

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 19
julio - diciembre 2021

Aspectos jurídico-prácticos de la prisión provisional en el ámbito de la violencia de género

Ana Isabel Serrano Esteban

Profesora Dra. Máster Derecho Penal Económico
Universidad Internacional de la Rioja unir
anaisabel.serrano@unir.net

RESUMEN: La adopción de esta medida cautelar en el ámbito de la violencia de género, plantea diversas cuestiones de carácter jurídico-práctico, penal y procesal. En el presente trabajo se analizarán los requisitos necesarios para que pueda ser acordada por el juez o tribunal, y su posible concurrencia, con otras comparecencias frecuentes en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Prisión provisional, medida cautelar, violencia de género.

ABSTRACT: The adoption of this precautionary measure in the field of gender violence raises various questions of a legal-practical, criminal and procedural nature. In the present work, the necessary requirements will be analyzed so that it can be agreed by the Judge or Court, and its possible concurrence, with other frequent appearances in this matter.

KEY WORDS: Precautionary measure, gender violence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Requisitos para su adopción. 3. Procedimiento para su adopción y resolución pertinente. 4. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 544 ter de la LECrim. 5. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 798 de la LECrim. 6. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 544 bis in fine de la LECrim. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Con la entrada en vigor en España de la Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LIVG), no solo se contempló una protección penal, social,¹ laboral,² institucional³ o educativa,⁴ sino que se efectuó una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para reforzar la protección procesal y la seguridad de la víctima, que afectó, entre otras materias, a la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento y a la orden de protección, cuya competencia para acordarlas o dejarlas sin efecto se atribuyó, tras la modificación del artículo 14 LECrim, al Juzgado de Violencia de Género (JVG), Juzgado de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, Audiencia Provincial, o Secciones de la misma que asumieron competencias específicas sobre la materia, y al Tribunal del Jurado.

Hay que tener en cuenta, como se verá más adelante, que la comparecencia de la prisión provisional del artículo 505 LECrim puede decretarse conjuntamente en el seno de otras comparecencias previstas en la LECrim, como puede ser la del artículo 544 bis in fine (quebrantamiento de medida cautelar), 544 ter (orden de protección) o la del artículo 798 LECrim (juicio rápido), pudiendo interesarse tanto por el Ministerio Fiscal como por las acusaciones personadas, y sin que pueda ser prevista de oficio, por el juez o tribunal sin haber sido solicitado por ninguna parte.

La prisión provisional es la medida de mayor repercusión para la libertad del imputado por lo que, como cabe esperar, solo será admisible por la comisión de los hechos más graves y que estén castigados con mayor pena en el Código Penal y no sea posible adoptar otras menos gravosas a través de las cuales se puedan conseguir los mismos objetivos, estableciéndose unas garantías reforzadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para su adopción.

Al tener un carácter excepcional y temporal, cuando se aproxime su expiración será necesario, si fuera necesaria su prórroga, la comparecencia del artículo 504.2 de la LECrim a efectos de valorar su continuidad, previo informe del Ministerio Fiscal y del resto de partes personadas, incluida la defensa.

En materia de violencia de género, la prisión provisional no conlleva dejar sin efecto la medida de prohibición de aproximación y no comunicación con la víctima y con aquellos de sus familiares que se determinen, que pueda haberse adoptado en el seno de una orden de protección, incluso en los casos en los que se impusiera con control telemático pues, como se verá con mayor detenimiento, es necesario mantener la no comunicación con la víctima para evitar la reiteración delictiva o la presión que puede ejercerse sobre ella, para que no declare contra el agresor o para que retire la denuncia interpuesta.

2. Requisitos para su adopción

En la materia que nos ocupa, la prisión provisional es una medida cautelar que, como señala la STC 41/1982, de 2 de julio, está inspirada en su carácter no obligatorio, que se adopta por el juez o tribunal teniendo en cuenta las circunstancias del caso, es excepcional, puesto que durante el proceso penal rigen los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, y que debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria sin que, en ningún caso, se pueda aplicar para fines punitivos.

Como señala Arangüena Fanego,⁵ tras la LIVG contamos con un catálogo bastante amplio de medidas cautelares que permiten proteger de forma muy efectiva a la víctima, por lo que debe seguir siendo una medida de protección alternativa y residual.

Para acordar la prisión provisional de una persona frente a la cual se está siguiendo un procedimiento penal, es necesario que concurren los requisitos previstos en los artículos 502 y 503 de la LECrim.

Si atendemos al artículo 502 de la LECrim, lo primero que indica es que podrá ser acordada por el juez o tribunal que conozca la causa; por lo que solo la autoridad judicial de forma motivada puede

¹ Rivas Vallejo, P., «La protección social frente a la violencia de género», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2007.

² Lousada Arochena, J. F., «Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja», *Revista del Poder Judicial*, nº 88, 2009.

³ Villalba Pérez, F., «La Administración Pública ante la violencia de género», en Jiménez Díaz, M. J. (coord.), *La Ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

⁴ Lorente Acosta, M., «Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones», *Revista de Educación*, nº 342, 2007.

⁵ Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 599.

establecerla. Además, únicamente procederá cuando objetivamente sea necesaria según lo dispuesto en el artículo 503 de la LECrim, al no existir otras medidas igual de eficaces y menos restrictivas que permitan cumplir los fines de su adopción.

En todo caso, el juez o tribunal al pronunciarse sobre su necesidad debe hacerlo con arreglo a todas las circunstancias del caso concreto, no solo las del hecho presuntamente cometido, sino también las del agresor, sin que pueda apreciarse cuando de la causa no existan indicios racionales de criminalidad o concurra una causa de justificación.

Cuando en el artículo 503 de la LECrim se habla de que “concurran los siguientes requisitos”, parece, de la expresión utilizada, que deban darse conjuntamente todos los que enumera, aunque a lo largo del texto quedan matizados.

El primero de ellos consiste en “que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena privativa de libertad cuyo máximo sea igual o superior a los dos años”, o bien, con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de serlo por condenas previas por delito doloso.

A este respecto, resulta necesario que se traigan a la causa y se unan a las actuaciones, los antecedentes penales del investigado mediante la consulta al Registro Central de Penados y Rebellados efectuada por el Letrado de la Administración de Justicia, donde se hará constar las condenas previas sufridas y, en su caso, si ha estado en prisión provisional con anterioridad y por qué delitos.

Al Ministerio Fiscal se le deberá facilitar, junto con la copia de las actuaciones, dicha consulta de antecedentes penales para poder instruirse de cara al informe que debe prestar en la comparecencia del artículo 505 de la LECrim.

Lo anterior no solo servirá para valorar la proporcionalidad y procedencia de la medida cautelar, sino, además, la peligrosidad del agresor, pues, como ya se verá, al tratar la comparecencia del artículo 544 ter de la LECrim, es un elemento objetivo que debe tenerse en cuenta de cara a su solicitud.

No basta con que los hechos que se atribuyen al infractor revistan apariencia de delito, sino que será necesario que, de las actuaciones practicadas, existan indicios racionales de criminalidad contra el investigado; en concreto y de forma literal, “que aparezca

en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”. Es lo que se conoce como *fumus commissi delicti* lo que exige hacer un juicio de valor sobre las pruebas practicadas hasta ese momento, incluía la declaración de la víctima que, como sabemos, dispone de la dispensa del artículo 416 de la LECrim que le permite no declarar contra su cónyuge o pareja sentimental.

De lo anterior se deduce que difícilmente se podrá solicitar por el Ministerio Fiscal, y ser admitida por el juez o tribunal, la prisión provisional del agresor si la víctima no declara o lo hace en términos exculpatorios, si el resto de los elementos probatorios no tienen suficiente firmeza.

Además, se requiere en el artículo 503 de la LECrim que la prisión provisional persiga alguno de los fines que enumera, siendo el primero de ellos, asegurar su presencia en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. El propio precepto nos da las pautas para afirmar cuándo puede darse el mismo. En concreto, la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena que pudiera corresponder por su comisión, la situación familiar, laboral y económica del agresor y la proximidad de la celebración del juicio oral se contemplan como elementos a valorar de cara a su concesión. Obviamente, no todos estos elementos tienen el mismo peso a la hora de decidir sobre su solicitud o procedencia, pues por mucha vinculación que pueda tener el encausado en nuestro país, si los hechos revisten de la suficiente gravedad procederá el dictado del auto de prisión provisional para evitar que se sustraiga a la acción de la justicia.

El artículo 503 nos indica que existirá riesgo de fuga cuando en los dos años inmediatamente anteriores, se haya dictado contra el mismo, al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda, al no haber comparecido ante un juez o tribunal en alguna causa previa. En estos casos ya no resulta aplicable el límite penológico previsto en el apartado primero.

No obstante, esta circunstancia debe ser matizada y aplicada restrictivamente en los casos en los que la celebración del juicio oral se encuentre próxima, sobre todo en el ámbito de los juicios rápidos cuya horquilla temporal se sitúa en torno a las dos semanas como máximo, según se establece en el artículo 800.3 de la LECrim, desde que se dicta el auto de juicio oral, dado su carácter preferente y por contar con una agenda específica de señalamientos.

Dentro del requisito del *periculum in mora o periculum libertatis*, debemos incluir también, que la prisión provisional sea precisa para evitar la posibilidad de que el investigado pueda ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba relevantes de cara al juicio oral, siendo necesario que exista un riesgo fundado y concreto, y no meramente potencial. En el ámbito de la violencia de género un elemento que permite su valoración es la capacidad del agresor de influir en la víctima para que retire la denuncia, la acusación ejercida en el procedimiento penal o se acoja a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, sobre todo, cuando tengan hijos en común. Indudablemente, no solo por esa circunstancia se acordará por el juez o tribunal la prisión provisional, pero es un elemento más para tener en cuenta.

Por último, otro de los elementos que se evalúa para solicitar la prisión provisional, es el peligro de reiteración delictiva, que en la materia que nos ocupa, se focaliza en la posibilidad de que el agresor vuelva a atentar contra bienes jurídicos de la víctima.

El hecho de que la víctima guarde con el agresor una relación de afectividad, presente o pasada e incluso de convivencia, aumenta considerablemente la probabilidad de que la víctima pueda volver a resultar agredida en comparación con otros tipos delictivos en los que la elección de la víctima es más casual. Hay que recordar que en muchas ocasiones el delito se produce en el interior del domicilio familiar sin la presencia de testigos y sin que nadie pueda auxiliar a la víctima, lo que aumenta considerablemente la inseguridad.

A la hora de apreciar este riesgo es necesario tener en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes: gravedad de los hechos, antecedentes penales del imputado, sobre todo por delitos violentos, si han existido denuncias o procedimientos penales previos con la misma o distinta pareja, si estaba vigente alguna medida cautelar y se ha quebrantado la misma, o cualquier otro elemento que sirva para hacer apreciar la probabilidad de que vuelvan a repetirse los hechos.

En los casos de violencia de género no se exige que el delito cometido deba tener señalada una pena igual o superior a dos años de prisión y ello es así, porque de ser aplicable ese límite penológico, solo se podría acordar la prisión provisional para aquellos delitos más graves, dejando fuera prácticamente todos los delitos más frecuentes que se cometen en esta materia: delito de maltrato o lesiones del artículo 153,

delito de amenazas del artículo 171, delito de coacciones del artículo 172 e incluso, el delito de quebrantamiento de medida cautelar o de pena del artículo 468 del CP al llevar aparejada, todos ellos, una pena de un año de prisión como máximo, y que pueden haberse llevado a cabo vulnerando una pena o medida cautelar de prohibición de aproximación y no comunicación.

Este elemento sirve también a los efectos de decidir sobre la concesión de la orden de protección del artículo 544 ter de la LECrim, pues los criterios que se siguen para su otorgamiento son la existencia de indicios racionales de criminalidad y la presencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima.

El riesgo de reiteración delictiva tampoco puede ser apreciado exclusivamente para acordar la prisión provisional, y el juez o tribunal no puede dictar auto de prisión provisional ante la eventualidad potencial de que la víctima vuelva a ser agredida, sino que será otro elemento más a apreciar.

Incluso en aquellos casos en los que se haya producido un quebrantamiento de la orden de protección acordada, no procederá sin más interesar la convocatoria del art. 505 en relación con el artículo 503 de la LECrim, sino que lo procedente es que el Ministerio Fiscal interese del órgano judicial la celebración de la convocatoria del artículo 544 bis in fine, a los efectos de valorar si procede dejar sin efecto dicha orden de protección, siendo en este extremo necesario oír a la víctima para volver a requerir de cumplimiento al imputado o agravar su situación, como veremos.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la situación objetiva de riesgo en el que se puede encontrar la víctima y exige su motivación y concreción, sin que por el hecho de existir un quebrantamiento de medida cautelar o de condena, se deba de entender implícito el mismo así, por ejemplo, en la STC nº 62/2005, del 14 de marzo en la que se insiste en su carácter excepcional.

3. Procedimiento para su adopción y resolución pertinente

Una vez que el detenido es puesto a disposición judicial, ya del Juzgado de Violencia de Género o el Juzgado de Instrucción en funciones guardia, en los casos procedentes, según el artículo 505 de la LECrim, salvo que el juez o tribunal acuerde su libertad sin fianza, deberá convocar al Ministerio Fiscal y a

las partes personadas a una comparecencia para que puedan pronunciarse sobre su situación personal.

En esta comparecencia el juez o tribunal habrá que tomar declaración al detenido, que deberá comparecer asistido de letrado, sobre los hechos que se le imputan y, en su caso, a la víctima y demás testigos.

Es importante destacar que las partes personas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, por lo que es necesario que el letrado de la defensa pueda consultar las actuaciones incluso con carácter previo a que se interrogue a su defendido, según se contempla en los artículos 302 y 505.3 de la LECrim salvo en el caso de que se hubiera decretado el secreto de sumario, que en la materia que estamos tratando no suele acordarse.

A los efectos de poder informar adecuadamente, las partes podrán interesar la práctica de las diligencias de prueba que tengan por conveniente y que se puedan celebrar en dicho momento o, a más tardar en un plazo de 62 horas a contar desde que el detenido fue puesto a disposición judicial, pues es el plazo máximo en el que debe resolverse sobre su situación.

Respecto de la víctima, si no estuviere personada como acusación particular, se le ofrecerá dicha posibilidad en el momento de prestar declaración ofreciéndole siempre la posibilidad de estar asesorada por un letrado.

En los casos en los que la víctima sea menor de edad se interesará por el Ministerio Fiscal que su declaración se preste a través de medios telemáticos o técnicos que hagan posible la práctica de aquella, para evitar la confrontación visual con el inculpado, según se prevé en el artículo 707, en relación con el artículo 448 in fine de la LECrim y el artículo 229 de la LOPJ.

Dependiendo de los hechos que se imputen al detenido será conveniente la práctica de determinadas diligencias de prueba para valorar los indicios de criminalidad y la gravedad de los hechos cometidos, siendo habitual que se tome declaración a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que intervinieron y llevaron a cabo la detención, y la pericial del médico forense que hubiere emitido el informe de sanidad, a los efectos de ampliar o aclarar algún extremo del mismo que las partes puedan interesar.

La resolución que establezca la prisión provisional del inculpado deberá adoptar la forma de automotivado y será recurrible en reforma y apelación, en los

términos del artículo 766 de la LECrim. La necesidad de motivación deriva no solo de las graves consecuencias que se derivan para la libertad del encausado, sino también de la exigencia de valoración de los diferentes criterios que han llevado al juez o tribunal a acordarla.

Una vez dictado dicho auto deberá ser notificado al acusado y remitir una copia al director del establecimiento penitenciario donde deba ingresar y otra, a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que deban encargarse de su traslado.

Como ya se ha indicado con anterioridad, la prisión provisional está presidida por los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y provisionalidad, este último, según se recoge en el artículo 504 de la LECrim, por lo que está sujeta a unos límites temporales, de forma que solo durará el tiempo imprescindible para alcanzar los fines para los que se acordó y, en tanto, subsistan los motivos que llevaron a adoptarla.

Cuando la prisión provisional se hubiera acordado para los fines previstos en las letras a) o c) del apartado 3º o en el apartado 2º del artículo 503, su duración máxima será de un año si la pena privativa prevista para el delito por el que se estén siguiendo las actuaciones fuera igual o inferior a tres años, o dos años si la pena privativa de libertad fuera superior a tres años, aunque se prevé la posibilidad de acordar la prórroga de los mismos por una sola vez por seis meses y dos años respectivamente, cuando se prevea que la causa no pueda ser juzgada en los plazos inicialmente previstos.

Cuando la prisión provisional se hubiera acordado para los fines previstos en la letra b) del apartado 3º del artículo 503, su duración no podrá exceder de seis meses. Los plazos señalados se entenderán sin perjuicio de que si una vez acordada la libertad provisional por haber alcanzado el límite máximo, el inculpado dejare de comparecer ante la autoridad judicial los días que se le hubiere fijado por el juez o tribunal, podrá nuevamente acordarse esta medida cautelar.

La tramitación de causas con preso tiene preferencia en relación a las demás, así se indica expresamente en el expediente judicial y en los escritos de acusación con causa con preso se expresará por el Ministerio Fiscal el límite máximo en el que celebrar el juicio oral o, en su caso, prorrogar la misma en su condición de parte necesaria en el proceso penal y en el deber que le corresponde de velar por los derechos

fundamentales en cuantas actuaciones intervenga, según se recoge en el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, del 30 de diciembre).

Por último, en los casos de sentencia condenatoria se permitirá prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia. En los casos de violencia de género, al tener previstos en la mayoría de los tipos penales (delito de lesiones o maltrato del artículo 153 del CP, delito de amenazas del artículo 171 del CP o delito de coacciones del artículo 172.2 del CP) una pena privativa de libertad de hasta un año de duración, el límite máximo de prisión provisional no podrá exceder de la mitad de duración de la pena impuesta en la sentencia, que como máximo será de seis meses en los casos señalados, según el párrafo segundo del artículo 504.2 de la LECrim.

4. Comparecencia del artículo 505 junto con la del artículo 544 ter de la LECrim

En casos de violencia de género es bastante frecuente que la comparecencia de prisión provisional del artículo 505, en relación con el artículo 503 de la LECrim, se celebre conjuntamente, con la comparecencia de la orden de protección ante la necesidad de contar con la víctima a lo largo del procedimiento y dispensarle una adecuada protección.

Para Moral Moro,⁶ la finalidad que se persigue con las medidas judiciales de protección y de seguridad previstas en la LIVG a través de la orden de protección, no es garantizar el cumplimiento de la sentencia, sino tutelar a la víctima. En mi opinión y como reiteradamente he manifestado, la finalidad que se pretende con la orden de protección es proteger a la víctima y a los descendientes comunes, pero no exclusivamente, pues no debemos olvidar que también se pueden acordar otro tipo de medidas dentro de la orden de protección; como la suspensión de la patria potestad de los menores, artículo 65 LIVG, la suspensión del régimen de visitas, artículo 66 LIVG, la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas, artículo 67 LIVG y cualesquiera otras medidas cautelares previstas en la LECrim y civiles a que se refiere el artículo 544

ter apartado 6º y 7º respectivamente. Además, con la orden de protección se confiere a la víctima un estatuto integral de protección cuyo contenido y finalidad es más amplio que el previsto para las medidas cautelares penales.⁷

La orden de protección puede ser interesada por la víctima, por alguna de las personas contempladas en el art. 173 del CP y por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que los organismos y entidades asistenciales que tengan conocimiento de la comisión un acto de violencia de género, deberán denunciar los hechos de conformidad con el art. 262 de la LECrim, pero sin tener legitimación activa para solicitarla.⁸

La orden de protección no se otorga a la víctima de forma automática tras su petición, sino que debe verificarse el cumplimiento de una serie de requisitos en el seno de una comparecencia señalada en el artículo 544 ter de la LECrim a celebrar ante el JUM correspondiente al domicilio de la víctima, según lo dispuesto en el artículo 15 bis de la LECrim, en el plazo máximo de 72 horas siguientes a su solicitud, y a la que debe asistir el agresor, asistido de su abogado, el Ministerio Fiscal y la víctima, que puede estar o no asistida de letrado, pero cuyo derecho al mismo se prevé en el artículo 20 de la LIVG. La incomparecencia de alguna de las partes no impedirá que se adopten por el juez o tribunal las medidas de protección que considere conveniente para proteger a la víctima en los términos del artículo 13 y 544 bis de la LECrim, debiendo convocar nuevamente la comparecencia del artículo 544 ter cuando sea habida la parte ausente.

La razón de ser de esto último radica en la necesidad de no privar a la víctima del estatuto integral al que tiene derecho con el auto de orden de protección y a las medidas asistenciales y económicas aparejadas con la misma; por lo que, a pesar de las reticencias de algunos jueces a la convocatoria, es necesaria su celebración, sobre todo si el ausente es el agresor. En principio, solo podría acordarse la suspensión de la vista por la ausencia del letrado del agresor, pues es necesario salvaguardar su derecho de defensa.

En relación con la ausencia de la víctima, la Circular de la FGE nº 3/2003, del 18 de diciembre afirma que no es suficiente para acordar la suspensión de la

⁶ Moral Moro, M. J., «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género», *Revista Jurídica de Castilla León*, nº 14, 2008, p. 125.

⁷ Serrano Esteban, A. I., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁸ Peramato Martín, T., «La orden de protección», *Colección manuales de formación continuada*, 2007.

comparecencia, pero en atención a que es necesario ponderar adecuadamente su concesión, entiendo que sí es necesaria su asistencia.

Respecto a la presencia del Ministerio Fiscal en dicha comparecencia es posible que se pueda realizar a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 de la LECrim, pudiendo informar sobre su concesión por escrito.

La competencia objetiva para resolver sobre la orden de protección y la prisión provisional se determina en función de la materia y por razón de la persona. Por razón de la materia específica en la que nos encontramos, los artículos 87 ter 1º y 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 14.5 de la LECrim, recogen un criterio mixto que comprende un amplio catálogo de delitos, una cláusula genérica y una competencia por conexión, y ello sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

Las infracciones de las que puede conocer el JVM han sido referenciadas por los títulos del Código Penal al que pertenecen y no a delitos concretos; en particular, se incluye el homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexual. La cláusula genérica y por conexión incluyen “cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación” siempre que la víctima sea mujer que esté o haya estado unida por vínculo matrimonial o relación de afectividad contra el inculpado, admitiéndose conjuntamente algunas de las previstas en el artículo 173.2 del CP. El hecho de que se excluyan las víctimas de relaciones afectivas entre personas del mismo sexo fue objeto de debate parlamentario y crítica doctrinal.⁹

La competencia judicial por razón de la persona viene determinada por la cualidad especial del sujeto pasivo. El artículo 87 ter 1º a) se refiere a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado unida al autor por análoga relación de afectividad, incluso sin convivencia, así como de los cometidos contra descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o

conviviente, cuando también se haya dirigido la acción delictiva contra estos.

La competencia funcional puede recaer dependiendo de la gravedad de la pena, del delito cometido y del momento procesal en el que nos encontremos en diversos órganos judiciales; así, en el JVM, en el Juzgado de lo Penal, Audiencia Provincial o Tribunal del Jurado variando, por consiguiente, el órgano judicial encargado de conocer de los recursos planteados por las resoluciones judiciales dictadas por estos. Así también lo entienden Alhambra Pérez,¹⁰ Cuadrado Salinas y Fernández López.¹¹

La orden de protección exige unos requisitos bastante coincidentes con los exigidos para la prisión provisional: 1) indicios fundados de la comisión de una infracción penal por parte del agresor; 2) que los hechos denunciados sean propios de violencia de género, exclusivamente o conjuntamente con violencia doméstica; 3) que exista una situación objetiva de riesgo para la víctima; 4) que se resuelva la orden de protección por el órgano judicial competente; 5) que la resolución que la decida adopte la forma de auto motivado recurrible y; por último, 6) que sea proporcional, idónea y necesaria a los fines de protección de la víctima.

En la celebración de ambas comparecencias simultáneamente será necesario efectuar las diligencias prueba con anterioridad para que el Ministerio Fiscal pueda emitir su informe, al igual que el resto de las partes personadas, y el juez o tribunal resolver conforme a las mismas.

Respecto de la existencia de indicios racionales de criminal, me remito a lo ya expuesto en la comparecencia de la prisión provisional, recordando que no será necesario que los hechos delictivos estén castigados con una pena superior a los dos años de prisión al disponerlo expresamente el artículo 503.1 apartado 3º c) de la LECrim.

En lo que se refiere a la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, se corresponde en buena medida, con lo ya analizado para la prisión provisional en relación con el riesgo de que se pueda volver a atentar contra bienes jurídicos de la víctima previsto en el artículo 503.1 apartado 3º c). Sobre este

⁹ Alhambra Pérez, P., «Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.

¹⁰ Ut supra.

¹¹ CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Feminismo/s*, nº 8, diciembre 2006.

punto es importante traer a colación el informe de valoración del riesgo que se efectúa por las fuerzas y cuerpos de seguridad al recibir la denuncia por la víctima o cuando intervienen en los hechos y que se une al atestado. En el mismo, a través de un cuestionario que se realiza a la víctima, se valora con riesgo extremo, grave o bajo la situación en la que se encuentra, y les permite poner en marcha los protocolos de actuación y seguridad necesarios.

La orden de protección se podrá acordar aun en el caso de que la víctima no la considere precisa, pues la estimación del peligro en el que se encuentra no se hace depender de la percepción que tenga, e incluso en los casos en los que el inculcado ingrese a prisión provisional se podrán acordar también otras medidas cautelares como la prohibición de aproximación y no comunicación o la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas.

Aunque se celebren de forma simultánea ambas comparecencias será necesario que el juez se pronuncie de forma separada en dos autos distintos: el de la orden de protección y el de la prisión provisional, ambos recurribles, como reiteradamente se ha pronunciado la AP de Madrid (AAP de Madrid, Secc. 27ª n° 1092/2010, de 13 de diciembre, n° 258/2011, de 28 de febrero, y n° 472/2011, de 4 de abril, entre otros).

Por último, hay que recordar que las medidas cautelares que se pueden acordar en el seno de la orden de protección no son solo penales, sino también civiles si no tuvieran medidas civiles en vigor, para resolver, entre otros pronunciamientos, sobre la guardia y custodia de los menores, el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, el importe de la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar.

Aunque las medidas civiles estén pensadas cuando existen hijos en común no se descarta que se puedan solicitar por la propia víctima para evitar quedar en una situación de indefensión. En ese sentido, Peramato Martín¹² así lo defiende cuando la víctima depende absolutamente del agresor para evitar que quede completamente en situación de indigencia.

En idéntico sentido, Martínez Derqui¹³ señala que el artículo 544 ter de la LECrim se refiere expresa-

mente al régimen de prestación de alimentos sin que pueda obviarse, del contenido del artículo 143.1º del Código Civil, que los cónyuges están obligados recíprocamente a prestarse alimentos.

A diferencia de las medidas penales, las civiles tendrán una duración de 30 días, transcurridos los cuales quedarán sin efecto si no se presenta por alguno de los dos progenitores, demanda ante el JMV para dar firmeza a las medidas acordadas.

5. Comparecencia del artículo 505 junto con la del artículo 798 de la LECrim

Esta comparecencia guarda relación con la posible celebración del juicio rápido ante el JMV en funciones de guardia y, en todo caso, con la necesidad de resolver sobre la situación personal del agresor detenido.

En los casos en los que, por razón de los hechos que se imputan al inculcado, se haya procedido a su detención por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, es necesario que se proceda a regularizar su situación por el JMV que se encuentre en funciones de guardia.

El artículo 795 de la LECrim prevé estos juicios rápidos cuando los hechos delictivos no tengan señalada una pena privativa de libertad superior a cinco años y su instrucción sea previsiblemente sencilla. En atención al límite penológico previsto en la ley, su enjuiciamiento corresponderá al Juzgado de lo Penal según lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LECrim siendo de aplicación, con carácter supletorio, las normas previstas para el procedimiento abreviado. No obstante, se trata de un procedimiento especial al aplicarse solo para determinados delitos y bajo supuestos especiales.¹⁴

Será la policía judicial quien, en las mismas diligencias donde quede unido el atestado instruido, deberá dejar incorporadas las citaciones oportunas que hubiere practicado al detenido y su letrado, a la víctima y a los demás testigos, para la celebración del juicio rápido ante el JMV en funciones de guardia y con arreglo a la agenda de señalamientos coordinada con dicho Juzgado, conforme el artículo 797 de la LECrim.

Género, Madrid, 2010.

¹² Peramato Martín, T., «La orden de protección», *Colección manuales de formación continuada*, 2007.

¹³ Martínez Derqui, J., «Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de*

¹⁴ Sancho Casajús, C., «La violencia doméstica y de género en los Juzgados de Guardia. Los Juicios Rápidos», en Boldova Pasamar, M. A., y Rueda Martín, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

Una vez remitidas las actuaciones al JVM competente, se incoará procedimiento de diligencias urgentes y se ordenará por el juez la práctica de las diligencias de prueba que considere necesarias: la incorporación de los antecedentes penales del detenido y de los existentes en el Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica, VIFA, FORTUNY, SIRAJ o en otros registros administrativos,¹⁵ a los efectos de comprobar si han existido otros procedimientos con la misma o diferente pareja, el interrogatorio del detenido, la declaración de la víctima y de los demás testigos que hayan presenciado los hechos y el informe de sanidad forense, entre otras.

Estas diligencias de prueba deberán ser practicadas durante el servicio de guardia por el JVM. En aquellos casos en los que no de tiempo a su práctica, cuando el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a 24 horas, se podrá prorrogar por el juez, por un plazo adicional de 72 si el atestado se ha recibido por el juzgado antes de las 48 horas anteriores a la finalización de la guardia.

En ningún caso será admisible que el JVM acuerde la suspensión del juicio rápido para la práctica de las diligencias de prueba que sean necesarias más allá del plazo indicado en el artículo 799 de la LECrim, ni tampoco la transformación del procedimiento de diligencias urgentes a diligencias de procedimiento abreviado con dicha finalidad, y convertirlo nuevamente en diligencias urgentes bajo los argumentos de rapidez procesal, pues las normas procesales son indisponibles y no admiten una interpretación *ad hoc* por el instructor de la causa, como ya se pronunció reiteradamente la Audiencia Provincial de Madrid, entre otros, en el auto nº 2330/2009, del 4 de noviembre.¹⁶

Después de las diligencias anteriores, las partes deben informar verbalmente si las pruebas practicadas son suficientes o solicitar las que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos. El juez, a la vista del resultado de las actuaciones deberá decidir si las diligencias son suficientes y sobre la pertinencia de las interesadas rechazando las que considere innecesarias, impertinentes o inútiles, pero

sin forzar un escrito de acusación por el Ministerio Fiscal en casos de insuficiencia probatoria en aras a ganar agilidad procesal (Circular nº 1/2003, de 10 de abril de la FGE).

En este primer caso, tanto el Ministerio Fiscal como el resto de las partes personadas deberán pedir, a continuación, o bien la apertura de juicio oral contra el inculpado o el sobreseimiento de las actuaciones de los artículos 637 o 641 de la LECrim.

Si el juez acuerda la apertura del juicio oral solo a instancia de una de las partes, volverá a dar traslado a la que hubiera solicitado el sobreseimiento, para que presente su escrito de acusación, de absolución o de defensa, según lo dispuesto en el artículo 783.1 de la LECrim.

Es en este momento cuando el Ministerio Fiscal y el resto de las partes personadas, deben pronunciarse sobre la situación personal del detenido en atención al resultado de las pruebas prácticas y sobre la procedencia de cualquier otra medida cautelar, en su caso.

En este procedimiento de diligencias urgentes pueden celebrarse tres comparecencias diferentes, según lo dispuesto en el artículo 544 ter apartado 4º in fine; la del artículo 798 para solicitar la transformación del procedimiento a diligencias previas, la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de las actuaciones; la del artículo 544 ter para resolver sobre la orden de protección y, por último, la del artículo 505 de la LECrim sobre la prisión provisional, cuando lo solicite el Ministerio Fiscal o el resto de partes personadas pues en la práctica si no se advierte expresamente, el Juez acordará la libertad provisional al detenido.

El auto del JVM que establezca la transformación del procedimiento en diligencias previas será recurrible en los términos del artículo 766 de la LECrim, mediante recurso de reforma y/o subsidiario de apelación. Contra el auto del juez que acuerde la apertura de juicio oral, no cabrá recurso alguno. El juez no podrá declarar no recurrible el auto que resuelva sobre la orden de protección ni sobre la prisión provisional del agresor, incluso en el supuesto de decidir todas estas cuestiones en el mismo auto o motivando que la Audiencia Provincial no podrá pronunciarse sobre el recurso interpuesto antes de la celebración del juicio oral, al ser contrario a los artículos 783.3 y 766 de la LECrim.

Como puede advertirse, la declaración que efectúa la víctima en el seno de este procedimiento tiene

¹⁵ Sistema de Registros de Apoyo a la Administración de Justicia donde se recoge la existencia de previos procedimientos entre el inculpado y la misma o diferentes víctimas, así como las medidas cautelares vigentes o cesadas que se adoptaron en dichos procedimientos.

¹⁶ Serrano Esteban, A. I., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2015.

mucha importancia, ya que permitirá decidir no solo sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento de las actuaciones, sino sobre el resto de las cuestiones planteadas en las otras comparecencias: la orden de protección y la situación personal del inculpado.

La dispensa del artículo 416 de la LECrim puede tener un efecto perjudicial para la víctima. Si en principio se prevé como válvula de escape al conflicto interno que supone ser la responsable de un proceso penal contra su pareja sentimental, puede convertirse en una losa que se ejerce sobre la misma por parte del propio inculpado o de su familia para intentar parar el procedimiento.

Como se recoge en el voto particular a la STS nº 1629/2018, del 25 de abril, firmado por Del Moral García, la respuesta que se transmite con el derecho penal queda muy debilitada con la dispensa referida, pues el mensaje que se da al infractor es que después de demostrada la comisión de un delito se le impondrá una pena, salvo que la víctima se acoja al artículo 416 de la LECrim para no prestar declaración, aunque previamente hubiera estado personada como acusación particular en el procedimiento. Si bien este argumento es aplicable a la víctima actual del proceso al permitirle aligerar su conflicto interno y carga emocional, es perjudicial para las víctimas en potencia al disminuir el poder disuasorio del derecho penal.

Del Moral García enlaza la anterior postura con la posibilidad de que la víctima preste declaración con carácter preconstituido en la fase de instrucción, conforme el artículo 448 de la LECrim, para aliviar esa presión sobre la víctima y; sobre todo, porque no se puede hacer depender el fallo de una sentencia exclusivamente de su declaración como se recuerda en el artículo 55.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica realizado en Estambul, el 11 de mayo de 2011. El hecho de que se pueda hacer valer la declaración preconstituida por la víctima realizada en fase de instrucción en el juicio oral cuando se acoge a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, no impedirá efectuar una correcta valoración sobre la fiabilidad de esta, por parte del juzgador.

Indudablemente, si no se considera adecuada la lectura de la declaración de la víctima por la vía del artículo 730 de la LECrim, que al apartarse del procedimiento pierde su condición de víctima y queda relegada a una posición de testigo, *de lege ferenda* sería

muy recomendable que se ofreciera la vía del artículo 448 de la LECrim para incluir su declaración en el acto de juicio oral, al no quedar afectado el derecho de defensa del acusado al practicarse con contradicción, aunque esta posibilidad está del todo descartada en la STS nº 205/2018, de 25 de abril¹⁷.

En idéntico sentido se han pronunciado también Cerón Hernández y Magro Servet¹⁸ interesando una modificación del sistema de prueba que respetando los principios de contradicción e inmediación eviten la victimización secundaria de la víctima conforme al artículo 777.2 de la LECrim.

Aunque algún autor, como López Tébar,¹⁹ propone que la declaración de la víctima tenga lugar con carácter anticipado, más bien parece que se refiere a efectuarla con carácter preconstituido, al no ser posible practicar una prueba anticipada sino por el mismo órgano judicial que se encargará de su enjuiciamiento, por disponerlo el artículo 657 de la LECrim en relación con los artículos 649 y siguientes, del mismo texto legal.

6. Comparecencia del artículo 505 junto con la del artículo 544 bis in fine de la LECrim

Cuando se acuerda la celebración de la comparecencia del artículo 544 bis in fine es porque se ha producido un quebrantamiento de la orden de protección acordada en el procedimiento.

Estamos ante una de las situaciones que peores consecuencias puede desencadenar para el agresor; no solo porque en el seno del procedimiento donde se ha incumplido la orden de protección se podrán adoptar otras medidas cautelares más gravosas para el mismo, sino porque ya el quebrantamiento supondrá iniciar otro procedimiento judicial.

En los casos en los que, durante el servicio de guardia, el JVM reciba un atestado del que se desprenda el incumplimiento de una medida cautelar acordada por otro juzgado, no solo se deberá ofrecer a la víctima

¹⁷ Ponente Del Moral García, ROJ: STS 1629/2018.

¹⁸ Cerón Hernández, J. C., y Magro Servet, V., «Una solución ante el problema del uso del art. 416 de la LECrim por la víctima de violencia contra la mujer en el juicio oral: la práctica de la prueba preconstituida con víctimas de violencia de género en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

¹⁹ López Tébar, E., «La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar», *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007.

la posibilidad de una nueva orden de protección en el nuevo procedimiento, sino que es necesario remitir testimonio de las nuevas actuaciones a dicho juzgado para celebrar la comparecencia del artículo 544 bis in fine y la del artículo 505 en los términos del artículo 503 de la LECrim, por si procediera acordar en dicho procedimiento, la prisión provisional u otro tipo de medida cautelar que implique una mayor restricción de su libertad como, por ejemplo, la colocación de un dispositivo de control de la geolocalización del agresor.

El JVM que se encuentre instruyendo las nuevas actuaciones deberá solicitar la expedición del testimonio de la resolución que contenga la medida cautelar, el requerimiento efectuado al agresor y el certificado de la vigencia de dicha resolución por parte del Letrado de la Administración de Justicia del JVM que hubiere acordado la medida cautelar quebrantada, para verificar que dicha medida se encontraba en vigor en el momento de su quebrantamiento y de que el inculpado fue correctamente requerido y notificado de la misma.

Si se trata de un quebrantamiento de pena, se solicitará del Juzgado de Ejecutorias el testimonio de la sentencia firme que imponga al infractor la pena quebrantada, el de la notificación realizada al condenado, el de la liquidación de las penas quebrantadas y del auto aprobando las mismas.

En este caso será necesario remitir testimonio de las nuevas actuaciones al juzgado encargado de la ejecución de la pena quebrantada para que, en su caso, acuerde la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad que hubiere acordado, al representar un claro incumplimiento de los requisitos para su obtención.

En ocasiones, las alarmas injustificadas de dichos dispositivos provocan un exceso de sobresalto en la propia víctima, sobre todo cuando se activan por haber estado circulando por una vía que le conduce hasta su trabajo y que, irremediamente se adentra dentro del límite previsto en el auto de la medida cautelar y que requerirá ser valorado por el ministerio fiscal y el JVM; pero también dichos avisos se producen cuando el sometido a la misma se separa del dispositivo, lo manipula para intentar burlarlo o cuando no lo carga. Es en estos casos cuando surge una verdadera necesidad de protección de la víctima, pues pueden dejar de funcionar y no transmitir la localización del infractor, con el peligro y la falta de seguridad que produce.

Es importe recordar que las resoluciones judiciales deben respetarse y cumplirse por los obligados a ellas, de forma que el cumplimiento de una orden de protección no depende de que la víctima consienta o no el mismo. El auto que acuerda una medida cautelar de prohibición de aproximación y no comunicación es una resolución judicial que obliga al acusado desde el momento en el que se le notifica y requiere de cumplimiento, de forma que el consentimiento de la víctima no transforma en lícita una conducta que no lo es.

Habiendo quedado acreditada la necesidad de la comparecencia del artículo 544 bis in fine se sustanciará simultáneamente con la de la prisión provisional. En dicha comparecencia deberá estar presente el infractor acompañado de su abogado, el Ministerio Fiscal y la víctima, ya se encuentre o no personada en el procedimiento pudiendo estar acompañada de su letrado.

En la comparecencia será necesario presentar aquellas pruebas que sean convenientes para valorar la gravedad del incumplimiento. En todo caso se escuchará al inculpado respecto de los términos y circunstancias en los que se ha producido dicho quebrantamiento al igual que será necesaria la declaración a la víctima. Cuando el quebrantamiento se haya producido en el seno de una discusión y haya resultado lesionada la víctima, será imprescindible el informe de sanidad forense para valorar la entidad y etiología de las lesiones sufridas. Si los hechos se produjeron en presencia de terceros será preciso recibirles declaración.

Una vez practicadas las diligencias de prueba pertinentes el Ministerio Fiscal y el resto de las partes que se encuentren personadas en el procedimiento, informarán sobre las medidas cautelares a adoptar. Otra vez deberán valorarse todos los elementos del artículo 503 de la LECrim, pues el quebrantamiento supone una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente para no decretar en su momento la prisión provisional.

El peligro que supone el agresor, en estos extremos, debe conectarse con la seguridad de la víctima para garantizar su protección. No faltan autores, como Acale Sánchez²⁰ que lo consideran un elemento objetivo que permite apreciar la probabilidad que tiene la

²⁰ Acale Sánchez, M., «Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

Aspectos jurídico-prácticos de la prisión provisional en el ámbito de la violencia de género

víctima de volver a ser atacada por su pareja o expareja, y que se distingue de su peligrosidad criminal.

Dentro de las opciones posibles, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la prisión provisional del infractor al haber aumentado el riesgo de que pueda volver a atentar contra bienes jurídicos de la víctima al resultar insuficientes las medidas de protección que se acordaron con anterioridad. En mayor medida quedará acreditado este riesgo cuando además del quebrantamiento, se haya producido una agresión de la que resulten lesiones a la víctima o a otros miembros que integren la unidad familiar. La gravedad de los nuevos hechos justifica, por sí solo, esta medida.

Más dudas plantean los casos en los que el quebrantamiento de la prohibición de no comunicación con la víctima viene motivado normalmente por la necesidad de comunicación con los hijos. Ante estas circunstancias, será el propio criterio del Fiscal el que le conduzca a emitir su informe. Es indiscutible que no tendrá sentido interesar ante este quebrantamiento la colocación al inculcado de un dispositivo que controle su geolocalización pues el incumplimiento no guarda relación con la prohibición de aproximación.

El quebrantamiento también puede producirse cuando la víctima, por diversos motivos, por ejemplo, laborales, sanitarios o educativos, tiene que entrar dentro del perímetro de prohibición de aproximación. Para evitar resultados indeseables, es conveniente que todas estas circunstancias sean tomadas en cuenta y dadas conocer, tanto por la víctima como por su letrado, para adaptar esa prohibición a unos parámetros que permitan ser respetados por el inculcado, pues no tenemos que olvidar que quien tiene que respetar y cumplir esa distancia de seguridad es el agresor.

En los casos en los que el quebrantamiento se haya producido en las proximidades del domicilio familiar o del centro escolar al que acuden los hijos comunes, es necesario aumentar las medidas de protección hacia la víctima y sus hijos. Si la prohibición de aproximación y no comunicación en vigor no contemplaba que las mismas se controlaran con dispositivos de control de la geolocalización del infractor, se podría acordar en este momento ponderando los riesgos existentes derivados de la entidad del quebrantamiento producido junto con el resto de las circunstancias concurrentes. En este caso sería necesario que la mujer se mostrara conforme con portar el dispositivo por los inconvenientes que le pueden suponer.

No podemos dejar de traer a colación los supuestos en los que el quebrantamiento de la prohibición de aproximación acordada, ya como medida cautelar o como pena, se produce a instancia de la propia víctima cuando es ella quien acude al domicilio del inculcado o quien le pide volver a retomar la relación.²¹

Muy frecuentemente las nuevas actuaciones judiciales se producen por atestados instruidos por quebrantamientos producidos en aeropuertos, cuando la víctima y su pareja han retomado la relación y desean viajar a visitar a la familia de ambos, o a través del control de hospederías de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, cuando ambos se encuentran disfrutando de unos días de descanso en un hotel. Al advertirse el incumplimiento de la prohibición de aproximación en los establecimientos hoteleros se activan los protocolos de actuación y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se personan en el lugar procediendo a la detención del inculcado.

En estos casos, resulta muy frecuentemente, que la víctima declare con un claro ánimo exculpatorio interesando se deje sin efecto la orden de protección, y atribuyéndose la responsabilidad por el quebrantamiento producido.

En estas circunstancias se debe valorar la conveniencia de dejar sin efecto la orden de protección, pues la efectividad de la medida, como bien recuerda Arangüena Fanego,²² depende del adecuado control y vigilancia de su cumplimiento, pero sin olvidar que la situación de riesgo no depende de la propia percepción subjetiva que tenga la víctima, sino del conjunto de circunstancias que concurren y sin olvidar los hechos que motivaron su adopción.

En todo caso, el auto por el que se resuelva sobre la situación personal del infractor acordando dejar sin efecto la orden de protección, su modificación, prórroga o la prisión provisional, se deberá notificar a la víctima en atención al deber que existe de informarla de conformidad con los artículos 7 y 13 de la Ley

²¹ Jávato Martín, M., «El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencia», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

²² Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

4/2015, del 27 de abril que aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito.

Por último, en los casos en los que las actuaciones se encuentren a disposición del Juzgado de lo Penal, pendiente ya de la celebración del juicio oral, si se produce un quebrantamiento de las medidas cautelares acordadas, la comparecencia del artículo 544 bis in fine y la del artículo 505 de la LECrim, se efectuará ante el mismo.

7. Conclusiones

Primera. La prisión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional y su adopción, por parte del juez o tribunal, además de estar inspirada por los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, no tiene carácter punitivo, debiendo cumplir alguno de los fines previstos en el artículo 503 de la LECrim siendo, por otra parte, una medida alternativa y residual.

Solo se podrá decretar por el juez o tribunal a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, mediante auto motivado según el artículo 141 de la LECrim, que será recurrible en los términos del artículo 766 de la LECrim y, estará sujeta a unos plazos temporales.

Segunda. Para acordar esta medida cautelar es necesario que se celebre una comparecencia prevista en el artículo 505 de la LECrim, en la que deberá asistir el denunciado asistido de su abogado, el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular sin que sea posible acordarla de oficio por parte del juez o tribunal.

Normalmente, se celebrará juntamente con otras comparecencias, como la del juicio rápido del artículo 798 de la LECrim o la de la orden de protección, del artículo 544 ter de la LECrim.

Tercera. La prisión provisional acordada en el ámbito de la violencia de género, reviste unas características propias, no solo en cuanto a los fines perseguidos y requisitos para su adopción, sino también en cuanto a la posibilidad de ser sustituida por la colocación de un dispositivo de control geoposicional que permita saber en todo momento dónde se encuentra el investigado, o acordarse cuando se haya producido un quebrantamiento de otra medida cautelar o de pena, en los términos del artículo 544 bis in fine de la LECrim.

8. Bibliografía

- Acale Sánchez, M., «Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- Alhambra Pérez, P., «Cuestiones de competencia, competencia objetiva, subjetiva y funcional», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007.
- Arangüena Fanego, C., «Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. Especial consideración de la prisión provisional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- Cerón Hernández, J. C., y Magro Servet, V., «Una solución ante el problema del uso del art. 416 de la LECrim por la víctima de violencia contra la mujer en el juicio oral: la práctica de la prueba preconstituida con víctimas de violencia de género en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *Colección Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.
- Cuadrado Salinas, C., y Fernández López, M., «Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Feminismo/s*, nº 8, diciembre 2006.
- Jávato Martín, M., «El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencia», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- López Tébar, E., «La negativa de la víctima a prestar declaración en el acto del juicio oral en los delitos de violencia intrafamiliar», *Revista del Poder Judicial*, nº 85, 2007.
- Lorente Acosta, M., «Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones», *Revista de Educación*, nº 342, 2007.
- Lousada Arochena, J. F., «Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja», *Revista del Poder Judicial*, nº 88, 2009.

- Martínez Derqui, J., «Aspectos civiles de la orden de protección y competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer», *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2010.
- Moral Moro, M. J., «Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género», *Revista Jurídica de Castilla León*, n° 14, 2008.
- Peramato Martín, T., «La orden de protección», *Colección manuales de formación continuada*, 2007.
- Rivas Vallejo, P., «La protección social frente a la violencia de género», *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 5, 2007.
- Sancho Casajús, C., «La violencia doméstica y de género en los Juzgados de Guardia. Los Juicios Rápidos», en Boldova Pasamar, M. A., y Rueda Martín, M. A., (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.
- Serrano Esteban, A. I., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: Aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- Villalba Pérez, F., «La Administración Pública ante la violencia de género», en Jiménez Díaz, M. J. (coord.), *La Ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

Referencias jurisprudenciales

- Sentencia del Tribunal Constitucional n° 41/1981, de 7 de julio de 1981 (ECLI: ES: TC: 1982:41).
- Sentencia del Tribunal Constitucional n° 62/2005, de 14 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TC:2005: 62).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) n° 1629/2018, de 25 de abril de 2018 (ECLI: ES: TS: 2018: 1629).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 26ª, n° 2330/2009, de 4 de noviembre (EDJ 2009/313008).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, n° 1092/2010, de 13 de diciembre, (EDJ 2010/331810).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, n° 258/2011, de 28 de febrero, (EDJ 2001/54216).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 27ª, n° 472/2011, de 4 de abril, (EDJ 2011/123292).

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES