

La instrucción y el enjuiciamiento de delitos causados por la violencia de género

Jordi Nieva Fenoll*

Indice: I. Introducción. Aspectos sociológicos de la reforma procesal. II. Competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género. El papel del Ministerio Fiscal. 1. Los ¿nuevos? Juzgados de Violencia sobre la Mujer. 2. Competencia objetiva y territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. 2.1. Competencia territorial. 2.2. Competencia objetiva penal. Problemática de los delitos conexos. Competencia funcional. 2.3. Problemas de constitucionalidad de la competencia objetiva penal. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. 2.4. Competencia objetiva civil. 2.5. Problemas de constitucionalidad de la competencia objetiva civil. El derecho fundamental al Juez imparcial. 3. Especialización de las Audiencias Provinciales. 4. Reorganización del Ministerio Fiscal. III. Medidas preinstructoras e instructoras de protección de la víctima. 1. La importancia de la actuación policial. 2. Diligencias de investigación. La importancia de las diligencias de prevención. 3. La evitación de la confrontación visual con los menores. 4. Protección de testigos. 5. La orden de alejamiento y suspensión de las comunicaciones. 6. La orden de protección. 7. Especialidades de la prisión provisional. 8. Otras medidas para la protección de la víctima. Aspectos comunes a todas ellas. IV. Aspectos probatorios de los procesos por delitos de violencia de género. 1. Las declaraciones del imputado, de la víctima y de otros testigos. 2. La esencial práctica de otras pruebas. V. Aspectos procedimentales del enjuiciamiento de los delitos de violencia de género. 1. El problema de la intermediación. 2. Postulación. 3. La instrucción y enjuiciamiento de estos delitos. La posibilidad de enjuiciamiento rápido. 4. El enjuiciamiento de estos hechos como faltas. VI. La sentencia y la ejecución de la condena

I. Introducción. Aspectos sociológicos de la reforma procesal

El estudio de los delitos de violencia de género no puede realizarse sin considerar los aspectos procesales del enjuiciamiento de estas figuras delictivas. Y dichos aspectos procesales tampoco pueden analizarse si antes no se hace referencia a una circunstancia que ha lastrado desde el principio a las

* Doutor. Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad de Barcelona

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 65	jan. 2010 – abr. 2010	p. 153-214
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

reformas legislativas, y que nunca hubiera debido motivar, por sí sola, la actuación del Legislador en esta materia. Me refiero a la presión mediática.¹

Es muy triste que el Legislador haga su labor a golpe de titular.² Pero, por desgracia, es lo que ha hecho en este caso.³ sin desmerecer este juicio en absoluto la abnegada labor y nobles intenciones de los impulsores de la reforma, que comparto plenamente. Porque los actos de violencia de género son ciertamente graves, frecuentes y, sobre todo, execrables. Pero el problema con el que topan las víctimas de estos delitos cuando acuden a la Justicia no tiene nada que ver con la violencia de género, sino con la manifiesta y secular ineficacia, inoperancia y falta de medios de nuestra Justicia penal. La situación es particularmente grave en la fase de instrucción, que es el momento en el que hay que actuar más rápido y más eficazmente.

¹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar*, La Ley 2001 (2), p. 1631, también se refiere a esta “alarma social” que ha alcanzado el rango de “problema de Estado”, según se afirmó en el Foro Mundial de Mujeres, celebrado en Valencia el 25-11-2000, y al que el autor hace referencia. Otros autores también se han hecho e hicieron eco de este estado de la opinión pública. Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, *Las violencias físicas en el hogar*, Actualidad jurídica Aranzadi, n. 326, 1998, p. 1. SOLÉ RIERA, Jaume / LARRAURI PIJOAN, Elena, *Violencia doméstica y situación de la víctima. Una aproximación jurídico material y procesal*, Justicia 1999 (1), p. 50. TIRADO ESTRADA, Jesús, *Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley 1999 (5), p. 1832. GANZENMÜLLER ROIG, Carlos / ESCUDERO MORATALLA, José Francisco / FRIGOLA VALLINA, Joaquín, *La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica*, Revista General de Derecho 2000 (664-665), p. 22. FONTÁN TIRADO, Rafael, *Medidas frente a la violencia familiar y los malos tratos*, La Ley, 2001, (6): p. 1466. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La violencia doméstica*, La Ley 2001, (6), p. 1360. MONTES ROSADO, María, *La violencia doméstica y su tratamiento en los Juzgados de Instrucción*, Revista del Poder Judicial 2001 (62), pp. 77 y 85. DOMÍNGUEZ AGUDO, M^a Reyes, *La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica : "Un Estatuto integral de protección"*, Boletín de Información Ministerio de Justicia, n. 1960, 1 marzo 2004, p. 211. TIRADO ESTRADA, Jesús J., *Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal*, Boletín de Información. Ministerio de Justicia, mayo 1998, n. 1820, p. 939. BEJARANO GUERRA, Fernando, *La Defensa de mujeres víctimas de violencia doméstica*, Iuris n. 56, diciembre 2001, p. 65. REBAQUE MAS, Pilar, *Contra la violencia doméstica : nuevas medidas, nuevos enfoques*, Iuris n. 76, octubre 2003, p. 29. VIDAL i MARSAL, Santiago, *Ley integral contra la violencia de género*, Iuris n. 91, feb. 2005, p. 25. COMAS D'ARGEMIR CENDRA, Montserrat, *Novedades legislativas introducidas por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en: “Violencia en el ámbito familia: aspectos sociológicos y jurídicos”, Cuadernos de derecho judicial 2001, V, Madrid 2001, p. 204.

² Advertió de este peligro, en 1998, RUIZ VADILLO, *Las violencias físicas en el hogar*, cit. p. 3.

³ Y en los anteriores. Hace un recuento de todas las reformas desde 1999 GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, *La nueva Ley de violencia de género: aspectos prácticos y sustantivos*, BIMJ, n^o 1990, 2005, pp. 2295 y ss.

Es decir, el problema más grave es el del colapso de los órganos jurisdiccionales penales.⁴ Quiero suponer que los Gobiernos saben perfectamente que se trata de un problema que se arrastra ya desde cuando la base de la Justicia española era eminentemente municipal, sustentada por los alcaldes y sus tristemente célebres “alcaldadas”, hace más de un siglo.⁵ Presumo que saben también que la solución a ese problema no pasa por las reformas legislativas, sino por las reformas estructurales.⁶

Pues bien, normalmente nos encontramos ante la incapacidad política que suelen exhibir los Gobiernos para dedicar más recursos económicos a la Justicia, ya que acostumbran a tener otras prioridades que les dan más votos o más prestigio social o personal, actuando desde un histrionismo inaceptable en las personas que ocupan cargos de enorme responsabilidad. Y a veces es incluso peor. En ocasiones existe voluntad política, el Gobierno dispone de esos recursos, pero no sabe cómo invertirlos realmente. Y de esa forma, se siguen poniendo tubos y más tubos (en forma de leyes) a un enfermo terminal, la Justicia, que lo único que hacen es mantenerle con vida como un simple vegetal, sin averiguar en absoluto (porque no suele haber ni tiempo ni ganas en una legislatura) qué se podría hacer para devolverle la salud.

Y sucede lo mismo en todos los ámbitos del enjuiciamiento español. La justicia administrativa estaba colapsada. Pues bien, se publicó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 sin que el problema se haya resuelto.⁷ La Justicia civil también tenía un aspecto lamentable, que lejos de solucionarse, fue empeorado, y de manera muy relevante, por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, lo que cabe comprobar fácilmente observando el constante aumento de los retrasos y sobre todo los frecuentes abusos y desorientaciones interpretativas en la Justicia civil.

⁴ Por tanto, no la falta de herramientas legislativas que, como destacan GANZENMÜLLER ROIG / ESCUDERO MORATALLA / FRIGOLA VALLINA, *La violencia doméstica*, cit. p. 33, existen. Lo que ocurre es que no suele existir la necesaria celeridad para aplicarlas.

⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Estado lamentable de la Administración de Justicia en lo Criminal*, RGLJ, 1871, tomo XXXIX, pp. 316 y ss.

⁶ Lo expresaba perfectamente el editorial del diario “Avui” de 20 de marzo de 2005: “Entre molts juristes hi ha la sensació que en els últims anys els governs i els Parlaments tenen una certa tendència a legislar a cop de titular de diari. Quan els mitjans de comunicació focalitzen de manera reiterada la seva atenció en un determinat problema, ràpidament apareix un ministeri, una conselleria o un grup parlamentari disposat a engegar una proposta legislativa que es presenta com una mena de solució màgica. Normalment, però, la iniciativa acaba decebent perquè rarament un text articulat pot reflectir i resoldre realitats que solen ser molt complexes. El que passa és que fer una nova llei és més ràpid i menys complicat que reformar els serveis socials o augmentar el nombre de treballadors socials.”

⁷ Y ello a pesar de la creación de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, por supuesto en escaso número, sin medios, y con un reparto de competencias caótico.

Sin embargo, cuando se promulga una nueva ley, siempre se abre – engañosamente por supuesto – un margen para la esperanza, que suele tener su reflejo en la prensa, que es lo que interesa al político, porque eso “da votos”. Y entonces se le dice a la sociedad que su familiar (la Justicia) tiene una nueva esperanza. Ese familiar que está en estado terminal y que tiene a toda la familia sufriendo por su causa. Ese del que los médicos ya no se preocupan porque está desahuciado y, además, porque no se entera ya de nada. Pues bien, ahora les dicen que se ha descubierto un nuevo tratamiento (por no llamarle experimento, que es lo que suele ser) que es posible que funcione. El paciente (la Justicia) recibe el tratamiento sin ninguna fe, aunque la familia (la sociedad) recupera la confianza durante un tiempo, en espera del resultado. Pero al cabo del tiempo, el paciente sigue postrado en su cama, en un estado idéntico, cuando no peor, al habitual. Y la familia vuelve a quejarse amargamente, clamando en el desierto, por supuesto.

Pues bien, justamente esto es lo que sucedió con las sucesivas reformas en materia de violencia doméstica primero, y está sucediendo con la violencia contra la mujer a través de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, que intenta otorgar, con más buena fe que resultados, una protección integral en toda esta materia. Así lo indica su propio nombre: “ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género” (en adelante, “ley integral”).

Y que se ha legislado, también en esta materia, a golpe de titular, lo demuestra la propia lectura de la exposición de motivos, en la que se afirma que “*en la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.*”

No voy a entrar en el fondo de las afirmaciones realizadas, porque no es el objeto de este trabajo.⁸ Pero que en una exposición de motivos se haga referencia a “*la realidad española*”,⁹ la “*conciencia*” social, el “*rechazo colectivo*” y, sobre todo, a la “*evidente alarma social*”, con independencia, insisto, del acierto de los términos empleados, no deja de evidenciar que detrás de esta ley existe un obvio trasfondo mediático que ha condicionado a los políticos.

⁸ Sobre las mismas, vid. GANZENMÜLLER ROIG / ESCUDERO MORATALLA / FRIGOLA VALLINA, *La violencia doméstica*, cit. pp. 23 y ss.

⁹ Cuando se acaba de citar en el párrafo anterior un texto de Naciones Unidas que evidencia que la “*realidad*” no es ni solamente ni especialmente española. Así lo subraya VIDAL i MARSAL, *Ley integral*, cit. p. 26, haciendo referencia al informe del Consejo de Europa en el que se describe la violencia doméstica como un problema generalizado en la UE. También hace referencia a este elemento de internacionalidad COMAS D'ARGEMIR CENDRA, *Novedades legislativas introducidas por la L.O. 14/1999*, cit. pp. 204-205.

Y dicho trasfondo consistió en que desde finales del segundo milenio, algunos periodistas (que por fortuna fueron una minoría) se dedicaron, no a denunciar estas seculares escalofriantes agresiones a mujeres, que es lo que trataban de hacer creer. Por desgracia, se dedicaron a vivir de ellas.¹⁰ Se explotó mediáticamente a múltiples mujeres maltratadas. Se hizo carnaza de horribles asesinatos en los que el adjetivo “pasional” era absolutamente inadecuado. Incluso se llegaron a exagerar algunas situaciones con el evidente ánimo de obtener un titular en el momento en que no había ningún caso lo suficientemente espectacular, como si la pequeña historia de cada caso concreto no fuera lo suficientemente grave, aunque todo hubiera consistido en una serie de insultos, que por la intención y mentalidad de su autor, ya hubieran debido ser rechazables por sí mismos. Se exhibió, en algún caso de manera quasi-circense, a menores y a personas física y anímicamente destrozadas. Se vulneró la intimidad de muchos ciudadanos y, como siempre ocurre, se aprovechó para realizar varias denuncias falsas que aumentaron la conflictividad en el ámbito familiar, y provocaron un tremendo perjuicio a personas a las que nunca les fue respetado su derecho a la presunción de inocencia, salvo cuando un Juez les reconoció inocentes. Y a veces, aún y así. Se intentó condicionar, desde los medios de comunicación, el libre pensamiento de los ciudadanos, pero sobre todo el de los jueces, los abogados y, en definitiva, el de todo operador relacionado con este tema.¹¹

Y todo ello, y es lo que me interesa destacar, fue un fracaso. Porque no se redujo el número de agresiones.¹² Y, además, se evidenció que la

¹⁰ Vid. LAGUNA, Teresa, *¿Cómo tratan las noticias sobre violencia doméstica los medios de comunicación?*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 265 y ss.

¹¹ Y de la influencia que ha tenido esta actuación mediática es prueba el art. 47 de la ley integral, que obliga al Gobierno, al CGPJ y a las Comunidades Autónomas a asegurar una “*formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses*”, introduciéndose en dicha formación incluso el “*enfoque de la discapacidad de las víctimas*”. De nuevo, el Legislador se ha centrado excesivamente en el objeto de su regulación. Me pregunto si no hubiera sido mejor disponer que todos esos profesionales, TODOS, hubieran de pasar un test psicotécnico para averiguar si tienen ideologías sexistas, habida cuenta de que me parece sencillamente impresentable que dichos profesionales, salvo excepciones en las funciones para las que se requiere menor formación (funcionarios de auxilio judicial), no deban pasar dicho test. ¿Puede aceptarse, hoy en día, que se permita el acceso a la carrera judicial a una persona con cualquier ideología discriminadora (sexista, racista, homófoba, etc), o incluso con un trastorno de la personalidad detectable en cualquier examen psiquiátrico? ¿No sería mejor realizar ese examen que crear esa “*formación específica*”, que todos sabemos en lo que se acabará convirtiendo en la práctica?

¹² Así lo destaca VIDAL i MARSAL, *Ley integral*, cit. p. 25.

protección que podían otorgar los tribunales era en muchos casos ineficaz. Finalmente, lo que más sacudió a la sociedad no fueron los casos de sevicias, sino los asesinatos tras múltiples denuncias desatendidas, y ni tan siquiera tramitadas por los Jueces de instrucción.

Esa fue la “alarma social” que propició la ley, es decir, la indignación ante la ineficacia de la Justicia penal, que se creyó exclusiva del ámbito de la violencia de género. Y no el número y circunstancias de las agresiones y de los asesinatos, ambos datos ignorados en general por la sociedad. Con todo, lo más lamentable es que, prácticamente hasta esta ley, lo que se dejó de lado fue lo más frecuente, y lo que tendría que haber sido objetivo prioritario de la ley, y no simplemente secundario, como veremos después: la ineficacia de la labor judicial, pero sobre todo policial, para impedir, no sólo los asesinatos, que es lo que sale en la prensa, sino las agresiones físicas leves, los insultos, las presiones psicológicas a base de merodear en los lugares frecuentados por la víctima, las llamadas – aterradoras o simplemente molestas – a la víctima en horas intempestivas o a lugares comprometidos, el retraso y la precipitación¹³ en los procesos matrimoniales, etc. Puesto que esas eran, en realidad, las causas que acababan propiciando que el agresor, ante la ausencia de respuesta policial y judicial adecuada a sus desmanes, cada vez fuera a peor, actuando, ciertamente, según el impresentable y atávico patrón machista,¹⁴ que es en el que se centra la ley especialmente. Pero también y sobre todo, acomodándose a la impunidad con que realizaba el agresor sus primeras acciones, independientes muchas veces de ese condicionante. Finalmente, acababa por cometer un homicidio con el que siempre amenazó, pero que nunca hubiera cometido si la respuesta judicial y policial hubiera sido la debida desde un principio.

Sin embargo, lo que ignoraba la sociedad era que esa respuesta ineficaz del sistema no solamente se producía en los supuestos de violencia de género¹⁵ que, por cierto, representan poco más de un 1% de los casos pendientes ante los Juzgados de instrucción.¹⁶ Lo cierto es que dicha ineficacia era y es generalizada en cualquier tema. La ley integral, con demasiada frecuencia,

¹³ Es paradójico, pero real. Enorme retraso en la tramitación del proceso que se sustancia. Pero precipitación absoluta en el momento de su resolución.

¹⁴ Reflexiona sobre el mismo COMAS D'ARGEMIR i CENDRA, *Poder Judicial y violencia doméstica. ¿Qué hemos logrado? ¿Qué debemos lograr?*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 16, aportando escalofriantes datos que demuestran la presencia en la sociedad de ese patrón.

¹⁵ Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., *La Violencia doméstica : análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada 2001, p. 85.

¹⁶ Así lo confirma el informe de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica del CGPJ (primer semestre de 2004), cifrando los casos de violencia doméstica en un 1,39% en los Juzgados de primera instancia e instrucción, y de un 1,13% en los Juzgados de instrucción.

incurre en reiteraciones de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de otras leyes más recientes, quizás ya olvidados por muchos – desde luego por el redactor de la ley –, intentando vanamente otorgar garantías o ventajas que ya eran y son derecho vigente, porque se encontraban en la centenaria ley o en otras leyes, como iremos viendo. Y es que ante la ineficacia de la Justicia penal, que el legislador conoce perfectamente, me temo que dicho legislador ha creído que las leyes no ofrecían suficientes garantías, y por eso introduce, como novedad, algunas de esas garantías que ya existían desde hacía decenios. Entiendo que antes que sobreregular y priorizar la resolución de algunos asuntos, tan importantes como otros no priorizados por falta de apoyo mediático, debería haberse pensado en solucionar eficazmente el problema de la Justicia penal, no solamente con respecto a la violencia de género, sino en relación a cualquier asunto.

La Ley Orgánica 1/2004 no es sino un tubo más para el mismo enfermo terminal de siempre. Y desearía no haber escrito nunca este trabajo, pero deseo denunciar claramente que la violencia de género, aún siendo detestable y repugnante, no es el principal problema con el que tiene que bregar la Justicia penal. Debe acometerse de una vez por todas la reforma de la Jurisdicción penal, y **no necesariamente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Porque los Juzgados no funcionan bien porque la ley sea mala o anticuada, sino principalmente por la exasperante falta de medios personales y económicos que aquejan a los tribunales penales, y sobre todo por la absoluta ausencia de un mínimo plan previo para solucionar el problema orgánico de manera estable y eficaz. La violencia de género es sólo la punta del iceberg.

Lo dijo RAMOS MÉNDEZ en 1988,¹⁷ y sus palabras, por ser perfectamente aplicables al caso que ahora nos ocupa, deben ser reproducidas a continuación: *“De las leyes esperamos una programación de conductas futuras que nos preste un apoyo de seguridad a la convivencia en un estado de derecho. Legislar a salto de mata o reaccionando a estímulos externos es aceptable en casos puntuales. Como criterio de conducta, descalifica al legislador procesal. Las reglas del juego hay que conocerlas antes de empezar y produce desconfianza y desconcierto el cambiarlas sin ton ni son para arropar situaciones particulares comprometidas. No sólo es posible programar en materia procesal, sino que es imprescindible hacerlo, pero en todo caso con conocimiento de causa. Al menos para no dar la impresión de que se improvisa, porque así nos van las cosas. Nos está luciendo el pelo.”*

¹⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, De cómo hacer las reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador), Justicia 1988, p. 800.

Analizaré a continuación la instrucción y el proceso jurisdiccional a través de los cuales deben investigarse y determinarse los hechos constitutivos de delitos de violencia de género. Empezaré con los problemas que plantea la creación de unos juzgados específicos para estos temas, así como la mezcla de competencias civiles y penales que marcarán la función jurisdiccional en esos tribunales.

II. Competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género. El papel del Ministerio Fiscal

Se trata de uno de los puntos más regulados de toda la ley integral, y también uno de aquellos en los que el Legislador se ha equivocado más gravemente, creo que cegados los redactores de la ley por la presión mediática que caía sobre ellos.

1 Los ¿nuevos? Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Por si fuera poca la confusión y variedad de órganos jurisdiccionales existentes en nuestro país, determinó el Legislador que la mejor manera de proteger a las víctimas de estos delitos habría de ser creando unos, en parte nuevos y en parte antiguos, “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.¹⁸ Y digo en parte nuevos y en parte antiguos, puesto que no es fácil saber a ciencia cierta qué es lo que ha hecho, o lo que quería hacer, el legislador con estos Juzgados.¹⁹

Por una parte, de entrada, viendo la denominación “Juzgados de violencia sobre la mujer”, y analizando el nuevo art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,²⁰ no parece quedar duda de que no se trata simplemente de especializar a algunos Juzgados de instrucción, conforme a una supuesta

¹⁸ La tendencia contaba, además, con apoyos. Vid. MAGRO SERVET, Vicente, *Los Juzgados especializados de violencia doméstica*, La Ley (6) 1999, pp. 1975, quien lo justificaba con un mejor seguimiento de la habitualidad, así como de la mejor coordinación de los diferentes servicios de atención a las víctimas. Vid. también MAGRO SERVET, Vicente, *Los nuevos juzgados especializados en violencia doméstica*, La Ley 2001 (4), pp. 1543 y ss. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *La violencia familiar y la función judicial*, Actualidad Penal 2001 (3), p. 657. DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *La Medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar*, Actualidad penal. T. 3, 2002, p. 809. También COMAS D'ARGEMIR CENDRA, *Nuevas soluciones*, cit. p. 67, aunque de forma matizada en relación con la atribución de competencia civil a estos juzgados, que veremos después.

¹⁹ Comenta la labor del legislador en este punto, MELERO BOSCH, Lourdes Verónica, *Los juzgados de violencia sobre la mujer*, Revista General de Derecho Procesal, n° 6, 2005, pp. 10 y ss.

²⁰ **Artículo 26.** “(...) Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria. (...)”

“*tradición jurídica española*” a la que alude la exposición de motivos de la ley integral, pero inexistente en realidad.²¹ Lo que parece haber ocurrido aquí no es, en principio, algo similar a lo acaecido con los llamados “juzgados de familia”, que tienen una especialización en virtud del reparto, y no de la competencia objetiva.²²

Al contrario, aparentemente se ha operado la creación de un órgano jurisdiccional nuevo, como se hizo recientemente con los Juzgados de lo mercantil. En el caso de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, además, el órgano jurisdiccional creado posee una naturaleza mixta, puesto que junto a las funciones de instrucción de los delitos, se acumulan también cuestiones civiles, como veremos después, haciendo de la competencia de estos juzgados una mezcla difícilmente comprensible de materias. Como afirma el art. 87 bis L.O.P.J. estos juzgados existen únicamente en la capital de los partidos judiciales,²³ previendo que un mismo Juzgado de violencia sobre la mujer pueda extender su competencia a más de un partido judicial, como se indica en el párrafo segundo del citado precepto²⁴ y en el art. 4.1 de la Ley de demarcación y planta judicial. Además, se intenta que en la mayoría de casos, estos Juzgados sean servidos por Magistrados.²⁵ Todo lo cual puede servir para corroborar que, reitero, aparentemente, estemos ante unos órganos jurisdiccionales de nuevo cuño.

²¹ Además, según se nos cuenta en dicha exposición de motivos, el legislador había barajado la posibilidad de crear un orden jurisdiccional específico para estos casos de violencia de género, junto al civil, penal, laboral, administrativo – y, para algunos, militar-. Suerte que finalmente decidió “excluir” esta posibilidad. Y es que si cada vez que en una jurisdicción, en este caso la penal, surge un grupo de casos que preocupa especialmente al Legislador, dicho Legislador debe crear un orden jurisdiccional específico, finalmente tendríamos infinitos órdenes jurisdiccionales. Supongo que su desorientación se debió al hecho de querer mezclar aspectos penales con aspectos civiles, creyendo que se iba a crear un híbrido merecedor de un orden jurisdiccional específico. En el texto principal se describen otras consecuencias de esta confusión de partida.

²² El art. 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conduce a una conclusión errónea en este sentido, que es fácilmente rectificable acudiendo al art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²³ Artículo 9 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial: “Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen su sede en la capital del partido.”

²⁴ También la Disposición final primera de la Ley integral va por este camino, al exigir que “Todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los Jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en las materias propias de su competencia.”

²⁵ Artículo 21 de la Ley de demarcación y planta judicial: “2. El Ministro de Justicia podrá establecer que los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sean servidos por Magistrados, siempre que estén radicados en un partido judicial superior a 150.000 habitantes de derecho o experimenten aumentos de población de hecho que superen dicha cifra, y el volumen de cargas competenciales así lo exija.”

Pero he empleado un tono dubitativo en la explicación que antecede, porque que se haya creado un nuevo órgano jurisdiccional solamente es cierto en parte. Las cosas son todavía más complicadas, puesto que el art. 87 bis.3 L.O.P.J., pensando en las circunscripciones con pocos jueces, dispone que el CGPJ, previo informe de las Salas de Gobierno, pueda atribuir los asuntos que nos ocupan a Juzgados de instrucción o de primera instancia e instrucción, utilizando la misma técnica aplicada para los “Juzgados de familia” (art. 98 L.O.P.J.). Y eso habría de ocurrir, como digo, en circunscripciones pequeñas, es decir, como aduce el precepto, “*en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente*”. Además, añade que los Juzgados a los que se les atribuyan esos asuntos, según el lugar donde se encuentren, podrán conocer solamente de esos temas, o bien continuar con todo el resto de asuntos que hasta entonces tenían atribuidos, lo que habrá de ocurrir invariablemente en los lugares donde solamente exista un Juzgado de primera instancia e instrucción, como reconoce el art. 87 bis.4 L.O.P.J.

Por último, también se prevé la especialización en violencia de género, vía art. 98 L.O.P.J., de uno o varios juzgados de lo penal de cada provincia (art. 89 bis.2 L.O.P.J.)

Pues bien, visto lo anterior cabe concluir que lo que ha hecho el Legislador es echar mano de todas las técnicas disponibles de atribución de asuntos a un órgano jurisdiccional. Donde ha podido, ha creado un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Donde no ha podido, ha especializado en función del reparto a algún Juzgado de instrucción, o a algún Juzgado de primera instancia e instrucción, como sucede con los Juzgados de familia. Y en los lugares con escasa presencia judicial, ha decidido dejar las cosas como estaban.²⁶ Recapitulando, como afirma el art. 46 ter de la Ley de demarcación y planta, estos Juzgados deberán “constituirse”, “compatibilizarse” o “transformarse”.

²⁶ Así lo confirma el artículo 15 bis de la Ley de demarcación y planta judicial: “(...) 2. La concreción de la planta inicial y la que sea objeto de desarrollo posterior, será realizada mediante Real Decreto de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la presente Ley y se ajustará a los siguientes criterios: a) Podrán crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellos partidos judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje.

b) En aquellos partidos judiciales en los que, en atención al volumen de asuntos, no se considere necesario el desarrollo de la planta judicial, se podrán transformar algunos de los Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción en funcionamiento en Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

c) Asimismo cuando se considere, en función de la carga de trabajo, que no es precisa la creación de un órgano judicial específico, se determinará, de existir varios, qué Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, asumirán el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con carácter exclusivo junto con el resto de las correspondientes a la jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano en cuestión. (...)”

Y obrar así, ciertamente, supone seguir la “*tradición jurídica española*”, pero en el desorden y la confusión a la hora de legislar. Además, crear nuevos órganos jurisdiccionales no es continuar ninguna tradición, sino ir acercándonos cada vez más a la situación que existía en España antes del Decreto de unificación de fueros de 1868. Con anterioridad a esa fecha existían una serie de órganos jurisdiccionales específicos para algunos estamentos, que se habían creado a través de los siglos por los reyes como expresión de un privilegio. Actualmente, el criterio seguido por la ley parece ser el siguiente: cada vez que nos interese que unos asuntos se resuelvan más deprisa (aunque no representen más de un 1% del contencioso²⁷), crearemos un nuevo órgano jurisdiccional. Lo que de hecho constituye la misma orientación, errónea por supuesto, que en su día propició que el Legislador fuera tejiendo una maraña de procedimientos civiles especiales,²⁸ completamente ineficaz. Todavía hoy en día nos aquejan sus secuelas. Esperemos que esta tendencia se termine aquí, con esta ley, y no acabe resultando que para estudiar el organigrama de órganos jurisdiccionales españoles, deba confeccionarse poco menos que una especie de atlas de anatomía humana.

Y es que lo que debería haberse considerado es que la Justicia penal no solamente funciona de manera demasiado lenta en los casos de violencia de género, sino que funciona lenta y desastrosamente en muy buena parte del resto de casos. Y antes que hacer creer al ciudadano que la Justicia funciona perfectamente, respondiendo rápidamente en los supuestos de violencia de género, hubiera sido mucho más útil, como ya indiqué, emprender una reforma estructural global de la Justicia penal.

De hecho, hasta la denominación de estos Juzgados es inadecuada, creo que, de nuevo, por el ansia de buscar un titular periodístico. A continuación veremos que estos Juzgados no solamente protegen a la mujer, como su nombre indica, sino que deberían tutelar – y no siempre lo hacen – a varios otros sujetos de derecho como los descendientes, menores, incapaces, y que es perfectamente posible que se les esté maltratando, no para perjudicar a la mujer, sino como objeto único y especial del maltrato. Y no creo que esas situaciones sean menos tutelables que las que se producen cuando el maltrato del menor tiene como objetivo zaherir a la mujer.

²⁷ Informe de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica del CGPJ (primer semestre de 2004).

²⁸ Sobre los mismos y el enorme número de los que actualmente aún subsisten, vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *Guía para el uso de las especialidades procedimentales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, nº 5231, 23-1-2001, pp. 1732 y ss.

2 Competencia objetiva y territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Este es uno de los puntos más conflictivos de la ley y que, por desgracia, más desorientaciones, e incluso abusos descarados, está provocando en la práctica.

2.1 Competencia territorial

En primer lugar, en cuanto a la competencia territorial, se determina que será competente el juzgado del lugar del domicilio de la víctima (art. 15 bis), lo que resulta lógico si se tiene en cuenta la sensación de proximidad con la perjudicada que quiere darse a estos juzgados.

Pero con ello debe tenerse en cuenta que se altera el principal fuero tradicional del art. 15 LECrim.²⁹ La variación del fuero tiene relativa importancia,³⁰ puesto que la mayoría de las agresiones se producen en el domicilio de la víctima, o en el lugar donde reside, puesto que son los lugares donde el agresor la puede localizar con mayor facilidad.

Además, estimo que la variación del fuero principal en este caso es, en buena medida, acertada. Suponiendo que la víctima haya sido atacada en un lugar ajeno a su residencia, quien se encargará de las diligencias de prevención – esenciales especialmente en estos procesos como después veremos – será la policía judicial del lugar, remitiendo después lo actuado al Juzgado que corresponda. Y dicho Juzgado debe ser el del domicilio de la víctima (incluso en el caso de cambio de domicilio³¹), puesto que será el lugar donde le será más cómodo seguir las actuaciones. Y tiene relativa importancia que pueda ser un juzgado alejado al lugar de los hechos, porque las diligencias inmediatas que había que practicar en el lugar de los hechos ya habrán sido practicadas con celeridad. Faltarán las diligencias testificales, ciertamente, pero creo que el desplazamiento de los testigos es un problema menor comparado con la necesidad de acercar el proceso al lugar donde esté la víctima.

²⁹ Así lo destaca acertadamente MELERO BOSCH, *Los juzgados de violencia*, cit. p. 12.

³⁰ No lo ven así GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Los Juzgados de violencia sobre la mujer en la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, La Ley, nº 6214, 21-3-2005, o PLANCHADELL GARGALLO, op. cit. p. 309.

³¹ Desde luego, en este caso, puede existir el problema de que el imputado se entere, a través de la competencia del Juzgado, del lugar de residencia de la víctima. Sin embargo, no conociendo el imputado el domicilio concreto de la víctima en el lugar en cuestión, es remoto (aunque no imposible) el riesgo derivado de que, merodeando por la ciudad, localice a la víctima. No obstante, el ATS de 2-2-2006, así como la circular 4/2005 de la Fiscalía general del Estado “Relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género” insisten en que el domicilio, a efectos de determinación de la competencia, será el de la víctima en el momento de comisión de los hechos.

Ciertamente, se pueden producir inconvenientes derivados de este hecho en el caso de denuncias falsas. Pero entiendo que la cautela del juzgado en la comprobación de las denuncias podría conjurar de modo adecuado este problema. Aunque desde luego, si el Juzgado está colapsado aparecerán los inconvenientes con celeridad.

2.2 Competencia objetiva penal. Problemática de los delitos conexos. Competencia funcional

Con respecto a la competencia objetiva, las cosas se complican mucho más. Teniendo en cuenta que, en un origen, estos Juzgados de Violencia sobre la Mujer no pasaban de ser juzgados de instrucción reconvertidos, y teniendo presente que muchos lo van a seguir siendo, creo que lo lógico hubiera sido limitar su competencia a lo penal. Pero no ha sido así. Vayamos por partes.

La competencia objetiva penal está descrita en el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y establecida de forma exclusiva para estos juzgados, allí donde existan, en los arts. 87 L.O.P.J. y 14 LECrim.

Dicha competencia se establece en virtud de qué delito sea el cometido, con una cláusula amplísima, en la que lo único que parece ser importante no es realmente el tipo delictivo, sino que el delito, cualquiera, se haya cometido con violencia o intimidación.³² Se añaden, además, los delitos contra los derechos y deberes familiares de las personas que sean consideradas víctimas de la violencia de género (art. 87 ter b L.O.P.J.), según cuanto explícito a continuación. Pero ante todo, lo más importante es señalar que se determina la competencia en función de quién sea la víctima de ese delito, que debe ser siempre una mujer. Se nos dice en la ley, reiteradamente, que la víctima debe ser:

- La esposa o la ex-esposa del agresor.
- Mujer que esté ligada, o haya estado ligada al agresor por relación de análoga afectividad, aún sin convivencia.

Y al mismo tiempo, también se atribuye la competencia objetiva al mismo juzgado si se produce, además del delito de violencia sobre la mujer, un delito conexo sobre las siguientes personas:

³² Han de ser, según señala el art. 87 ter L.O.P.J., delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

– Descendientes del esposo y de la esposa, o sólo del esposo³³ o sólo de la esposa.

– Descendientes de la mujer que esté ligada al agresor por relación de análoga afectividad, requiriéndose la convivencia de la mujer.

– Menores o incapaces que convivan con el agresor.

– Menores o incapaces sometidos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa.

– Menores o incapaces sometidos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la mujer que esté ligada al agresor por relación de análoga afectividad, requiriéndose la convivencia de la mujer.

Destaca de todo este elenco su enorme complicación, cuando hubiera bastado decir que la violencia debía ejercerse sobre la mujer unida, en el presente o en el pasado,³⁴ legal o afectivamente, a un hombre. Y que además se extendía la competencia del Juzgado a los delitos conexos, para lo cual no hubiera hecho falta esta compleja norma que analizamos, sino simplemente acudir al art. 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y comprobar que pueden atribuirse al mismo Juez “*Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma (persona) causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados*”. Porque es obvio que todos estos delitos tienen un mismo trasfondo sociológico que funda claramente la conexidad.

Es importante señalar que aunque la ley no pretenda discriminar, lo hace. Se trata de forma diferente, por un lado a los descendientes de personas casadas, y por el otro a aquellos que son descendientes (o personas tuteladas o acogidas, etc), pero de personas no casadas, puesto que a estos últimos se les exige que la mujer conviva con el agresor, lo cual, en la sociedad de hoy, carece de razón de ser. Se trata de forma desigual lo que es igual, puesto que no existe diferencia a efectos de protección de los descendientes, entre personas que están casadas y que no lo están, porque la situación violenta es exactamente la misma. Y ello provoca, por ejemplo, que la agresión al menor para perjudicar a su madre, cuando se trate, por decirlo así, de una ex-novia del agresor, se tenga que juzgar en un proceso diferente, mientras que la agresión sobre el descendiente de la ex-pareja se pueda resolver, sin más en el mismo proceso.

³³ El redactado del artículo no parece excluir esta interpretación, que puede producirse perfectamente cuando los hijos del esposo, ante la actitud de su padre, decidan permanecer al amparo de su madrastra.

³⁴ Vid. MUERZA ESPARZA, Julio J., *Comentarios*, en: “MUERZA ESPARZA / SEMPERE NAVARRO / IÑIGO CORROZA, Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales”, Cizur Menor 2005, p. 53.

No obstante, creo que lo razonable será que, en estos casos, se aplique el antes citado art. 17.5 LECrim y se juzgue todo en un mismo proceso, sea cual fuere la situación legal de la pareja. Por ello, en este marco normativo, resultaba totalmente innecesaria, por redundante, la previsión del nuevo art. 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que “*la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley.*”

Por otra parte, a primera vista puede sorprender que se prevea la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando las mujeres víctimas no sólo tengan en el presente, sino que hayan tenido en el pasado, una relación legal o simplemente afectiva con el agresor. Se podría juzgar excesivo en un principio, pero la realidad sociológica demuestra que no lo es, puesto que en no pocas ocasiones, incluso habiendo pasado varios años, el trasfondo afectivo sigue estando muy presente, y es el detonante del acto de violencia.

Sin embargo, asumiendo la corrección práctica de la orientación, creo que debe añadirse algo que, aunque complejo, me parece necesario, para no extender la competencia de estos Juzgados hasta límites irracionales. Creo que es conveniente que el solicitante de la tutela, en los casos en que se trate de una relación pasada hace más de un determinado tiempo, deba argumentar, siquiera *prima facie*, que las secuelas de esa relación estaban en la base del acto violento.³⁵ Soy consciente de que no es un requisito de fácil demostración, pero tampoco lo es demostrar que esa relación existió, y se exige. Y es todavía mucho más difícil demostrar que existía un trasfondo machista tras la agresión. Y sin embargo la ley ha partido de esa idea en todo caso, sin ambages, al efectuar la regulación, desde la propia exposición de motivos, sin necesidad alguna de prueba. Además, la ley ya contiene una exigencia parecida en el art. 87 ter.4 L.O.P.J., que obliga al Juez a inadmitir la pretensión si el hecho puesto en su conocimiento “*de forma notoria*” no constituya un acto de violencia de género.³⁶ Entiendo que esta previsión, realizada para todos los hechos que se denuncien, debe tener especial aplicación en los casos en que la relación sea pretérita, aunque personalmente entiendo que no era necesario realizar esa referencia, teniendo en cuenta que el actual art. 269 LECrim ya prevé que el Juez se abstenga de proceder en caso de que el hecho denunciado no revistiera carácter de delito, o la denuncia fuere manifiestamente falsa.

³⁵ MUERZA ESPARZA, op.cit p. 53, habla acertadamente del “móvil”.

³⁶ Vid. MAGRO SERVET, Vicente, La competencia en materia civil de los juzgados de violencia sobre lamujer (competencia objetiva, territorial y funcional), *Práctica de Tribunales*, nº 19, septiembre 2005, p. 38.

Indico todo lo anterior porque no es razonable que se trate como un caso de violencia de género aquello que no es más que una falta de amenaza leve, o una injuria, que puede venir motivada por cualquier discusión o riña, y que no tenga que ver en absoluto con la pasada relación afectiva. No es admisible que los hombres en su conjunto estén bajo sospecha por el hecho de tener, pero sobre todo de haber tenido, una relación con una mujer. Y por ello, aunque lo mejor sería aclarar y reformar la ley en este punto, creo que mientras llega esa reforma, los Jueces de Violencia sobre la Mujer deberán comprobar siempre que existe un trasfondo afectivo detrás de la acción antijurídica, aplicando el art. 87 ter.4 L.O.P.J. Y los imputados podrán alegar en su descargo que no existe ese trasfondo. Porque, de lo contrario, tarde o temprano se colapsarán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de denuncias o querellas que, con el único ánimo de perjudicar al hombre, traten de hacer pasar esa denuncia como un acto de violencia de género, sin serlo realmente. Por ello, en los casos en los que se alega una relación pasada, legal o simplemente afectiva, el Juez deberá poner especial empeño en averiguar este punto, utilizando para ello la estricta inmediación que le impone el art. 87 ter.5 L.O.P.J., observando las circunstancias en que se produjo el supuesto acto violento, y tomando declaración al supuesto agresor y a la víctima antes de decidir definitivamente sobre su competencia.

Sea como fuere, una vez establecida la competencia por razón de la materia, los arts. 87 ter L.O.P.J. y 14.5 LECrim establecen también la competencia funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que se concreta en las siguientes fases procesales:

- Instrucción, incluyendo cualesquiera diligencias de investigación o cautelares que se adopten, como la orden de protección.
- Conocimiento y fallo de las faltas de los títulos I y II del libro III del Código Penal (87 ter d L.O.P.J.).

2.3 Problemas de constitucionalidad de la competencia objetiva penal. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

Con todo, lo que provoca más inquietudes³⁷ es el hecho de que se centre en la víctima el punto de conexión para la atribución de competencia a estos juzgados, puesto que ello puede producir algún reparo grave con respecto al cumplimiento de las garantías exigidas por el Tribunal Constitucional con

³⁷ Ya expresó sus dudas al respecto el CGPJ, en su informe de 24 de junio de 2004 sobre el anteproyecto de ley integral. También DEL POZO PÉREZ, Marta, *Comentario al art. 43*, en: "SANZ MULAS e.a. (coord.), Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, Paracuellos del Jarama 2005, pp. 179 y ss.

respecto, no exactamente al derecho de igualdad,³⁸ sino al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley. Exige dicho derecho, entre las cuatro principales garantías proclamadas por el Tribunal Constitucional, que la predeterminación de la competencia judicial se realice de manera genérica.³⁹ Y la competencia no está determinada de ese modo cuando se establece dicha competencia en función de quién sea la víctima del delito, y además se excluye a otras personas que sean víctimas de exactamente el mismo delito, y en las mismas circunstancias, por razón de su sexo. Y es que estos juzgados son únicamente competentes cuando la víctima es una mujer. Y no lo son cuando la víctima es un hombre, con independencia de su orientación sexual,⁴⁰ y ni siquiera cuando la víctima es transexual.

Y ello resulta sencillamente inaceptable. La Ley, como ya dije, parte de la idea de que las agresiones sobre mujeres tienen especial incidencia en España, lo cual permítaseme decir que cuesta muchísimo de creer como dato objetivo, si se compara la incidencia de estos actos en otros países, extremo que se silencia.⁴¹ Por algo será que otros países europeos,⁴² como Alemania, hubieran tomado medidas especiales al respecto con bastante anterioridad,⁴³ o que en países tan alejados de nosotros como Australia, se hayan emprendido esas mismas medidas.⁴⁴

³⁸ Que es con respecto al que se han realizado todas las críticas, creo que de forma algo injusta y exagerada, a la luz de las estadísticas del informe del CGPJ de 2003, que demuestran que la mujer es la víctima en un 90% de los casos, lo cual la hace merecedora de una especial protección, reitero, desde el punto de vista del derecho de igualdad. Vid. sobre esta estadística COMAS D'ARGEMIR CENDRA, Montserrat, *Nuevas soluciones frente a la violencia de género*, Iuris, n. 87, oct. 2004, p. 65.

³⁹ STC 101/1984 de 8-11-1984, F.J. 4. "(...) La predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso.

⁴⁰ Llama la atención sobre ello MARTÍNEZ ASTEINZA, Óscar, *La tutela penal en la Ley de Violencia de Género*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 669, 14-5-2005, p. 5. SENÉS MOTILLA, *La competencia penal y en materia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer*, La Ley, 1-12-2005, n° 6371.

⁴¹ Vid. dicha situación en BERBELL, Carlos, *La violencia doméstica en el mundo*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 247-248.

⁴² Vid. también las medidas adoptadas en Francia en VUELTA SIMON, Samuel, *Elementos del trato de la violencia doméstica en Francia*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 117 y ss. O la situación en el Reino Unido, que cabe consultar en WILLIAMS, Aled, *Nota sobre la violencia doméstica en el ordenamiento jurídico penal y procesal penal inglés*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 223 y ss.

⁴³ Aparte de otras reformas concretas en el ámbito penal, es especialmente interesante la Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung de 11-12-2001.

⁴⁴ Vid. http://ofw.facs.gov.au/womens_safety_agenda/australia_says_no.htm

Se trataba de luchar, ciertamente, contra la lacra atávica del “machismo”. No voy a entrar en consideraciones de tipo sociológico, porque no soy especialista en ellas. Pero lo que sí que puedo decir es que no se puede sustentar sobre una base sociológica, condicionada con frecuencia por las ideologías, la competencia de un Juzgado. Sencillamente porque ello no supone atribuir de forma genérica la competencia a un Juzgado, sino que se trata de una atribución concreta y específica de las agresiones que se produzcan contra unas determinadas víctimas: las mujeres heterosexuales que tengan o hayan tenido relaciones con hombres.

Debo indicar que ello es especialmente grave, puesto que es posible que, como ocurre tantas otras veces, esa vulneración del derecho al juez legal acabe repercutiendo en la imparcialidad judicial. Puesto que mostrado a las claras el trasfondo ideológico de la atribución competencial, es difícil sustentar que los Magistrados que se encarguen exclusivamente de estos casos tengan, aparenzialmente,⁴⁵ la debida imparcialidad, aunque la puedan tener realmente, por supuesto.

Y con lo anterior no estoy intentando desvirtuar el hecho de que la violencia en las relaciones de pareja tenga especial incidencia entre las mujeres, porque ese hecho es innegable.⁴⁶ Lo que quiero decir es que la decisión del legislador hubiera sido igualmente rechazable – aunque un poco más generalista al menos – si se hubiera dedicado a crear Juzgados para luchar contra las agresiones en las relaciones de pareja, de cualquier relación de pareja, homosexual o heterosexual. Puesto que concebir unos juzgados para que conozcan de algo tan específico, repito, a mi entender contraria las garantías que ofrece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

2.4 Competencia objetiva civil

La competencia de estos Juzgados no se restringe a cuestiones penales, sino que continuando con una peligrosa tendencia inaugurada en la anterior reforma sobre la materia, se les confieren, de manera “exclusiva y excluyente” (art. 87 ter.3 L.O.P.J. y art. 49 bis.5 L.E.C.) competencias en el ámbito civil también, con respecto a los siguientes procesos (art. 87 ter.2 L.O.P.J.):

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.*
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.*
- c) Los que versen sobre relaciones paterno-filiales.*
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.*

⁴⁵ Insistía en esta importante circunstancia RUIZ VADILLO, Enrique, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, Tomo VI, p. 1641.

⁴⁶ VIDAL i MARSAL, *Ley integral*, cit. p. 28.

- e) *Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.*
- f) *Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.*
- g) *Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.”*

Y para que ello se produzca, debe darse la circunstancia de que alguna de las víctimas antes citadas, o el agresor, sea parte en uno de esos procesos civiles ya iniciados con anterioridad a la agresión, o bien que se inicien a partir de la misma.⁴⁷ La única cautela que se establece en el propio art. 87 ter.3 L.O.P.J. es que si los hechos denunciados ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no constituyen, “*de forma notoria*”, violencia de género, se inadmitirá la pretensión.

Para el cumplimiento de todo ello, se ordena a los Jueces de lo civil que se inhiban en favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer,⁴⁸ tanto si ya hay un proceso pendiente ante estos,⁴⁹ como si aún no lo hay, informando en este caso a la Fiscalía para que lo inste, si ha lugar, previa comparecencia en 24

⁴⁷ Con mucha más complejidad así lo afirma el art. 87 ter.3 L.O.P.J.: “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

⁴⁸ Si aún no se ha iniciado el juicio oral, lógicamente, puesto que estos juzgados no son funcionalmente competentes para esta fase y ya habrían perdido su competencia, según recuerda el art. 49 bis.1 L.E.C.

⁴⁹ Sobre este punto, la redacción del art. 49 bis.1 L.E.C. ha suscitado alguna polémica. Se dice en dicho artículo que, en este caso, el Juez de primera instancia se inhibirá a favor del de violencia sobre la mujer, “*salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral*”, creo que la polémica sobre su redactado desaparece si se considera la situación práctica que prevé el precepto. Un Juez civil, juzgando, por ejemplo, de un divorcio, tiene noticia de que existe un proceso penal de violencia sobre la mujer que es parte en su proceso. Y si tiene noticia será, en la enorme mayoría de las ocasiones, porque se lo habrá dicho una de las partes. Pues bien, lo que creo que quiere decir el precepto es que si una de las partes en el proceso civil (normalmente, por lógica, la mujer) insta la inhibición, la misma sólo será posible mientras se halle pendiente la fase de instrucción. Por tanto, mientras permanezca la competencia del Juzgado de violencia sobre la mujer. Pero si este juzgado ya ha perdido competencia por haberse iniciado el juicio oral, no procederá la inhibición. La solución final es coincidente con la propuesta por ASENIO MELLADO, *La competencia civil*, cit. pp. 14 y ss.

horas del Fiscal y las partes, y resolución del Fiscal en las 24 horas siguientes. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer también puede requerir el conocimiento de estos asuntos, si tiene pendiente una causa de violencia de género con las partes antes citadas. E incluso las partes en el proceso civil, que no tienen posibilidad alguna de presentar declinatoria en estos casos ni de aplicar ninguna otra norma de competencia objetiva civil, pueden instar la inhibición ante el Juzgado de lo civil, presentando la documentación de que un procedimiento penal en el que son partes alguno de los sujetos del proceso civil, está pendiente ante un Juzgado de Violencia sobre la Mujer⁵⁰ (art. 49 bis L.E.C.).⁵¹

La competencia civil de los Juzgados de violencia sobre la mujer ha sido, probablemente, el punto más comentado y criticado⁵² hasta el momento de la ley integral. Atribuyendo competencia civil a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se ha creado un órgano jurisdiccional híbrido, a caballo entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, cuya ubicación dogmática en la clasificación de los órdenes jurisdiccionales no va a dar más que problemas. Conviene destacar especialmente que es la propia ley, en la exposición de motivos, la que descarta que se haya creado un orden jurisdiccional autónomo,⁵³ además de los cuatro ya existentes, sino que lo que realmente se ha concebido es un órgano jurisdiccional que asume competencias civiles y competencias penales, como un Juzgado de primera instancia e instrucción. O incluso como los órganos de la jurisdicción militar, que acogen en su conocimiento competencias penales, administrativas y algunas del orden civil. Personalmente siempre he entendido que la llamada “jurisdicción militar” (arts. 3.2 y 9.3 L.O.P.J.) no existía en realidad, sino que lo que había era una serie de órganos con competencias mixtas, que es justo lo que sucede con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Entiendo que si se niega que para estos últimos juzgados exista un orden jurisdiccional específico, por identidad de razonamiento debe negarse la presencia de ese supuesto orden jurisdiccional con respecto a los órganos jurisdiccionales militares.

⁵⁰ Podrán presentar, según el propio art. 49 bis.4 L.E.C., el testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada.

⁵¹ Sobre estos puntos, vid. ampliamente ASECIO MELLADO, José María, *La competencia civil de los juzgados de violencia frente a la mujer*, Práctica de Tribunales, nº 19, septiembre 2005, pp. 8 y ss.

⁵² Vid. SENÉS MOTILLA, La competencia penal y en materia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer, *La Ley*, 1-12-2005, nº 6371.

⁵³ Insisten en este punto VIDAL i MARSAL, *Ley integral*, cit. p. 27. ASECIO MELLADO, *La competencia civil*, cit. p. 6. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La competencia del juez de violencia sobre la mujer*, en: “BOIX REIG / MARTÍNEZ GARCÍA, La nueva Ley contra la violencia de género”, Madrid 2005, p. 279.

2.5 Problemas de constitucionalidad de la competencia objetiva civil. El derecho fundamental al Juez imparcial

Con todo lo anterior se intenta que todos los extremos posiblemente (aunque quizás no directamente) relacionados con la violencia, se sustancien ante el mismo Juzgado.⁵⁴ Se ha argumentado que esta competencia civil sería contraria al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley,⁵⁵ basándose en el hecho de que esta competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se basaría en un hecho posterior al comienzo del proceso ante el Juez civil, lo cual iría en contra de la determinación apriorística de la competencia que exige este derecho fundamental.

Sin embargo, aún respetando la anterior opinión, me parece dudoso que sea así. El hecho de que un juez deje de conocer de un asunto en favor de otro por un hecho posterior, es algo infrecuente pero no insólito. Ocurre en el caso de los delitos cometidos por aforados, cuando el imputado pierde el aforamiento. O incluso cuando un juez civil está conociendo de una reclamación de cantidad, y en el curso del proceso se sospecha que pudo ser delictiva la apropiación del demandado de dicha cantidad reclamada. Y puede no tratarse de una simple cuestión prejudicial, sino de que la jurisdicción penal pasará a conocer de esa cuestión, al poder la parte perjudiciada acumular, voluntariamente, a dicho proceso penal, la devolución de la cantidad como pretensión de resarcimiento. Puede considerarse que el hecho delictivo es anterior, ciertamente, pero la denuncia del mismo ante el Juez de instrucción es un hecho posterior, y que además no va a depender de la certeza o de la veracidad del hecho denunciado.

Lo que me parece innegable es que con esta atribución de competencia se produce, de nuevo, una pérdida de imparcialidad en este caso ya difícilmente evitable. Piénsese que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer solamente son juzgados que conocen de la instrucción en el ámbito penal, salvo cuando conozcan de faltas, en cuyo caso llevarán a cabo el enjuiciamiento, como es lógico.

⁵⁴ Vid. MAGRO SERVET, Vicente, Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica, *La Ley* (4) 2002, p. 1829. MAGRO SERVET, Vicente, La competencia en materia civil de los juzgados de violencia sobre lamujer (competencia objetiva, territorial y funcional), *Práctica de Tribunales*, nº 19, septiembre 2005, p. 34. MAGRO SERVET, Vicente, Medidas cautelares civilrd y la orden de protección en la Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, *Práctica de Tribunales*, nº 19, septiembre 2005, p. 19. COMAS D'ARGEMIR i CENDRA, Poder Judicial y violencia doméstica, cit. p. 16

⁵⁵ SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, *Comentario al art. 57*, en: "SANZ MULAS e.a. (coord.), Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, Paracuellos del Jarama 2005, pp. 231 y ss, siguiendo el informe del CGPJ de 24-6-2004.

Pues bien, no parece de recibo que, en primer lugar, se resuelva antes el proceso civil que el penal, y además ante un Juez de instrucción evidentemente contaminado y condicionado por la instrucción, y que va a tener que dictar la sentencia civil. ¿Quién puede esperar que las decisiones de ese Juez en el ámbito civil no se vean influidas por la investigación penal, si ya ha decidido no inhibirse del asunto?

Y además, ello todavía resulta mucho más grave si se piensa que, reitero, estamos ante un Juez que se encarga de la instrucción, es decir, que no juzga, por lo que es perfectamente posible que el supuesto agresor sea finalmente absuelto. Y sin embargo, con anterioridad a esa sentencia absolutoria ya se habrá producido un fallo en el proceso civil, a cargo del Juez de Violencia sobre la Mujer, fallo que será coherente, no con la sentencia penal, sino con lo que se deduzca de la instrucción penal. Y debe pensarse que si no sobreseyera la causa será porque considera responsable al agresor.

En estas condiciones, sólo desde una extrema ingenuidad puede pensarse que las decisiones de dicho Juez en lo civil no vayan a verse influidas, más allá de lo razonable, por sus conclusiones en la instrucción penal, lo cual es obviamente contrario al derecho al Juez imparcial y, por tanto, muy probablemente inconstitucional.

3 Especialización de las Audiencias Provinciales

Que se establezca una especialización en los Juzgados de instrucción en esta materia ya se ha visto que es, cuando menos, discutible. Pero puede tener una lógica desde el punto de vista de que se busca la inmediatez en la respuesta judicial, que se pretende obtener a través de la especialización de los órganos jurisdiccionales de instrucción.

Sin embargo, carece de todo sentido que esa especialización se extienda también a las Audiencias Provinciales, porque las circunstancias de necesidad de celeridad e inmediatez en la respuesta judicial ya no concurren más que en otros casos igualmente pendientes ante dichas Audiencias.

Por el contrario, el art. 82.1 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recomienda esa especialización (ex art. 98 L.O.P.J.), eso sí, “*atendiendo al número de asuntos existentes*”. Pero no sólo para conocer de los recursos de la instrucción, que quizás hubiera sido lo más lógico – aunque tampoco me parezca adecuado-, sino también para el fallo de las causas de violencia de género, e incluso para la resolución de los recursos en el ámbito civil, cuando conocieran en primera instancia los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Ello, además, plantea la duda de si del recurso civil se hará cargo la sección penal especializada (allí donde exista), o bien deberán especializarse secciones en lo

civil para estos menesteres. Esa duda no la resuelve el art. 82 L.O.P.J., aunque la disposición en párrafos diferentes de la competencia civil y de la competencia penal, y las posibilidades de especialización de ambas, parece llevar a la conclusión de que la mezcla de competencia civil y penal propia del Juzgado de violencia sobre la mujer no se va a arrastrar hasta la Audiencia Provincial en la medida de lo posible, es decir, allí donde existieren secciones especializadas.⁵⁶ Por ello, parece obvio que el legislador tenía en mente la existencia de secciones civiles especializadas y de secciones penales especializadas, conociendo cada una de ellas de los asuntos reservados a su competencia.

Sin embargo, la solución es muy compleja, y desde luego no está exenta de problemas, especialmente en los lugares donde existan secciones civiles y penales especializadas.⁵⁷ Por ejemplo, cuando el juez de violencia sobre la mujer adopte medidas penales y civiles a través de resoluciones interlocutorias en el marco de una orden de protección, resultará que las medidas penales seguirán el régimen de recursos del proceso penal, y en cambio las civiles, que serán adoptadas probablemente en el mismo auto, deberán ser recurribles según lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ordenarlo de ese modo tajantemente el art. 49 bis.5 de este cuerpo legal. Y piénsese que es posible que la LEC no disponga recurso alguno, como ocurre por ejemplo en el art. 773.3.

Ante esta perspectiva, parece inevitable el intento, legítimo por otra parte, del recurrente de impugnar todas las medidas adoptadas, penales y civiles, a través del mismo recurso, primero de reforma, en su caso, y luego de apelación penal.⁵⁸ Pues bien, es evidente que recursos civiles sólo cabrán los que sean posibles al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero parece que habiendo sido adoptadas estas medidas en circunstancias tan excepcionales, el legislador hubiera debido de prever la posibilidad de recurrirlas conjuntamente.⁵⁹

A mi entender, siendo dichas medidas acordadas como consecuencia de una orden de protección *ex* art. 544 ter LECrim, deberían ser recurribles conjuntamente como si todas las medidas acordadas fueran penales, teniendo en cuenta que, en realidad, lo que se está recurriendo es una medida cautelar penal que, para no frustrar su eficacia, conlleva decisiones en el ámbito civil.

⁵⁶ Esta ha sido la línea del acuerdo del CGPJ de 25-5-2005. Vid sobre el mismo MAGRO SERVET, Vicente, *La competencia en materia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer (competencia objetiva, territorial y funcional)*, Práctica de Tribunales, nº 19, septiembre 2005, p. 42 y ss.

⁵⁷ Vid. su listado en MAGRO SERVET, *La competencia en materia civil*, cit. p. 44 y ss.

⁵⁸ Estoy dando por supuesto, a efectos explicativos, que nos hallamos en el ámbito de un procedimiento abreviado (art. 766 LECrim).

⁵⁹ El tema es muy dudoso, como cabe comprobar acudiendo a TENA FRANCO, Isabel, *La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico procesal penal español: la orden de protección*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 197.

A mi entender, sería un error tratar a estas medidas urgentes del mismo modo que las medidas provisionales del proceso matrimonial civil, porque ni las circunstancias en que se adoptan son las mismas, ni es igual la celeridad que requieren y, además, porque el riesgo en el error en su adopción derivada de la rapidez del procedimiento, que puede convertirse en precipitación, hacen aconsejable que en el ámbito del recurso, la Audiencia Provincial, en su sección penal, se haga cargo de la revisión de las mismas. Y mantengo que se encargue de esta cuestión la sección penal porque parto de la base de que la medida adoptada, pese a su contenido, tiene carácter y finalidad jurídico-penal de protección a la víctima del delito.

Sin embargo, es posible que para cuando llegue la resolución de la Audiencia Provincial, las medidas civiles, cuyo plazo de vigencia es de 30 días (art. 544 ter.7), hayan decaído ya, lo cual hará ilusorio el problema planteado en el anterior párrafo. Pero lo más grave es que provocará que el Juzgado de Violencia sobre la mujer tenga un poder quizás excesivo en esta materia.

Y en cuanto a lo penal, sin embargo, resulta excesiva la existencia de secciones especializadas. No es más urgente la resolución de estos casos que la de un recurso de apelación de un preso provisional o, si ya existe sentencia sobre el proceso civil, la del correspondiente recurso de apelación. Es obvio que el legislador ha querido evitar a las víctimas de la violencia de género, en lo posible, el sufrimiento derivado de la espera inherente a un proceso judicial. Pero sin darse cuenta de que el resto de justiciables también tienen ese derecho. No es menos grave el proceso por el que unos padres intentan que se condene al agresor sexual y asesino de su hijo de 7 años. Y sin embargo, a esos padres no se les prioriza su asunto de ninguna manera.

De nuevo, la presión mediática ha hecho mella en los redactores de la ley. No se pueden priorizar unos casos ante los juzgados porque estén en la *vox populi* en aquel momento, porque un día, siempre ocurre, dejarán de estarlo, y nadie entenderá ya esa especialización. Pero es que, además, se crea un terrible agravio comparativo con respecto al resto de víctimas de otros delitos terribles, que tienen el mismo derecho que la mujer víctima de una amenaza leve a que su caso se resuelva lo antes posible.

Como digo, aun siendo discutible que se hayan creado unos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, existe una cierta, aunque escasa como ya se dijo, justificación, ya que interesa que se adopten las medidas de protección a la mujer de manera muy urgente, así como que se investiguen rápidamente unos hechos de prueba muy compleja, como veremos después. Sin embargo, una vez pasados esos primeros momentos en que hay que actuar rápido, la necesidad de celeridad no es mayor en estos casos que en muchos otros procesos penales.

Nuevamente, se ha legislado *ad casum*, eludiendo el enorme problema generalizado del retraso enorme de las instrucciones penales, motivado en buena medida por la ineficacia policial en la investigación de estos delitos, por falta de medios, y por la lentitud de los órganos jurisdiccionales en mantener activa, concluyendo rápidamente, la instrucción. Se trata de un problema que no se afronta creando un nuevo juzgado, porque persiste en el resto de órganos jurisdiccionales. Quizás en estos casos, para conseguir el mismo objetivo de la celeridad, hubiera sido mejor obrar legislativamente de un modo distinto, aprovechando la ocasión para alcanzar también otros fines, tal y como lo explico en el siguiente epígrafe.

4 Reorganización del Ministerio Fiscal

Si de algo sirve jurídicamente la presión mediática, es para aprovechar su impulso a fin de estimular reformas atascadas y difíciles, o introducir cambios difícilmente aceptables sin la polémica ciudadana, o incluso para intentar realizar un banco de pruebas con la cuestión polémica en concreto.

Hace muchos años que en España existen múltiples voces que defienden que sea el Ministerio Fiscal quien se haga cargo de las instrucciones penales, como ocurre de forma generalizada en Europa. Y sin embargo, en nuestro país seguimos utilizando un sistema puramente de circunstancias, creado en el siglo XIX ante la imposibilidad económica de crear nuevas plazas de Fiscales, lo que hubiera sido necesario para la introducción plena del sistema acusatorio en nuestro país.⁶⁰

Sin embargo, se olvidaron esos orígenes, y actualmente, aunque sean una minoría, no son pocos los juristas que abogan por el mantenimiento del sistema actual de los jueces de instrucción. Ha habido tentativas de modificación, pero ninguna de ellas ha concluido con éxito real, salvo la realizada con respecto a los fiscales en el proceso penal de menores.

Entiendo que antes que crear unos órganos jurisdiccionales específicos, como los Juzgados de violencia sobre la mujer, que no van a hacer sino confundir a propios y extraños, y que además tendrán una existencia absolutamente contingente, hubiera sido mucho más astuto aprovechar la ocasión para otorgar al Ministerio Fiscal la instrucción en estos casos, haciendo de los jueces de instrucción meros jueces de garantías constitucionales. No hubiera hecho falta la creación de muchas plazas de

⁶⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Barcelona 2001, pp. 51 y ss, donde recojo, entre otros datos, los contenidos en los Apéndices a la memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, RGLJ, 1871, tomo XXXIX (apéndice III), pp. 131 y ss, que evidencian la afirmación que acabo de realizar.

Fiscales, sino solamente especializar a algunos de los existentes, como veremos que ya se ha hecho. Y se hubiera podido analizar así si el nuevo sistema resultaba eficaz en estos casos de violencia de género. Siendo las cosas de ese modo, hubiera sido enorme el impulso ciudadano que hubiera recibido la reforma, de haberse producido la deseada eficacia de los resultados, y en ese caso hubiera podido efectuarse la tantas veces anhelada atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal.

Sin embargo, por desgracia, no ha sido así. Se prevé la especialización de unos cuantos fiscales en estos temas, pero teniendo en cuenta la escasísima intervención real del Fiscal en la instrucción penal (vid. arts. 773 LECrim y 5 EOMF), es posible que esta especialización caiga en saco roto, como ha solido ocurrir otras veces en que se ha intentado algo parecido.

El art. 18 quáter del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé el nombramiento de un Fiscal delegado del propio Fiscal General del Estado, especializado en la violencia sobre la mujer, otorgándole las funciones que ya tenía antes de la reforma, es decir, en resumen, la práctica de diligencias preprocesales que cesan inmediatamente después de que un Juez incoe la instrucción, así como su intervención habitual durante la propia instrucción y el juicio oral.

Y de nuevo se nota aquí la influencia de los medios de comunicación, puesto que ese Fiscal delegado directo del Fiscal General del Estado, actuará solamente en los “*procesos penales de especial trascendencia*”, apreciada por el propio Fiscal General, y que versen lógicamente sobre la violencia de género, así como en los procesos civiles relacionados con el asunto en cuestión. Todos sabemos cuándo uno de estos casos cobra “especial trascendencia”: cuando aparece en varios programas de televisión. Y entonces será el momento en el que el Gobierno querrá dar sensación de eficacia, y hasta el propio Fiscal General del Estado se ocupará del tema... Sobran otros comentarios acerca la reforma, constatado lo anterior.

No obstante, se le otorgan en el mismo precepto competencias más útiles, como la supervisión, coordinación e informe semestral de la labor de los Fiscales especializados en estos supuestos, de los que hablaré a continuación.

En el nivel inferior, aparte de la creación de delegados de la Jefatura de las Fiscalías a fin de buscar mayor eficacia y coordinación en estos temas (art. 22.6 EOMF), se crean secciones en las Fiscalías de la Audiencia Nacional,⁶¹

⁶¹ Aunque honestamente desconozco en qué casos piensa el legislador que conocerán los órganos de la Audiencia Nacional de un caso de violencia de género, teniendo presente la competencia establecida en el art. 65 L.O.P.J., cuya mera lectura desvela claramente la extrema dificultad de que ello ocurra, resultando, por tanto, inoportuna la creación de la referida sección.

Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, especializadas en violencia de género, buscando que sus integrantes tengan una cierta formación específica en el tema (art. 18.1 EOMF). Aunque consciente el legislador de que no siempre habrá tantos casos de violencia de género que justifiquen una adscripción permanente de los Fiscales, les permite realizar también su cometido en otros ámbitos cuando sea preciso.

Sin embargo, el problema es el mismo que en el caso anterior. Aunque se prevé su intervención en los procesos penales y civiles que estén relacionados con el asunto en cuestión, las funciones del Ministerio Fiscal durante la instrucción son muy mermadas (vid. art. 773 LECrim, especialmente la última frase), por lo que no es esperable un gran avance derivado de la especialización.

III. Medidas preinstructoras e instructoras de protección de la víctima

Antes que crear órganos jurisdiccionales de existencia efímera, y emprender todas las actuaciones legislativas que llevamos ya analizadas, hubiera sido mucho más urgente la regulación de todas las materias que vamos a analizar a partir de aquí, puesto que son justamente estas las que poseen mayor importancia de cara a la debida instrucción de los delitos y protección de las víctimas. Pero no ha sido así. Examinemos lo que ha hecho el legislador, junto con lo que debería haber hecho en cada uno de los apartados que propongo.

1 La importancia de la actuación policial

Una prioridad en la actuación, más que del legislador, del Gobierno, hubiera debido ser la mejora de la eficacia policial en la investigación y prevención de cualquier delito. Y si se deseaban priorizar los casos de violencia de género, habría que haber empezado por la revisión, y cumplimiento efectivo, del protocolo de actuación policial en estos casos, pero sobre todo en la dotación de muy superiores medios a los cuerpos y fuerzas de seguridad.

Sin embargo, en el art. 31 de la Ley integral solamente se ha previsto la creación de “*unidades especializadas en la prevención de la violencia de género*”, con respecto a los cuerpos nacionales y autonómicos. Y en relación con las policías locales, se prevé simplemente su colaboración con los cuerpos antes citados, para asegurar el cumplimiento de las órdenes de alejamiento y de las condenas de prohibición de acercamiento y residencia del art. 57 del Código Penal.

Todo ello es tanto como no decir nada. Las unidades que se creen van a ser escasas, porque escasos son ya los medios personales de los cuerpos y fuerzas de seguridad. Pero es que, además, al margen de crear unidades especializadas en estos cuerpos, el Legislador debería haber tenido en cuenta que en estos delitos lo más importante es la práctica de las diligencias de prevención, que veremos después, así como la sensación de presencia de los agentes en la mente del agresor, que evitan nuevas agresiones.

Sobre el segundo punto no me ocuparé, por no pertenecer estrictamente al Derecho Procesal su tratamiento. Pero con respecto al primero, paso a tratarlo en el siguiente epígrafe.

2 Diligencias de investigación. La importancia de las diligencias de prevención

En los delitos de violencia de género, es enorme y determinante la importancia de una actuación investigadora rápida por parte de la Policía judicial, o de quien haga sus funciones. No acostumbran a ser delitos que dejen demasiadas huellas de su comisión, como veremos después, por lo que la recogida de los escasos vestigios que hayan podido quedar ha de realizarse con una inmediatez extraordinaria.⁶²

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no es precisamente prolija en esta materia, ya que al concebir su modelo general para la investigación de delitos graves, suele pensar más en la persona del juez que en la del policía a la hora de recoger el cuerpo del delito, aunque en la realidad sea siempre la policía quien se encarga de esa labor. Por ello, solamente se refiere a esta materia de manera marginal al tratar de la policía judicial, bajo el nombre de “diligencias de prevención”.

Dichas diligencias las practica normalmente, como digo, la policía judicial (282 LECrim) como consecuencia de una denuncia policial, o una especie de “prequerella”, también efectuada ante la policía, con el objeto de que se practiquen las referidas diligencias con motivo de delitos flagrantes, o que no dejan huellas, o en aquellos casos en que fuera de temer la fuga del supuesto responsable (art. 273 LECrim).

Las tres circunstancias concurren en gran número de casos de violencia de género, y por ello estimo que el legislador podría haberse dedicado a redactar un apartado general en la ley dedicado a estas diligencias de

⁶² Incluso con motivo de la visita de una víctima a un servicio médico, como destaca GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, *El Ministerio Fiscal en la coordinación de los servicios e instituciones implicados en la lucha contra la violencia doméstica*, en: “Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales”, T. I, Madrid 2000, p. 393.

prevención (a día de hoy inexistente), explicando su importancia, y detallando la trascendencia y alcance que pueden tener. No hubiera sido algo específicamente concebido para luchar contra la violencia de género, pero hubiera sido especialmente relevante para combatirla.

Ciertamente, con las diligencias de prevención se trata tan solo de comprobar someramente la comisión del delito denunciado (269 LECrim), y por ello dispone la ley que cesen estas diligencias tan pronto como se incoa una instrucción judicial (art. 286 LECrim). Pero es que en los casos de violencia doméstica es posible que el único material que vaya a existir en la instrucción provenga solamente de las diligencias de prevención, ante la imposibilidad de practicar ulteriores diligencias y, por ello, al margen de que con la regulación actual deba insistirse mucho en la eficacia que a pesar de todo tienen esas diligencias en estos casos, estimo que debería haberse hecho un estudio constitucional de todas estas diligencias, a fin de actualizarlas a las necesidades actuales, determinando su auténtico valor probatorio en el juicio oral, si es que pueden tenerlo de alguna forma con la regulación actual, extremo que analizaré después. Con todo ello se intenta que no se pierda su relevancia y virtualidad real por inconvenientes dogmáticos, puesto que ello puede ser fatal para la condena del agresor.

Por consiguiente, sin perjuicio de cuanto argumentaré después, entiendo que teniendo en cuenta que en estos casos las pruebas suelen ser ciertamente muy escasas, debería haberse previsto, probablemente, un mayor valor de estas diligencias, puesto que en la actualidad, siendo comunicadas inmediatamente, antes de 24 horas, al Juez de instrucción a través de atestado (arts. 292 a 295 LECrim), no tienen otro valor que el que posee la denuncia (art. 297.1 LECrim), lo que puede ser frustrante para las intenciones del Legislador, pero sobre todo, para la protección debida de la víctima. La única cautela que establece la ley es que no cesen en su práctica aunque se comuniquen al Juez, pero ello resulta claramente insuficiente.

En la línea antes explicitada, en este particular hubiera sido especialmente útil la potenciación real de la intervención del Ministerio Fiscal, en colaboración con la policía, ya que estas diligencias de prevención son las propias de estos profesionales. La labor de un Juez es incoar formalmente una auténtica instrucción, y no es que no pueda practicar esas diligencias, como parece sugerir la ley (art. 287 en relación con 269, 273 y 286 LECrim), sino que teniendo en cuenta su labor cotidiana y manera de trabajar, no va a actuar tan rápidamente como lo hará un policía. Y por ello, aceptando esa realidad, debería haberse establecido una regulación completa de la labor policial en estos casos.

Exactamente lo mismo cabe decir de las llamadas “*primeras diligencias*”⁶³ (498 y ss LECrim) equiparadas en la ley con cierta frecuencia con las diligencias de prevención, y que son las que practica el Juez incompetente objetiva o territorialmente, incluyendo los casos de aforamientos (art. 12 LECrim).

Dichas diligencias duran un máximo de 3 días, debiendo ser traspasadas inmediatamente al Juez competente (art. 307 LECrim), y consisten en (art. 13):

- Dar protección a los ofendidos, perjudicados y familiares, pudiendo acordarse las medidas del 544 bis y ter.
- Consignar los vestigios del delito que puedan desaparecer.
- Recoger y custodiar todas las fuentes de prueba de la perpetración del delito e identificación del delincuente.
- Detención de supuestos responsables.

De nuevo, el problema de toda esta regulación es su tremendo desorden, además de que, a la postre, estas primeras diligencias deben tener *ex lege* un escaso valor en el juicio oral, lo que es especialmente inconveniente en los supuestos de violencia de género. Doy por reproducido, por tanto, cuanto he dicho respecto a las diligencias de prevención, instando en una próxima reforma a regular de forma específica este punto.

3 La evitación de la confrontación visual con los menores

En los supuestos de violencia de género, es frecuente la aparición de menores en la causa, sea como víctimas, sea como testigos del acto de violencia. En cualquiera de los casos, deben ser protegidos en el momento de su declaración, como en general durante todo el proceso. Ya es especialmente grave haber presenciado, o al menos conocido, el acto de violencia sobre la madre, o a cargo del agresor, como para agravar ese trauma psicológico a través de la celebración del proceso.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal la verdad es que tampoco piensa demasiado en estas cuestiones. Originariamente sólo se fijó en la posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada (art. 680 LECrim), pero no se establecía expresamente que esto pudiera acaecer para proteger psicológicamente a los menores presentes en la causa, de un modo u otro.

Tenemos que esperar hasta finales del siglo XX, en concreto con motivo de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, para que el Legislador se decidiera a reaccionar, tras la conocida, aunque aislada, sentencia de la Sala Segunda del

⁶³ Menciona su importancia en materia de violencia de género, SOLÉ RIERA, / LARRAURI PIJOAN, *Violencia doméstica*, cit. p. 65.

Tribunal Supremo, en la que casó una sentencia por haberse utilizado durante el juicio un biombo para evitar la confrontación visual del agresor con el menor, considerando que ello era contrario al derecho de defensa del imputado.

En dicha reforma se dispuso lo siguiente. Ante la necesidad de que el imputado viera por sí mismo todas las actuaciones (salvo las declaradas secretas durante la instrucción) a fin de poder ejercer en las debidas condiciones su autodefensa, los arts. 448.3 y 707 disponen que durante la declaración del menor se disponga, previa resolución motivada e informe pericial, cualquier medio técnico o audiovisual que impida la confrontación visual del testigo menor con el imputado, permitiendo a dicho imputado observar la declaración, pero sin que el menor tenga que verle a él.

En este sentido, lo más frecuente es la declaración a través de videoconferencia,⁶⁴ o por circuito cerrado de televisión.⁶⁵ Tiene el inconveniente de la falta de medios en muchos juzgados de España en los que se puedan utilizar estos sistemas.⁶⁶ Por ello, entiendo que la ley integral debería haber dispuesto que en todos los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se crearen, así como en los que se especializaren en este tema y en los que asumieren esta competencia, deberían existir estos medios técnicos necesariamente. Pero la ley, sorprendentemente, no se ha preocupado prácticamente en absoluto de ningún tema tecnológico, a pesar de su evidente utilidad en muchos puntos relacionados con la violencia de género, como veremos más adelante.

4 Protección de testigos

Otro de los aspectos importantísimos en materia de violencia de género, es la protección, inmediata y futura, de las personas que actúen como testigos en el proceso. Puede tratarse de familiares, pero también de vecinos, amigos, compañeros de trabajo, que pueden tener razonablemente miedo a ser represaliados por el agresor cuando declaren en contra de esa determinada persona en estos supuestos.

La ley integral, centrada solamente en la protección de la víctima, se ha olvidado de este aspecto tan esencial que, nuevamente, será determinante para conseguir la condena del agresor. y por tanto, para conseguir la protección auténticamente eficaz e integral de la víctima.

⁶⁴ Vid. Instrucción 3/2002 de 1 de marzo de la Fiscalía General del Estado, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, suplemento al BIMJ, nº 1935, de 15 de febrero de 2003.

⁶⁵ El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema en las SSTS (Sala 2ª) 9-3-1999 (RJ 1999/987), 30-4-2002 (RJ 2002/6370), 21-3-2003 (RJ 2003/4881), entre otras.

⁶⁶ MAGRO SERVET, *Medidas cautelares civiles*, cit. p. 21.

Actualmente tan solo poseemos lo mismo que ya existía, es decir, la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales. Aunque dicha ley se promulgó pensando, sobre todo, en los supuestos de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y en los casos de terrorismo, su brevísima regulación puede ser utilizada tanto durante la instrucción como en el juicio oral en estos supuestos de violencia de género.⁶⁷ En dicha ley se prevén diversas medidas para la protección del testigo, de su familia y de sus bienes, que pueden resultar de gran utilidad en los casos que nos ocupan.

En primer lugar, puede ser muy útil la ocultación de la identificación visual durante el proceso (art. 3.1 LO 19/1994). Ello puede incluir la prohibición de tomar imágenes, retirando el material gráfico captado por la prensa. Todo ello tiene gran importancia para la víctima, ciertamente, que también es un testigo. Pero tiene especial importancia para la debida protección de los menores.

Por otra parte, también puede ser, no ya muy conducente, sino esencial en muchísimos casos, la ocultación del domicilio del testigo (art. 2.c LO 19/1994), que repito, puede ser también la víctima-mujer, o la víctima-menor. De esa forma, se practicarán las notificaciones en el propio órgano jurisdiccional, no pudiendo saber el agresor, en manera alguna, dónde se encuentran sus víctimas. Ello puede ser definitivo para el mantenimiento real de las órdenes de alejamiento,⁶⁸ aunque también para evitar el acoso o amedrentamiento de los testigos con carácter previo a su declaración en el proceso.

Otra de las medidas útiles previstas en la ley, pero de muy dificultosa aplicación práctica, es la disposición de protección policial a la víctima, y otorgamiento de nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia o trabajo (art. 3.2 LO 19/1994). Vayamos por partes.

La protección policial y el otorgamiento de medios económicos, desde luego, sería la mejor medida para proteger eficazmente a la víctima, puesto que en muchas ocasiones dicha víctima vive en el mismo barrio que el agresor, o trabaja en la misma empresa, etc. Pero el número de casos de violencia doméstica que se denuncian cada año⁶⁹ hacen que el otorgamiento de esa

⁶⁷ Así lo defiende COMAS D'ARGEMIR CENDRA, *Novedades legislativas introducidas por la L.O. 14/1999*, cit. pp. 214 y ss, aunque lógicamente destacando el carácter incompleto de la ley para los supuestos de violencia de género. Vid. también DE LAMO RUBIO, Jaime / GANZENMÜLLER ROIG, Carlos / ESCUDERO MORATALLA, José Francisco / FRIGOLA VALLINA, Joaquín, *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar*, Barcelona 2002, p. 121.

⁶⁸ Lógicamente, salvo casos de auténtica mala suerte en los que, no sabiendo el agresor dónde está la víctima, se encuentre con ella por casualidad.

⁶⁹ Según el informe sobre la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica del CGPJ de 5 de noviembre de 2004, solamente en el primer semestre de 2004 fueron tramitadas 41.738 denuncias sobre este particular.

protección policial sea prácticamente inviable en la enorme mayoría de casos, por lo que debe respetarse el carácter de excepcionalidad (“*peligro grave*”) con el que prevé la LO 19/1994 está medida. Y lo mismo hay que decir del otorgamiento de medios económicos, por lo que, ciertamente, hay que pensar en otras soluciones para proteger a los testigos-víctima. En compensación, en el aspecto económico la ley integral (arts. 17 y ss) se ocupa de las víctimas, en una forma que no comentaré por exceder del objeto de mi estudio, salvo en aspectos puntuales a los que después me referiré.

Con respecto al cambio de identidad, no estoy convencido de que lo más útil en estos casos sea que la mujer deba renunciar a su identidad. Aunque previa su solicitud, y acompañada la medida de un cambio de domicilio, podría ser una protección muy eficaz frente a futuras agresiones, por lo que debe tomarse en consideración, y no dotarla de un carácter auténticamente excepcional, como quiere la ley, sino hacerla depender de las circunstancias del caso y de la solicitud de la mujer, a criterio del Juez.

Medidas como acudir al Juzgado en un vehículo oficial (normalmente un coche de policía), no tienen por qué provocar excesivos problemas de aplicación, siempre y cuando la policía de la concreta población donde se celebre el juicio, disponga de medios para ello, lo que no siempre es tan fácil como pudiera pensarse.

En el art. 2.º de la LO 19/1994 se alude también a la ocultación de identidad durante la instrucción, que pueda seralzada en el juicio oral previa solicitud de parte, y mediante resolución motivada (art. 4.3). Ciertamente, esta medida será ineficaz en la mayoría de casos, puesto que todos los testigos que intervengan en el proceso se conocerán con anterioridad. Pero no obstante, puede ser útil para la evitación de represalias contra los vecinos que declaren, lo cual podría motivar la adopción de esta medida.

De todos modos, se trata de una actuación que restringe el derecho de defensa del imputado, por lo que debe ser aplicada con carácter excepcional, y normalmente alzada en el juicio oral a solicitud de cualquiera de las partes, como dispone el art. 4.3 de la LO 19/1994. Lo contrario significaría una merma de las oportunidades procesales del imputado, incompatible con su derecho de defensa. Por ello, para seguir protegiendo al testigo a partir de esa revelación, deberán aplicarse otras medidas para conseguir su tutela.

Presupuesto para la adopción de todas estas medidas es que el Juez aprecie *peligro grave* para la persona, familia y bienes del testigo (art. 1.2 LO 19/1994), lo que no concurre en todos los supuestos de violencia de género, pero puede evidentemente ocurrir, por lo que habrá que confiar en la discrecionalidad judicial en la adopción de estas medidas, con los matices ya indicados en este epígrafe.

Las medidas que adopte el Juzgado de Violencia sobre la Mujer serán revisables por el Juez que conozca del juicio oral, que las ampliará o alzará, o incluso las podrá mantener, cabiendo reforma o súplica, según cuál sea el órgano jurisdiccional, contra ese auto.

5 La orden de alejamiento y suspensión de las comunicaciones

En los casos de violencia de género se produce, en ocasiones, la reincidencia en la acción violenta, motivada por la especial relación psicológica del agresor con la víctima. Hay que conjurar ese peligro de la manera más eficaz posible, porque al propio tiempo también se conseguirá la tranquilidad de la víctima, indudablemente perturbada por el acto de violencia.

Para ello, es esencial impedir que el agresor se comunique con la víctima, y puedan surgir nuevas tensiones que generen nuevos actos de violencia, y al mismo tiempo debe evitarse que el agresor merodee por los lugares que frecuenta la víctima, porque ello, de nuevo, propicia la reincidencia, y además sume a la víctima en una sensación de inseguridad absolutamente incompatible con su derecho a la libertad de movimientos.

A tal efecto, siguiendo en buena medida la pauta marcada por los arts. 48 y 57 del Código Penal, con carácter cautelar, y solamente “*cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima*”, se dispone la posibilidad de decretar la prohibición de residencia en un determinado lugar (544.bis.1 LECrim), o de acercamiento a un determinado lugar o persona (544 bis.2).⁷⁰

Teniendo en cuenta la gravedad que suponen estas restricciones de la libertad personal, el art. 544 bis.3 da directrices para la modulación de la medida, consistentes en obligar al juez a considerar la situación económica, social, laboral y sanitaria del supuesto agresor, con carácter previo a la adopción de la medida.⁷¹

Las consecuencias del incumplimiento de las medidas ordenadas se detalla en el párrafo cuarto del art. 544 bis. Teniendo en cuenta la relevancia del incumplimiento, el Juez podrá adoptar medidas cautelares aún más graves

⁷⁰ De todos modos, hay que tener en cuenta que la medida no es completamente nueva, sino que ya se podía adoptar como primera diligencia al amparo del art. 13 LECrim en su versión original de 1882 (“*dar protección a los perjudicados*”). Ahora lo que ha hecho el legislador es ampliar el ámbito subjetivo de los protegidos. Esta sagaz observación es realizada por DE URBANO CASTRILLO, *El alejamiento del agresor*, cit. p. 1632.

⁷¹ Sobre la concurrencia de estos presupuestos y su valoración, vid. DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *La Medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar*, Actualidad penal. T. 3, 2002, pp. 815 y ss.

para conseguir la protección de la víctima,⁷² pudiendo llegarse hasta la más dura de todas, la prisión provisional (previa la celebración de la preceptiva audiencia del art. 505 LECrim), o incluso a la emisión de la orden de protección del art. 544 ter LECrim, que comentaré después. Por supuesto, también se pueden incoar diligencias por la comisión del delito de desobediencia.

Uno de los primeros extremos que sorprende de esta regulación es que la ley no establece los plazos máximos de duración de estas medidas, indudablemente restrictivas de la libertad personal. Debe pensarse que estas prohibiciones limitan muy relevantemente la libertad de movimientos del imputado, que puede llegar a convertirse en una especie de destierro⁷³ del mismo, sin haber sido juzgado aún, no se olvide. Lo lógico es que si en el art. 57 del Código Penal se establecen plazos máximos para la duración de esas restricciones cuando hay una condena, carece de sentido que no se hayan regulado también unos plazos cuando la medida se aplica sobre un imputado, es decir, sobre una persona que goza de la presunción de inocencia por mandato constitucional.

Teniendo en cuenta esta situación, era de esperar que en la ley integral se determinaran estos plazos. Pero sin embargo, el art. 64 de dicha Ley se dedica simplemente a completar el tenor de ese artículo para los casos en que la víctima sea una de las protegidas por la ley integral, lo cual, si bien no restringe la protección del art. 544 bis, se centra solamente en los casos en que la víctima sea, como digo, de las señaladas por la ley integral.

De ese modo concreta que la orden de alejamiento puede consistir en la expulsión del domicilio de convivencia con la víctima, prohibiéndole volver al mismo, de nuevo, *sine die*. También se prevé la imaginativa y útil posibilidad excepcional de que la víctima permute el uso de su vivienda por otra, en combinación con alguna agencia o sociedad pública que facilite estos negocios jurídicos. Por lo demás, se reitera la prohibición de aproximación a la víctima o a los lugares que frecuente, obligando al Juez a decretar una distancia mínima de alejamiento. Como garantía del cumplimiento de todo ello, se prevé la utilización de medios tecnológicos.

Por último se dispone, como novedad, la prohibición de comunicaciones a iniciativa del imputado, con la víctima, o con otras personas que el Juez indique (art. 64.5).

⁷² Vid. la crítica sobre este punto de ORTELLS RAMOS, Manuel, Tratamiento de la violencia doméstica en la LECrim (un comentario a la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica), en: “Encuentros “violencia doméstica”, Madrid 2004, p. 432.

⁷³ Sobre las ligeras diferencias del alejamiento con el destierro o extrañamiento, del que es antecedente, DE URBANO CASTRILLO, *El alejamiento del agresor*, cit. p. 1633.

Todo ello es justamente lo que era necesario hacer. Impedir esas molestas llamadas o mensajes, o cartas o mails a la víctima, y evitar que la víctima tenga la sensación de persecución en todo momento, sabiendo que el imputado no va a poder incumplir la orden de protección.

Sin embargo, ha descuidado el legislador tres puntos esenciales para la constitucionalidad y eficacia de esas medidas. En primer lugar, como dije, no ha regulado los plazos máximos de estas medidas restrictivas de la libertad. La Constitución no se refiere a este extremo, aunque sí lo hace con respecto a la detención y a la prisión provisional, no porque decidiera el constituyente dejar de lado estas medidas de alejamiento, sino porque sencillamente en 1978 no existían tales medidas. Siguiendo el articulado de la Constitución al pie de la letra, desde luego, no parece que exista un problema con que estas medidas carezcan de un plazo máximo. Pero sin embargo, esa interpretación no puede prosperar por ser restrictiva del derecho de libertad personal. La Constitución establece unos mínimos de protección, pero ello no quiere decir que por vía analógica no puedan ampliarse esos mínimos, ni que la restricción de la libertad personal pueda adoptarse *ad kalendas graecas*. Por ello, el art. 61.2 de la ley integral dispone claramente que el Juez determine esos plazos.⁷⁴

Sin embargo, no existe precepto legal en el que basarse para determinar esos máximos,⁷⁵ lo cual sorprende más si se lee el art. 544 ter.7, y se ve que en ese precepto se establece un plazo de 30 días para la vigencia de medidas cautelares **civiles**, con anterioridad a la presentación de la correspondiente demanda. En estas condiciones, al margen de reiterar que carece de sentido que no se establezcan esos plazos en las condiciones explicitadas, parece que sólo nos queda confiar en la prudencia judicial, y en recordar que las medidas cautelares solamente pueden ser mantenidas mientras persiste la situación de peligro que condujo a su adopción. Por ello, la medida puede y deberá ser objeto de revisión, debiendo seralzada cuando carezca ya de razón de ser.

Además, sorprende sobremanera que el art. 544 bis no haya arbitrado un procedimiento con audiencia al imputado, previo a la adopción de la medida, así como con previa solicitud de una parte acusadora. Entiendo que

⁷⁴ Esa había sido la propuesta de DE HOYOS SANCHO, *La Medida cautelar de alejamiento*, cit. p. 827, recogida ahora en la ley.

⁷⁵ TIRADO ESTRADA, *Violencia familiar*, cit. p. 1840, DE URBANO CASTRILLO, *El alejamiento del agresor*, cit. p. 1634 y DELGADO MARTIN, *La Violencia doméstica*, cit. p. 148, entre otros, proponen limitar ese plazo al máximo de duración que se impone para esta medida, como pena accesoria, en el art. 57 del Código Penal, lo que desde mi punto de vista es excesivo, pudiendo durar más la medida cautelar que la propia condena. En sentido similar, DE LAMO RUBIO / GANZENMÜLLER ROIG / ESCUDERO MORATALLA / FRIGOLA VALLINA, *Tratamiento penal y procesal*, cit. p. 101.

si dicha audiencia es necesaria antes de adoptar la libertad provisional (art. 539 LECrim), que es una medida menos agresiva que la presente, con mayor razón deben aplicarse esas mismas garantías a la adopción de la medida de alejamiento. Pero el legislador no lo ha creído así, pese a haber existido quejas a este respecto desde hace años,⁷⁶ por lo que lo cierto es que, por contradictorio que sea, *de lege lata* el juez puede decretar el alejamiento de oficio e *inaudita parte*.⁷⁷

Por último, también resulta difícilmente explicable que el Legislador no haya aprovechado la ocasión de elaboración de la ley para regular definitivamente el tema de las pulseras telemáticas,⁷⁸ por más que la frecuencia del incumplimiento de las órdenes de alejamiento – que queda mucho más prevenido con las pulseras – no sea tan alto actualmente.⁷⁹ No era necesario entrar en aspectos técnicos, sino simplemente decir qué requisitos tenían que cumplir para no conculcar la dignidad del portador ni de la víctima, así como especificar en qué casos concretos se iba a adoptar esa medida, sin dejarla al albur del juez.

Lo indico de ese modo, no porque la colocación de una pulsera sea algo muy perjudicial para el imputado, sino más bien por todo lo contrario, porque su colocación le permitiría tener más libertad de movimientos sin provocar inseguridad a la víctima. Desde luego, la protección de la víctima no es incompatible con el otorgamiento de garantías para el imputado, quien, además, reitero una vez más, aún no ha sido juzgado y por ello debe partirse siempre de su inocencia.

⁷⁶ Vid. DE URBANO CASTRILLO, *El alejamiento del agresor*, cit. p. 1635. DE HOYOS SANCHO, *La Medida cautelar de alejamiento*, cit. p. 825. DELGADO MARTIN, *La Violencia doméstica*, cit. p. 152-153, quien reproduce la propuesta de la Fiscalía General del Estado en este sentido.

⁷⁷ Y así lo defienden DE LAMO RUBIO / GANZENMÜLLER ROIG / ESCUDERO MORATALLA / FRIGOLA VALLINA, *Tratamiento penal y procesal*, cit. p. 146.

⁷⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal*, pendiente de publicación en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, n. 4. Con carácter específico con respecto a la violencia de género, FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio, *Mesa redonda: primeras diligencias y adopción de medidas cautelares*, en: “Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales”, II, Madrid 2000, pp. 37-39. DELGADO MARTIN, *La Violencia doméstica*, cit. p. 128. SÁNCHEZ BARRIOS, *Comentario al art. 64*, cit. p. 259. MARTINEZ GARCÍA, Elena, *La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre*, en: “BOIX REIG / MARTÍNEZ GARCÍA, *La nueva Ley contra la violencia de género*”, Madrid 2005, p. 376 y ss.

⁷⁹ DE HOYOS SANCHO, *La Medida cautelar de alejamiento*, cit. p. 829, siguiendo el informe de 2001 del CGPJ sobre violencia doméstica cifró en un 90 % dicho incumplimiento. Pero según el informe de 2003, la tasa de incumplimiento fue de un 5,4 %.

6 La orden de protección

Se trata de la medida más popular para la prevención de la violencia de género.⁸⁰ Con referentes en el Derecho extranjero,⁸¹ se introdujo en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la Ley 27/2003 de 31 de julio.⁸²

Nuevamente, al igual que sucedía con la orden de alejamiento, el art. 544 ter prevé esta orden de protección en un ámbito más amplio que el previsto por la ley integral, puesto que este precepto se remite al art. 173.2 del Código Penal, lo que incluye, no sólo a la mujer, sino a cualquier pareja, legal o simplemente afectiva, con independencia de su sexo, así como a los ascendientes, descendientes, hermanos, menores, etc.

Sin embargo, en la ley integral, como ya se ha dicho varias veces, se restringe dicha protección a la mujer, aunque sin consecuencias en este caso, puesto que la orden de protección podrá seguir siendo adoptada en los casos en que las víctimas sean las personas antes citadas.

Centrándome, no obstante – por el objeto de este estudio-, en los casos de violencia de género, paso a determinar el régimen jurídico de esta orden de protección.

Si existe riesgo para alguna de las víctimas citadas por la ley integral, el juez podrá adoptar una orden de protección, que tendrá como objetivo la adopción de cualesquiera de las medidas cautelares penales conocidas (detención, libertad provisional, prisión provisional, etc, art. 544 ter.6 LECrim) para proteger a la víctima, más las medidas de protección de carácter civil que fuesen necesarias, salvo que ya estuvieren vigentes otras adoptadas por un Juez civil. Se trata de las medidas típicas de cualquier proceso matrimonial (custodia, visitas, uso de la vivienda, alimentos, etc).

Debe insistirse en que esta orden de protección, según nos indica el inciso final del art. 544 ter.1 LECrim, sólo puede otorgarse para apartar de una “situación objetiva de riesgo” a la víctima, extremo que entiendo que deberá ser siempre especialmente motivado, ante la gravedad de las medidas que cabe adoptar a través de esta orden de protección.

En cuanto a la competencia para la adopción de estas medidas, corresponderá, reitero, en los casos de violencia sobre la mujer, a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, según dispone el art. 87 ter L.O.P.J. y la D.A. 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁸⁰ Sobre la misma, ampliamente, MARTINEZ GARCÍA, *La protección cautelar*, cit. p. 337 y ss.

⁸¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, n. 2, febrero 2004, p. 43, se refiere a la “*protection order*” vigente en Australia o en EEUU.

⁸² Sobre el debate parlamentario de esta reforma, vid. MAGRO SERVET, Vicente, *La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, La Ley (3) 2003, pp. 1853 y ss.

La legitimación para solicitar la orden de protección resulta algo compleja, pues todo depende del alcance de lo que se pida. Si se desean adoptar medidas cautelares penales, las podrá adoptar el Juez de Instrucción, de oficio o a instancia de la víctima, o bien del Ministerio Fiscal. En cualquier caso, se prevé también que las instituciones asistenciales tengan la obligación de informar al Juzgado de Violencia sobre la Mujer o al Ministerio Fiscal de la solicitud de la víctima.

Sin embargo, si la orden de protección comporta también medidas civiles, solamente están legitimados para solicitarlas la víctima o su representante legal, o el Ministerio Fiscal si hay hijos menores o incapaces (544 ter.7).

En cuanto al procedimiento, la medida puede ser adoptada antes de iniciarse propiamente la instrucción, o incluso *lite pendente* (544 ter.11). Lógicamente, si se han de adoptar las medidas *lite pendente*, la solicitud de protección se presentará ante el Juez que está conociendo de la instrucción.

De lo contrario, sin perjuicio de la competencia judicial antes establecida, la orden de protección se presenta ante “la Autoridad Judicial”, Ministerio Fiscal o policía, u oficina de protección a la víctima o instituciones asistenciales públicas, las cuales se prevé que entreguen a las víctimas los impresos de solicitud, así como que establezcan canales telemáticos con la Fiscalía y con los Juzgados.

Recibida la solicitud, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer convocará una audiencia urgente, a celebrarse en el acto, o como máximo en 72 horas desde la presentación de la solicitud. En dicha audiencia deberá comparecer el Ministerio Fiscal, la víctima o su representante legal, el solicitante en su caso, y el supuesto agresor asistido, “*en su caso*” dice la ley, de abogado.

Ese inciso parece abrir la puerta a que el sospechoso comparezca solo, sin defensa técnica alguna, lo que creo que no es de recibo, puesto que supone una merma de sus oportunidades. Creo que en este caso, teniendo una gran importancia las medidas que pueden adoptarse, no parece que sea oportuno que el sospechoso esté solo. Y no es adecuado porque si en una simple declaración policial debe estar su abogado, según dispone el art. 520 LECrim, no creo que exista aquí reparo para que se nombre con celeridad un abogado de oficio, si no elige ninguno el sospechoso, siguiendo el procesamiento establecido en dicho art. 520.

Esta audiencia urgente no tiene por qué celebrarse aisladamente, si resulta que ya hay otra audiencia convocada, que puede ser la de la prisión provisional,⁸³ o la de los juicios rápidos, o la del juicio de faltas, según dispone el art. 544 ter.4 LECrim.

⁸³ Se equivoca la ley al remitirse al derogado art. 504 bis.2, debiendo entenderse que actualmente, la remisión es al art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la audiencia se prevé que se evite la confrontación visual de supuestos agresores, víctimas y miembros de la familia en general, obligando a que su declaración sea prestada por separado, lo cual no siempre será posible, dicho sea de paso, teniendo en cuenta la pobreza de los espacios físicos de muchas instalaciones judiciales. Lo más conveniente en estos casos sería la utilización de la videoconferencia, o del circuito cerrado de televisión, que la ley no cita en este particular, pero que creo que no existe ningún inconveniente para que sea utilizado en este caso concreto.

Celebrada la audiencia, el Juez dictará un auto, que podrá otorgar o denegar las medidas cautelares solicitadas. En cuanto a las medidas civiles, se señala que tienen una vigencia de 30 días prorrogables a otros 30 si se presenta la demanda, en los que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer las ratificará o las modificará. Este auto posee una extrema complejidad para ser recurrido, al mezclar medidas penales y civiles. No obstante, este punto ya fue comentado anteriormente, al referirme a la labor de las Audiencias Provinciales, y a lo tratado en ese lugar me remito.

Por lo demás, se prevé que la víctima esté informada permanentemente de la vigencia de las medidas adoptadas, en especial de la situación penitenciaria del agresor, lo cual debe ser aplaudido porque contribuye a su tranquilidad y la permite tomar medidas con tiempo, para evitar males mayores.

Por último, mediante el RD 355/2004 de 5 de marzo⁸⁴ se dispuso la creación de un “Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica”, para inscribir las órdenes de protección. Dicho reglamento fue reformado por el RD 513/2005 de 9 de mayo,⁸⁵ a fin de mejorar su accesibilidad y adecuar su funcionamiento a las realidades telemáticas actuales del Ministerio.

7 Especialidades de la prisión provisional

En esta materia, ya fue radical el cambio producido con anterioridad a la promulgación de la ley integral, en el año 2003. Y tanto debió ser así, que la ley integral no ha modificado en absoluto este punto, ni siquiera para especificar que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes para la adopción de esta medida, como ya se ha visto que ha hecho en otros extremos de la ley. Y es que ya es enorme la protección que concede la ley para las víctimas, no solamente de la violencia de género, sino también de las que están citadas en el art. 173.2 C.P.

⁸⁴ BOE 25-3-2004.

⁸⁵ BOE 19-5-2005.

Con la excusa de eliminar los graves defectos de inconstitucionalidad que tenía nuestra regulación y que habían sido claramente denunciados por el Tribunal Constitucional,⁸⁶ se aprovechó para facilitar muy relevantemente las condiciones en las que podía ser adoptada la prisión provisional en los casos de violencia doméstica. No obstante, quedan resquicios en la regulación que suavizan esa conclusión, que sin embargo se mantiene.

Hay que empezar diciendo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal configura la prisión provisional como una medida subsidiaria, como una *ultima ratio* incluso, estableciendo que solamente se dictará cuando sea objetivamente necesaria (art. 502.2), y cuando se den los siguientes presupuestos generales:

1. Que conste en la causa un hecho con caracteres de delito.
2. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable al imputado (art. 503.1.2º), lo cual implica que debe existir una seguridad casi absoluta de la responsabilidad del imputado, lo cual, aprovecho para recordarlo, condiciona gravemente al Juez para adoptar otras resoluciones del proceso, como ya indiqué.
3. Que la medida sea aconsejable a tenor de las circunstancias personales del imputado, teniendo presentes la repercusión que esta medida tendrá en él atendiendo a las circunstancias del hecho y la entidad de la pena que pudiera ser impuesta (art. 502.3).
4. Que no existan otras medidas menos gravosas para la libertad para alcanzar los mismos fines que se pretenden con la puesta en prisión (art. 502.2).

Sin esos cuatro presupuestos no es posible, en absoluto, dictar la prisión provisional, de ningún modo y en ningún momento. Con todo, dichos presupuestos no son suficientes, puesto que en los casos que nos ocupan – a los que restrinjo, por tanto, la explicación –, debe justificarse, además, que existe peligro para la víctima, en su persona o bienes (art. 503.1.c LECrim).

A mi juicio, desde luego que debe dictarse prisión provisional en esos casos de peligro, siempre y cuando se dé el resto de presupuestos. Pero lo que no acabo de entender es la necesidad de hacer la referencia expresa que realiza el art. 503.1.c LECrim a estos delitos de violencia sobre las personas citadas en el art. 173.2, teniendo en cuenta que utilizando las normas generales sobre prisión provisional, ya se hubiera conseguido el mismo objetivo, sin tener que citar expresamente, repito los casos de violencia doméstica.

⁸⁶ STC 47/2000 de 17-2.

De nuevo fue un afán propagandístico el que guió la reforma, puesto que en la normativa sobre prisión provisional encontramos que cabe decretar esta medida cautelar, en los casos de delitos con pena igual o superior a 2 años (art. 503.1.3º), cuando exista riesgo de fuga, cuando aparezca riesgo de pérdida de fuentes de prueba, o bien cuando se pretenda evitar la reiteración delictiva (art. 503.2), para lo que es necesario justificar la existencia de un delito doloso y que los hechos que pudieran llegar a cometerse sean graves, pudiendo el Juez incluso razonar otras “*circunstancias del hecho*”, lo que ya de por sí deja una cláusula muy amplia para poder dictar la prisión provisional. Y si el delito es de pena privativa de libertad inferior a 2 años, basta con que se den alguna de esas tres circunstancias (riesgo de fuga, de pérdida de fuentes de prueba o de reiteración delictiva), pero además, que el imputado tuviere antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación por delito doloso.

Creo que con todo ese régimen general, quizás matizando el caso de que el delito fuera de pena inferior a dos años si es que se deseaba otorgar mayor severidad, podía haberse suprimido la referencia a los delitos cuyo enjuiciamiento estamos estudiando, y además con una mayor concreción de los motivos por los que se adoptaba la prisión, lo cual habría de conferirle más oportunidades de defensa al imputado, objetivo al que siempre debe tenderse.

En cualquier caso, la duración de la prisión provisional, en los supuestos que nos ocupan (art. 504.2 LECrim), no puede ser superior a un año (ampliable por 6 meses), si el delito es de pena inferior a 3 años. Y si es de pena superior, la duración máxima será de 2 años (ampliables a 2 años más), procediendo dichas ampliaciones si “*concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos*”, acordándose por auto la ampliación, concretando las causas de la prórroga, lógicamente. Y como es sabido, resultando condenado el imputado, se podrá ampliar la prórroga hasta la mitad de la pena impuesta.

El procedimiento carece de toda especialidad con respecto a los casos de violencia de género, pero me referiré a él de forma breve. El mismo se centra, fundamentalmente, en la audiencia del art. 505 LECrim. Antes de decretarse la prisión, el Juez debe convocar dicha audiencia en el plazo de 72 horas desde que esté el detenido a disposición judicial. A la audiencia deberán concurrir el Ministerio Fiscal, las partes acusadoras y el imputado con un abogado, de su elección o de oficio. Existe la posibilidad de practicar prueba en el acto, o en las 72 horas anteriores (art. 505.3).

Para poder decretar la prisión provisional, alguna parte acusadora deberá pedir la prisión provisional (art. 505.1 y 3 Lecrim), debiendo ser puesto en libertad el imputado si nadie pide dicha prisión (art. 505.4). Solamente en caso de urgencia, el propio Juez – o incluso otro diferente al de la causa si el

detenido no pudiere ser puesto a la disposición del Juez competente en 72 horas (505.6)) – puede dictar la prisión provisional, de propia autoridad, si concurren los presupuestos antes vistos. En ese caso, deberá convocar audiencia en 72 horas, motivando la urgencia en la adopción de las medidas (art. 505.5). Y si la prisión fue adoptada por un Juez diferente al de la causa en el caso señalado, el Juez competente deberá oír al imputado acompañado de abogado en cuanto esté a su disposición (505.6).

Es importante señalar que el auto que se dicte debe motivar todos los presupuestos que exige la ley (art. 506.1).⁸⁷ Contra dicho auto cabrá recurso de reforma opcional (art. 766), y recurso de apelación, que gozará de tramitación preferente (máximo de 30 días para resolver), al amparo de lo dispuesto en el art. 766. Dicha preferencia se va a solapar con la que ya concurre en los casos de violencia de género, producida por la especialización de las secciones de la Audiencia, pero no es esperable que a pesar de la celeridad, la resolución recaiga antes de esos 30 días.

8 Otras medidas para la protección de la víctima.

Aspectos comunes a todas ellas

Aparte de todos los extremos que llevamos analizados, todos ellos concebidos casi exclusivamente para proteger a las víctimas, existen otra serie de medidas que cabe adoptar en estos casos.

En primer lugar, al amparo del art. 509.1 LECrim, excepcionalmente es posible acordar la detención, o incluso la prisión incomunicada, en caso de que exista riesgo para la víctima o sus bienes jurídicos, por un tiempo máximo, como es sabido, de 5 días. Desde luego, la mención a la “víctima” parece hacer referencia a los supuestos que nos ocupan, pero no es así, o al menos no exclusivamente. La ley se está refiriendo a la víctima de cualquier delito, por lo que no debe adoptarse la costumbre de decretar esta incomunicación ante un delito de violencia de género, porque puede ser, no ya excesiva, sino completamente inconducente e inapropiada.

La incomunicación tiene como especial objeto impedir que el preso pueda cometer acciones delictivas, o facilitar su comisión, a través de terceras personas que traben contacto con él. En los supuestos de violencia doméstica no suele haber cómplices, y ni tan siquiera una suficiente premeditación que haga pensar en la colaboración de terceras personas, por lo que decretar la incomunicación en estas condiciones no parece que sea de utilidad alguna.

⁸⁷ Salvo que concorra secreto de la instrucción, en cuyo caso se notificará al preso sólo parcialmente el auto, y se hará referencia a los particulares que se hayan omitido para preservar el secreto. En cualquier caso deberá expresarse, al menos, la descripción sucinta del hecho imputado y la finalidad perseguida con la prisión (art. 506.2).

En segundo lugar, también prevé el art. 63 de la ley integral que se preserven los datos de las víctimas, para proteger su intimidad, declarando el secreto de las actuaciones o la celebración de los procesos a puerta cerrada. Y todo ello es absolutamente magnífico y adecuado, pero olvida el legislador que esa protección ya existía en el art. 466 C.P., prohibiendo a los abogados, procuradores, Ministerio Fiscal y funcionarios de la administración de justicia en general, e incluso particulares intervinientes en el proceso, que revelaren esos datos.

Lo que ocurre es que ya sabemos que esa prohibición ha sido completamente ineficaz. De nuevo, lejos de insistir en la misma la ley integral, lo que tendría que haber hecho, en este caso el Gobierno, a través del Ministerio Fiscal, es instar la correspondiente acusación cada vez que se produzcan estos vergonzantes hechos, en los supuestos de violencia de género o en cualquier otro supuesto, ampliando la prohibición de divulgación a cualquier persona que por cualquier vía tenga conocimiento de los datos, lo cual habría de incluir a los periodistas, evitándose de ese modo los espectáculos que trata de impedir, baldíamente, el comentado art. 63 de la ley integral.

Por lo demás, la ley integral prevé la posibilidad de que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer adopten otras medidas ya comentadas en parte con anterioridad, como por ejemplo la suspensión de la patria potestad o de la guardia y custodia de menores, o del régimen de visitas, siempre con respecto al imputado (arts. 65 y 66). También se prevé la posibilidad de que se suspendan los permisos de tenencia, porte y uso de armas (art. 67), siempre adoptándose mediante auto motivado, en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, como exige el art. 68. Dicho artículo, por lo demás, exige la intervención del Ministerio Fiscal en estos casos, e impide que estas medidas se adopten de manera urgente, sin audiencia del imputado, pues exige expresamente el respeto de los “*principios de contradicción, audiencia y defensa*”.

Por último, también se prevé, en el art. 69 de la ley integral, el mantenimiento de todas las medidas estudiadas después de sentencia, lógicamente si la misma es condenatoria, puesto que de ser absolutoria, las medidas cautelares perderían el *fumus boni iuris* que siempre deben mantener, y que quedaría completamente descartado, a estos efectos, con una sentencia absolutoria, lo cual determinaría su inmediato alzamiento.

IV. Aspectos probatorios de los procesos por delitos de violencia de género

En mi opinión, aparte de las medidas de protección a la víctima, este es el aspecto en el que el Legislador debería haber invertido una buena parte de sus esfuerzos.⁸⁸ Y sin embargo, como vimos al examinar las diligencias de prevención y las primeras diligencias, se trata de una materia a la que la ley integral no ha dedicado más que escasas referencias, creo que por una excesiva atención a una de estas pruebas, la declaración de la víctima,⁸⁹ que ha dejado el resto prácticamente solapadas.

Para la protección auténticamente integral de la víctima, es esencial que este punto esté perfectamente determinado y sobre todo regulado, puesto que de lo contrario, todos los esfuerzos de protección de la víctima pueden concluir con una sentencia absolutaria, que frustrará por completo la eficacia de toda la regulación estudiada.

La prueba en estos casos es muy complicada, y la mayoría de la que se aporte en el juicio oral se habrá practicado anticipadamente en la instrucción. Por ello ya indiqué que en estos delitos es esencial la inmediata y rápida instrucción de los mismos, pues salvo que el acto de violencia haya concluido trágicamente con resultado de muerte – en cuyo caso el juez dispondrá de la autopsia, que también es prueba anticipada –, el juez no tendrá apenas materiales en qué basar su sentencia, lo cual le obligará a decretar la absolución.

Y es que dicha prueba, en todo caso, como exige el Tribunal Constitucional debe ser suficiente para constituir una mínima actividad probatoria que pueda destruir la presunción de inocencia,⁹⁰ si se desea dictar una sentencia condenatoria. Ya que si bien hacer referencia al sexismo existente en la sociedad ha podido ser positivo para adoptar algunas de las medidas legislativas que se han emprendido, el argumento no puede llevarse tan lejos como para fundar por sí mismo una condena, como por desgracia a veces se ha pretendido en algunos procesos. De ahí que la regulación de la instrucción y la prueba debería haberse regulado de una forma muchísimo más detallada, a fin de conceder a las víctimas el objetivo principal que se quería obtener: su protección a través de la erradicación de la violencia de género.

⁸⁸ Vid. sobre este tema CUESTA SÁNCHEZ, Mar, *La prueba en los delitos de violencia familiar*, Revista del Ministerio Fiscal, 2000, (8) pp. 225 y ss.

⁸⁹ Vid. DELGADO MARTIN, Joaquín, *La Violencia doméstica: tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Madrid 2001, pp. 97 y ss.

⁹⁰ Sobre el tema, vid. ampliamente MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona 1997, pp. 176 y ss.

Además, si la actividad probatoria anticipada no se lleva a cabo debidamente, no podrán descartarse, con celeridad, todas aquellas denuncias falsas que se realicen con la única y exclusiva finalidad de obtener rápidamente una sentencia favorable de separación o divorcio, aprovechándose indebidamente de la posición de ventaja y protección que confiere la ley integral a la víctima. De ese modo, puede ocurrir que exista un excesivo número de ocasiones en que denuncias o querellas falsas superen, por inercia, la instrucción y lleguen hasta el juicio oral, desembocando en sentencias absolutorias. Ante esa realidad, la protección conferida por la ley podría caer en un profundo desprestigio, lo cual podría provocar su desaparición en un breve plazo. Y ello sería fatal para los esfuerzos de todo tipo que se vienen desarrollando en este campo.

1 Las declaraciones del imputado, de la víctima y de otros testigos

Lo primero que tendrá que hacer el órgano competente para conocer del juicio oral (sea el Juez de lo penal o la Audiencia Provincial) será valorar si la denuncia fue falsa o verdadera. Si la denuncia es falsa, las agresiones denunciadas no habrán existido en realidad. Y para comprobar la veracidad de la denuncia, las pruebas que inicialmente estarán disponibles serán las declaraciones del imputado, de la víctima y de otros testigos, puesto que aunque se hayan practicado en la instrucción, deberán volver a llevarse a cabo en el juicio oral, ya que el Juzgador debe dictar sentencia basándose en las “*pruebas practicadas en el juicio*” (art. 741 LECrim).

Me sería muy sencillo decir que las declaraciones deben ser espontáneas, pero lo cierto es que, ya en el juicio oral, no lo van a ser, sobre todo si se practican pasado cierto tiempo desde el inicio de la instrucción. Las partes habrán hablado ya con sus Letrados, y al imputado quizás se le habrá aconsejado que adopte una posición seria, relajada y tranquila sobre todo, sin dar muestra alguna de violencia, aparte de una ligera indignación en el tono de las respuestas. Para desmontar esa pantomima, cuando lo sea, la acusación deberá cuestionar al acusado sobre las causas de sus desavenencias con la víctima que, normalmente, por buen actor que sea el declarante, harán surgir en él una serie de reacciones o respuestas que servirán para determinar la auténtica verdad de los hechos.

Y lo mismo ocurrirá con la declaración de la víctima. Probablemente se le haya aconsejado que adopte un gesto serio, aunque dramático, hablando con un tono tímido y sumiso, acudiendo sin maquillar a la declaración, con gafas oscuras probablemente, vestida muy discretamente. Me produce gran tristeza

haber escrito todo lo anterior, pero por desgracia, si se obra de modo contrario, en la realidad sociológica actual se conseguirá que aunque la agresión sea completamente cierta, su credibilidad resulte muy comprometida por motivos psicológicos o sociológicos, porque no entrará en el parámetro mental de víctima que preconcebida e indebidamente tiene la sociedad. Y el juez pertenece a dicha sociedad. De nuevo, por supuesto, el Juez deberá prescindir de todas esas circunstancias, puesto que sean reales o inducidas, existe el riesgo cierto de que se estén utilizando para condicionarle. Asimismo, también con respecto a la declaración de la víctima serán pertinentes las preguntas sobre las causas de las desavenencias, puesto que aunque aparentemente pueda pensarse que no tienen nada que ver con el concreto acto de violencia, lo cierto es que permitirán descubrir el trasfondo afectivo que generó dicho acto, lo que permitirá al Juez descubrir la verdad.

Por otra parte, ya indiqué que las declaraciones debían realizarse con la menor distancia temporal posible entre el momento de la denuncia y el instante de la declaración. Ello es muy importante porque, en ocasiones, se producen lastimosamente retractaciones,⁹¹ o cambios radicales en las declaraciones de las víctimas, puesto que los agresores, prevaliéndose de la estima que las víctimas puedan sentir por ellos, las han convencido para que modifiquen sus declaraciones, lo que con frecuencia ha provocado, por desgracia, muertes que podrían haberse evitado de haberse celebrado el juicio a tiempo.

Con todo, incluso para evitar los perjuicios que conllevan las retractaciones, creo que no debería exagerarse la importancia de la declaración, ni de la víctima ni del imputado. Con frecuencia el juicio oral en estos casos acaba siendo un rotundo fracaso, y finaliza basándose fundamentalmente más en la credibilidad de las declaraciones que en la práctica de otras pruebas, lo cual no es de recibo, mucho menos en estos casos en los que es muy fácil que se produzcan los condicionantes psicológicos que he referido en los párrafos anteriores. Se trata muchas veces de la palabra del uno contra la del otro, sin más pruebas, lo que puede hacer sumamente difícil una condena,⁹² si se sigue la jurisprudencia constante sobre mínima actividad probatoria y presunción de inocencia.⁹³

⁹¹ En torno al 75% la cifra ARMERO VILLALBA, Silvia, *Diligencias de prueba. Retracción de las víctimas. La protección de la víctima en el curso del proceso*, en: "Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales", II, Madrid 2000, p. 59. Con todo, en el informe del CGPJ de 2003 el porcentaje de denuncias retiradas fue en torno al 13%, lo que revela un significativo descenso, que se mantuvo poco más o menos durante el primer semestre de 2004 en un 12%, según el informe del CGPJ de ese semestre.

⁹² Según el informe de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica del CGPJ de 2003, las absoluciones fueron del 41% de las personas enjuiciadas. Si bien en el informe

Indico lo anterior, que tiene extraordinaria importancia, puesto que, en este particular, debe aplicarse completamente la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁹⁴ que indica que se puede basar una condena disponiendo como única prueba de cargo de la declaración de la víctima si existe:

1. “ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente”.

2. Verosimilitud. Exige la Sala Segunda que el testimonio esté “*rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de actitud probatoria*”, constatándose así la real existencia del hecho.

3. Persistencia en la incriminación por parte de la víctima, sin ambigüedades ni contradicciones.⁹⁵

Observemos que el Tribunal Supremo, de hecho, al exigir la existencia de corroboraciones del testimonio, ya está reclamando la existencia de otras pruebas, además del testimonio. Pero es que, por añadidura, los requisitos establecidos por la Sala Segunda descartan, en los supuestos de violencia de género, que el mero testimonio de la víctima pueda ser considerado prueba de cargo. En estos supuestos, interpretando el hecho a la luz del principio de presunción de inocencia, es manifiesto que siempre existirá una relación “procesado-víctima” que pueda hacer suponer la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad, por lo que hay que obrar con sumo cuidado en la valoración probatoria de ese testimonio.

Y en cuanto a la persistencia en la incriminación, se ha intentado en ocasiones acreditarla a través del hecho de que el supuesto agresor acumule un determinado número de denuncias no tramitadas. Pero debe decirse que ese dato, sin más, no supone persistencia válida a estos efectos, puesto que el

correspondiente del primer semestre de 2004, las absoluciones descendieron más de 10 puntos hasta un 30,2%.

⁹³ Se refieren a este inconveniente DE LAMO RUBIO / GANZENMÜLLER ROIG / ESCUDERO MORATALLA / FRIGOLA VALLINA, *Tratamiento penal y procesal*, cit. p. 101. Insistiendo en la vigencia de este derecho del acusado, MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico*, en: “AAVV (coord. Morillas Cueva), Estudios penales sobre violencia doméstica”, Madrid 2002, pp. 449 y ss.

⁹⁴ Iniciada por la conocida sentencia de 28-12-1988.

⁹⁵ Vid. sobre dicha jurisprudencia BEJERANO GUERRA, Fernando, *La jurisprudencia penal sobre violencia habitual contra la mujer en el ámbito de la familia*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n. 21, mayo 2002, p. 49.

número de denuncias (pendientes o no) que tenga una persona, puede ser muy espectacular periódicamente, pero no demuestra absolutamente nada, si dichas denuncias no concluyeron con una sentencia condenatoria. Nuevamente, por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede construirse esa persistencia en la incriminación a través de esas denuncias.

MIRANDA ESTRAMPES⁹⁶ ha propuesto que pueda prescindirse del requisito segundo antes citado, es decir, de la existencia de datos objetivos que corroboren el testimonio, si en algún supuesto ha sido imposible obtenerlos. Y creo que tal afirmación es acertada con respecto a algunos delitos, pero no en relación a los casos de violencia de género. Bueno es recordar que, en un principio, la Sala Segunda aplicó esta jurisprudencia – que desvirtuaba el clásico “*testis unus testis nullus*” – a los delitos contra la libertad sexual, fundamentalmente porque la clandestinidad con que se producen estos ilícitos no permitía muchas veces obtener otras pruebas para demostrar la existencia del delito. Ciertamente, también utilizó la misma jurisprudencia con respecto a otros delitos (robos, lesiones, atentados, detenciones ilegales),⁹⁷ pero mayoritariamente, como digo, aplicó dicha doctrina a los delitos contra la libertad sexual. Pues bien, entiendo que está fuera de lugar equiparar los delitos contra la libertad sexual, en general, con los delitos de violencia de género, cuando se trata de lesiones o insultos.

Y lo indico de este modo porque aunque sea alta la tentación de equiparar siempre un delito de violencia de género a un delito contra la libertad sexual,⁹⁸ existe una enorme diferencia que creo que se ha pasado por alto: el delito contra la libertad sexual normalmente será puntual, y de ahí su clandestinidad y dificultad probatoria. Pero el delito de violencia de género casi nunca es puntual, sino que existe una situación conflictiva que empezó con comentarios más o menos gruesos, y acabó finalmente en una situación de violencia.

Si ello es así, o mejor dicho, siempre que sea así, es decir, siempre que exista ese trasfondo que da escenario al delito, la declaración de la víctima no puede ser admitida como única prueba de cargo. Fijémonos que la jurisprudencia nos exige la existencia de otros datos objetivos que corroboren el testimonio. Y en este caso, reitero, si existe ese trasfondo, esos datos podrían estar a disposición.

⁹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima*, cit. p. 190.

⁹⁷ Vid. al respecto MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima*, cit. pp. 183-184, nota 575.

⁹⁸ Desde luego, puede ser que el delito contra la libertad sexual sea también de violencia de género, pero que es obvio que ahora no me estoy refiriendo a esos supuestos.

Vamos a verlo en el siguiente epígrafe, pero avancemos ya que, además de los testimonios de los vecinos, familiares, etc, pueden haber habido mensajes al teléfono móvil, llamadas amenazantes al teléfono analógico, mails, cartas, desperfectos en el hogar, etc, que sí que corroboren el testimonio. Pues bien, entiendo que si no existen esos datos corroborantes, por bien que en otros supuestos, como digo, se pueda prescindir de ellos, en los supuestos de violencia de género debe evitarse al máximo que el simple testimonio de la supuesta víctima pueda ser considerado como suficiente para constituir prueba de cargo, porque no estamos en una situación en la que sea imposible obtener otras pruebas al margen del testimonio. Posiblemente ni tan siquiera estemos ante una situación clandestina. Y por supuesto, muy probablemente no nos hallamos ante una situación puntual.

En estos casos, teniendo en cuenta todos los condicionantes que llevamos descritos, la declaración de una víctima, por contundente que sea, no es más que un indicio. Se puede decir que muchas veces es lo único con lo que se cuenta, pero si bien se investiga durante la instrucción, suele no ser así, como veremos seguidamente. Lo que ocurre es que al practicarse de forma indebida la instrucción, efectivamente al llegar al juicio oral sólo contamos con la declaración de la víctima. Pero ese es otro problema que ojalá, aunque lo dudo, sea resuelto con la existencia de juzgados de instrucción especializados en violencia sobre la mujer.

Por consiguiente, entiendo que la condena debe tener por base otras pruebas que no sean únicamente las declaraciones de víctima y agresor. Como indiqué, las declaraciones de otros testigos pueden ser fundamentales a estos efectos, puesto que dichos testigos puede que no se hallen condicionados ni desde el punto de vista familiar ni de amistad con ninguna de las partes. Siendo vecinos de la pareja, lo más probable es que hayan oído disputas entre sus miembros, o incluso que hayan presenciado actos de violencia. Valorando conjuntamente la credibilidad de todas las declaraciones, entiendo que sí podría existir una mínima actividad probatoria de cargo. Aunque sería deseable que, además de las declaraciones, hubiera otras pruebas, como las que voy a referir en el epígrafe siguiente.

Para agotar el aspecto probatorio con respecto a las declaraciones, quedaría solamente por hacer referencia a la posibilidad de evitar la confrontación visual, si el declarante es un menor (art. 707 LECrim), así como a la prohibición de que se realicen careos con menores, que el Juez puede disponer (art. 713 LECrim). Pero la misma ya fue analizada con respecto a la instrucción, y para no incurrir en reiteración, a lo dicho en aquel lugar me remito.

2 La esencial práctica de otras pruebas

En el epígrafe anterior ya he citado algunas de las pruebas adicionales que podrían practicarse, pero debo advertir una vez más que cualquier prueba complementaria normalmente se habrá practicado como anticipada durante la instrucción, por lo que deberá hacerse uso de lo dispuesto en el art. 730 LECrim y, por tanto, leer durante el juicio oral las diligencias en cuestión. Ello incluye todos los exámenes periciales realizados durante la instrucción, y que serán irrepetibles en el juicio oral.

En los supuestos de agresiones verbales, desde luego la prueba será complicadísima, puesto que siempre el Juez estará ante la tesitura de creer más la declaración de la supuesta víctima, o la del supuesto agresor, con los tremendos inconvenientes que se expusieron en el epígrafe anterior. Lo mismo ocurre si los actos de violencia han dejado lesiones físicas, sean leves o graves. Existe, en no pocas ocasiones, una gran dificultad para valorar si las lesiones han sido autoinfligidas, o bien las ha causado un tercero, así como para averiguar que ese tercero sea el imputado.

De nuevo, además de la celeridad en la toma de las declaraciones del imputado y testificales, será esencial la rapidez en la realización de las pruebas periciales médicas.⁹⁹ Ello incluye pruebas psiquiátricas, puesto que un ingreso en urgencias hospitalarias, por ejemplo por un trastorno de ansiedad, también puede ser valorado como prueba, especialmente en los casos de agresiones verbales. Pues bien, en dichos exámenes médicos, cuando la lesión es reciente, se puede valorar mucho mejor la causa del golpe o de la herida. Si han pasado los días será prácticamente imposible. Si la agresión es reciente y el examen de la víctima es rápido también podrá acreditarse, por ejemplo, la ansiedad, puesto que el episodio crítico no dura demasiado tiempo. En caso de agresiones físicas también podrán recuperarse (o intuir) con mayor facilidad los instrumentos con que se provocó la lesión, o incluso podrá analizarse si el agresor se provocó involuntariamente lesiones al efectuar el acto de violencia.

También es posible, aunque sea menos factible, que adheridos a las ropas, o incluso a la piel o uñas de la víctima, hayan quedado restos de tejidos o sustancias orgánicas del agresor (piel arrancada a consecuencia de las laceraciones, sangre, sudor o saliva, fundamentalmente). O bien, en caso de que hayan existido, por ejemplo, mordiscos o arañazos, la medición de las lesiones será esencial para determinar con precisión quién fue su autor. Nuevamente, todo ello solamente podrá examinarse en condiciones si el acto de violencia es muy reciente.

⁹⁹ DELGADO MARTIN, *La Violencia doméstica*, cit. p. 102, quien añade al problema de la lentitud, la defectuosa confección de los partes médicos por los facultativos de los hospitales.

Otra posible prueba, también anticipada, a practicar, es que el Secretario Judicial dé fe de la existencia de mensajes de teléfono móvil, con el teléfono del remitente y comprobando que la identidad del mismo coincide con la del imputado. De ese modo, el Juez leerá el mensaje, en presencia del Secretario. Se hará constar su contenido, y acto seguido se oficiará a la compañía telefónica de la que se trate para que expida certificación de la comunicación.

Con respecto a los correos electrónicos se puede hacer exactamente lo mismo, aunque con técnica diferente. Es preciso officiar al servidor de dicho correo para que traspase copia de los mails enviados por una determinada dirección, o bien que, comprobando los correos el propio Juez previa entrega de los datos de acceso por parte de la víctima, el Secretario dé también fe de lo que observe, sin perjuicio de la prueba en contrario que *a posteriori* presente el imputado, consistente, naturalmente, en acreditar que no fue él quien envió los correos.

Más tradicionales son las intervenciones de comunicaciones telefónicas, si bien es muy difícil que se decrete tal intervención en uno de estos casos, puesto que al adoptar medidas de protección contra la víctima, el imputado ya estará sobre aviso. Y además, como exige reiteradamente la jurisprudencia, para decretar esta intervención es preciso que nos hallemos ante un delito grave, es decir, con pena superior a 5 años (art. 33 C.P.), lo cual no siempre concurre, atendiendo a lo dispuesto en el art. 173 C.P., por ejemplo.

Sin embargo, todo ello, que reitero que es prueba anticipada de la instrucción – pero que trato ahora por su carácter probatorio-, debe realizarse, como ya indiqué, con rapidez. Por esa razón me reafirmo en mi conclusión de que lo más procedente hubiera sido que el Ministerio Fiscal se hiciera cargo de la instrucción. Si fuera así, dicha instrucción consistiría únicamente en las primeras diligencias que, siendo realistas, son las únicas que realmente van a poder practicarse en estos casos, ante lo efímero del objeto probatorio. Siendo de ese modo las cosas, el Ministerio Fiscal inmediatamente presentaría su acusación y se iniciaría el juicio oral, lo que haría aumentar la eficacia en la persecución.

Y es que debe recordarse que la instrucción en estos casos es muy complicada en cuanto a la recogida de vestigios, por la necesidad de rapidez. Pero una vez concluido ese periodo inicial en el que todavía es posible practicar diligencias de averiguación de los delitos cometidos, lo cierto es que en la instrucción ya no queda nada más que hacer, por lo que es absurdo tenerla paralizada por acumulación de asuntos, cuando lo más procedente sería cerrarla, remitiendo a las partes a la celebración del juicio oral, si la acusación tiene un cierto sustento.

Por ello, como digo, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer deberían limitarse a hacer constar las diligencias policiales y médicas practicadas, tomando declaración a la víctima y al supuesto agresor, y adoptando las medidas de protección de la víctima que *prima facie* parezcan necesarias. Pero lo cierto es que no tiene sentido hacer nada más, aparte de lo indicado, que pasar rápidamente al juicio oral.

V. Aspectos procedimentales del enjuiciamiento de los delitos de violencia de género

Llegamos por fin a los aspectos de trámite de estos procesos, pero que no son menos importantes para la eficacia de toda la regulación examinada. Prescindiendo de una exposición general de todo el procedimiento, común para otros delitos que nada tienen que ver con la violencia de género, vamos a analizar los puntos más conflictivos, o aquellos en los que existe una regulación específica para los supuestos que nos ocupan.

1 El problema de la intermediación

Sorprende que el art. 87 ter.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mantenga solememente que en estos procesos está vedada la mediación, sin más. Y sorprende, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal la impide en todo momento, con respecto a la instrucción y fallo de cualquier delito.

Sin embargo, la verdad es que, sobre todo durante la instrucción, la mediación se ha convertido en un uso forense muy perjudicial. Existen declaraciones que no son escuchadas por el Juez, recogiendo una lastimosa tendencia que viene de muy antiguo, aunque desde siempre (hace ya más de cinco siglos¹⁰⁰) se ha intentado luchar contra ella. Por otra parte, la práctica de los careos durante la instrucción acaba resolviéndose normalmente en una diligencia absolutamente inútil, en la que los careados solamente se ratifican en sus declaraciones, sin descubrir el móvil de la contradicción. Y todo porque el Juez de instrucción, por desgracia, no suele estar presente en la práctica de dichos careos.

Por ello, no resulta descabellado que la Ley Orgánica del Poder Judicial haga referencia a este tema. Pero resulta inoportuno que dicha referencia se realice solamente con respecto a los casos de violencia de género, porque, de nuevo, se ha perdido una oportunidad preciosa para realizar una regulación con una vocación mucho más generalista que es completamente imprescindible.

¹⁰⁰ Del año 1500 nada menos. Vid. Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro XII, Título XXXII, Ley XVI.

Debe acabarse, por tanto, con la mediación en la instrucción, en cualquier instrucción. El art. 87 ter.5 L.O.P.J. no será más que un testimonio para el futuro de cómo en las instrucciones penales, ya en el siglo XXI, se seguía sin cumplir el mandato de la inmediación. Esperemos que al menos en estos casos de violencia de género, los Jueces de Violencia sobre la Mujer cumplan la ley. Puesto que de ese modo es posible que, en un futuro, si se confieren los suficientes medios a los Juzgados de instrucción, la práctica de la inmediación pueda convertirse en una realidad auténticamente palpable.

2 Postulación

Con respecto a la designación de abogado y procurador por parte de la víctima, el art. 20 de la Ley integral realiza una previsión innecesaria. Se les recuerda a las víctimas que tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita, con todo lo que ello implica, si acreditan insuficiencia de recursos. Se prevé también que la designación de Letrado se realizará de manera urgente.

Pero es que ello ya constituía, con pocas variaciones, derecho vigente, a través de la Ley de asistencia jurídica gratuita,¹⁰¹ citada expresamente en el propio precepto. ¿Qué sentido tiene entonces la reiteración? Entiendo que ninguno, desde el momento en que los Letrados ya conocen esa Ley, y las víctimas normalmente no van a leer la ley integral.

Lo único que se matiza es que una misma dirección letrada dirigirá la defensa de la víctima durante todo el procedimiento, derecho que se extiende también a los causahabientes de la misma. Y que la dirección letrada deberá ser especializada en estos casos, asegurando los Colegios de abogados la pertinente formación de los letrados a estos efectos. Pero lo que ocurre es que salvo con respecto a estos dos últimos incisos (derecho de los causahabientes y especialización), esa previsión ya formaba parte de las obligaciones profesionales de abogados y procuradores, porque así lo dispone el art. 31 de la Ley de asistencia jurídica gratuita. Hasta la referencia del art 20 de la ley integral con respecto al abono de los gastos ocasionados, si finalmente no se les reconocía el derecho a las víctimas, estaba prevista en dicha ley (art. 19).

Por ello, salvo en los puntos citados, no van a existir cambios con respecto a la situación actual. Solamente podrá tener cierta eficacia esa especialización a la que se hace referencia, pero siempre y cuando los Colegios de abogados tengan la debida diligencia en la organización de esa formación.

¹⁰¹ Así lo destaca CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, La Ley nº 6290, 7-7-2005.

3 La instrucción y enjuiciamiento de estos delitos. La posibilidad de enjuiciamiento rápido

Si la pena fijada para el delito que se esté persiguiendo es superior a 5 años, la instrucción y el juicio oral se sustanciarán a través del procedimiento abreviado, salvo que el delito sea de pena mayor a 9 años, en cuyo caso corresponderá seguir los trámites del procedimiento ordinario, posibilidad en la que el legislador me temo que no ha pensado en absoluto, pues no dispone ninguna especialidad al respecto.

Si corresponde celebrar el procedimiento abreviado, se seguirá el procedimiento descrito en los arts. 757 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, la única variación que propone el art. 779 bis LECrim para estos casos es la celeridad. Así debe interpretarse la frase del art. 779 bis.1 LECrim que dice que las diligencias previas y las resoluciones a ellas inherentes (arts. 774 a 779 LECrim), habrán de ser “*practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia*”, es decir, en cuanto se reciba la *notitia criminis*, sin dilación. Ello va en la línea de lo antes expresado, en cuanto a la necesidad de celeridad, pero me temo que el mandato pasará a ser un mero *desideratum* legal, como tantas otras veces, si no se disponen los medios necesarios para que los juzgados trabajen rápido, o no se regula de forma precisa el protocolo de las diligencias previas a practicar en estos casos, cosa que no se ha hecho, como ya indiqué.

Con todo, teniendo en cuenta que los delitos que van a enjuiciarse en la enorme mayoría de ocasiones¹⁰² tendrán una pena privativa de libertad inferior a 5 años (o de 10 años si es una pena de otra naturaleza), es posible aplicar el procedimiento de los arts. 795 y ss LECrim, es decir, el de los popularmente conocidos como “juicios rápidos”, tal y como prevé el art. 795.1 LECrim.¹⁰³

¹⁰² En un 70% las cifra MARTINEZ GARCÍA, Elena, *La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre*, en: “BOIX REIG / MARTÍNEZ GARCÍA, La nueva Ley contra la violencia de género”, Madrid 2005, p. 327.

¹⁰³ En materia de enjuiciamiento rápido de delitos y faltas existe copiosa bibliografía, a la que me remito para completar los aspectos generales de esta explicación, en los que no puedo entrar en un trabajo de estas características. Entre las obras más importantes, AAVV, *La reforma del Proceso Penal. Comentarios al Procedimiento Abreviado, Juicios Rápidos y Juicio de Faltas (conforme a las LLOO 8/2002, 9/2002 y 38/2002. Adaptado a la LO 5/2003). Comentarios a las LLOO 7/2002, de 5 de julio y 5/2003 de 27 de mayo*, 2003. AAVV (coord. Del Moral García), *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas. (análisis de las modificaciones introducidas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por L.O. 8/2002, L.O. 9/2002 y L. 38/2002)*, 2003. ARMENTA DEU, Teresa, *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de octubre de 2002*, Madrid 2003. ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas*, Madrid 2003. CALDERÓN CEREZO, Ángel, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La reforma del procedimiento abreviado y el nuevo enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas*, Madrid 2003. CONDE-PUMPIDO

No existen prácticamente cambios en el procedimiento si el delito perseguido es de violencia de género, pero se producen algunas matizaciones que obligan a la explicación, aunque superficial, del procedimiento completo.

En primer lugar, para poder utilizar este procedimiento rápido se requiere que se den las siguientes condiciones:

1. Que el proceso se incoe en virtud de atestado policial, y el supuesto responsable se halle detenido y a disposición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer – o ante el Juzgado de guardia si no se hallare el anterior en horario de audiencia –,¹⁰⁴ o bien haya sido citado para comparecer ante dicho Juzgado, aun sin estar detenido (art. 795.1 LECrim).¹⁰⁵
2. Que se trate de algún delito de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometido contra las víctimas a las que se refiere el art. 173.2 C.P. Este artículo, que sigue la orientación anterior a la ley integral, y que por tanto exige la habitualidad y restringe el ámbito de la perseguibilidad a cierto tipo de delitos, no es

TOURÓN, Cándido, GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECrim. hechas por las LL.OO. 7,8 y 9/2002, 1/2003, y por la Ley 38/2002*, Barcelona 2003. **ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, MORENO VERDEJO, Jaime, DEL MORAL GARCÍA, Antonio**, *Juicios rápidos (estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos)*, 2003. **GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, AGUILERA MORALES, M.**, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Madrid 2003. **GIMENO SENDRA, Vicente, LÓPEZ COIG, Juan Carlos**, *Los nuevos juicios rápidos y de faltas. Con doctrina, jurisprudencia y formularios*, Madrid 2003. **MORA ALARCÓN, José Antonio**, *Los juicios rápidos (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, 2003. **MUERZA ESPARZA, Julio J.**, *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Cizur Menor 2003. **RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José Francisco, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel**, *El proceso penal práctico. Comentarios, jurisprudencia, formularios*, Madrid 2003. **TENA ARAGÓN, María Félix**, *El nuevo juicio de faltas*, Madrid 2003. **VEGAS TORRES, Jaime**, *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Madrid 2003. Monográficamente para los procesos estudiados en este trabajo, **MAGRO SERVET, Vicente**, *Tratamiento de la violencia doméstica en relación con la entrada en vigor de la Ley de Juicios Rápidos*, Sepin, Práctica penal. Derecho penal, n 1, enero-febrero 2003, pp. 29 y ss.

¹⁰⁴ Así lo dispone el art. 779 bis.2 LECrim, cuando prevé que la policía, en los supuestos de enjuiciamiento rápido, conduzca al detenido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y sólo lo conduzca ante el Juzgado de Guardia a los efectos de regularizar su situación personal, si no fuere posible presentarlo ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. Vid. **DELGADO MARTÍN, Joaquín**, *Órdenes de protección y detenidos en la violencia de género: ¿ante el juzgado de guardia o ante el juzgado de violencia sobre la mujer*, La Ley penal, n° 20 2005, p. 63

¹⁰⁵ Aunque es un supuesto que prácticamente no se producirá nunca en los supuestos de violencia de género, incluso aunque no se halle identificado el supuesto responsable, pero la policía crea previsible su rápida identificación y localización, se seguirá este procedimiento, aunque de hecho no se iniciará hasta que no se localice al supuesto responsable, sin perjuicio de dar noticia al Juez de guardia, y aunque después el caso se lo deba atribuir en exclusiva el Juez de guardia que reciba el atestado, una vez detenido o citado el supuesto responsable (796.4).

coincidente con el ámbito de dicha ley integral, que sorprendentemente no lo reformó. De manera que no todos los delitos previstos en dicha ley, cuando la víctima sea la mujer, podrán ser juzgados a través de este procedimiento, sino solamente los señalados en el art. 795.1.2ª LECrim, que son los que acabo de reproducir.

3. “*Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla*” (art. 795.1.3ª LECrim). En este particular, el problema fundamental es saber quién determina que el delito es de instrucción sencilla. En mi opinión, los delitos de violencia de género son, como ya indiqué, de instrucción relativamente simple en el sentido de que, o se recogen ya en un principio todos los vestigios, o bien ya no quedará posibilidad de hacerlo. Creo, por ello, que las instrucciones de estos delitos, presumiblemente, van a ser sencillas, por lo que entran en el ámbito del precepto.

El procedimiento de enjuiciamiento rápido de delitos parece adaptarse bastante bien a las necesidades de instrucción rápida que antes comenté, puesto que se parte de la base de que en este procedimiento es clave la actuación policial, ya que, de hecho, se va a juzgar con los datos que se aporten en el atestado. Esta era la idea del legislador, puesto que encarga que la policía judicial realice una serie de actuaciones preparatorias del proceso, actuaciones que se salen de lo habitual. Entre ellas, deberá ocuparse de las siguientes cuestiones, todas ellas perfectamente aplicables a los supuestos de violencia de género:

1. Solicitar al médico el informe de la asistencia prestada a la ofendida, o bien requerir la presencia del médico forense ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si la víctima no puede acudir al Juzgado (796.1.1ª).

2. Enviar el cuerpo del delito a laboratorios, instituto de toxicología o instituto de medicina legal, requiriéndoles para que realicen los análisis (o contraanálisis) y de inmediato remitan el resultado al Juzgado, antes del día del juicio. Y si no fuera posible, la policía realizará ese análisis, que será controlado por el Juez (796.1.6ª y 7ª).

3. Requerir al perito que corresponda para la inmediata tasación de un objeto que no pueda ser remitido al Juzgado, lo que puede ocurrir en casos de robo de un utensilio esencial para la profesión de la mujer, siempre que ya haya sido recuperado. Puede realizar el informe incluso oralmente ante el Juzgado (796.1.8ª).

4. Informar al sospechoso de su derecho a designar abogado para comparecer ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Si no manifiesta expresamente esa voluntad de designación, la policía recabará del Colegio de Abogados el nombramiento de uno de oficio (796.1.2ª).

5. Citar, para el día que señale la policía, al denunciado (si no está detenido), a los testigos y en su caso a los aseguradores, para que comparezcan ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (796.1.3ª, 4ª y 5ª). Estas citaciones se harán por cualquier medio, incluso verbalmente, pero dejando constancia (oral, en un acta, art. 796.3). Se advierte además que no será precisa la citación de policías que hubieren intervenido en el atestado si su declaración consta en el mismo (art. 796.1.4ª).

Todas las diligencias anteriores suponen que la policía fijará el día del juicio. Ello se realizará coordinadamente con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. El CGPJ debe dictar una serie de Reglamentos para realizar dicha coordinación, lo cual es recordado por el art. 779 bis.3, pero ya lo indicaba de ese modo el art. 796.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Concluidas las anteriores diligencias, o mientras se concluyen, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tan pronto como reciba el atestado, podrá ordenar diligencias urgentes “*con la participación activa del Ministerio Fiscal*” (art. 797.1 LECrim), a fin de averiguar los antecedentes penales, y podrá complementar las diligencias policiales requiriendo los informes periciales pertinentes, si no se hubieren hecho ya, lo que puede ser apropiado para tomar declaración a la víctima y al sospechoso, aprovechando para realizarle a este último el acto de imputación (idéntico al del art. 775 LECrim) y le informará, en su caso, de los derechos que le asisten *ex art. 776 LECrim*. También tomará declaración a los testigos y cualquier otra diligencia de investigación que pueda llevarse a cabo en el acto (arts. 799 y 797.1.6ª, 7ª, 8ª y 9ª LECrim). Incluso en caso de gran urgencia, lo que puede ocurrir cuando la mujer esté en peligro de muerte a consecuencia de las lesiones, puede ordenar la práctica de la prueba testifical anticipada, con las debidas garantías de contradicción, y grabándola en documento multimedia o documentándola por escrito en presencia del Secretario judicial.

También se dispone que no es necesario que se cite a los policías cuya declaración ya figure en el atestado, salvo que excepcionalmente y de forma motivada el Juez disponga dicha declaración como imprescindible para adoptar las resoluciones explicitadas en el art. 798 (art. 797.1.8ª) y que veremos a continuación. E incluso, para ganar más tiempo, se dispone que el abogado que asista al sospechoso también tendrá habilitación para representarle ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 797.3).

Realizado todo lo anterior, el Juez de Violencia sobre la Mujer deberá dictar alguna de las siguientes resoluciones:

1. Auto oral disponiendo su falta de competencia por ser delito militar (art. 798.2.1º). En este caso decidirá lo procedente sobre las medidas cautelares. Desde luego, es obvio que esta resolución no será nada frecuente, pero es posible que sucedan hechos en los que, ciertamente, se dude qué juzgado es el que debiera conocer de la instrucción de los mismos.

2. Auto oral decretando el sobreseimiento en los casos del art. 779.1.1ª LECrim (art. 798.2.1º LECrim).

3. Puede ocurrir que, a pesar de todo, las diligencias practicadas no sean suficientes. No será lo más habitual, pero desde luego puede suceder. En ese caso se

dictará auto¹⁰⁶ ordenando la apertura de diligencias previas por ser insuficientes las practicadas, señalando cuáles deben practicarse y no ha sido posible practicar (art. 798.2.2º LECrim).

4. Auto ordenando el enjuiciamiento del hecho si se trata de una falta, conforme a lo previsto en el art. 963 LECrim (art. 798.2.1º LECrim), aunque los supuestos en que los actos derivados de la violencia de género sean considerados falta son ciertamente marginales.

5. Auto ordenando continuar el procedimiento (art. 800 LECrim). En este último caso, el Juez oír a las partes personadas, que podrán solicitar el sobreseimiento, al amparo de lo dispuesto en el art. 782 LECrim; o la apertura del juicio oral, obrando el Juez como en el procedimiento abreviado (arts. 782 y 783 LECrim), con la salvedad de que si decide abrir juicio oral, dictará un auto, también oral, ordenando abrir el juicio.

6. Acumuladamente a los anteriores, el Juez puede dictar auto determinando la situación personal (prisión o libertad) del imputado, lo cual ahorra la audiencia que vimos que había que practicar en estos casos (art. 505.1.II LECrim). Lo que ocurre es que en los casos en los cuales ya se haya dictado una orden de protección, esta oportunidad solamente servirá para revisar lo ya actuado.

Si el Juez decide la apertura del juicio oral¹⁰⁷ las acusaciones, si así lo desearan,¹⁰⁸ presentarán la acusación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, oralmente, por escrito, o por escrito solicitando plazo para redactarlo, nunca superior a 2 días (art. 800.4 LECrim), ofreciéndose entonces la posibilidad de que el proceso finalice mediante la conformidad del imputado, trámite que es el único que hace que este procedimiento pueda ser auténticamente rápido, ante la ineficacia práctica general de buena parte de lo que llevo explicado, nuevamente por la falta de medios personales y materiales que aqueja a nuestra Justicia. Excuso, no obstante, la exposición de dicha conformidad, por carecer de toda especialidad en los delitos de violencia de género, aunque advierto que plantea serias dudas de constitucionalidad en cuanto a que el órgano que instruye es el mismo que juzga (dicta la sentencia de conformidad) en este caso.

Si no hay conformidad, el acusado presentará su defensa, por escrito (plazo máximo de 5 días), u oralmente. Hecho esto, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer citará a las partes para la celebración del juicio oral dentro de los 15 días siguientes (800.2), citando también a testigos y peritos según la prueba solicitada por las partes en el otrosí probatorio, sin perjuicio de que el Juzgado de lo penal, *a posteriori*, no admita la prueba (800.3.II y 800.7).

¹⁰⁶ Deduzco que se trata de un auto, al requerir la ley que el Juez motive la práctica de las nuevas diligencias. De todos modos, cualquiera de las resoluciones del estilo que estamos estudiando debe ser un auto, al amparo de lo dispuesto en el art. 245.1.b L.O.P.J.

¹⁰⁷ Que como es sabido, no quiere decir que se abra inmediatamente, sino que se abrirá. Estimo que esta imprecisión de la redacción legal se arrastra ya desde hace demasiados años, y debiera ser corregida de una vez por todas.

¹⁰⁸ Vid. art. 800.5 LECrim en caso contrario.

Por lo demás, si la parte acusada no presenta escrito de defensa, el juicio seguirá igualmente, empezando por el trámite de admisión de pruebas ante el Juez de lo penal (800.6), y discurriendo por los cauces habituales, con la ingenua advertencia de que el juicio debe celebrarse rápidamente (art. 802). Finalmente se dictará la sentencia, en el plazo de 3 días, siendo la misma recurrible en apelación, que se sustanciará por unos trámites más abreviados que los habituales (art. 803).

He expuesto de forma algo detallada todo lo anterior para mostrar que este procedimiento, con algunas correcciones y reducción de complejidades, es el que debería utilizarse en todos los supuestos de violencia de género en la fase de instrucción, puesto que parte de la base de que dicha instrucción va a ser muy sencilla, lo cual es completamente cierto, como ya se vió. Sin embargo, me parecen inoportunas las prisas en la celebración del juicio oral, sobre todo aquellas que restringen los tiempos para que el acusado pueda preparar su defensa.

Y lo indico de ese modo porque lo que es esencial en estos casos es que se instruya pronto y se proteja a la víctima inmediatamente. Pero una vez hecho lo anterior, el juicio y su convocatoria debería seguir los trámites habituales del procedimiento abreviado, ya que, como he dicho tantas otras veces, los delitos de violencia de género no son más horribles que otros muchos que juzga la jurisdicción penal, por lo que no tiene demasiado sentido darles preferencia en el enjuiciamiento, repito, una vez protegida la víctima e instruida la causa. La rapidez, necesaria sobre todo para la valoración de las declaraciones de imputado y víctima, debe conseguirse mediante una instrucción breve y a través de la dotación de eficacia a toda la jurisdicción penal para que todos los juicios orales, en averiguación de cualquier delito, se convoquen rápido. Y no a través de esta preferencia, discriminadora con respecto a otros casos.

4 El enjuiciamiento de estos hechos como faltas

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone un procedimiento privilegiado para el enjuiciamiento rápido de las faltas más frecuentes,¹⁰⁹ entre ellas las de violencia contra las víctimas citadas en el art. 173.2 C.P., lo que incluye lógicamente a las víctimas citadas en la ley integral. Dicho procedimiento se inspira en la regulación de los “juicios rápidos”, y se sustancia ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como ya indiqué en su momento (art. 87 ter.1.d L.O.P.J.).

¹⁰⁹ Sobre los antecedentes de este procedimiento, vid. MAGRO SERVET, Vicente, *Nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica*, La Ley (7) 2002, pp. 1884 y ss.

El procedimiento se iniciará siempre por atestado policial, aunque venga precedido de una denuncia. La policía citará, en el día hábil más próximo (art. 962.5 LECrim),¹¹⁰ a denunciantes, denunciados, ofendidos, perjudicados y a los testigos para que comparezcan ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de guardia, apercibiéndoles de las consecuencias de no comparecer (multa de 200 a 2.000 euros (art. 967.2 LECrim)) y de que el juicio podrá ser celebrado en su ausencia, así como de que deberán comparecer con todos los medios de prueba de que intenten valerse. También realizará el ofrecimiento de acciones del procedimiento abreviado, según lo dispuesto en los arts. 109, 110 y 967 LECrim a denunciante y ofendido (art. 962.1 LECrim). Acto seguido, se informará al denunciado de que puede comparecer con abogado propio, o que se le designará uno de oficio (art. 962.2 LECrim en relación con el art. 796.2ª LECrim).

Finalmente, se enviará el atestado y la denuncia, en su caso, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer (962.3 LECrim), el cual, recibido el atestado, si el Juez se declara competente (963.3 LECrim) y lo estima procedente, se celebrará inmediatamente el juicio si lo cree oportuno, habida cuenta que podría suspender su celebración en caso de que no comparezcan todos los citados o por no poderse practicar alguna prueba (art. 963.1 LECrim). También podría suspenderse el juicio porque alguna de las partes pida Abogado de oficio. Se prevé en el art. 963.2 LECrim su inmediata designación, para lo que será esencial una buena coordinación con el Colegio de Abogados.

VI. La sentencia y la ejecución de la condena

Cualquier sentencia que se dicte en estos procesos será remitida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, indicando si la misma es o no firme (arts. 160 y 789.5 LECrim), lo que se dispone a fin de que el Juzgado la tenga en cuenta en sus resoluciones sobre la orden de protección, pero sobre todo en las que deba dictar en los procesos civiles de los que conozca.

La sentencia impondrá la pena que corresponda. A tal efecto, el art. 57 del Código Penal prevé, desde antes de la reforma, que los Jueces, en sus condenas, puedan decretar, al amparo del art. 48 C.P., la prohibición de aproximación a la víctima, o a sus familiares, o a otras personas que el juez determine, decretando incluso la suspensión del régimen de visitas, así como

¹¹⁰ Con la coordinación con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que antes indiqué para los juicios rápidos, que ya estaba indicada en el art. 962.4 LECrim, y que el art. 962.5 repite incomprensiblemente.

la prohibición de residencia en un determinado lugar, o de comunicación con la víctima, pudiendo ordenarse asimismo el control del cumplimiento de estas medidas a través de medios electrónicos. Todo ello por tiempo de 10 años si el delito fuera grave, o de 5 si fuera menos grave, o de un máximo de 6 meses si se tratara de una falta. Por su parte, el art. 88.1 C.P. dispone la posible sustitución de penas por trabajos en beneficio de la comunidad, imponiendo adicionalmente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico,¹¹¹ aunque manteniendo las medidas de alejamiento impuestas en la condena.¹¹²

Dicha sustitución de penas puede resultar muy provechosa, teniendo en cuenta que, en ocasiones, el ingreso en prisión de este tipo de reos es contraproducente, a pesar del rechazo que nos provoquen sus conductas. Por ello, entiendo un acierto las posibilidades de sustitución de penas establecidas en este sentido. Además, siempre será preferible dicha sustitución que el indulto,¹¹³ pedido a veces por la víctima – previamente inducida por su agresor – y que en ocasiones puede acabar de forma trágica. Es preciso obrar en esta materia con suma cautela, y por ello la reeducación del individuo parece el camino más favorable para su reinserción.

¹¹¹ Vid. ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, *Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, II 2005 (La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado), p. 159 y ss.

¹¹² Sobre los planes formativos de reeducación de maltratadores, vid. MAGRO SERVET, Vicente, *La Aplicación de los planes formativos de reeducación de maltratadores : una alternativa a la prisión en la lucha contra la violencia doméstica*, La Ley (2) 2004, pp. 1717 y ss.

¹¹³ Ley provisional de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.