

# **RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO: LA ASIGNATURA PENDIENTE DEL ESTADO**

**Comentario a la Sentencia AN Sala Sección 5 del Contencioso-Administrativo 2187/2019 de 30 de septiembre**

**FERNANDEZ NIETO, JOSEFA**

Doctora en Derecho UNED

**RESUMEN.-** El presente trabajo constituye una reflexión crítica sobre los cauces legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico para resolver los errores de la Administración de justicia en supuestos de violencia de género. La reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020, vuelve a poner de relieve la necesidad de valorar los niveles de riesgo de la víctima en el sistema VIOGEN, del aumento de recursos, así como de que el Estado asuma, la reclamación de responsabilidad patrimonial. La carencia en el sistema jurisdiccional español de un cauce específico procesal para hacer efectivas las reparaciones por vulneración de derechos fundamentales de las víctimas por violencia de género, plantea una necesidad acuciante, en dar soluciones. No existe forma “legal”, de dar cumplimiento al Dictamen CEDAW, ratificado por parte del Estado español y por tanto, dentro del rango normativo interno, lo que impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes y por ende, fijar el quantum de la responsabilidad del Estado. Una reforma legislativa sería necesaria. Por otro lado se analiza desde una perspectiva crítica en el caso enjuiciado por qué no ha surgido la responsabilidad del Estado-juez en la medida en que se denegó la orden de protección de la víctima, todo ello al amparo de la Ley 1 y 3/2015 del Estatuto de la víctima y de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de investigación eficaz. Se proponen vías alternativas desde la perspectiva de género, ya experimentadas en derecho comparado y dirigidas a solventar estos conflictos acompañados del reforzamiento de políticas legislativas. La reparación de la víctima es responsabilidad de todos.

Palabras clave.- Violencia género, diligencia debida, protección reforzada, responsabilidad institucional, derechos fundamentales, victimización, perspectiva de género.

Keywords.- Gender violence, due diligence, enhanced protection, institutional responsibility, fundamental rights, victimization, gender perspective

**SUMARIO.-** I.- INTRODUCCIÓN: LA ACTUACIÓN DEL ESTADO Y EL CUMPLIMIENTO DE DILIGENCIA DEBIDA. II.- COMENTARIO DE LA SENTENCIA AN 2187/2019 DE 30 DE SEPTIEMBRE 2.1.- Antecedentes 2.2.- Fundamentos jurídicos 2.3.- Fallo III.- HACIA NUEVOS PROCEDIMIENTOS PARA RESOLVER LOS FRACASOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA PROTECCION DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 3.1. Introducción 3.2 ¿Por qué falla el sistema VIOGEN? 3.3. Error judicial y cumplimiento de Tratados internacionales sobre violencia de género: Propuestas de futuro IV.- CONCLUSIONES

## I.- INTRODUCCION. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO Y EL CUMPLIMIENTO DE DILIGENCIA DEBIDA<sup>1</sup>

La Ley Orgánica 1/2004 de protección de Violencia de Género, recientemente reformada por el Real Decreto 9/2018 de Medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado sobre Violencia de Género, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha supuesto una nuevo punto inflexión para reforzar la protección en violencia de género en nuestro país. De este modo, se da cumplimiento al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014.

Con la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres en 1993, se volvía a insistir en el principio de “diligencia debida”, referido al deber de los Estados de prevenir, investigar, castigar todo acto de violencia, contra la mujer, ya sea perpetrado por el Estado, o por particulares. El principio de diligencia debida, principio básico en el Derecho internacional, se reivindica como el parámetro-medidor de la responsabilidad de los Estados en esta materia.

Posicionar la lucha de la violencia contra la mujer en el marco de las violaciones de derechos humanos, representa un importante cambio conceptual en todo el mundo. Esta medida significa que las mujeres no están expuestas a la violencia de manera accidental o porque padecen alguna vulnerabilidad congénita, sino que la violencia es el resultado de una discriminación estructural muy arraigada, que el Estado tiene la obligación de abordar en virtud del principio de protección reforzada. De modo que, prevenir y afrontar la violencia contra las mujeres, no es un acto caritativo ni de “generosidad” por parte de las instituciones públicas. Se trata de una obligación jurídica y moral hacia las propias víctimas, que exige la puesta en marcha de medidas y reformas de índole legislativa, administrativa e institucional<sup>2</sup>.

¿Es España diligente en la lucha contra la violencia de género?. En el Informe del Comité de las Naciones Unidas, *Mas allá del Papel*,<sup>3</sup> se concluye que España debe

---

<sup>1</sup> Vid. FERNANDEZ NIETO J., “Retos y mitos de la L. O 1/2004 de Violencia de género hacia una política criminal en violencia de género ...”, *El Derecho*, <https://elderecho.com/retos-y-mitos-de-la-lo-12004-de-violencia-de-genero-y-reforma-del-codigo-penal-hacia-una-politica-criminal-en-violencia-de-genero-en-cumplimiento-del-principio-internacional-de-diligencia> Vid. otros trabajos interesantes Centro por la Justicia y el Derecho Internacional· *La Diligencia debida*, Buenos Aires ,2013: consultado el 1/03/2018 <https://www.cejil.org/es/debida-diligencia-casos-violencia-genero>

<sup>2</sup> Organización de Naciones Unidas, Oficina, Alto Comisionado 2018 <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/vaw.aspx>

<sup>3</sup> Comité Naciones Unidas, *España: Más allá del Papel, Hacer realidad la protección y la justicia para las mujeres ante la violencia de género en el ámbito familiar*. 2004. Sobre el Dictamen completo del Comité de la CEDAW ([http://www.rednosotrasenelmundo.org/IMG/pdf/Gonzalez\\_Carre\\_o\\_c- Espa\\_a.pdf](http://www.rednosotrasenelmundo.org/IMG/pdf/Gonzalez_Carre_o_c- Espa_a.pdf)). <http://www2.udg.edu/Portals/9/totslguals/VIOLENCIA%20DE%20GENERO%20WEB.pdf> "En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas." (párrafo 9 de la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU). Consultado el 13/01/2019. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/ Penal/530835\\_instrumento-de-ratificacion-del-convenio-del-consejo-de-europa-hecho-en-estambul.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/ Penal/530835_instrumento-de-ratificacion-del-convenio-del-consejo-de-europa-hecho-en-estambul.html). En el ámbito de la Unión europea se dictó, con la Recomendación Rec. (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia, adoptada el 30 de abril de 2002 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que supuso el primer acercamiento integral del problema a nivel internacional para intentar remediar la violencia contra las

acometer una acción decidida para hacer efectiva la legislación y eliminar un conjunto de prácticas, mecanismos y enfoques que pueden continuar orientando la respuesta institucional y los desempeños, de funcionarios y agentes, en términos adversos a los derechos humanos de las mujeres. Y se dice más, la administración de justicia no está tutelando debidamente el derecho de las víctimas a reparaciones justas y oportunas en aquellos supuestos en los que existen “fallos”.

En esta línea, el artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, señala que sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen. Sin embargo, la normativa española de violencia de género no ha desarrollado suficientemente los deberes internacionales del Estado en esta materia.

La Convención de la CEDAW en 1979 acuñó el “principio de diligencia debida”, consistente en la obligación efectiva y proactiva del Estado de adoptar medidas de prohibición de discriminación contra las mujeres; fueran practicadas individuos, organizaciones, empresas o por el propio Estado. CEDAW, ha concretado las obligaciones de los Estados en una Recomendación de 2017<sup>4</sup>, que determina la responsabilidad estatal frente a acciones y omisiones, en la esfera pública y en la privada, tanto cometidas por el Estado, como cometidas por individuos, en el caso de que el Estado no adopte todas las medidas necesarias para “prevenir los actos de violencia por razón de género contra las mujeres, en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas/supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer”. Esos fallos o negligencias, constituyen violaciones de los Derechos Humanos<sup>5</sup>. HESSBRUEGGE, ha sostenido que existen tres dimensiones en las relaciones derecho-deber que pueden darse entre los Estados y los agentes no estatales, o entre los agentes no estatales entre sí: \*las obligaciones verticales: que el Estado tiene la obligación de hacer o no hacer en relación a un actor no estatal en razón de que dicho actor puede invocar un derecho al Estado, \* las obligaciones diagonales: que el Estado tiene la obligación de proteger a un actor no estatal de las violación a sus derechos humanos por parte de otro actor no estatal en función de que el actor no estatal que es víctima de una violación a sus derechos puede invocarlos en contra del Estado, \* las obligaciones horizontales: un actor no estatal tiene la obligación de hacer o no hacer en relación a otro actor no estatal<sup>6</sup>.

---

mujeres.[http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/colecciones/PDFS\\_COLECCION/libro4\\_consejoeuropa.pdf](http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/colecciones/PDFS_COLECCION/libro4_consejoeuropa.pdf).

<sup>4</sup> Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, de 26 de julio de 2017.

<sup>5</sup> En el plano legislativo, la recomendación prevé// que todas las formas de violencia por razones de género contra las mujeres, que constituyan una violación de su integridad, física, sexual o psicológica se contemplen como delito e introducir o reforzar, sanciones legales proporcionales a la gravedad del delito, así como herramientas legales de tipo civil// que los sistema jurídicos protejan a las víctimas y supervivientes y aseguren su acceso a la justicia y a una reparación efectiva // la derogación de toda disposición que permita, tolere o condone cualquier forma de violencia por razones de género e impida o disuada a las mujeres de denunciar. forense, los legisladores y los profesionales de la salud.

<sup>6</sup> HESSBRUEGGE J.A “Human Right violations arising from conduct of Non-state actors”, *Buffalo Human Rights’ Law Review*, Vol. 11, 2005, pp. 21- 88).

La clave de la operatividad de la figura de la diligencia debida “stricto sensu”, exige un compromiso integral por parte de los Estados; las bases establecidas en el marco internacional determinan un marco de actuación para los Estados que persigan la erradicación de la violencia y el desarrollo de relaciones equitativas de género, pero es necesario su desarrollo e implementación a nivel interno contando con todos los medios y presencia de los poderes públicos. En este sentido, de habla de violencia “institucional”, en aquellos casos en los que la respuesta de las instituciones o sistema públicos, genera en si misma daño físico o psicológico a los usuarios de los servicios públicos<sup>7</sup>.

Se están dando, pues, las circunstancias para que el Estado o la Administración de justicia, o el Poder Judicial, sean responsables directamente de los daños ocasionados, puesto que se trata de una lesión en los bienes o derechos de la persona, como consecuencia del funcionamiento, en estos casos del mal funcionamiento. Con esto, estamos demostrando que el Estado tiene en muchas ocasiones, responsabilidad no sólo por culpa “in vigilando”, al no haber evitado el delito en cuestión cuando debía,<sup>8</sup> sino también, por responsabilidad directa en los daños causados en los casos que hemos señalado anteriormente, como queda reflejado en el informe sobre muertes violentas del CGPJ. En el caso español, que a continuación, comentaremos, es patente, la ausencia de un procedimiento rápido y sencillo en la regulación de la responsabilidad del Estado por incumplimiento por “diligencia debida”<sup>9</sup>. Por ello, se deben encontrar los cauces procedimentales en sede procesal, e identificar los obstáculos que, en la ley o en su aplicación, impiden a las mujeres obtener como ciudadano- víctima, tutela, justicia, reparación y protección<sup>10</sup>.

## **II.- COMENTARIO A LA SENTENCIA AN 2187/2019 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020**

### **2.1. Antecedentes**

La sentencia de la Audiencia Nacional constata los siguientes hechos probados:

*Doña Víctima, hija y madre de los reclamantes fue asesinada por su esposo el pasado 16 de octubre de 2016. A tal hecho contribuyó de forma decisiva la no existencia de orden de protección que garantizara su seguridad. La fallecida solicitó orden de*

---

<sup>7</sup> ARANDA E., *Estudios sobre Violencia de Género* (dir.), *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, nº 36. Dykinson. 2005. BRUYN M., “La violencia, el embarazo, y el aborto. Cuestiones de derecho de la mujer y salud pública”, *IPAS*, Madrid, 2003.

<sup>8</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre muertes violentas en el ámbito de violencia doméstica y de género en el ámbito de la pareja y expareja en el año 2015*, [file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/20171030%20Informe%20sobre%20v%C3%ADctimas%20mortales%20de%20la%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%202015%20\(2\).pdf](file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/20171030%20Informe%20sobre%20v%C3%ADctimas%20mortales%20de%20la%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%202015%20(2).pdf) Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y la aplicación del art. 106 CE, vid. STS (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 6ª) de 30 de octubre de 2006 RJ 2006/8907.

<sup>9</sup> La Audiencia Nacional calificó de “deficiente” la devolución del arma al agresor por lo que condenó al Estado a pagar a la hija de éste 25.000 euros de indemnización, porque la Administración no comprobó suficientemente los antecedentes del agresor antes de revocar la suspensión de licencia de armas tras dos procesos de violencia de género. Para valorar la conducta del agresor únicamente se pidió un informe a la fuerza policial donde residía el marido. El fallo de la AN, que responde a una denuncia de la hija de la víctima, considera que la devolución de las armas actuó como coadyuvante de la muerte, de la mujer. La joven entonces menor de edad, estimaba que la Administración no había tenido en cuenta ningún dato para valorar la peligrosidad del agresor. Vid, interesante trabajo, RUIZ RICO-RUIZ C., “Aproximación a los nuevos retos jurídicos de la violencia de género: la responsabilidad pública”. *Derecho y Cambio social*, enero 2014

<sup>10</sup> ¿Qué justicia especializada? A siete años de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Obstáculos al acceso y obtención de justicia y protección. Amnistía Internacional 2012.

*protección ante las dependencias de la Guardia Civil correspondientes a su domicilio. La determinación del informe elaborado por tales dependencias como "riesgo bajo" fue determinante en la denegación de la orden de protección en favor de la víctima por parte del Juzgado de Sanlúcar la Mayor. Como consecuencia de todo ello, la carencia de protección que padecía la finada, determinó su fallecimiento a manos de su marido. Sus ascendientes y sus hijos, dependientes de Doña Víctima, han resultado como consecuencia gravemente afectados moral, psicológica y económicamente. A tenor de lo anteriormente expuesto es por lo que se considera acreditado el nexo causal existente entre el funcionamiento anormal de la Administración, plasmado en el informe de bajo riesgo que no apreció todos los indicadores que ponían de manifiesto el peligro que corría la fallecida, y que eran evidentes. Por tanto, concurren los requisitos recogidos en las Leyes 39 y 40/2015 de 1 de octubre para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en este caso». Tramitado el correspondiente expediente por la Dirección General de la Guardia Civil, se desestimó por resolución de 9 de septiembre de 2019 del Secretario General Técnico de Interior, por delegación del Ministro del Interior.*

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, fue turnado a esta Sección, y, una vez admitido, se solicitó el expediente administrativo. Recibido el expediente, se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando: *«se estime la demanda concediendo a los reclamantes la cantidad de 375.739 Euros reclamada en concepto de indemnización por los daños económicos, físicos y morales causados por el fallecimiento de su familiar en el asesinato propiciado o facilitado por funcionamiento anormal del servicio público objeto de reclamación por Responsabilidad Patrimonial en este recurso, todo ello con expresa condena en costas para la Administración demandada, así como la cuantía legalmente prevista en concepto de intereses».*

Dado traslado a la Abogada del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando: *«sentencia por la que se desestime el presente recurso y confirmando la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.».* No habiéndose recibido a prueba, al haber propuesto únicamente el expediente administrativo, y no solicitado trámite de conclusiones, quedó concluso el procedimiento para señalamiento para votación y fallo, lo que se ha efectuado, por relación, el 29 de septiembre de 2020, en que así ha tenido lugar.

## **2.2. Fundamentos de derecho**

Sintetizando los mismos en la resolución judicial, se expone:

La resolución recurrida considera que la actuación profesional de la Guardia Civil fue la correcta y debida ante la denuncia formulada, atestado, diligencia de denuncia de infracción penal, citación para juicio rápido ese mismo día y entrega del documento de información a la víctima de violencia de género de los derechos que tiene reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En todo caso, se afirma, es el Auto dictado por la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia de Sanlúcar la Mayor el que se pronuncia sobre la adopción o no de la orden de protección, a la vista no solo de la información remitida por la Guardia Civil, sino previo informe del Ministerio Fiscal y

con la comparecencia de ambas partes, y no apreció una situación de riesgo en los términos del artículo 544, ter 1, de la LECriminal. Acorde al dictamen del Consejo de Estado, no cabe predicar responsabilidad alguna del funcionamiento de la Guardia Civil ni, por ende, de la Administración General del Estado, por lo que la reclamación debe ser desestimada.

La parte recurrente fundamenta su pretensión en similares razones a las aducidas en vía administrativa, al estimar que existe un funcionamiento anormal de los servicios públicos, ya que se considera que la actuación de la Guardia Civil al informar como «riesgo bajo» la solicitud de orden de protección en la denuncia presentada contra su esposo, que dio lugar a su denegación por el Juzgado de Sanlúcar la Mayor, fue el factor decisivo en su fallecimiento. Se mantiene el nexo causal entre los daños sufridos y la inactividad de la Administración, en este caso, la ausencia de medidas de protección de la víctima, invocando los argumentos del voto particular de la Presidenta y tres Consejeros de Estado al Dictamen 309/2019 del expediente patrimonial: Inadecuada valoración policial de los riesgos e inaplicación e inadecuado seguimiento del Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre e Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad), que detalla. Para el cálculo de las indemnizaciones se atiende al baremo de accidentes de circulación. Frente a ello, la Abogada del Estado estima que la denegación de la orden de protección solicitada se acordó en resolución judicial mediante Auto de 17 de septiembre de 2016, sin que conste que el mismo fuera recurrido. La valoración del riesgo realizada por la Guardia Civil no determina de modo exclusivo la decisión judicial de denegación de orden de protección, que hizo constar expresamente las versiones contradictorias de los hechos entre denunciante y denunciado, que no había sido denunciado antes, que presenta también un parte de lesiones y que no tiene antecedentes penales, medida solicitada a cuya concesión también se opuso el Ministerio Fiscal, y en todo caso, podría accionarse como error judicial. Añade que no queda acreditado ningún funcionamiento anormal de la Guardia Civil, sin que se aprecie ninguna infracción del Protocolo a seguir en este tipo de actuaciones. El auto de denegación se dictó el mismo día de la denuncia, sin que consten denuncias anteriores ni posteriores, ni que los servicios sociales plantearan ninguna nueva solicitud de orden de protección o comunicaran ninguna incidencia a la Guardia Civil que justificara una nueva actuación de ésta. Tampoco puede acreditarse que dichas medidas, de haberse acordado por la autoridad judicial, hubieran evitado el fallecimiento de la Sra. González, que se debió a la voluntad exclusiva de su marido. Subsidiariamente, entiende no justificado el importe de la indemnización solicitada, además de que los padres no convivían con la hija y los hijos no dependían económicamente de su madre.

Sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, el artículo 106.2 de la Constitución garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas «por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», en los términos establecidos por la ley. En su desarrollo legislativo, el actual artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente de toda lesión sufrida en

cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Lo resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial es la lesión, pero ésta solo puede ser apreciada si el daño que le sirve de presupuesto reúne los requisitos que declara la jurisprudencia en interpretación de estas normas. Así, el Tribunal Supremo (entre las últimas, sentencias de 19 de febrero de 2016 (recurso 4056/2014) y 5 de diciembre de 2014 (recurso 1308/2012), ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos:

1. hecho imputable a la Administración,
2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y
4. que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.
5. que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.

En este asunto, la reclamación se ha centrado, al margen de la decisión judicial que quedó firme, en el funcionamiento anormal de la actuación de la Guardia Civil que se concreta en el informe como riesgo «no apreciado» de la solicitud de orden de protección presentada por la denunciante el 17 de septiembre de 2016. Dicha valoración policial de los riesgos se erige en la demanda en la causa directa de la denegación de la orden de protección por el Juzgado de Sanlúcar la Mayor, llegando a considerar los recurrentes tal calificación como el factor decisivo en su fallecimiento.

No obstante, respecto a la causalidad, debe considerarse la previsibilidad del evento y la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración, para apreciar la existencia de un nexo causal entre el fatal desenlace y la omisión de las autoridades y funcionarios que no desarrollaron la diligencia exigible para evitar un resultado predecible, entre otras sentencias de la Sección Sexta de 4 de mayo de 1999 (casación 733/95), FJ 7º; de 4 de octubre de 1999 (casación 5257/95), FJ 4º; de 28 de marzo de 2000, (casación 1067/96), FJ 9º; de 3 de junio de 2002 (casación 927/88), FJ 3º; de 18 de julio de 2002 (casación 1710/98), FJ 9º; y de 21 de marzo de 2007 (casación 6151/02), FJ 3º. Si bien, constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, esto es, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración, «por todas, STS, Sección Sexta, de 25 de mayo de 2010 (recurso 6128/2005)».

Conviene, en este punto, llamar la atención sobre la posible intervención de terceros en la producción de los daños que puede llevar a la exoneración de la responsabilidad para la Administración, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido.

Constituye también reiterada doctrina jurisprudencial, que: « *No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso*

*para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso. Así se refleja en sentencias como las de 27 de diciembre de 1999 y 23 de julio de 2001», y las que en ellas se citan. «Por todas, STS, Sala 3ª, sec. 4ª, S 08-11-2010, (recurso 685/2009)». La realidad del daño es un hecho objetivo inalterable: el daño real lo ha causado el asesinato de la hija y madre de los reclamantes, respectivamente. La solicitud de indemnización lo es por los perjuicios - económicos y/o morales-derivados del fallecimiento ocurrido por la acción criminal del marido.*

La determinación de concurrencia de relación de causalidad del daño con la valoración del riesgo de los agentes de la Guardia Civil, responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a criterios valorativos. Para estimar una incidencia relevante en dicho acto criminal de la actuación de los agentes que levantaron el atestado, habría que deducir que de haberse apreciado la situación de riesgo de la denunciante hubiera conllevado, al menos, una protección policial que hubiera podido evitar el fatal desenlace. Ello lleva a examinar no solo la relación de causalidad, sino también a formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la actividad desarrollada por los agentes que instruyeron las diligencias policiales.

***Concurren en este caso varias conductas encadenadas: la acción positiva directa del marido asesino; la acción indirecta de la juez de primera instancia e instrucción que denegó la orden de protección; la omisión de los agentes de la Guardia Civil que no apreciaron riesgo de protección de la víctima.***

En este proceso no se reclama por la decisión judicial de denegar la orden de protección solicitada, y que, en caso de considerarla contraria al ordenamiento jurídico, sería un supuesto de error judicial. La decisión acordada por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sanlúcar La Mayor, entra por completo en el ámbito de la función jurisdiccional y está sometida al régimen de recursos correspondientes, de modo que las consecuencias dañosas que pudieran eventualmente derivarse de las mismas no integran un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal, sino que el pretendido error en que estas resoluciones jurisdiccionales pudieran haber incurrido no pueden dar lugar

en nuestro ordenamiento jurídico a una indemnización de daños y perjuicios sin que previamente se haya declarado la existencia de un error judicial por el procedimiento establecido en el artículo 293 de la LOPJ « en este sentido, sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2016 (recurso de casación 515/2009)».

Sobre la actuación de los agentes de la Guardia Civil que registraron la denuncia, cabe diferenciar dos aspectos. Primero, si la apreciación de riesgo por los agentes habría sido determinante para que la autoridad judicial hubiera accedido a la medida cautelar solicitada, conforme ha sido planteada la reclamación, y segundo, si la actuación de los agentes se aparta de las exigencias de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Es cierto, como razona la resolución recurrida y defiende la Abogada del Estado, que no existe ninguna previsión normativa que considere vinculante para el Juez penal la apreciación de riesgo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica regulada en el artículo 544 ter de la



LECrím, refiere la apreciación por el Juez de Instrucción de «existencia de indicios racionales de criminalidad» y existencia de «una situación objetiva de riesgo para la víctima», orden que puede ser acordada de oficio o a instancia de la víctima o del Ministerio Fiscal, tras la audiencia urgente con la víctima o su representante legal, el presunto agresor, asistido, en su caso, Abogado y el Ministerio Fiscal. Cuando se solicite la orden de protección ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como es el caso, habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente y facilitarán a las víctimas la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

También de acuerdo con lo previsto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los miembros de la Policía Judicial llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas policiales deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponde adoptar al juez o tribunal competente.

En este concreto aspecto debe estimarse que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en funciones de policía judicial, atendieron formalmente a lo dispuesto en la norma, siendo la valoración del riesgo objetivo para acordar la orden de protección una apreciación exclusiva del Juez de guardia, decisión que, en cualquier caso, no se recurrió y quedó firme – la denunciante fue asistida en el juicio por un abogado de oficio designado para dicha audiencia-.

Sin embargo, la actuación de los agentes ante situaciones de violencia de género no debería quedar limitada a aspectos formales de atención a la denunciante, asistencia, información de derechos y citación a juicio, sino que su actuación exige una atención preferente de asistencia y protección de las mujeres que han sido objeto de comportamientos violentos en el ámbito familiar, a los efectos de prevenir y evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias del maltrato.

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tras llamar la atención en su Exposición de Motivos, sobre que *«los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos 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»*, en su artículo 31 referido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su apartado 3, dispone que su actuación habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género.

El citado **Protocolo fue aprobado por la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, el 10 de junio del 2004**, y por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, el 27 de septiembre del mismo año, posteriormente actualizado. Contiene el mismo un detallado elenco de actuaciones policiales desde la investigación policial, recogida de la denuncia, elaboración del atestado, control y seguimiento de las medidas judiciales de protección y aseguramiento de la víctima, control del cumplimiento efectivo de las medidas de alejamiento, comunicación con los órganos judiciales, actuaciones con el Ministerio Fiscal y datos estadísticos. Junto a ello, por Instrucción 10/2007 se aprobó el «Protocolo para la

valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal», sustituida por la **Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género y de gestión de seguridad de las víctimas, en vigor en el caso de autos**, y actualmente sustituida por la Instrucción 4/2019, de 6 de marzo, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema Viogén).

La valoración policial y gestión del riesgo de violencia por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad permite clasificar y proteger a las víctimas en función del riesgo, así como informar a las autoridades judiciales de sus estimaciones. Los agentes actuantes rellenan el formulario del sistema Viogén (formulario VPR), que contiene una serie de indicadores, y el sistema asigna automáticamente un nivel de riesgo a la víctima conforme a los datos introducidos en el formulario, aunque permite la modificación al alza por los agentes si consideran que resulta necesario asignar un nivel de riesgo más alto para una mejor protección de la víctima.

El resultado de la valoración se hace constar por diligencia en el atestado en informe automatizado. Se informará a la víctima de las medidas de autoprotección, según el nivel de riesgo, y habrá un seguimiento de la evolución del nivel de riesgo mediante formulario de evolución del nivel de riesgo (formulario VPER). En caso de riesgo «no apreciado», como este caso, el nivel de información es el mismo que al de cualquier denunciante, información de derechos y recursos a su disposición, recomendaciones de autoprotección y facilitar teléfonos de emergencias y atención especializada, no estando previsto plazo de nueva valoración si no hay orden de protección judicial pudiendo cambiar el caso a situación de «inactivo».

Es indudable que el sistema de medición de la intensidad del nivel de riesgo, aunque se trate de la evaluación inicial, da una predicción no sólo para aplicar las medidas de protección policial adecuadas a cada nivel de riesgo, sino que proporciona información relevante a la autoridad judicial que tiene que adoptar la orden de protección. La medición policial del riesgo no es decisiva para el juez, pero es información especializada de asesoramiento útil para la valoración judicial de la «situación objetiva de riesgo para la víctima» que exige la ley procesal en la adopción de medidas cautelares de protección, junto con otros instrumentos de valoración.

***Lo que está en cuestión en el asunto ahora examinado no es el cumplimiento del citado protocolo en cuanto a la realización de las valoraciones policiales del riesgo, medidas adoptadas e información dada a la víctima, que consta se cumplió, sino si la propia estimación inicial de la situación de riesgo asignando el nivel más bajo «no apreciado» que conlleva una mínima protección policial, resultó inadecuada, a resultas del asesinato de la denunciante por su marido un mes después de interponer la denuncia, resultado fatal que es el que todos estos protocolos tratan de impedir.***

En cualquier caso, aunque la estimación del riesgo de la denunciante respecto a su presunto agresor no supone probabilidad real de comportamiento violento, y aunque tampoco una protección más elevada puede evitar, desgraciadamente, el asesinato de mujeres por violencia de género, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial ahora accionada ha de analizarse la reparación adecuada e indemnización integral y proporcional a la gravedad de los hechos en cuanto al fallo en el funcionamiento del

sistema de protección de un mujer denunciante de violencia física, sexual, emocional y de control, con dos hijos menores, sin medios de vida, acorde al derecho reconocido en el artículo 106.2 de la Constitución.

El dictamen del Consejo de Estado que proponer desestimar la reclamación al no poderse predicar responsabilidad alguna del funcionamiento de la Guardia Civil ni, por ende, de la Administración General del Estado, razona: *«No aprecia el Consejo de Estado que, inserta en el seno del procedimiento previo que prelude el proceso cautelar jurisdiccional, la actuación de la Guardia Civil evaluando el nivel de riesgo pudiera ser causa de los daños que luego derivaron al producirse el asesinato de la Sra. Víctima por su pareja J.M.R.M., todo ello sin perjuicio de informar a los interesados de que la vía procedente pudiera ser la de reclamar por un eventual error judicial.»*

El voto particular, sin embargo, de innegable crítica a la investigación policial, pondera la declaración de la denunciante y desmonta la apreciación del auto judicial, considerando que existía una situación de riesgo objetivo para la denunciante no apreciado en el informe de la Guardia Civil, basándose en las alegaciones al respecto del instructor del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial, concluyendo la inadecuada valoración policial de los riesgos e inaplicación del protocolo para la valoración del nivel de riesgo de violencia de género.

A este respecto, sobre la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, en caso de muerte violenta de una mujer que puso una denuncia contra su marido, que solicitó la adopción de medidas de protección a las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado, y que tan solo un mes después fue asesinada por aquél, no puede haber ningún deber jurídico que la perjudicada, sus hijos o sus padres deban soportar, sino que debe estimarse una responsabilidad directa y objetiva del Estado a quien corresponde dar respuesta eficaz en evitación de tal resultado, debiendo hacer frente a los daños ocasionados por el funcionamiento, incluso cuando fuera normal, del servicio público. Al menos, la concienciación social e institucional sobre la importancia del problema de la violencia de género exige una mayor sensibilización de la que mostró en este caso el puesto de la Guardia Civil de San Lucar la Mayor.

En el asunto concreto, hay suficientes elementos, tanto en la denuncia como en el informe del Punto de Igualdad Municipal de Olivares, así como en la declaración judicial, para que se hubiera dado un nivel mayor de protección por la Guardia Civil, al menos en el seguimiento del caso que dejaron en manos del citado punto de igualdad.

Ilustrativo al respecto es el detallado voto particular del dictamen del Consejo de Estado, que la demanda reproduce, y que, parcialmente transcribimos para comprender el funcionamiento erróneo de la **Guardia Civil, como policía judicial:**

#### «I. Funcionamiento erróneo del servicio de la Guardia Civil como policía judicial

1. Inadecuada valoración policial de los riesgos.- En el presente caso, existe de entrada un elemento incuestionable que permitiría concluir, sin otros añadidos, que la valoración del nivel de riesgo fue incorrecta, a saber, la muerte violenta de la víctima a manos de su marido un mes después de la denuncia. [...]

A.-En primer lugar, destaca la presencia de lesiones constatadas por el informe facultativo. Más allá del cruce de acusaciones entre las partes, existe el hecho indubitado contenido en el parte de lesiones emitido por el servicio de urgencias que apreció en la víctima "erosiones en cuello y región superior cara anterior del tórax, hematoma infraorbitario izquierdo y tumefacción malar izquierdo". Lo que a su vez

correspondía a la declaración contenida en la denuncia de la víctima de haber recibido un puñetazo en el pómulo izquierdo y de haber sufrido empujones y agarrones. Por el contrario, no se constatan lesiones de tipo alguno en el marido, quien sostiene no haber agredido a su mujer y ser en realidad él quien había sufrido las agresiones de la víctima. Dicho parte de lesiones debería haber bastado para poner en cuestión la credibilidad del marido y, en consecuencia, haber afianzado la de la víctima. De hecho, este elemento serviría por sí solo para elevar el nivel de riesgo apreciado, resultando extremadamente desaconsejable que la pareja volviera, como si nada hubiera ocurrido, a convivir en el domicilio conyugal.

B.- En segundo lugar, a ello se añade que la agresión se produjo delante de los hijos (la denunciante entró en pánico cuando "... le lanzó un objeto e impactó fortuitamente en el pie del hijo de tres años") y de la madre del agresor que en todo momento intentó separar a este de la denunciante. De hecho, tampoco era la primera vez que se producían estos sucesos, pues se alude a la presentación de una denuncia anterior por amenazas con navaja, aunque fuera posteriormente retirada.

C.-Por último, en tercer lugar, la víctima declaró que su cónyuge la había "obligado a mantener relaciones" sexuales (sic)", lo que puede ser constitutivo de un delito de violación y eleva per se la potencial gravedad del caso. No se entiende la expresión "sic" en el auto judicial, ni si ello es consecuencia del atestado previo o de la declaración en sede judicial. En cualquiera de los dos casos, resulta del todo punto cuestionable. Cabe recordar, a estos efectos, la reciente Sentencia 254/2019, de 21 de mayo, de la Sala II del Tribunal Supremo cuando señala: "La libertad sexual de la mujer casada, o en pareja, emerge con la misma libertad que en cualquier otra mujer (...). El matrimonio no supone la sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados. La libertad sexual no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge": Es decir, nos encontramos muy claramente ante un posible delito.

## 2. Inaplicación y seguimiento del Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género:

### *a) Incumplimiento de análisis de la valoración policial de los riesgos*

No se contemplaron los parámetros de investigación policial determinados en el Protocolo para la Valoración Policial del nivel de riesgo de violencia de género (en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) y de gestión de la seguridad de las víctimas (anexo a la Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo género -Ley Orgánica 1/2004- y de gestión de la seguridad de las víctimas), "ante la noticia de un episodio de violencia de género, la actividad policial debe dirigirse a determinar una serie de cuestiones tales como los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima, las relaciones mantenidas con el agresor, los antecedentes del propio agresor y su eterno, las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y el agresor, la retirada de la denuncia entre otras". Esta información, continúa señalando el protocolo, es imprescindible para poder concretar el grado o nivel del riesgo de que se produzca una severa agresión contra la víctima, así

como para determinar las medidas policiales de protección que deben ser adoptadas, siempre de manera personalizada e individual. A la vista del expediente, no consta que en este caso se hayan indagado y valorado en rigor todas estas cuestiones.

En primer lugar, en cuanto a los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima, la actuación de la Guardia Civil debería haber ido encaminada a corroborar los extremos apuntados por la denunciante, entre otros, mediante la búsqueda de posibles testigos, tales como sus vecinos o allegados, especialmente teniendo en cuenta que, tal y como se desprende de la declaración de la víctima, los episodios de agresión se habían extendido por espacio de seis meses (parte judicial, pág. 42 del expediente). Más aún, tanto el atestado (pág. 31 del expediente) como el parte judicial (pág. 42 del expediente) dejan constancia expresa de la existencia de, al menos, un testigo (la madre del agresor).

En segundo lugar, la actuación policial de indagación de la Guardia Civil también debería haber sido más exhaustiva en relación con la comprobación de los antecedentes del propio agresor. De haberlo sido, se habría debido investigar un episodio anterior, relatado por la víctima, en el que su marido quiso matar con su arma reglamentaria a su primera esposa (ya que había sido policía en la República Dominicana), así como sus actividades relacionadas con el narcotráfico (informe de actuaciones realizadas desde el punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares, pág. 56 del expediente). Estas investigaciones se deberían haber realizado al amparo del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1981, cuyo artículo 37 permite a las autoridades españolas la petición -y obtención - de antecedentes penales de ciudadanos de la República Dominicana y viceversa.

Finalmente, en tercer lugar, no se tuvieron en consideración las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y su agresor. La víctima carecía de familiares directos en España, al contrario que su agresor, que contaba con la residencia de su madre en nuestro país y, en concreto, en el mismo municipio.

Por otro lado, la víctima tenía dos hijos pequeños, de cinco y tres años, a los que temía perder ante las insistentes amenazas de su agresor de llevarse a los niños y no volverlos a ver nunca más (informe de actuaciones realizadas desde el punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares, pág. 57 del expediente). Asimismo, hasta poco antes de su asesinato, la víctima carecía de actividad laboral o profesional y de recursos propios, consiguiendo unos meses antes un empleo con una remuneración más bien discreta y estando en período de prueba hasta el momento del asesinato.

Es evidente que, de haberse valorado suficientemente los anteriores factores exigidos en el referido protocolo, especialmente de haberse confirmado los antecedentes del agresor por violencia de género en su país de origen, la Guardia Civil habría contado con una información muy relevante, en orden a considerar la situación real de riesgo en la que se encontraba la víctima y su valoración, en consecuencia, del riesgo hubiera sido, no ya "medio", sino "alto" o "extremo".

#### *b) Incumplimiento del deber de seguimiento y análisis de la evolución de los riesgos existentes*

El Protocolo vigente establece que la primera evaluación de la situación del riesgo de violencia la realicen el agente o agentes policiales que instruyen las diligencias y se ocupan de las investigaciones. No hay vestigio de la cumplimentación de los formularios que se prevén ni de las diligencias de instrucción necesarias para la

averiguación de los hechos, tal y como dispone el procedimiento establecido en el citado Protocolo.

Siendo las relaciones interpersonales y la realidad cambiantes por definición, el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia sobre la mujer prevé un sistema dinámico que permite una modificación de la valoración del riesgo, para lo que es imprescindible que la autoridad policial realice un seguimiento, serio y riguroso, de las distintas circunstancias generadas en cada caso y su evolución.

Una vez realizada la primera valoración, se activan las medidas de protección que se consideren pertinentes, previa asignación automática de uno de los siguientes niveles de riesgo; "no apreciado", "bajo", "medio", "alto" y "extremo", que pueden ser modificados por los agentes al alza si, atendiendo a los indicios, lo consideran necesario para una mejor protección de la víctima.

En el primer nivel de riesgo "no apreciado", los agentes pueden cambiar los casos a situación de "inactivo" siempre que no tengan medidas judiciales de protección en vigor, en cuyo caso, han de permanecer en activo. Ahora bien, en cualquier momento un caso "inactivo" puede reactivarse si se tiene conocimiento de nuevos hechos o circunstancias que así lo requieran. Esa inacción e incumplimiento del protocolo en el presente caso ha tenido, entre otras consecuencias, que las actuaciones realizadas desde el punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares no fueran tenidas en cuenta ni suscitara una elevación de la valoración del riesgo como "no apreciado" (inicialmente errónea, como se ha visto). Es de destacar, primero, el atroz relato de la víctima, que refirió, entre otros macabros episodios, un intento por parte de su agresor de matarla con un arma blanca tras su negativa a mantener relaciones sexuales (pág. 56 del expediente) o, la compañía al baño, cuando llega a casa la hace desnudarse para ver si trae la ropa interior con flujo (pág. 57 del expediente).

Pero, más allá del relato de la víctima, que tan injusta como incomprensiblemente se siguió poniendo en tela de juicio de forma reiterada, hay que destacar, en segundo lugar, las propias apreciaciones y sucesos vividos por las funcionarias del punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares que llevaron a cabo las referidas actuaciones en cuanto a las apreciaciones, estas funcionarias relatan que durante la entrevista y descripción de su vida y de su marido. Se precisa parar en alguna ocasión para que la usuaria se relaje saliendo del despacho a fin de tomar el aire y ganar calma (pág. 57 del expediente). Y, en tercer lugar, el relato de las mismas funcionarias del episodio del día 22 de septiembre de 2016, menos de un mes antes de la muerte violenta, de la víctima a manos de su marido, en los propios locales municipales. El agresor se presentó en dichos locales y entró, sin permiso, en el despacho en el que se estaba realizando la entrevista a la víctima. Víctima está totalmente pálida, temblorosa, llorando, se hace pipí, no para de moverse, de frotarse las manos, agacha la cabeza (...) y entre llantos afirma que es 'el padre de sus hijos, su marido...'. No puede casi articular palabra (pág. 59 del expediente).

Es lógico que la Guardia Civil estuviese en continuo contacto con el punto de igualdad municipal de Olivares, como se desprende, por ejemplo, de la comunicación que tiene lugar entre ambos organismos, con fecha 10 de octubre de 2016 (pág. 62 del expediente), es decir, solamente seis días antes del fallecimiento de la víctima. Lo que es incomprensible es que, a la vista de las actuaciones que se desarrollan en el punto de igualdad municipal de Olivares, cuyas funcionarias viven de primera mano, la actuación del agresor y el efecto que tiene en la víctima, la Guardia Civil no adoptase medida

alguna para corregir la valoración del riesgo inicialmente realizada y desencadenar posibles medidas de protección.

(...)

Respecto al *quantum* indemnizatorio, esta Sala viene señalando, acorde con reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que en nuestro sistema rige el principio de reparación del daño integral sufrido por quien no tenía el deber jurídico de soportarlo, en relación con el principio de solidaridad. Vaya por delante que en el presente caso, como en todos los que se articulan en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración, la Administración del Estado no es responsable civil subsidiario, con carácter universal, por los daños causados por los condenados penalmente insolventes.

### 2.3. Fallo

Todo ello nos lleva a concluir en clara discrepancia con lo que sostiene el dictamen mayoritario, que, en este caso, la valoración realizada por los agentes de la Guardia Civil resultó negligente al no ponderar con rigor el riesgo real al que estuvo sometida la víctima, dejándola sin la protección debida, que podía haber evitado la tragedia final.

Lo que resulta tanto más grave considerando una muy preocupante realidad que, fruto de la alarma social que provoca y del firme compromiso de la sociedad para combatir la lacra de la violencia de género, reclama una particular diligencia de todos los operadores involucrados. Y, precisamente por eso, el dictamen también debería haber llamado la atención sobre la obligatoriedad de cumplir los protocolos y formulado alguna recomendación para su adecuada aplicación.»

A la luz de las circunstancias, debe declararse que en el presente caso concurren los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial, conforme a la citada doctrina jurisprudencial y porque, como ha quedado razonado en párrafos anteriores, acorde al 32 de la Ley 39/2015, no sólo se han producido daños – los más graves - sino que, además, de las circunstancias concurrentes, es indudable que no se apreció el riesgo que existía que hubiese podido prever o evitar el asesinato, por lo que incumbe al Ministerio del Interior la reparación de los daños causados, en este caso, por el funcionamiento de los servicios policiales.

La respuesta policial en violencia contra la mujer exige que el sistema pueda prevenir la violencia y reevaluar el riesgo, esto es, más allá de la recogida de datos automatizados, la predicción y la prevención son la finalidad primordial del sistema de evaluación que exige agentes especializados en su tratamiento y sensibilización en su seguimiento.

La sentencia analizada concluye con el siguiente fallo: **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. R.A.G., D<sup>a</sup>. A.F.E.G. y D<sup>a</sup> C.A.C. y D. M.C.L., estos últimos en nombre de los menores JM y AR**, contra la resolución de 9 de septiembre de 2019, del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, por delegación del Ministro, resolución que **ANULAMOS** por ser contraria a Derecho, reconociendo el derecho de los actores al abono de las cantidades señaladas en el fundamento jurídico cuarto. Sin expresa imposición de costas.

### **III.- HACIA NUEVOS PROCEDIMIENTOS PARA RESOLVER LOS FRACASOS DE LA ADMINISTRACION EN LA PROTECCION DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

### 3.1. Introducción

Sin duda, con esta resolución analizada, se abre la puerta al debate sobre la necesidad inmediata de implantar por el legislador español, nuevos mecanismos de solución superando los existentes en el derecho procesal español, para remediar de forma efectiva “los fallos” de la Administración de justicia en la protección de la víctima de delitos de violencia de género. LIEBOWTIZ<sup>11</sup> señala que las interpretaciones emergentes de la obligación de diligencia debida, aplicadas a la violencia de género, no prestan suficiente atención a los riesgos de la falta de intervención del estado. Es necesario, pues, un enfoque reflexivo sobre el Estado. Principios de derechos humanos, de seguridad, igualdad y dignidad, deben prevalecer y actuar coordinados. Un modelo eficaz y apropiado de respuesta del Estado, es aquel que debe evitar, explícitamente al Estado discreción para no responder, o delegar su respuesta a otras partes interesadas como miembros de la comunidad.

El Comité recomienda que los Estados partes deberían aplicar sistemas de reparaciones administrativas sin perjuicio de los derechos de las víctimas y supervivientes a obtener reparaciones judiciales y diseñar programas de reparaciones transformativos que ayuden a abordar la discriminación subyacente o la situación de desventaja que causó la violación o contribuyó de manera significativa a ella, teniendo en cuenta los aspectos individuales, institucionales y estructurales. Debe darse prioridad a la capacidad de acción, los deseos, las decisiones, la seguridad, la dignidad y la integridad de las víctimas, y, en consecuencia, los Estados partes serán considerados responsables en caso de que no adopten todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer, entre otras las medidas tomadas por empresas que operan de manera extraterritorial.

En virtud de la obligación de diligencia debida, los Estados partes deben adoptar y aplicar diversas medidas para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer cometida por agentes no estatales, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado que hacen cumplir las leyes con diligencia. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos.

El análisis de la jurisprudencia nacional como la internacional, nos permite deducir que para hacer responsable al Estado<sup>12</sup> se requieren la presencia de cuatro elementos: 1) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja

---

<sup>11</sup> LIEBOWTIZ, D. J. AND GOLDSCHIED, J (2015.) "Due Diligence and Gender Violence: Parsing Its Power and Its Perils," Cornell International Law Journal: Vol. 48 : Iss. 2 , Article 2. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol48/iss2/2>

<sup>12</sup> MEDINA G. “La responsabilidad estatal por omisión ante un feminicidio”, *LA LEY* 17/05/2017, nº 5. Vid el interesante Informe “*La Violencia contra las mujeres y sus formas extremas: los Feminicidios/Femicidios*” Asociación de Investigación y Especialización sobre Temas Latinoamericanos (AIETI), de febrero de 2019. Coordinación: RETAMOZO QUINTANA T. y: CHIAROTTI. S. MONTEJANO M., <http://aieti.es/wp-content/uploads/2019/03/DOCUMENTO-FINAL-VCM-Y-FEMINICIDIOS-26marzo2019.pdf>



de la acción o las prácticas de particulares; esto es, se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato; 2) que la situación de riesgo amenace a una mujer, es decir, que exista un riesgo particularizado; 3) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo; 4) Finalmente, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo. Así, para poder imputar responsabilidad se requiere entonces primero que el riesgo sea por sus características evitable y que el Estado esté en condiciones de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo; siendo esto último lo más conflictivo a los fines de marcar la normalidad o anormalidad del estándar. En tal sentido, el grado de contribución estatal a la existencia o persistencia del riesgo es un factor decisivo para evaluar los requisitos de evitabilidad y previsibilidad del daño en una situación determinada; siempre partiendo de un deber de diligencia reforzado en función del art. 7 de la Convención.

Por tanto, para que funcione el deber estatal de responder debe existir "**un deber normativo**" se debe entender que este comprende no sólo a los establecidos por el ordenamiento jurídico positivo (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, etc.) sino también los que nacen de los principios generales del derecho, los cuales integran, al igual que las normas, el ordenamiento jurídico. En efecto, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una **valoración en concreto** — con arreglo al principio de razonabilidad—, del comportamiento desplegado por la autoridad estatal en el caso teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Es claro que la razonabilidad de la actuación, conlleva a ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles), como así también los estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño. Una inacción estatal, podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas.

El error judicial, consiste, como señala el TS, *“en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía en el orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el orden jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial<sup>13</sup>”*. MONTERO AROCA<sup>14</sup> ha puntualizado que, en torno al concepto de error judicial se ha divagado mucho, más *“con ánimo sentimentaloides”*, porque es un concepto —señala—, que se siente más que se expresa. Sin duda —añade—, que en esta circunstancia influye el que los errores judiciales, *en especial los ocurridos en el proceso penal, tienen una enorme repercusión y conmueven profundamente a la sociedad*. El error judicial va ligado a la actividad jurisdiccional, y deriva de la propia falibilidad humana. Al juzgador no puede pedírsele que no se equivoque, es humano,

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Recurso de Casación núm. 664/2013. FJ 4º

<sup>14</sup> MONTERO AROCA J., *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 114

sino que ponga la máxima diligencia en no equivocarse.

La legislación española incluye el derecho a una indemnización por parte del Estado para quienes se hayan visto afectados por el funcionamiento anormal de la administración de justicia. Ese principio, se desarrolla por conducto de las disposiciones contenidas en la legislación complementaria que contempla las modalidades de error judicial y del funcionamiento anormal de la administración de justicia. El art. 121 de la CE establece que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.” El artículo 411 de Ley Orgánica del Poder Judicial suprimido con la reforma de la LOPJ de 2015 establecía que “los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa”.

Con la reforma de 2015 se procede a la eliminación del anterior capítulo II del Título III, que comprendía de los arts. 411 a 413, el art. 297, y la modificación del art. 296 LOPJ.

Por lo tanto, en la actual norma, **se establece que el perjudicado ya no podrá reclamar la responsabilidad civil directamente al Juez o Magistrado**, al suprimirse el art. 297 LOPJ, **pudiendo tan solo reclamar la responsabilidad patrimonial por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia**, que se petitionará directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, que ha sufrido así mismo una actualización por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

La posibilidad de recurrir contra el Estado con motivo del perjuicio causado por un error judicial, no se limita a personas en lo individual, sino que puede promoverse de forma colectiva. Junto a la posibilidad de que los ciudadanos españoles obtengan una indemnización derivada de un error judicial, se suma la posibilidad de que también el Estado asuma una responsabilidad patrimonial<sup>15</sup> en los casos de detenciones arbitrarias en la etapa de prisión preventiva. Asimismo, se prevé la responsabilidad del Estado frente a los daños producidos por dolo o culpa grave de jueces y magistrados del sistema judicial español. Antes de la reforma, el Estado asumía una responsabilidad directa por actos de sus empleados, equiparable a la del art. 1.903 del Código Civil, pudiendo repetir contra dicho empleado público por el procedimiento declarativo correspondiente en los que debía ser parte el ministerio fiscal. La acción de repetición se mantiene, pero con necesidad del reconocimiento del dolo o la culpa grave, por vía administrativa y a través del futuro procedimiento reglamentariamente establecido, siendo el CGPJ el que deberá proceder a elaborar el reglamento que desarrolle dicho procedimiento (Disposición Final Novena).

En resumen, se convierte a la Administración General del Estado en la aseguradora de la responsabilidad civil de los Jueces o Magistrados en ejercicio de sus funciones, al ser garante de los daños provocados por los mismos, debiendo establecerse la culpa o el dolo previamente mediante sentencia (dudosamente) o resolución del CGPJ (sin

---

<sup>15</sup> VEGAS AGUILAR L., “El Dictamen del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado”: *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9296, 2018  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6646764>

desarrollar), y teniendo la facultad de repetir contra los mismos, y sin que los perjudicados puedan reclamarla directamente.

En el caso español, el sistema es deficiente, y bastante rígido. Diríamos también que el error judicial es además de difícil de probar es, “más aparente que real”. En definitiva, puede afirmarse que la existencia del error judicial de derecho es más bien rara en nuestro sistema legal, ya que el Tribunal Supremo, con la finalidad de “evitar que el proceso por error se convierta en una tercera instancia o en una encubierta casación”, adopta una posición claramente restrictiva y abiertamente contraria a su admisión<sup>16</sup>.

Es conocida la famosa “**triple vinculación**” del juez que consiste en conocer las normas, cumplirlas y hacerlas cumplir<sup>17</sup>. En efecto, el Juez español como juez comunitario, debe conocer inexcusablemente no sólo el derecho nacional, sino también el europeo y el internacional, como fuentes de aplicación efectiva del derecho al caso concreto. Los órganos de derechos humanos, creados por tratados señalan periódicamente a la atención las lagunas en la aplicación de las obligaciones internacionales relativas a la violencia contra la mujer. Dada la magnitud de derechos que son amenazados al concurrir un error judicial, los distintos tratados internacionales que se han suscrito establecen la responsabilidad del estado juzgador y establecen una indemnización para aquellas personas que han sido menoscabadas por la existencia de tal error. ¿Cómo superar esta situación?. Se ha señalado al respecto que podrían tipificarse mediante ley las conductas constitutivas de ilícito civil judicial, garantizándose de esa manera un *mínimum* de seguridad jurídica.

Por otro lado, cabrían otras dos alternativas muy nítidas: o bien el legislador opta decididamente por flexibilizar el sistema de responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados, haciéndoles responder de los daños que provoquen como consecuencia de su actividad judicial siempre y cuando intervenga cualquier género de culpa, lo cual implicaría reformar los términos actuales de la LEC; o bien, la jurisprudencia decide cambiar su línea doctrinal eliminando la rigidez que en la actualidad observa a la hora de interpretar tanto los conceptos de negligencia o ignorancia inexcusable (llaves maestras del sistema de responsabilidad civil especial) como, y esto sí que nos parece especialmente importante, el ámbito de aplicación material de la institución del error judicial.

Como ha señalado DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ<sup>18</sup>, “con la superación del modelo burocrático de la judicatura impuesto por la revolución francesa se ha dado paso a una nueva era “judicialista”, en la que se ha abandonado el rígido legalismo y se admite un papel creativo y autónomo del juez. Así pues, si el aumento del papel de los Jueces en las sociedades contemporáneas constituye un viaje sin retorno, es necesario que asuman una cuota más alta de responsabilidad”. En definitiva, se otorgaría seguridad jurídica, lo cual, sin duda, coadyuvaría en la consecución de un mayor respeto si cabe a la independencia judicial. No ignoramos que el simple hecho de proponer esta solución alternativa puede calificarse como un mero *desideratum* de una innegable bisoñez, ya

---

<sup>16</sup> Vid., entre otras, las SSTs de 12 enero 1990, 22 abril 1996 y 16 de julio de 1996. “El error judicial no se configura como una nueva instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas e irracionales”, STS de 12 febrero 2002. En el mismo sentido, SSTs de 7 mayo 2007 y 22 diciembre 2007.

El Consejo de Estado, en dictamen de 13 de mayo de 1993, avala esta interpretación restrictiva al sostener que el título de imputación del error judicial debe ser “una equivocación especialmente acentuada”.

<sup>17</sup> DE LA VEGA BENAYAS C. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Civitas, 1996 Madrid.

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I. (1990), *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, Madrid Vid también FERNANDO PABLO M., (2004), “*Tribunales sin Ley o cómo la pasión no juzga*”, <http://www.filosofiyderecho.com/ edea /2004/ número 11/ tribunales.html>. FERRER RIBA J. (2001), “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret*, octubre 2001. ([www.InDret.com](http://www.InDret.com)).

que tanto “la natural tendencia de los Jueces a no condenarse entre ellos” como su acreditada reluctancia a reconocer errores propios no dejan vaticinar cambios importantes en la materia, al menos en horizontes temporales cercanos<sup>19</sup>.

### 3.2. ¿Por qué falla el sistema VIOGEN?

En este sentido, el sistema VioGén cuenta con una aplicación informática que permite integrar la información policial, judicial y penitenciaria sobre los casos de violencia de género, para posibilitar así el seguimiento y coordinación de las actuaciones puestas en marcha para la protección de las víctimas.

De la misma manera, se valora el nivel de riesgo de nuevas agresiones para graduar las medidas de protección y se pone la información al alcance de los diversos operadores que intervienen en la protección de las mujeres.

El sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGen), que se activó en 2007, no funciona: no ha alcanzado sus objetivos. Y, ¿cuál es la razón de esta ineficiencia de un sistema de protección cuyos fallos se miden nada menos que en vidas humanas? La respuesta no es sencilla.

Están en juego múltiples variables, pero simplificando al máximo, podría citar tres. En primer lugar, el sistema sigue confiando de modo ingenuo en que el potencial feminicida se verá intimidado por la amenaza penal. A diferencia de lo que ocurre con el resto de maltratadores, a quienes integran este perfil les da igual el castigo que el sistema tenga previsto para ellos. La resolución dramática de su conflicto está muy por encima de todo lo demás. Un tercio se suicidan o lo intentan y el resto, casi sin excepción, se entrega de inmediato. Ningún otro tipo de delincuente se comporta así, ni de lejos. En estos casos se hace imprescindible la protección física directa de la víctima, al menos de manera temporal.

En segundo lugar, el sistema de protección a la víctima solo se activa si se denuncia y, sin embargo, pocas de las mujeres sometidas a situaciones de máximo riesgo lo hacen. No es posible explicar aquí por qué muchas no están en condiciones de hacerlo, aunque seguro que algunas de las razones el lector las intuye.

En cualquier caso, no es razonable que se condicione de ese modo su protección. El sistema y la propia sociedad tienen mecanismos de detección de maltrato más allá de la denuncia y, a partir de ahí, no debería existir obstáculo alguno para establecer formas de correcta valoración del riesgo y, cuando nos encontremos ante el perfil citado, de protección directa de la víctima.

En tercer lugar, solo si hay denuncia, y si concurren además una serie de condiciones favorables, la mujer maltratada accederá al sistema de valoración policial del riesgo (VPR), recientemente renovado. El mismo aparece articulado, en gran medida, a través

---

<sup>19</sup> OLIVA BLAZQUEZ F. “Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable” *Revista para análisis del derecho, Indret 4/* octubre 2010. Vid también TOLIVAR ALAS L., “La adjetivación reductora del error judicial: ¿un fraude a la Constitución?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, ISSN: 0210-8461, núm. 142, Navarra, abril-junio (2009), págs. 203- 223.

de la realización de una serie de preguntas, cuyas respuestas determinan informáticamente un nivel de riesgo<sup>20</sup>.

El resultado, atendiendo a datos objetivos, resulta por lo general erróneo. No es solo que las preguntas están desenfocadas, sino que además, el sistema ha sido concebido para determinar el riesgo de reiteración de una agresión, pero no diferencia perfiles criminológicos y, en particular, no identifica el del potencial feminicida. Por si fuera poco lo anterior, se intenta determinar policialmente el comportamiento futuro de un sujeto, sin tan siquiera examinarlo.

Estas grietas, hacen que se tengan que adoptar necesariamente un nuevo de sistema coordinado y transversal del riesgo de la víctima de violencia de género.

### 3.3. Error judicial y cumplimiento de Tratados internacionales sobre violencia de género: Propuestas de futuro

La violencia institucional por acción u omisión del Estado no es reconocida. No hay una revisión oficial del sesgo de género en las resoluciones judiciales. Esta es la conclusión del Informe del Consejo General de Trabajo Social<sup>21</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo CA 1263/2018 sobre el Dictamen 47/2012 del CEDAW reconoce por primera vez el carácter imperativo de las resoluciones de este órgano, en cuanto a la responsabilidad del Estado **por no actuar con la diligencia debida** para escuchar a Ángela González Carreño y evitar que su hija de 7 años fuera asesinada en 2003 durante las visitas de un padre maltratador. Pero sólo reconoce la recomendación singular (indemnizar a la víctima) y no las otras cuatro: investigación imparcial para determinar qué falló en las estructuras y prácticas estatales; medidas para considerar los antecedentes de violencia al estipular la custodia y visita a los hijos e hijas menores y su derecho a ser escuchados; mayor diligencia en la aplicación del marco legal para responder a situaciones de violencia; formación obligatoria a los jueces y personal administrativo. En este sentido, la sentencia se ha quedado algo exigua porque no ha dado un paso al frente sobre el fallo en la estructura judicial.

En este sentido, el Informe Sombra CEDAW<sup>22</sup> y en la Cumbre de Mujeres Juristas de diciembre de 2018, se ha expuesto la necesidad de un desarrollo normativo de la responsabilidad del Estado en los casos de violencia machista para solventar los obstáculos existentes para reparar con indemnizaciones los posibles daños por negligencias. Ante esta situación de la denominada "violencia institucional", se ha advertido de que la dispersión normativa no está ayudando en estos casos y se ha denunciado que los tribunales españoles no aplican los convenios internacionales.

---

<sup>20</sup> INFORME CGPJ Observatorio Violencia de Género <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Sistema-de-Seguimiento-Integral-en-los-casos-de-Violencia-de-Genero--Sistema-VioGen/>

<sup>21</sup> Informe de junio 2019 .El Consejo General del Trabajo Social (CGTS) se adhiere al informe sombra que se envía al Comité CEDAW. <https://trabajosocialsevilla.es/wp-content/uploads/2019/06/Nota-prensa-INFORME-SOMBRA-11.06.19.pdf>

<sup>22</sup>El Gobierno de España presentó en febrero de 2019 el Informe de cómo lo ha aplicado en el periodo 2014-2018, al GREVIO (Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra la mujer) del Consejo de Europa <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio> Informe Sombra CEDAW España, julio 2017, [https://cedawsombraesp.files.wordpress.com/2017/08/informeseguimientocedaw\\_julio2017\\_esp3.pdf](https://cedawsombraesp.files.wordpress.com/2017/08/informeseguimientocedaw_julio2017_esp3.pdf) en dicho informe se exponen las líneas de las políticas de prevención y protección en VG.

Ante los déficits del sistema institucional, las víctimas de violencia de género deberían disponer legalmente de cauces para exigir responsabilidad pública, mecanismos dibujados pero no concretados *de facto*. Sin embargo, la Ley integral 1/2004 de violencia de género no ha previsto esta posibilidad silenciando el recurso de las mujeres maltratadas y sus familias a reclamar sanciones y responsabilidades a la administración.

En consecuencia, el estándar de diligencia debida presenta una manera de medir si un Estado ha cumplido con sus obligaciones de prevenir y responder a la violencia contra las mujeres. A pesar de su creciente popularidad como herramienta para promover una mayor responsabilidad estatal por la violencia contra las mujeres por parte de actores no estatales, el contenido y el alcance de las obligaciones de diligencia debida, siguen siendo vagos. Es necesario precisar y fijar cómo puede aplicarse el estándar de diligencia debida y otras estrategias como mecanismos útiles para combatir la violencia contra las mujeres en diversas culturas en todo el mundo<sup>23</sup>. El principio legal de diligencia debida ha revolucionado las políticas de género, de la división público / privado para cambiar los términos en que las mujeres posicionadas de manera diferente pueden involucrarse con las instituciones estatales, de gobernanza global y de ciudadanía transnacional. Las implicaciones de la diligencia debida como concepto político y sociológico requieren una consideración más cuidadosa por parte de los especialistas en ciudadanía y derechos humanos<sup>24</sup>.

La implicación del derecho fundamental de igualdad en el proceso restaurativo, puede fundamentar su reconducción por la vía de tutela de los derechos fundamentales prevista en el artículo 53.2 CE, a través de un procedimiento urgente y preferente<sup>25</sup> y en base a la cláusula interpretativa que nos ofrece el art. 10.2 de la CE.<sup>26</sup>, si esto es así, los órganos del Estado (y su TC a fortiori) “deberán”, a la hora de aplicar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, emplear como elementos interpretativos los tratados internacionales de derechos humanos (y, en la práctica de nuestro TC incluso otros “conexos” con la cuestión) ratificados por España (y en la práctica de nuestro TC aún no habiendo entrado en vigor para España). El artículo 10.2 de la Constitución española vigente debería bastar como fundamento jurídico concreto de sus decisiones en este sentido. Pero, si el artículo 10.2 de la CE y sus exigencias, no bastara para nuestros jueces, considerar la necesidad de adoptar las medidas legislativas

---

<sup>23</sup> BENNINGER-BUDEL C., *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*. Nijhoff Law Specials, Volume: 73. 2 october 2018 <https://doi.org/10.1163/ej.9789004162938.i-300>

<sup>24</sup> GARCIA DEL MORAL. P., DERSNAH M.A. *A feminist challenge to the gendered politics of the public/private divide: on due diligence, domestic violence, and citizenship* *Citizenship Studies*, 18(6-7), 661-675, 2014 <https://doi.org/10.1080/13621025.2014.944772>

<sup>25</sup> RUIZ RICO RUIZ C., “Aproximación a los nuevos retos jurídicos de la violencia de género: la responsabilidad pública”, *Derecho y cambio social* 1/01/14 [file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/Dialnet-AproximacionALosNuevosRetosJuridicosDeLaViolenciaD-5472798%20\(1\).pdf](file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/Dialnet-AproximacionALosNuevosRetosJuridicosDeLaViolenciaD-5472798%20(1).pdf)

<sup>26</sup> CUENCA GOMEZ P., “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del art. 10.2 de la CE”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12/2012 segunda época ISSN 1576-124x universidad de Jaén [file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/829-2955-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/829-2955-1-PB%20(1).pdf)  
De este modo, en virtud del art. 10. 2 CE, “no se trata ya sólo de la incorporación al Derecho interno de los acuerdos, declaraciones, convenciones etc. que tengan por objeto los derechos de la persona”, sino que “se trata, además, y, sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados, que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades en la Norma Fundamental”, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 53. 10 M. APARICIO PÉREZ “La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales” en *Jueces para la democracia*, 1133-0627, nº 6, 1989, pp. 9-18, p. 10.

precisas al efecto resulta inevitable si queremos cumplir nuestros compromisos internacionales y ser coherentes con el valor de los derechos y libertades fundamentales que sustentan un Estado “democrático”<sup>27</sup>. Esta opción, la de desarrollar el art. 53 CE, para garantizar estos derechos de las víctimas, sería una opción plausible aunque no suficiente tampoco, y así se expuso por el VI Congreso de Mujeres Juristas, el pasado mes de noviembre 2018, en el Congreso de los Diputados.

La reciente STC 85/20, de 20 de julio que reafirma la tesis mantenida en este trabajo.

Por primera vez, se aplica el *principio de diligencia eficaz en la lucha contra la violencia género*<sup>28</sup>, lo que supone que los jueces deben llevar a cabo el canon reforzado constitucionalmente exigible de realizar “una investigación suficiente y eficaz”. La Sala Segunda del Tribunal subraya que “*este canon reforzado se entender debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial*”.

#### IV. CONCLUSIONES

Con este trabajo se ha puesto en evidencia de que a nivel normativo hay un marco de protección tanto internacional como nacional, más o menos desarrollado, en los que sin embargo, los mecanismos de aplicación no funcionan como se predicen, y son la primera señal de los límites existentes para el cumplimiento de los derechos de las mujeres.

En una sociedad democrática, consideramos que el Estado ha de ser el ejemplo en orden a responder por sus errores y combatir la impunidad de sus representantes. Si los derechos de la ciudadanía no cuentan con una protección mínima frente al Estado ¿cómo podemos confiar en el resto de la normativa que compone nuestro ordenamiento jurídico?.. No es posible que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado sea necesario recurrir a instancias del derecho internacional y a los múltiples órganos e instituciones que la componen, poniendo en jaque la seguridad jurídica del Estado y degradando la imagen y status que nuestro país posee y produciendo, además, desconfianza e impotencia en las víctimas objeto de error judicial, las que no encuentran en nuestra legislación nada que los pueda redimir del daño que el Estado les ha causado.

También, para que el cumplimiento de la norma que permite solicitar la indemnización por error judicial sea efectivo es menester dictar una ley para dar cumplimiento al

---

<sup>27</sup> GUTIERREZ ESPADA C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derechos Transnacional* 1 (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 836-8 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4406/2951>. El autor se pregunta ¿No parece por tanto exigible a los jueces y tribunales españoles, a la hora de aplicar el dictamen de un Comité internacional creado por uno de esos tratados, y cuya competencia ha reconocido libremente España, que considere que nuestro país ha incumplido tal o cual de los derechos de una persona relacionado en el tratado (derechos que la propia Constitución Española reconoce) tener en cuenta dicha opinión? Vid. en este sentido las consideraciones de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C., “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités” en ESCOBAR HERNANDEZ C, PASTOR PALOMAR A., y otros. (Coords.): *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2009, pp. 179-198

<sup>28</sup> CEDAW Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

marco de la protección integral de la violencia de género desde la perspectiva de la reparación a la víctima por responsabilidad estatal. . No cabe obtener verdaderos datos de los costos intangibles que sufre una víctima de violencia de género. Es necesario seguir atentos a los avances de la investigación en esta materia para conocer las mejoras y novedades de las aproximaciones metodológicas y su posible adaptación al caso español.

Es muy significativo resaltar que NO existen a fecha de hoy, estadísticas elaboradas con el dato concreto del alcance, de la responsabilidad patrimonial por error del Estado en supuestos de violencia género ni de la evaluación de los daños en materia de responsabilidades institucionales. Se deberán implementar políticas para cerrar este problema.

Reconocer “indemnizar a la víctima”, no es suficiente. Por el principio rector de diligencia debida, las instituciones deben velar por una investigación imparcial para determinar qué falló en las estructuras y prácticas estatales; adoptar las medidas necesarias para considerar los antecedentes de violencia al estipular la custodia y visita de los menores y su derecho a ser escuchados; mayor diligencia en la aplicación del marco legal para responder a situaciones de violencia; formación obligatoria a los jueces y personal de la administración de justicia.

De los mecanismos de protección del CEDAW, el procedimiento de notificación ha demostrado ser ineficaz para proporcionar soluciones adecuadas en la práctica, el procedimiento interestatal nunca se ha utilizado, el procedimiento de investigación ha sido sólo utilizado una vez, y el procedimiento de quejas individuales está infrautilizado para la falta de conocimiento de este mecanismo por parte de las víctimas o sus familiares. Los Estados deben trasladar a sus sistemas jurídicos estos mecanismos, por responsabilidad. Debemos optar por un nuevo cauce legal.

Todas estas cuestiones que han pasado desapercibidas a los ojos del legislador español, merecen ser atendidas desde la perspectiva de género y del principio estándar de diligencia debida y del de investigación eficaz, pues convertido a Derecho Fundamental como el que tiene una mujer víctima de violencia de género a ser protegida e indemnizada, en concepto de una vulneración de un derecho fundamental, ya sea por error judicial o funcionamiento irregular de la administración estatal, amerita un desarrollo profundo y serio, cumpliendo con la obligatoriedad de las normas internacionales. Por eficacia y por responsabilidad.

---

## **BIBLIOGRAFIA**

APARICIO PÉREZ M., “La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales” en *Jueces para la democracia*, 1133-0627, nº 6, 1989

ARANDA E., *Estudios sobre Violencia de Género*.(dir), Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 36. Dykinson. 2005.



ATIENZA NAVARRO M.L., *La responsabilidad civil del juez*, Tirant lo Blanch, 1997 Valencia.

BENNINGER-BUDEL C., *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*. Nijhoff Law Specials, Volume: 73. 2 october 2018 <https://doi.org/10.1163/ej.9789004162938.i-300>

BRUYN M., “La violencia, el embarazo, y el aborto. Cuestiones de derecho de la mujer y salud pública”, *IPAS*, Madrid, 2003. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional · *La Diligencia debida Buenos Aires*, 2013: <https://www.cejil.org/es/debida-diligencia-casos-violencia-genero>, Organización de Naciones Unidad, Oficina, Alto Comisionado 2018

CARMONA SANTANDER, C. (2016). “La responsabilidad del Estado-Juez: revisión y proyecciones”. *Revista de Derecho Público*, (66), Págs. 307-356. doi:10.5354/0719-5249.2016.41680

CUENCA GOMEZ P., “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del art. 10.2 de la CE”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12/2012 segunda época ISSN 1576-124x universidad de Jaén [file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/829-2955-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/829-2955-1-PB%20(1).pdf)

DE LA VEGA BENAYAS C. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Civitas, 1996 Madrid

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I. *Poder Judicial y Responsabilidad*, (1990), La Ley, Madrid

EIGE Informe European Institute for Gender Equality (EIGE) | Unión Europea . Véase, «Mujeres y hombres en la UE — Hechos y cifras». 2016 <https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0114718esn.pdf>; <http://eige.europa.eu/>: <https://www.dropbox.com/s/p2da4snove0yi9v/coste%20lucha%20VVG%20europa.pdf?dl=0>

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos: Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 71, Nº 1, 2019, págs. 241-250.

FERNANDO PABLO M., “*Tribunales sin Ley o cómo la pasión no juzga*”, *Filosofía y Derecho* <http://www.filosofiyderecho.com/ edea/2004/ número 11/ tribunales.html>.

FERNANDEZ NIETO J., “Retos y mitos de la L. O 1/2004 de Violencia de género hacia una política criminal en violencia de género ...”, *El Derecho*, <https://elderecho.com/retos-y-mitos-de-la-lo-12004-de-violencia-de-genero-y-reforma-del-codigo-penal-hacia-una-politica-criminal-en-violencia-de-genero-en-cumplimiento-del-principio-internacional-de-diligencia>


FERRER RIBA J. (2001), “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret*, octubre 2001. ([www.Indret.com](http://www.Indret.com)).

GARCIA DEL MORAL. P., DERSNAH M.A. *A feminist challenge to the gendered politics of the public/private divide: on due diligence, domestic violence, and citizenship* *Citizenship Studies*, 18(6-7), 661-675, 2014 <https://doi.org/10.1080/13621025.2014.944772>

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C., “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités” en ESCOBAR HERNANDEZ C, PASTOR PALOMAR A., y otros. (Coords.): *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2009, pp. 179-198.

GUTIERREZ ESPADA C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión = The application in Spain of the opinions of international committees: STS 1263/2018, an important turning point”, *Cuadernos de Derechos Transnacional* 1 (Octubre 2018), Vol. 10, N° 2, pp. 836-851 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4406/2951>

GUZMÁN FLUJA V C., *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994.

INSTITUTO UNIVERSITARIO de Análisis Económico y Social y la cátedra de RSC, Universidad de Alcalá, *El impacto de la Violencia de Género en España: una valoración de sus costes en 2016* [pdf](#) 

JONES J., *The Istanbul Convention (IC) and possible legal implications for the EU accession*, 6.11.2018

[http://www.eracomm.eu/oldoku/SNLLaw/15\\_Istanbul\\_Convention/118DV28\\_Jones\\_EN.pdf](http://www.eracomm.eu/oldoku/SNLLaw/15_Istanbul_Convention/118DV28_Jones_EN.pdf)

HASSELBACHER, L. (2009). State obligations regarding domestic violence: The European Court of Human Rights, due diligence, and international legal minimums of protection. *Nw. UJ Int'l Hum. Rts.*, 8, 190.

LIEBOWTIZ, D. J. AND GOLDSCHIED, J (2015.) "Due Diligence and Gender Violence: Parsing Its Power and Its Perils," *Cornell International Law Journal*: Vol. 48 : Iss. 2 , Article 2. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol48/iss2/2>

LOZANO CONTRERAS, J. F. (2007), *La noción de debida diligencia en el Derecho internacional público*, Atelier.

LOUSADA AROCHENA J. Fernando, “El caso González Carreño contra España”, *Revista AequAlitaS* 2015 (n° 37), pp. 6-15, ISSN: 1575-3379

MEDINA G., “La responsabilidad estatal por omisión ante un feminicidio”, *LA LEY* 17/05/2017, n° 5.

MEDINA FIGUEROA R., *Acción constitucional de indemnización por error judicial Análisis crítico y reformas pendientes en Chile*. Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello, Chile 2013.

MONTERO AROCA J., *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988.

MORENO CUEVA P., *La distancia entre la legislación en materia de violencia de género y su aplicación*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona, 2017. <https://ddd.uab.cat/record/173938>.

OLIVA BLAZQUEZ F. “Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable” *Revista para análisis del derecho, Indret* 4/ octubre 2010.

RETAMOZO QUINTANA T. y: CHIAROTTI (Coord.) S. MONTEJANO M.,. “*La Violencia contra las mujeres y sus formas extremas: los Femicidios/Femicidios*”, *AIETI febrero de 2019*. <http://aieti.es/wp-content/uploads/2019/03/DOCUMENTO-FINAL-VCM-Y-FEMINICIDIOS-26marzo2019.pdf>

RUIZ RICO RUIZ C., “Aproximación a los nuevos retos jurídicos de la violencia de género: la responsabilidad pública”, *Derecho y cambio social* 1/01/14  
[file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/Dialnet-AproximacionALosNuevosRetosJuridicosDeLaViolenciaD-5472798%20\(1\).pdf](file:///D:/Perfiles/jfn6/Downloads/Dialnet-AproximacionALosNuevosRetosJuridicosDeLaViolenciaD-5472798%20(1).pdf)

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 53. .

TOLIVAR ALAS L., “La adjetivación reductora del error judicial: ¿un fraude a la Constitución?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, ISSN: 0210-8461, núm. 142, Navarra, abril-junio (2009), págs. 203- 223.

VEGAS AGUILAR L., “El Dictamen del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado”: *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 9296, 2018  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6646764>