

La llei contra la violència de gènere: quinze mesos d'experiència

Sergio Llebaría Samper

1. LA CREACIÓ D'UN NOU MARC JURÍDIC

1.1. Uns precedents amb més bones intencions que una altra cosa

La publicació i entrada en vigor de la Llei Orgànica 1/2004, del 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, ha suposat tota una revolució en el món jurídic d'un instrument decididament dirigit a fer front aquest germen social de la violència de gènere, almenys per tractar de fer-ho partint d'uns principis, característiques i continguts que bé poden qualificar-se de novedosos. Ens trobem davant d'un d'aquells exemples clars de novetat legislativa, de progressió jurídica a còpia de la desgràcia social; o el que és el mateix: el progrés de la llei davant del retrocés de la societat. I no és que la violència de gènere sigui un fenomen recent, ni molt menys. El que és recent potser és la seva eclosió o exteriorització, fet que s'ha fet més notori a mesura que la tolerància i el silenci respecte d'aquesta modalitat de violència ha anat desapareixent de les nostres pautes socials, dels nostres models de convivència i de certs codis de conducta. No obstant això, seria injust no reconèixer que aquesta novedosa

lleï és el resultat d'un procés en què, amb més encert o no, s'ha intervingut legislativament amb el propòsit de combatre la violència domèstica o de gènere. Manifestació de violència que, com sol succeir amb les que són més greus per repetitives, sembla que va acostumant-se a més d'una oïda, així com també anestesia perillosament més d'una oïda. No és el millor dels camins.

S'ha d'aclarir, malgrat tot, que aquests precedents _per dir-ho d'alguna manera_ a la Llei Orgànica 1/2004 dibuixen en el marc jurídic una reacció sobtada i un pèl atropellada, ja que les lleis més destacables se situen a l'any immediatament anterior: el 2003. Poca cosa es pot ressaltar durant els anys precedents, per més que aquesta modalitat de violència ja comencés a enlairar-se en les estadístiques i a protagonitzar més d'un informatiu. ¿Incredulitat, excés de confiança, incompetència? Sigui el que sigui, aquesta sobtada resposta de l'any 2003, ni més ni menys que amb tres lleis, va produir una certa sensació d'apressament, sensació que inevitablement s'apodera d'un mateix quan davant de fenòmens socials complexos el legislador pretén redreçar-los recorrent al dret penal: mà dura i tutela repressiva. Quan això succeeix, es té la sensació, almenys tractant-se de fenòmens complexos, que el nostre polític i legislador dóna vigor a la tan temuda simplificació del problema. Sí, perquè combatre els problemes amb penes i sancions és la manera més simple de fer-los front. No és que en alguns casos aquesta recepta no funcioni, sinó que tots els problemes n'admeten amb èxit l'aplicació. Pensem que en un estat democràtic i de dret avançat el cost de l'apressament, l'abundància o desenfocament de normes imperatives, prohibitives o sancionadores és, senzillament, massa insuportable. És com si davant de qualsevol mal del nostre organisme, els metges pretenguessin curar-lo mitjançant la intervenció quirúrgica per extirpar la zona afectada o adolorida. I aquesta és una experiència que a alguns els costa molt assimilar.

Segons el meu criteri, per ordre d'importància, cal destacar: la Llei Orgànica 15/2003, del 25 de novembre, que modifica el codi penal; la Llei Orgànica 11/2003, del 29 de setembre, de Mesures Concretes en Matèria de Seguretat Ciutadana, Violència Domèstica i Integració Social dels Estrangers; i la Llei 27/2003, del 31 de juliol, reguladora de l'Ordre de Protecció de les Víctimes de la Violència Domèstica. Si partim dels títols, sembla que tan sols les dues últimes afegeixen quelcom al marge del que disposa el codi penal. Veiem-ho.

En la Llei Orgànica 11/2003 ja s'endevina, pel mateix títol, un contingut, més que multidisciplinari, heterogeni. Assumeix, ni més ni menys, tres fronts: seguretat ciutadana, violència domèstica i integració d'estrangers. Són masses fronts oberts com per liquidar-los amb poc més de quatre pàgines normatives al Boletín Oficial del Estado. I un tem el que va ser: la violència domèstica no mereix per la llei un altre tracte que no sigui el purament penal o repressiu. Més interessant resulta l'última llei abans esmentada (la 27/2003), perquè si més no va instaurar un mecanisme novedós: l'ordre de protecció a favor de les víctimes de la violència domèstica¹. Es tracta d'una ordre dictada pel jutge d'instrucció com a resposta ràpida i enèrgica perquè situï la víctima en una situació adequada i proporcionada de protecció davant del presumpte agressor. El contingut és integral, civil i penal², i la sol·licitud intenta simplificar-se al màxim (davant del jutge, el ministeri fiscal, forces i cossos de seguretat, oficines d'atenció a les víctimes, serveis socials o institucions assistencials de les administracions públiques). Un altre esforç perquè la justícia arribi a temps, si vol ser justícia.

1.2. El que la Llei Orgànica 1/2004 diu

Amb els precedents assenyalats, neix la Llei Orgànica 1/2004. És una llei realista en l'objecte, ambiciosa en el propòsit, i nuclear i complexa a la vegada en contingut. Em sembla que es pot parlar de realisme quan el legislador abandona l'expressió "violència domèstica" per la de "violència de gènere" a l'hora de referir-se al problema social que intenta minimitzar³. Aquesta violència de gènere és la conseqüència d'una relació de poder en clara discriminació que exerceix l'home agressor sobre la dona víctima (art. 1).

En els objectius, és una llei ambiciosa. No destaca especialment per això, doncs, en el fons, tota llei ho és des del moment en què no admet el fracàs com a probabilitat assumible *ex ante*. Jo matisaria que destaca per ser imprudentment ambiciosa. I ho és perquè reco-

¹ És curiós advertir que el text articulat d'aquesta llei es refereix tan sols a la "violència domèstica", per més que en l'Exposició de Motius ho faci a la "violència de gènere"; confusió conceptual?, falta de decisió?, un simple lapsus?, en aquest cas, a favor o en contra de quin adjectiu?

² Atenint-se a mesures que incorporen altres textos legals diferents a aquesta llei.

³ Per cert, problema que qualifica en l'evolució de "delicte invisible" i, fins i tot, d'"alarma social" (v. Exposició de Motius, I, *in fine*).

neix i pregona entre els objectius el d'«eradicar aquesta violència». Lloable intent que, per cert, ja es veia a venir. I millor que hagués quedat així, surant en la suposició. Però no; el legislador ha volgut no tan sols assumir i declarar de forma explícita el propòsit d'eradicació (ho podia haver deixat entendre), sinó que, a més, ha volgut incloure la declaració en el text articulat, en l'article 1.2 (ho podia haver expressat en l'Exposició de Motius, cosa que hagués quedat igual de compromès sense necessitat de minar la tècnica normativa). En efecte, tinc la impressió que el legislador es va deixar anar per la passió i va ser vençut per les ganes d'anihilar d'una vegada aquest gèrmèn social. S'ha posat el llistó molt alt, ja que per molts progressos que es facin i millores que s'obtinguin amb aquesta llei orgànica, sempre li poden imputar un seriós fracàs si no aconsegueix eradicar el problema. Insisteixo, l'article 1.2 ha donat peu perquè molts dels possibles èxits quedin deslluïts per la imprudència d'assumir un objectiu tan ambiciós. I els detractors de la llei, del govern i del sistema sabran com utilitzar-lo.

Finalment, es tracta d'una llei nuclear i complexa⁴. El contingut és únic i integral perquè aborda només (que no és poc) el problema de la violència de gènere, i ho aborda des d'una perspectiva multidisciplinària. És una llei que es proposa actuar mitjançant plans de sensibilització pública, en els àmbits educatiu, publicitari i sanitari. Una llei que reconeix a les víctimes drets d'informació i assessorament, d'assistència social i jurídica, laborals i econòmics (o bé amb ajudes directes, o bé facilitant l'accés a habitatges). I, per últim, conté una tutela que es projecta en un triple àmbit. En l'institucional, en què destaca la creació de l'Observatori Estatal de Violència sobre la Dona i de la Delegació Especial del Govern. En l'ordre penal, que ressalta la consideració de delictes de tota conducta que suposi una violència de gènere (exceptuant injúries i vexacions lleus, que queden com a faltes), així com el reconeixement de treballs en benefici de la comunitat com a pena, en algun cas, substitutiva. I en l'àmbit judicial, en què el més destacable es concentra en la creació de jutjats de violència sobre la dona i d'una fiscalia també *ad hoc*.

Un contingut integral i multidisciplinari de la llei sembla a aquestes alçades irrenunciable, i el mateix objecten els pocs experts. No ens tro-

⁴ Unes vint pàgines davant de les menys de quatre de la derogada Llei Orgànica 11/2003.

bem davant d'un problema que es pugui resoldre o combatre des d'un sol front, ni amb una sola arma. Què més voldríem. La llei ha de ser receptiva amb tot allò que pot i ha de fer-se per minimitzar el problema. La llei ha d'obrir-se perquè el problema no és tancat, la seva causa no pot identificar-se amb un únic origen susceptible d'aïllar-se per ser abordat des d'una sola perspectiva. La llei sembla que hi ha encertat, en això. Però convé no fer-se il·lusions, atès que només constitueix un dels -bons- punts de partida. Així és, doncs cal recordar que les lleis no són capaces per si mateixes de modificar segons quines conductes, i que una societat no pot canviar-se confiant en el canvi jurídic. Si fos d'aquesta manera, moltes societats serien el que el dret volgués que fossin, i això no és així. Per tant, una llei integral i multidisciplinària corre sempre un doble risc que em permeto suggerir.

Per un costat, el risc de ser massa programàtica en part del seu contingut (si no en tot). Es tracta d'un risc poc evitable en aquesta classe de lleis, però corregible mitjançant l'oportú desenvolupament de la llei⁵. L'altre risc és més preocupant: que la llei reporti després, en executar-la, més programàtica del que té en la redacció, senzillament, per falta d'implementar els recursos necessaris que la facin eficaç. I aquest altre risc, a més de mancar de remei, és més temptador per als responsables de gestionar els pressupostos que poden fer factibles aquells recursos. Greu amenaça.

2. MENTRESTANT, ¿QUÈ DIUEN ALGUNES XIFRES?

Les estadístiques ens sorprenen. Avui dia, tot és capaç de convertir-se en xifres. Els percentatges tracen fronteres per al desànim, la sorpresa, el fracàs o l'èxit. Res no sembla escapar a aquesta medició quantitativa: és el mètode actual de confirmar l'objectiu de quelcom. Instal·lats en aquesta moda, no és estrany que trobem un veritable repertori de fonts on buscar per obtenir xifres i percentatges que ens mesurin la vigència d'un problema, en el nostre cas, l'actualitat i la tonalitat que va adquirint la violència de gènere. Les estadístiques poden variar d'una font a una altra; a vegades no ho fan perquè es limiten a reproduir la mateixa font primària; però, encara que fos el primer cas, les

5 Quelcom que ja ha començat: v. el Reial Decret 1452/2005, del 2 de desembre, pel qual es regula l'ajuda econòmica establerta a l'article 27 de la Llei Orgànica 1/2004.

diferències no permeten dubtar que s'avança a una determinada direcció. Em centraré, doncs, a tractar de visualitzar aquesta última⁶.

El maltractament a la dona no decreix; al contrari. L'índex de dones maltractades en l'àmbit familiar entre el 2000 i el 2004 ha augmentat un 144,94%, i un 156,74% quant al maltractament per la parella⁷. Possiblement es podrà qüestionar si tots els maltractaments estan censats, si potser augmenten perquè se'n constaten més i se n'oculten menys, o quants maltractaments responen a una situació de tensió i agressió plural, és a dir, de maltractament recíproc, o, el més difícil, quants possibles maltractaments s'han evitat a causa de l'oportuna reacció/prevenició pública o privada (un creixement, sí, però menor del que s'esperava). No diré que això últim siguin causes demagògiques, però sí que, siguin el que siguin, no poden interferir en la conscienciació de la gravetat del problema ni en la costosa recerca de l'adequat tractament.

Les estadístiques que hem vist ens han donat per a l'any 2005 un perfil de relació víctima-agressor que bé es podria correspondre amb el següent: la relació és principalment conjugal, després ve la relació afectiva, més tard l'exafectiva i, per últim, l'exconjugal; la víctima sol tenir entre 31 i 40 anys; i els mesos amb l'índex més gran de maltractaments oscil·len de juliol a setembre (febrer el que menys).

Si comencem a fixar-nos en les denúncies, costa poc comprovar-ne l'augment: 99.111 en tot l'any 2004, mentre que 51.382 ja es portaven computades en creuar el primer semestre de 2005. El denunciat continua sent amb diferència un home (92,51% dels casos el 2004, i 91,06% en aquesta franja de 2005), majoritàriament espanyol (77,75% el 2004, i 76% el 2005)⁸. És evident que les denúncies no expressen el

6 Entre l'abundància de fonts disponibles, aquí he recorregut a les següents: Centre Reina Sofia per a l'estudi de la violència (www.gva.es/violencia), Consell General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es/cgpi), Institut de la Dona (www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia), i Observatori de la Violència (www.observatorioviolencia.org). De totes les fonts, se'n desprenen les dades que a continuació us dono i treballo.

7 Especialment v. informe, respectivament, sobre "Dones maltractades en l'àmbit familiar" i "Dones maltractades per la parella" (www.gva.es/violencia).

8 En el primer trimestre de 2005, Madrid va ser la província amb el nombre més gran de condemnats per violència domèstica: 1.178. Però si a aquesta xifra, hi restem els de nacionalitat estrangera i ens quedem amb els condemnats espanyols, Madrid baixaria a una quarta posició, seguida de Palma de Mallorca (amb 703), València (amb 652), i Barcelona (amb 651), arribant al número de 639.

grau de violència que s'hi exerceix, però sí aporten indicis sobre la presumpta violència. En el primer semestre de 2005, 10.360 denúncies van acabar amb la sentència condemnatòria, i 6.104 amb l'absolutòria⁹. El percentatge de denúncies retirades sembla mantenir-se: si en el 2004 es va situar sobre l'11,34%, en el primer semestre de 2005 va ascendir al 10,55%. Un cop aportades aquestes dades, potser convé ara puntualitzar quelcom sobre el “mite de l'exageració” amb què alguns solen reaccionar davant de la pluja informativa d'aquest fenomen de violència. Recordem que aquests últims solen predicar que no hi ha tanta violència com pretenen fer-nos creure, afirmació que busca el fonament en el nombre de denúncies falses, en el de denúncies retirades i en el de sentències absolutòries, que, per cert, sempre donen per fet que és més gran del que en realitat resulta acreditat. Em permetria, aquí i ara, tan sols suggerir que es tinguessin en compte tres realitats:

1.^a Que la denúncia falsa constitueix un acte il·lícit severament castigat per la llei penal. Això per si sol indica que no hi ha una invitació gratuïta afavoridora de denúncies falses, sinó tot el contrari. Aquesta realitat no es pot confondre amb el fet que tot el que es denuncia pugui ser o no provat i, sent-ho, mereixi la mateixa qualificació jurídica.

2.^a Que és tota una fal·làcia identificar l'acte de retirada d'una denúncia amb la falsedat de la mateixa. Una denúncia pot retirar-se per molts motius, però costa imaginar que molts siguin, al seu torn, molt diferents dels que inciten simplement a no denunciar. No és desenranyat pensar que es retira una denúncia pels mateixos motius pels quals es decideix no denunciar. I és aquí on lamentablement podem descobrir, per a sorpresa d'alguns, que hi ha molt maltractament per emergir, ja que l'índex denunciat continua mantenint-se en nivells molt baixos. Podem llegir que el 75% de les dones mortes per aquesta causa el 2004 no van denunciar, o que només es denunciaren el 10% dels maltractaments reals¹⁰. No fa falta endinsar-se molt en les raons

⁹ Les úniques províncies en les quals el nombre de sentències absolutòries van superar les condemnatòries van ser Valladolid (134 davant de 58), Biscaia (194 davant de 160), i Guipúscoa (41 davant de 38).

¹⁰ La primera dada l'ofereix CASTILLEJO, “Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley* nº 6.290 (2005), p. 2.026; i la segona MAGRO, “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?”, *La Ley* nº 6.333 (2005), p. 1.698.

per actuar d'aquesta manera: la inseguretat davant del sistema sol provocar aquesta falta de confiança, o la negació a qualsevol preu d'aquesta condició poc desitjada de "dona maltractada" que turmentava a qui ha decidit finalment no passejar-la entre la família, a la feina, al veïnat o en el cercle d'amistats.

3.^a Que la presumpció a què tots tenim constitucionalment dret, així com també l'agressor, és a la presumpció d'innocència. Per tant, les proves que es necessiten són les proves per condemnar, no les proves per absoldre. Sense proves convincents, el jutge ha d'absoldre el denunciat. I qualsevol jurista sap que una cosa és el que realment va succeir, i una altra molt diferent el que realment pot demostrar-se en un judici. S'ha de comprendre que el probable desfasament entre els fets i el dret pot donar-se més en les sentències absolutòries que en les condemnatòries.

Una de les mesures processals de tradició secular i que, en el nostre cas, gaudeix d'una àmplia acceptació, són les conegudes mesures cautelars. Som davant de mesures dictades pel jutge en un moment sempre anterior a la resolució del cas o del conflicte que té entre mans, i que s'acorden normalment una vegada el jutge admet la demanda, querella o denúncia a tràmit, o, fins i tot, en algun cas les nostres lleis permeten que les mesures cautelars puguin demanar-se i substanciar-se amb anterioritat a la presentació de la demanda, querella o denúncia. El fonament i la funció tradicionals han anat associats a assegurar les resultes del plet, és a dir, a assegurar que el que ha decidit finalment el jutge, sempre una mica (o molt) més tard, no quedi en paper mullat perquè el demandat o imputat, mentrestant, hagi articulat tota una estratègia dirigida a posar-se fora de perill de la probable decisió judicial. Naturalment que, per al cas de resultar a la fi innocent o no condemnat, les mesures cautelars esdevindrien ineficaçes, i serien oportunament aixecades per la mateixa autoritat judicial.

Un cop explicat això, s'ha de profunditzar la idea ja destacada que, en el cas que ens ocupa, les mesures cautelars han de complir una altra finalitat primordial: protegir la víctima. En conseqüència, les mesures cautelars en aquests processos (o casos) de violència de gènere, no tan sols han de complir la funció d'impedir l'elusió de l'acció de la justícia, sinó que també compliran amb la missió de protegir la víctima de l'agressió o violència de què ha sigut o és objecte¹¹. En conclusió, les xifres a què

11 El que ha destacat QUERALT, "La última respuesta penal a la violencia de género", *La Ley* n^o 6.420 (2006), p. 12.

tenim accés demostren també un lleuger augment en l'establiment general de les mesures cautelars. En el ventall d'aquestes mesures poden distingir-se les que tenen naturalesa penal de les de naturalesa civil. Entre les primeres destaquen les privatives de llibertat, la d'allunyament, la de prohibició de comunicació, la de prohibició de tornar al lloc del delictes, entre d'altres. Entre les civils es troben les referents a l'atribució de l'habitatge, les de custòdia, comunicació i visites amb els fills, les d'aliments, les relatives a protecció de menors, entre d'altres.

Les mesures cautelars d'ordre penal solen acordar-se gairebé unes quatre vegades més que les civils. Així, per exemple, l'any 2004 van ser 61.273 penals per 16.784 civils. En el terreny de les primeres, el primer semestre de 2005 llança un nombre de 39.051 mesures acordades. Les més adoptades són les que tenen a veure amb l'allunyament del presumpte agressor (un 49,77% el 2004 i un 44,40% en la franja de 2005); li segueix la prohibició de la comunicació (30,20% el 2004 i 34,14% el 2005); la prohibició de tornar al lloc del delictes (12,95% i 14,85%), i les privatives de la llibertat (3,35% i 3,21%). La freqüència de les mesures cautelars civils està més repartida perquè la connexió recíproca d'aquestes mesures és necessària, ja que davant d'un conflicte determinat solen concórrer cumulativament per atendre les arestes que acostuma a presentar en la vida real. Per tant, les mesures relatives a la custòdia i comunicació amb els fills són les més acordades (34,71% el 2004, i 35% en el primer semestre de 2005), seguides, per poc, de l'atribució de l'habitatge (33,39% i 33,11%) i de les alimentàries (27,61% i 28,29%), quedant ja molt per avall les referents a la protecció de menors (2,08% i 1,67%).

Finalment, mereix destacar-se que les ordres de protecció examinades van in crescendo en l'acolliment judicial. El 2004 se'n van sol·licitar un total de 36.775, de les quals van ser definitivament acordades un 77,85%, mentre que en els dos primers trimestres de 2005 se'n van sol·licitar 20.271, amb un acord d'un 75,62%.

3. ¿ÉS OR TOT EL QUE LLUU? LLUMS I OMBRES DEL NOU MARC JURÍDIC

En general, i pel que fa a la comunitat jurídica, es pot concloure que la Llei Orgànica 1/2004, amb tot el que representa, no ha tingut una mala acollida. És més, en un tema tan controvertit com el que ens ocupa, pot afirmar-se que ha tingut i té una bona acollida, tot assumint d'entrada que no és fàcil fer contents tots els sectors d'opinió que

treballen per una contribució, aquí, més eficaç del Dret. Va per davant, doncs, la meva adhesió a aquest grup majoritari. Però no estem -i continuo amb la meva opinió- d'avant d'una llei perfecta, i no només perquè no hi ha lleis perfectes (o, dit d'una altra manera, el test de perfecció no convé aplicar-lo a les lleis), sinó perquè, en concret, la 1/2004 és millorable. Allò que s'alaba d'aquesta llei és el caràcter integrador, en proposar-se una resposta multidisciplinària des de diferents branques del Dret, així com el reforç i l'impuls que atorga les mesures cautelars. Com aquesta consideració general no és suficient, prefereixo centrar-me en el balanç de quatre aspectes sobre els quals em sembla pertinent repassar l'experiència de l'esmentada llei: l'àmbit, l'ordre d'allunyament, la prova en el procés i els jutjats de violència sobre la dona, per aquest ordre.

L'àmbit d'aplicació de la llei presenta alguna obscuritat, al meu entendre, no del tot ben resolta des del mateix text. Aquest àmbit s'identifica amb la "violència de gènere", expressió que ens ve definida per l'article 1.1: "La present llei té per objecte actuar contra la violència que, com a manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones, s'hi exerceix per part dels qui siguin o hagin sigut cònjuges o dels qui estiguin o hi hagin estat lligats per relacions similars d'afectivitat, tot i que no hi hagin conviscut". D'aquesta definició, se'n desprèn que la violència de gènere és la que s'exerceix pels homes sobre les dones, sense perjudici d'altres modalitats de violència que, tenint els mateixos protagonistes, no poden qualificar-se "de gènere" (la relació de dominació en un àmbit d'afectivitat -o d'afectivitat- seria determinant). Doncs bé, aquesta determinació ha merescut un parell de reaccions, aquí i ara, destacables.

La primera reacció, a mode de contundent retret, ha consistit a qüestionar la constitucionalitat d'aquesta llei orgànica, o, més clarament, a predicar-ne la inconstitucionalitat. El raonament pot resumir-se d'aquesta manera: se sanciona més greument l'autor d'una determinada conducta il·lícita pel simple fet de ser home, el qual mereix una sanció menor si no ho és o si, sent-ho, actua de la mateixa manera en un context diferent (de no "violència de gènere"). ¿Això no vulnera el principi d'igualtat i de no-discriminació que assenta l'article 14 de la Constitució? Amb data d'aquesta conferència, el nostre Tribunal Constitucional ha admitit ja a tràmit alguna que altra qüestió de constitucionalitat contra aquesta llei. A mi em sembla que la seva inconstitucionalitat no és tan clara, o, si es prefereix, que no existeix. Només oblidant l'objec-

tiu de la llei, estretament vinculat a la realitat social que es pretén combatre, es pot llançar el discurs al grau d'abstracció necessària per observar una absència d'igualtat. Si tota sanció penal conté una legítima pretensió preventiva, ¿seria, per exemple, desigual castigar amb més severitat els membres de grups que lideren una violència de carrer que als qui, de tant en tant, cometes actes similars quan el que es pretén evitar és el primer, precisament per la seva crueltat i expansió?; ¿no és raonable castigar amb més duresa l'agressió d'un blanc a un negre que una altra agressió comparable, si del que es tracta és de reprimir el racisme? Sembla que la realitat, en aquest sentit, és tossuda, doncs més del 90% d'agressions d'aquest tipus (violència de gènere) són fetes per un home sobre una dona. Que la llei s'adapti i s'intensifiqui en funció d'objectius justificats, no suposa vulnerar el tracte d'igualtat constitucionalment obligat, sinó tractar de forma desigual allò que mereix i reclama també un tracte diferent. I no és el mateix una agressió en i per violència de gènere, que una agressió idèntica fora d'aquest context. És més, ja no seria una agressió idèntica¹².

La segona reacció conté, al meu parer, un retret. La relació subjectiva d'agressió es concreta en la llei entre un agressor-home i una víctima-dona. A l'hora d'interpretar-ho, els magistrats reunits en unes jornades celebrades a Madrid a finals de 2005 van aconseguir unificar el criteri segons el qual s'havia d'entendre la relació en sentit literal i estricte, cosa que significa prescindir de l'homosexualitat o transsexualitat dels subjectes: l'home ha de ser l'agressor i la dona, l'agredida¹³. Es pot dissentir d'aquesta lectura tan literal, però el cert és que la llei obliga a pensar-hi, una llei que per naturalesa penal avala poc les interpretacions extensives. Si es dissenteix, doncs, és

12 Alaben en aquest sentit la llei, entre d'altres, CASTILLEJO, *La Ley* n° 6.290 (2005), n. 14, pp. 2.032 i 2.033, i LÓPEZ, "La violencia de género y sus autores en la nueva Ley de Protección Integral", *La Ley* n° 6.320 (2005), p. 1.569. Els sembla plenament constitucional a QUERALT, *La Ley* n° 6.420 (2006), pp. 2 i 3 (posa com a exemple el que s'exposa en el text principal sobre racisme), i DE ELENA, "La Ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales", *La Ley* n° 6.428 (2006), pp. 6 a 10 i 22.

13 Em refereixo a "73 criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género", en el Seminari de Formació organitzat pel Consell General del Poder Judicial a Madrid, 30 de novembre, 1 i 2 de desembre de 2005 (v. document a l'Observatori de Violència Domèstica i de Gènere, a la web citada del Consell).

millor elevar la crítica al mateix legislador. I he d'apel·lar-hi en contra, ja que sembla contradictori que si el que es pretén és combatre la violència de gènere, l'article 1 defineixi el marc de l'agressió com a estricta violència de sexe.

L'anomenada *ordre d'allunyament* ha rebut elogis bastant generalitzats, sobretot en el tractament d'un aspecte que resultava bastant preocupant. Em refereixo a la suportable lleugeresa que s'associa a la ruptura de l'ordre per part del subjecte que n'és destinatari, atès que tradicionalment se sancionava amb una multa, fet que provocava en molts casos una veritable falta d'eficàcia desincentivadora en la previsió de la sanció. La nova llei corregeix aquesta disfunció i sanciona ara la ruptura amb pena privativa de llibertat¹⁴. A més, en la quotidianitat d'aquest ordre d'allunyament han de recollir-se un parell de problemes detectats en l'aplicació.

El primer problema alerta sobre l'eventualitat que, en algun aspecte, aquesta ordre d'allunyament, judicialment decretada, queda temporalment paralitzada, motiu pel qual la seva infracció resultaria del tot impune. El supòsit és el següent: l'ordre d'allunyament no es dicta com a mesura cautelar, sinó en la sentència que posa fi al procés. S'ha recorregut contra la sentència, cosa que provoca l'efecte de la inexecutabilitat mentre no es resolgui el recurs. En la interinitat, per tant, la presumpta infracció de l'ordre d'allunyament no seria així perquè roman inexecutable, inexigible; fet que resulta un gran estímul per al condemnat a sentència (encara no ferm). La solució que es dona a aquesta situació paradoxal (injusta per a alguns) ve de la mà d'un cert tecnicisme: es proposa que el jutge dicti l'ordre d'allunyament no com a contingut de la sentència, sinó com a contingut d'un acte paral·lel. D'aquesta manera el recurs, que es dirigeix contra la sentència, no impediria que el contingut de l'acte es pogués executar sense dilació¹⁵.

¹⁴ Que consisteix en la pena de presó de sis mesos a un any (art. 468 del Codi Penal reformat per l'article 40 de la Llei Orgànica 1/2004). No obstant això, algun autor, malgrat que veia legítima la sanció, veu excessiu l'automatisme perquè s'independitza de tot principi culpabilístic per part de l'agent (QUERALT, *La Ley* n° 6.420 [2006], pp. 11 a 16).

¹⁵ És la solució patrocinada per MAGRO, "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica", *La Ley* n° 6.244 (2005), pp. 5 i 6. És la defensada també a "73 criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género", abans citat.

El segon problema ens porta a situacions en què l'ordre d'allunyament es trenca de manera consentida pels seus protagonistes. És a dir, els supòsits en què la víctima de la violència accedeix lliurement a veure's o comunicar-se amb l'agressor. Una valoració estrictament formal del problema pot portar-nos a solucions poc realistes. Succeiria d'aquesta manera si s'apreciés un autèntic frau de la resolució judicial per incomplir-se part del contingut (l'allunyament). D'altra banda, cal recordar la naturalesa imperativa d'aquesta mesura, cosa que suposa que no se'n pot demanar l'aixecament ni tan sols per la persona en benefici de la qual es va dictar (la mateixa víctima). El tractament més realista que es proposa suggereix, d'entrada, no culpabilitzar el condemnat per aquesta mesura, i per això ha de considerar-se que més que ser ell qui s'apropa a la víctima, és la víctima qui s'apropa a ell. Aquesta forma de veure les coses permet que no s'hi aprecii cap infracció, doncs l'ordre prohibeix que l'agressor s'hi apropi, però no impedeix que algú s'acosti a l'agressor¹⁶. Amb arguments més jurídics, la STS de 26 de setembre de 2005 (RJA 7380) defensa l'extinció de l'ordre en el dia en què es va acordar, a causa de la desaparició de les circumstàncies que van motivar-ne l'acolliment.

Pel que fa a la prova en aquests tipus de processos, s'han qüestionat un parell d'aspectes que convé no passar-los per alt. El primer consisteix en la situació difícil a què ens llança l'aplicació de l'article 416 de la Llei de l'Enjudiciament Criminal, el contingut de la qual, *grosso modo*, eximeix determinats parents o familiars de l'obligació de declarar o testificar en el procés. El fonament s'ha acostumat a buscar en l'evitació del fals testimoni en aquests supòsits en què el testimoni és una persona excessivament avinguda a la persona sobre la qual ha de declarar. En el nostre cas, es donaria en tots els casos en què aquesta relació existeix entre agressor i víctima (la majoria), motiu pel qual una aplicació directa del precepte processal impediria considerar la víctima com a testimoni vàlid. I així s'han estimat moltes resolucions judicials. No obstant això, i per sort, aquesta solució deixa insatisfeta bona part de la nostra doctrina, que s'esforça per defensar la no-aplicació de l'article 416 al cas que ens ocupa. En efecte, sembla sensat tractar de buscar alguna justificació que desplaci aquest precepte, fins i tot tenint en compte que en molts casos l'únic testimoni del que va succeir és la mateixa víctima. I aquesta justificació pot entroncar amb el fonament de la norma, més pensada

¹⁶ V. MAGRO, *La Ley* nº 6.244 (2005), p. 6, i QUERALT, *La Ley* nº 6.420 (2006), pp. 13 i 14.

per als supòsits en què el testimoni és un estrany i no la mateixa víctima denunciant (testimoni privilegiat)¹⁷.

Un segon aspecte ens trasllada a la problemàtica de saber què succeeix quan la víctima no vol declarar en el judici, dret que té i del qual ha de ser oportunament advertit¹⁸. ¿Pot el jutge donar suport a la declaració sumarial per decidir el judici dictant una sentència condemnatòria? Tampoc no hi ha una solució unànime. No pot ignorar-se un criteri jurisprudencial que dóna suport a una resposta negativa, que entén que podria resultar fraudulent acollir-se a declaracions anteriors quan ara decideix fer ús del dret a no declarar¹⁹. La solució al problema sembla tenir molt a veure amb les garanties constitucionals del procés, garanties que en qualsevol cas impediran que els jutges resolguin un procés penal en què ha faltat la immediació i la contradicció necessàries (principis que es podrien veure vulnerats si no hi ha declaració de la víctima en el procés). Però no tot mereix aquesta valoració, doncs la doctrina constitucional i jurisprudencial han destacat el valor jurídic del silenci, així com la possibilitat de concedir eficàcia a les declaracions sumarials. En la qüestió que ens pertoca, la doctrina ressalta que no afecta al nucli essencial del dret el fet de no declarar la circumstància de reconèixer un valor negatiu al silenci quan es confronta amb una declaració en què s'hagin reconegut els fets, i que la declaració sumarial pot comptar amb el suficient valor si es va emetre envoltada de les garanties constitucionals exigides per fer-ho²⁰.

Per últim, la creació dels Jutjats de Violència sobre la Dona va ser, en teoria, presentada com una novetat valenta, decidida i d'acceptació generalitzada. ¿Veritat o demagògia? L'experiència demostra que pot haver-se caigut en un dels errors més freqüents, sobretot quan es trac-

¹⁷ V. especialment, en aquest últim sentit, MAGRO, *La Ley nº 6.333 (2005)*, pp. 1.700 a 1.704. Aquest autor acaba advocant per la reforma legal que faci excepció de l'art. 416 a la víctima-testimoni (pp. 1.707 i 1.708), ja que l'opinió majoritària dels tribunals sembla anar per una altra direcció (a "73 criterios adoptados por magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género").

¹⁸ Sota pena de poder anul·lar el que va actuar, per MAGRO, *La Ley nº 6.333 (2005)*, p. 1.704.

¹⁹ V. MAGRO, *La Ley nº 6.333 (2005)*, p. 1705.

²⁰ Encara que part d'aquesta doctrina es refereix a la declaració de l'acusat, els seus principis i argumentacions poden extrapolar-se a la declaració de la víctima: v. STC 145/1985, i STS 7 de juliol de 2005 (*RJA* 6.813).

ta de l'Administració de Justícia, i aquest error no és un altre, per començar, que la falta d'impuls i de mitjans adequats per garantir una implementació dels nous jutjats en l'estructura i el mapa judicial. Es va vaticinar un col·lapse que sembla haver-se complert²¹, i, ja sigui per aquestes raons o per altres que se m'escapen, tampoc no sembla que aquests nous jutjats es presentessin en excès com un destí atractiu per a la majoria dels magistrats, fet que va provocar que moltes places haguessin de ser cobertes de manera forçosa²². ¿I què és el que es lliura, en definitiva, en aquests nous jutjats? Doncs conductes susceptibles d'integrar el tipus delictiu de violència de gènere descrit per la llei penal. Quelcom que pot ser senzill explicat així, al mateix temps que es pot passar per alt, però que algun expert s'ha precipitat a advertir-ho i criticar-ho. S'objecta que aquest tipus descrit per la llei és massa restrictiu, contempla només la punta de l'iceberg, ja que exigeix una determinada manifestació de la violència de gènere (agressions), deixant fora del seu abast qualsevol altra manifestació de conductes de dominació de gènere, però que podrien desembocar en les primeres i convindria tallar d'arrel. No s'ignora que la Llei Orgànica 1/2004 pot donar peu a ampliar les respostes legals davant de la violència, però també és cert que hi podria haver tingut més decisió²³.

4. CONCLUSIÓ

La Llei Orgànica, com qualsevol altre llei, no és la panacea. Ni ho és ni ha de pretendre ser-ho. El que és recomanable és sempre ser conscients de la humilitat del Dret, i de la instrumentalitat de la llei. La Llei Orgànica 1/2004 és multidisciplinària i obre fronts de naturalesa molt diversa perquè el fenomen que intenta eradicar els té. Això és bo. Però

- ²¹ La presidenta de l'Observatori contra la Violència Domèstica ja ha reclamat més jutjats i més mitjans, i la Comissió Permanent del Consell Judicial del Poder Judicial va acordar instar a l'executiu l'elaboració d'un Pla d'Actuació Urgent per als Jutjats de Violència sobre la Dona de Sevilla, Alacant, València, Palma de Mallorca i Múrcia, per la càrrega de treball que acumulen (setembre de 2005).
- ²² Respecte de Barcelona, la premsa va publicar la notícia que cap magistrat d'Espanya va sol·licitar la plaça en un d'aquests jutjats, de manera que es va haver de recórrer a un ascens a magistrat amb destí forçós (*La Vanguardia*, dissabte, 11 de juny de 2005).
- ²³ En aquests dubtes es debat LÓPEZ, *La Ley* n^o 6.320 (2005), pp. 1.569 i 1.570; mentre que hagués preferit una extensió més terminant a qualsevol fenomen de violència de gènere DE ELENA, *La Ley* n^o 6.428 (2006), p. 15.

també ha de significar que el problema és, sobretot, de naturalesa social, educativa i cultural, i que no s'arregla de la nit al dia, ni es corregeix a cop de llei. ¿Aïllem el mal? Tampoc no és viable la solució de tancar tots els agressors perquè per tancar-los hauran maltractat prèviament, i això és el que s'ha d'evitar²⁴. Clar que la llei pot fer-hi alguna cosa, i probablement molt si n'encerta el contingut, però que no es demani a la llei el que la llei no pot concedir.

La llei és intrumental perquè més que resoldre, coopera a fer-ho, però també perquè aquesta cooperació no neix directament de la seva lletra, ni del text, sinó de l'adequada execució i desenvolupament. Les lleis poden ser lloables des de la tècnica normativa, fins i tot des de la política legislativa, i, en canvi, resultar un fracàs en la pràctica, senzillament perquè poc o res més es va fer després de sortir publicades oficialment. Fan falta i faran falta més mitjans i recursos, humans i materials, per promoure una aplicació àgil i completa de la llei, però també per promoure'n l'aplicació sensata i tècnicament impecable. És poc original aquesta conclusió general, ho admeto, i fins i tot pot arribar a cansar i que ens tractin de poc imaginatius. Accepto aquesta falta, però costa mirar cap a una altra banda, i és potser el més desesperant.

Referències bibliogràfiques

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: "Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *La Ley* nº 6.290 (2005), pp. 2.026 a 2.034.

DE ELENA MURILLO, Victorio: "La Ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales", *La Ley* nº 6.428 (2006), pp. 1 a 24.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: "La violencia de género y sus autores en la nueva Ley de Protección Integral", *La Ley* nº 6.320 (2005), pp. 1.568 a 1.575.

MAGRO SERVET, Vicente: "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica", *La Ley* nº 6.244 (2005), pp. 1 a 7.

²⁴ LÓPEZ es mostra escèptic sobre la rehabilitació del psicòpata: no aprèn del càstig ni de les teràpies, i només és esperançadora una detecció precoç de la personalitat (*La Ley* nº 6.320 [2005], p. 1573).

MAGRO SERVET, Vicente: "La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?", *La Ley* nº 6.333 (2005), pp. 1.697 a 1.708.

QUERALT I JIMÉNEZ, Joan J.: "La última respuesta penal a la violencia de género", *La Ley* nº 6.420 (2006), pp. 1 a 24.

ABSTRACT

Per comprendre el que pot haver significat la nova Llei Orgànica 1/2004, és necessari recordar per què i com neix, una gestació llaurada de precedents i intents, no tots fructífers. A partir de la seva entrada en vigor, l'ambició contingut no pot resistir la comparació amb les xifres i els percentatges que emanen de les estadístiques d'ací i d'allà. ¿Anem per bon camí? És aviat per dir-ho, però possiblement algun balanç mereix la llei, per més provisional que sigui. Per dur-ho a terme, i un cop centrada la lamentable actualitat del problema a partir de les estadístiques més recents, convindrà exposar i analitzar les llums i les ombres que al llarg de l'aplicació de la llei es van detectant. No hi seran totes, sens dubte, però les que hi siguin ens poden situar en una posició prudent per valorar el que falta i el que sobra al nou marc legislatiu, al qual, per damunt de tot, li falta encara un llarg recorregut que permet alimentar certes esperances no infundades¹.

¹ Aquest article respon essencialment a la conferència impartida sota el mateix títol en el IV Congrés de l'Associació Espanyola per a la Investigació i Desenvolupament de la Teràpia Familiar, sobre "Violència en la família: Models i tècniques d'intervenció", celebrat a Barcelona els dies 10 i 11 de març de 2006, i organitzat per la Facultat de Psicologia, Ciències de l'Educació i de l'Esport Blanquerna (Universitat Ramon Llull) i l'Associació Espanyola per a la Investigació i Desenvolupament de la Teràpia Familiar, amb la col·laboració de la Fundació Vidal i Barraquer, la Societat Catalana de Teràpia Familiar, la Societat Espanyola de Psicoanàlisi, i la Fundació La Caixa. A tots els dec un sincer agraïment per la confiança dipositada, i molt especialment al Dr. Carles Pérez Testor (Universitat Ramon Llull), per continuar creient en un treball interdisciplinari i en equip que no sempre és còmode ni senzill de liderar.