cumplimiento del requisito de formación exigida a los letrados encargados de violencia de género le corresponde a la Xunta de Galicia a través del Departamento competente en materia de justicia.

Finalmente, es preciso destacar que el legislador gallego se ha olvidado de extender este derecho de asistencia jurídica gratuita y sus beneficios a los herederos de la víctima, en aquellos casos en que el acto de violencia finaliza con el fallecimiento de la mujer. Esta previsión sí es recogida por el art. 27.3 del Reglamento estatal³⁷.

B. El ejercicio de la acción popular por las Comunidades Autónomas

Uno de los aspectos más controvertidos y polémicos de la Ley Gallega 11/2007, de 27 de julio, de Normas Reguladoras de Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, es la facultad reconocida a la Xunta de Galicia para el ejercicio de la acción popular. El art. 30.1 establece expresamente que *«la Administración de la Xunta de Galicia podrá ejercer la acción popular, en los procedimientos penales por violencia de género, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal»*.

Pero esta previsión no es exclusiva de nuestra Comunidad Autónoma, puesto que la mayoría de las Leyes contra la violencia de género de las otras Comunidades la regulan en sus artículos. A título de ejemplo pueden citarse también, el artículo 31 de la Ley 4/2007, de 22 marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón, en el que se establece que *«el Gobierno de Aragón ejercerá la acción popular en los*

37 CASTILLEJO MANZANARES, R., La tutela judicial en la Ley gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia, en “Revista de Derecho Penal”, núm. 24, 2008, pág. 58.

casos más graves de violencia contra las mujeres, si la víctima así lo solicita, o cuando la acción delictiva provoque la muerte de ésta, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal»; la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, que determina la obligación de que la Comunidad ejerza la acción popular en los procedimientos penales por causa de muerte, lesiones graves o mutilación genital de la víctima, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal; la Ley Canaria 16/2003, de 8 abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, que exige en su artículo 42 que la Comunidad Autónoma ejerza la acción popular en los procedimientos penales por violencia de género, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal, en los casos de muerte o incapacitación definitiva de la víctima por las secuelas de la violencia. La acción popular se ejercerá con el consentimiento de la familia; la Ley 9/2003, de 2 abril, de la Comunidad Valenciana, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, cuyo artículo 36 señala que «la Conselleria con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana», entre otras.

Por lo que aquí interesa los problemas suscitados entorno a esta regulación pueden centrarse en tres aspectos. Primero, si a la vista de la regulación constitucional de la acusación popular es posible su ejercicio por una persona jurídico pública. En segundo lugar y partiendo de nuevo de la regulación de nuestra Constitución, es necesario determinar si las Comunidades Autónomas puede legislar sobre una cuestión procesal, y finalmente, si desde el punto de vista jurídico tiene sentido la personación como acusación popular de una entidad pública como son las Comunidades Autónomas.

a) La interpretación constitucional del art. 125 CE

En nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de la acción penal no es monopolio del Ministerio Fiscal. El art. 125 CE reconoce a los ciudadanos el derecho de ejercer la acción popular en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine³⁸.

Tal y como se desprende del Texto constitucional estamos ante un derecho de configuración legal, puesto que el precepto establece que su ejercicio se hará de acuerdo con la forma y en los procesos penales que determine la ley. Por tanto, será el legislador el que establezca la extensión y límites de ese ejercicio³⁹.

Es el art. 101 LECrim⁴⁰ el que regula legalmente el ejercicio popular de la acción penal, estableciendo expresamente el derecho de todos los ciudadanos españoles a ejercitar la acción penal conforme a lo establecido en la ley, precisando en su art. 270 que dicho ejercicio se realizará mediante la interposición de querrela. En ambos preceptos el legislador emplea el mismo término que los constituyentes, haciendo referencia expresa a “los ciudadanos”.

Efectivamente, el art. 125 CE atribuye el ejercicio de la acusación popular a los «ciudadanos». La interpretación de dicha expresión no ha estado exenta de controversia jurídica⁴¹, por lo

38 La acción penal se regula en España cuando la Constitución de 1812 la reconoce para la persecución de los delitos cometidos por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. Se generaliza posteriormente por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, probablemente como reacción frente al viejo sistema inquisitivo vigente hasta ese momento. V. MORENO CATENA, V., *El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*, en Cuadernos de Derecho Judicial “Sistemas penales europeos”, vol. 4-2002, págs. 38 y ss.

39 MUÑOZ CUESTA, F. J. . *Límites al ejercicio de la acción popular*, en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, num. 28/2007, Pamplona. 2007.

40 Su antecedente más próximo se encuentra en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, de cuyo art. 2 pasó casi literalmente al art. 101 LECrim..

41 V. Puede verse al respecto GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F/MORENO CATENA, V., *La participación popular en la Administración de*

que resulta necesario realizar un breve resumen de la doctrina constitucional sobre esta cuestión, que se encuentra en estrecha relación con la titularidad por parte de las personas jurídicas públicas del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional después de analizar la titularidad de los derechos fundamentales en las personas jurídicas públicas, afirmando en su STC 64/1988, de 12 de abril, que *«en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos»*, defiende en resoluciones posteriores las dificultades para reconocer a este tipo de entes públicos tales derechos, no pudiendo trasladarse automáticamente y sin matizaciones su titularidad⁴². No obstante, sigue manteniendo en la resolución citada que respecto del art. 24.1 CE *«...como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden»*⁴³, matizando en posteriores resoluciones que este derecho se atribuye a las personas jurídicas públicas en

Justicia, en “Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dirigidos por Alzaga Villaamil), t. IX, págs. 572-573; JUAN SÁNCHEZ, R., El proceso penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004) (Coordinado por ORTELLS RAMOS y TAPIA FERNÁNDEZ), Pamplona, 2005, págs. 196-7;

42 V. SSTC 197/1988, de 24 de octubre; 91/1995, de 19 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre.

43 V. SSTC 64/1988, de 12 de abril; 197/1988, de 24 de octubre; 91/1995, de 19 de junio; 76/1996 de 30 de abril; 160/2000, de 29 de septiembre; 239/2001, de 18 de diciembre; 45/2004, de 23 de marzo, entre otras.

aquellos casos en que el proceso no traiga causa de sus propios actos competenciales⁴⁴.

Centrándonos ahora en el ejercicio de la acción popular que regula el art. 125 CE, en línea con la doctrina constitucional referida, nuestro Tribunal interpretó que la expresión «ciudadanos» utilizada por el Texto constitucional comprende tanto las personas físicas como las jurídicas⁴⁵. A partir de este momento se suceden una serie de resoluciones en las que el alto Tribunal parece variar la doctrina sentada sobre esta cuestión. La STC 129/2001, de 4 de junio⁴⁶, establece que el término «ciudadanos» del art.125 CE es un concepto que corresponde únicamente a personas privadas, físicas o jurídicas, sin que pueda extenderse a la Administración pública o los órganos de poder de la comunidad política⁴⁷. Por el contrario, la STC 175/2001, de 26 de julio, defiende la ampliación del término «ciudadanos» a las personas jurídico-públicas partiendo de que el propio Tribunal ya le ha reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva en determinados ámbitos⁴⁸.

44 V. SSTC 257/1988, de 22 de diciembre; AATC 139/1985, de 27 de febrero; 500/1987, de 22 de abril; 100/1989, de 20 de febrero; 205/1990, de 17 de mayo, entre otras.

45 V. entre otras la STC 53/1983, 20 julio.

46 En dicha resolución se denegó el amparo al Gobierno autonómico del País Vasco al que se le había impedido su personación en un proceso penal por delito de calumnias a la Policía autonómica.

47 V. también las SSTC 34/1994, de 31 de enero; 50/1998, de 2 de marzo; 79/1999, de 26 de abril.

48 La citada sentencia limita esa titularidad de los entes públicos a los siguientes supuestos: a) «litigios en los que su situación procesal es análoga a los de los particulares»; b) en los «casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado» y se vulnere su «derecho de acceso al proceso» bien por «exclusiones procesales arbitrarias» como «otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso»; c) cuando éstos sufren «indefensión en el proceso» —esto es, cuando son partes procesales— «con independencia de qué derechos o competencias se hagan valer, quiénes sean las otras partes procesales y el orden jurisdiccional ante el que actúen».

Precisamente, tal y como señala la citada sentencia, uno de estos supuestos en que las personas jurídico-públicas tienen derecho a la tutela judicial efectiva, es en los «*casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado*», correspondiendo a la «...*Ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado...*».

En este estado de la cuestión, se dicta la sentencia 311/2006, de 3 de octubre, que otorgando el amparo solicitado, admite el ejercicio de la acción popular por parte de la Generalitat Valenciana con ocasión de un delito de homicidio en el ámbito de la violencia de género, y por la razón de que existe una norma autonómica que permite a la Generalitat Valenciana personarse como acusación popular. A esta sentencia ha venido a sumarse recientemente la STC 8/2008, de 21 de enero, que otorga el amparo al Gobierno de Cantabria en una situación jurídica igual a la abordada en la citada sentencia de 2006, pero con referencia en este caso a una Ley del Parlamento de Cantabria.

En consecuencia cabe colegir, no sin sorpresa, que el Tribunal Constitucional entiende que la ley procesal a que hace referencia la STC 175/2001, habilitadora del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en las personas jurídico-públicas puede ser, en el caso concreto al que se refiere la resolución, el artículo 36 de la Ley 9/2003, de 2 abril, de la Comunidad Valenciana, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. Con esta doctrina constitucional puede afirmarse que sólo las Comunidades Autónomas con regulación específica sobre la materia podrán ejercitar la acusación popular en el proceso penal⁴⁹.

En todo caso, es necesario precisar, que el Tribunal Constitucional adopta esta postura sobre la base de la aplicación estricta de la Ley por parte de los órganos jurisdiccionales, al no ponerse

49 JUAN SÁNCHEZ, R., El proceso penal..., op. cit.

en tela de juicio la constitucionalidad de la norma alegada⁵⁰. Los órganos jurisdiccionales no pueden decidir sobre la constitucionalidad de una ley postconstitucional, por lo que deberán plantear cuestión de inconstitucionalidad de la norma, o su aplicación. No obstante, debería ser el propio Tribunal Constitucional el que hubiese elevado al Pleno la inconstitucionalidad de la norma, resolviendo la cuestión de forma clara.

Esta postura del Alto Tribunal lleva necesariamente a cuestionarse la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar normas de contenido procesal.

b) ¿Pueden legislar las Comunidades Autónomas sobre una cuestión procesal?

Para responder a esta cuestión es necesario analizar, aunque sea con brevedad, la regulación constitucional sobre competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. El art. 149. 1 CE, establece en su regla 6.^a que «el Estado tiene competencia exclusiva», entre otras materias, sobre la legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»⁵¹.

50 V. SANZ PÉREZ, A.L., *La Acción Popular y el Tribunal Constitucional...*, op. cit., para quien, «...la actuación de la Audiencia provincial no parece tan desafortunada si se piensa en la dicción de este artículo (el art. 163 CE). Se dice que en caso de que haya una «un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará...», y no cabe duda que el sentido del fallo del proceso original en nada es afectado por la validez de la Ley autonómica. Seguramente haya sido ésta la causa del no planteamiento de la cuestión por la Audiencia provincial».

51 V. STC 243/2004, de 16 de diciembre, en la que afirma expresamente el alto Tribunal que «...debemos recordar una vez más que las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, F. 20; 83/1986, de 26 de junio, F. 2; 121/1992, de 28 de septiembre, F. 4 y 121/1999, de 1 de julio, F. 5), correspondiendo al legislador

Por tanto el precepto constitucional exige la existencia de un Derecho sustantivo especial y propio de la Comunidad Autónoma, diferente del existente en el ámbito estatal, para que puedan dictarse normas procesales sobre esa materia específica; no bastando con incorporar a la normativa autonómica el Derecho sustantivo ya regulado a nivel estatal⁵².

Al relacionar este precepto con las competencias que según establece el art. 148 pueden asumir las Comunidades autónomas, se llega a la conclusión de que no es posible que dicten legislación alguna de contenido penal, y por tanto tampoco procesal, por lo que en principio no estarían habilitadas constitucionalmente para regular la acusación popular. Precisamente, en atención a estas consideraciones el Tribunal Constitucional ha excluido la participación de la Comunidades Autónomas en la STC 71/1982, de 30 de noviembre, en la que determina que *“la atribución de la legislación procesal al Estado y, por tanto, la determinadora de la legitimación, como toda regla del proceso que no esté justificada por la indicada particularidad, responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales”*. En la misma línea se puede citar la STC 83/1986, de 26 de junio, en la que afirma que *“...debe excluirse la atribución al Consejo Ejecutivo de la Generalidad de la facultad de interponer recursos administrativos o acciones judiciales que supongan la introducción de un nuevo supuesto de legitimación en favor del citado Consejo, en defensa de derechos o intereses de terceros, ya que con ello se vulneraría la competencia estatal para llevar a cabo la legislación procesal y el procedimiento administrativo*

autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, F. 5) (STC 47/2004, de 25 de marzo, F. 4).

52 SANZ PÉREZ, A.L., *La Acción Popular y el Tribunal Constitucional*, en “Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional”, num. 2/2008.

común, que el art. 149.1.6.ª y 18.ª atribuye con carácter exclusivo al Estado”⁵³.

Centrándonos en el ámbito de la violencia de género, sólo tendría sentido el ejercicio de la acción popular por parte de la Comunidad Autónoma Gallega, si en la Ley Gallega 11/2007, de 27 de julio, se estableciese alguna particularidad especial de contenido penal que incidiese en esta materia, regulación que obviamente no se lleva a cabo, puesto que no lo permite el art. 149.1.6ª CE. Por tanto resulta muy dudoso que teniendo en cuenta la regulación constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional pueda defenderse el ejercicio de la acusación popular por las Comunidades Autónomas en la violencia de género⁵⁴.

c) Defensa del interés público en el proceso

Finalmente, la tercera cuestión que se planteaba era si desde el punto de vista jurídico tiene sentido la personación como acusación popular de una entidad pública como son las Comunidades Autónomas.

Volviendo a los supuestos en los que el Tribunal Constitucional les reconoce legitimación para ejercer la acción popular, uno de ellos, el que sirve de base para la personación en los procesos de violencia de género, viene determinado por los casos *en*

53 V. también “; 123/1988, de 23 de junio; 159/1991, de 18 de julio, en la que se señala expresamente que “...el art. 149.1.6 C.E. atribuye con carácter exclusivo al Estado la materia de legislación procesal, en relación también a lo previsto en los arts. 117.3 y 122.1 C.E., en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y a la determinación de su competencia...; y en la STC 142/1988, de 12 de julio, en la que afirma que “... no hay duda de que se trata de una normativa procesal o penitenciaria que por se competencia exclusiva del Estado con arreglo al art. 149.1.6 de la Constitución, no puede ser regulada por una Ley autonómica. El precepto es, pues, inconstitucional por invadir la competencia normativa del Estado”.

54 PULIDO QUECEDO, M., *A vueltas con la Acción Popular (La problemática de su ejercicio por los Gobiernos de las CCAA)*, en “Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional” num. 1, 2008

*que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado*⁵⁵.

En el proceso penal español la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a instancia de los interesados, le corresponde por mandato constitucional al Ministerio Fiscal. Por tanto, la función que se pretende asumir por la Comunidad Autónoma ya es ejercida por el Ministerio Público, por lo que carece de lógica la personación ejerciendo la acusación popular⁵⁶. En este sentido se posiciona el voto particular que el magistrado Conde Martín de Hijas del Tribunal Constitucional, hace a la STC 8/2008, de de 21 de enero, cuando considera que *«...esta causa se seguía por un delito público y no pudiendo tener el Gobierno de Cantabria otro interés que la defensa del interés público, desautoriza la personación porque tal función es ya asumida por el Ministerio Fiscal»*. Precizando además que *«la atribución que hace el artículo 18 de la Ley de Cantabria (LCTB 2004, 118) , aparte de violentar la lógica constitucional del art. 125 CE, violenta, a mi juicio, el propio sistema constitucional de distribución de funciones en el seno del poder público, en el que la de promover la acción de la justicia se encomienda al Ministerio Fiscal»*.

La personación de las Comunidades Autónomas en el proceso de violencia de género, tiene a mi juicio más inconvenientes que ventajas. Su presencia no supone una mejor defensa del interés público tutelado en el proceso, mantener lo contrario equivaldría a negarle al Ministerio fiscal la confianza para desempeñar la función asignada constitucionalmente. Por el contrario, la concurrencia de dos acusaciones en defensa del interés público, podía ocasionar una consideración distinta de ese interés. No resultaría muy extraño, y probablemente podrá convertirse en un supuesto real, que el Ministerio Fiscal decidiese retirar la acusación o pedir la absolución, y la acusación popular ejercida por la Comunidad

55 STC 175/2001, de 26 de julio.

56 En la misma línea, CASTILLEJO MANZANARES, R., La tutela judicial..., op. cit., pág. 63.

Autónoma, la mantuviese o solicitase la condena. ¿Estaríamos ante la presencia de dos clases distintas de interés público?. ¿Cuál sería el interés de los ciudadanos, el representado por el Ministerio Fiscal, o el que se integra en la acción popular ejercida por la Comunidad Autónoma correspondiente?.

C) La personación de la Xunta de Galicia como parte perjudicada civilmente en los procesos por violencia de género

El art. 31 de la Ley Gallega de Violencia de Género, prevé la personación de la Xunta de Galicia como parte perjudicada civilmente, de conformidad con lo establecido en el art. 110 LECrim.

El citado precepto de la Ley procesal penal faculta a *los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho* a mostrarse parte en la causa y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan.

Si bien es cierto que la comisión de un hecho delictivo puede afectar a un número indeterminado de sujetos, que directa o indirectamente sufren las consecuencias de ese acto dañoso, el concepto de “perjudicado” corresponde a aquellas personas con interés directo en la reparación de los perjuicios causados, y son por tanto las únicas legitimadas para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Si existen otros afectados indirectos, que hayan sufrido algún perjuicio patrimonial o moral no podrán ejercer su pretensión en el proceso penal⁵⁷.

Dicho esto, también es cierto que el legislador ha previsto algunos casos en los que sujetos distintos del considerado estrictamente como perjudicado, pueden ejercitar la acción civil en el proceso penal, pero tales supuestos están especialmente previstos en atención a la propia naturaleza del bien, que permite el ejercicio subrogatorio de la acción. Así, como supuestos de legitimación extraordinaria, se puede hacer referencia al previsto en el art.

57 V. ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia, 2006, págs. 174.

127.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, relacionado con el art. 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. En dicho precepto se faculta al Instituto Nacional de la Salud y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, para personarse en el proceso penal exigiendo los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia médica a la víctima de un hecho delictivo. Lo mismo ocurre con el art. 13 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en el que se faculta al Estado a subrogarse ejerciendo la acción civil para reclamar el importe de las ayudas concedidas a las víctimas⁵⁸.

Pero remitiéndonos a la regulación de la Ley Gallega de Violencia de Género, el art. 31 ante referido, no prevé expresamente la subrogación de la Xunta de Galicia para el ejercicio de la acción civil, estableciendo así un nuevo supuesto de legitimación extraordinaria, sino que al contrario centra esta legitimación en el art. 110 LECrim, considerándola como perjudicado directo, cuando no puede tener dicha consideración.

El perjuicio que sufre la Administración autonómica tiene que ver con los gastos generados por las ayudas y protección dadas a la víctima, pero este tipo de perjuicio patrimonial, no puede nunca considerarse como perjuicio directo del hecho delictivo, puesto que no deriva directamente del mismo.

Por otra parte, también es preciso poner de relieve la difícil posición de la Administración autonómica en el proceso, puesto que a tenor de la regulación efectuada podrá adquirir la condición de acusación popular y además de perjudicado por el hecho delictivo, cuando una de las notas características de la acusación popular es precisamente que puede ejercitarla cualquier ciudadano que se halle en plenitud del goce de sus derechos, sin que

58 Sobre esta cuestión puede consultarse más ampliamente ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles*, págs. 236 y ss.

tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral; o lo que es lo mismo, sin que tenga que tratarse de un ciudadano directamente ofendido o perjudicado por el delito.