

# LA TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

Nuria Torres Rosell





Editorial Técnica AVICAM

LA TUTELA JURISDICCIONAL  
FRENTE A  
LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

Nuria Torres Rosell

---

Granada 2019

Editorial Técnica AVICAM



No está permitida la reproducción total o parcial de esta obra, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por ningún medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© NURIA TORRES ROSELL

PRIMERA EDICIÓN, 2019

Edita: Editorial Técnica AVICAM  
avicamediciones@gmail.com

ISBN: 978-84-17628-95-6

Depósito Legal: GR 1501-2019

Maquetación e Impresión: Editorial Técnica AVICAM  
Impreso en España—Printed in Spain

A diferencia de lo que ocurre con los supuestos de violencia doméstica, la tutela jurisdiccional frente a la violencia de género ha cobrado una mayor relevancia. En tanto aquélla fue objeto de especial protección a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica –al modificar el contenido de las primeras diligencias penales e introducir como medida cautelar penal específica la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica-, lo cierto es que en ese momento estas reformas procesales suponían una protección jurisdiccional adicional para las víctimas de violencia doméstica y de violencia género. No es hasta la promulgación de la Ley Orgánica (LO) 1/2004, de 28 de diciembre (de medidas de Protección Integral contra la violencia de género) cuando, desde el punto de vista procesal, se separan la violencia doméstica y la violencia de género. Esta LO supuso la modificación de la Planta y competencias de los Juzgados y Tribunales españoles, y de la LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal) al introducir algunos cambios en los procesos penales para la represión inmediata, la investigación y el enjuiciamiento de las conductas penalmente relevantes de violencia de género.

Este es el objeto de estudio de este Módulo de la asignatura del Plan de estudios denominada “violencia de doméstica y género”.



# ÍNDICE

Relación de abreviaturas:	7
<b>TEMA I. INDIVIDUALIZACIÓN DEL JUZGADO O TRIBUNAL QUE VA A CONOCER EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA</b>	<b>9</b>
I. Jurisdicción, competencia y reparto en los procesos penales por violencia género y por violencia doméstica	9
1. Límites de la jurisdicción española en el orden penal	9
1.1. <i>Los principios de territorialidad y de aplicación extraterritorial de la CJJ española</i>	9
1.2. <i>La necesaria interposición de querrela para el enjuiciamiento de los hechos cometidos fuera del territorio español</i>	11
1.3. <i>El non bis in ídem y la eficacia de cosa juzgada material de las resoluciones dictadas por otros Juzgados y Tribunales</i>	12
2. Competencia para conocer de los delitos de violencia de género y de violencia doméstica	13
2.1. <i>Competencia para la instrucción de los procesos por delitos de violencia de género y de violencia doméstica</i>	14
2.2. <i>Enjuiciamiento y fallo de los procesos penales por delitos leves de violencia de género y de violencia doméstica</i>	15
2.3. <i>Competencia para el enjuiciamiento y fallo de los delitos graves y menos graves de violencia de género y de violencia doméstica</i>	16
2.4. <i>Modificación de las normas de competencia objetiva</i>	16
2.5. <i>Competencia para dictar la sentencia</i>	18
2.6. <i>La competencia para la ejecución de la sentencia</i>	19
2.7. <i>Competencia para la ejecución de la Orden Europea de protección</i>	19
2.8. <i>Competencia territorial</i>	20
3. El reparto de asuntos	22
II. Jurisdicción, competencia y reparto de asuntos civiles en casos de violencia de género	22
III. Cuestiones de competencia objetiva	24
<b>TEMA 2. LOS PROCEDIMIENTOS PENALES ADECUADOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA DOMÉSTICA</b>	<b>27</b>
1. Procedimientos para el enjuiciamiento de delitos leves	28
2. El procedimiento por aceptación del decreto del fiscal	29
3. Los procedimientos abreviados	30
4. El enjuiciamiento rápido de determinados delitos	30
5. El procedimiento ante el tribunal del jurado	31
6. Procedimiento ordinario por delitos	31
PROPUESTA DE ACTIVIDAD para la determinación del procedimiento a seguir y de la competencia en algunos casos prácticos extraídos de la jurisprudencia	32
1. Delito lesiones y maltrato. El relato esta extraído de la base de datos Aranzadi. Sentencia TS núm 217/ 2019 de 25 de abril de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS. RJ 2019\1835	32
2. Delito de amenazas. Sentencia de la sección 3ª de la AP de Asturias, núm. 446/2016 de 9 noviembre. ARP 2017\63	33

3. Delitos de Maltrato, lesiones y asesinato. Sentencia núm. 362/2019, de 15 de julio de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS. RJ 2019\3256	33
4. Amenazas. Sentencia núm. 18/2019 de 5 junio, Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la AN. JUR 2019\199819	34
<b>TEMA 3. ALTERACIONES PROCESALES DERIVADAS DEL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA DOMÉSTICA</b>	<b>35</b>
I. La incoación del proceso	35
1. Obstáculos procesales a la incoación del proceso	35
1.1. <i>Relación de tipos penales cuya persecución judicial está supeditada a la remoción de un óbice de procedibilidad específico</i>	36
1.2. <i>Los legitimados para remover el obstáculo a la incoación del proceso</i>	37
1.3. <i>Caracteres de la denuncia y de la querrela.</i>	38
2. Modificaciones al ejercicio de la acción procesal penal	40
2.1. <i>La administración autonómica como acusador popular en los procesos de violencia de género</i>	41
2.2. <i>Ejercicio de la acción popular en los procesos por delitos de violencia de género y de violencia doméstica cuando solo pueden perseguirse previa la denuncia del ofendido</i>	43
II. La orden de protección y otras posibles medidas procesales de protección	43
1. Sujetos en favor de los que se adoptan las medidas de protección y seguridad.	44
2. Naturaleza de las medidas de protección reguladas en los arts. 544.bis, 544.ter, 544.quinquies y en la lo 1/2004	46
3. Medidas de protección que pueden adoptarse	49
3.1. <i>Medidas de naturaleza penal</i>	49
3.2. <i>Medidas de naturaleza civil</i>	51
4. Procedimiento para la autorización de las medidas.	52
4.1. <i>Solicitud de las medidas.</i>	52
4.2. <i>Principio de audiencia y tramitación del incidente.</i>	53
4.3. <i>Eficacia de las medidas fuera del proceso penal en el que se han acordado.</i>	54
5. Exención del deber de denunciar y del deber de testificar	54
6. Otras medidas procesales en atención a la condición de víctima	56
6.1. <i>Quebras al principio de publicidad</i>	56
6.2. <i>Filtros adicionales en para su declaración</i>	57
6.3. <i>Notificación de los actos procesales y participación de la víctima aunque no se haya mostrado parte</i>	58
7. El derecho de asistencia jurídica gratuita	59
7.1. <i>Contenido del Derecho de asistencia jurídica gratuita</i>	60
7.2. <i>Adquisición y pérdida de la condición de víctima a los efectos de la LAJG</i>	60
Fuentes legales utilizadas	63
Referencias bibliográficas	65

## RELACIÓN DE ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional  
AP: Audiencia Provincial  
ARP: Aranzadi Penal  
Art. (arts.): artículo (artículos)  
BOE: Boletín Oficial del Estado  
Cc: Código Civil Real Decreto de 24 de julio de 1889  
Cfr.: Confróntese  
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial  
CJI: Competencia Judicial Internacional  
CP: Código Penal LO 10/1995, de 23 de noviembre  
EEAA: Estatutos de Autonomía  
EOMF: Estatuto Orgánico del Mº Fiscal Ley 50/1981, de 30 de diciembre  
EVD: Estatuto de la Víctima del Delito, L 4/2015, de 27 de abril  
JCI: Juzgado Central de Instrucción  
JCM: Juzgado Central de Menores  
JCP: Juzgado Central de lo Penal  
JCVP: Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria  
JInstrucción: Juzgado de Instrucción  
JP: Juzgado de lo Penal  
JUR: Jurisprudencia (no publicada en CD/DVD Aranzadi)  
JVM: Juzgado de Violencia sobre la Mujer  
LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita Ley 1/1996, de 10 de enero,  
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000, de 7 de enero  
LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal Real Decreto de 14 de septiembre de 1882  
LO: Ley Orgánica  
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio  
LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995, de 22 de mayo,  
Mº Fiscal: Ministerio Fiscal  
nº, núm. núms.: número (números)  
RJ: Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi  
TJ: Tribunal del Jurado  
TS: Tribunal Supremo  
TSJ: Tribunal Superior de Justicia  
UE: Unión Europea



# TEMA I: INDIVIDUALIZACIÓN DEL JUZGADO O TRIBUNAL QUE VA A CONOCER EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

## I. JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y REPARTO EN LOS PROCESOS PENALES POR VIOLENCIA GÉNERO Y POR VIOLENCIA DOMÉSTICA

### 1. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN EL ORDEN PENAL

La regulación interna de la competencia judicial internacional (CJI) de los órganos jurisdiccionales españoles se encuentra contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) –art. 23- y ha de completarse con otras disposiciones de origen nacional y de origen internacional: Los tratados internacionales, bilaterales o multilaterales firmados y ratificados por España y la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones procedentes de otros estados de la UE<sup>1</sup>.

Los órganos jurisdiccionales españoles pretenden conocer con carácter exclusivo y excluyente de los hechos tipificados en el Código Penal (CP) español y cometidos, cualquiera que sea la nacionalidad del autor y de la víctima, dentro del territorio español. No obstante, pretenden también conocer en defecto o a prevención de que lo hagan los órganos jurisdiccionales extranjeros de hechos cometidos fuera del territorio nacional y tipificados en el CP español, de una parte, por nacionales españoles (si además con carácter general se encuentran tipificados también en el lugar de ejecución), en virtud del principio de “personalidad”; de otra, de los que se relacionan en el apartado 4 del art. 23 LOPJ y que se engloban dentro del término “justicia universal”.

Nos encontramos así con tres supuestos en los que la organización jurisdiccional española puede reclamar el conocimiento de estos hechos delictivos: territorialidad, personalidad y justicia universal.

#### *1.1. Los principios de territorialidad y de aplicación extraterritorial de la CJI española*

Así los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de todos los hechos tipificables conforme al CP español que se cometan dentro de nuestro territorio. Resulta indiferente la calificación jurídico penal concreta; la nacionalidad del presunto autor del hecho; la nacionalidad de la víctima. Nuestra CJI en relación a este principio de territorialidad únicamente puede decaer cuando otro Estado pretenda enjuiciar al presunto autor en aplicación de sus correspondientes principios de aplicación extraterritorial de su ley penal o cuando estemos ante supuestos de “inmunidad” de jurisdicción<sup>2</sup>.

---

1. Sin duda ocupa un lugar destacado el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-5947>. Pero no es el único que resultará de aplicación en esta materia, bien de forma específica, bien de forma más general en cuanto existan relaciones recíprocas con relación a la cooperación en materia penal. Puede resultar útil el siguiente enlace: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20PAISES.PDF>

2. Supuestos en los que en virtud de tratados internacionales España declina el conocimiento del asunto en favor del Estado de la nacionalidad del presunto autor.

En aplicación del principio de **personalidad** los Juzgados y Tribunales españoles van a asumir el conocimiento de los procesos penales para el enjuiciamiento de hechos cometidos fuera del territorio nacional por nacionales españoles –bien al tiempo de la comisión delictiva, bien al tiempo del proceso- y que se encuentren tipificados tanto en el CP español como en las leyes penales del lugar de realización del hecho<sup>3</sup>. En el caso concreto de los delitos de violencia de género y de violencia doméstica, todos los que hayan sido presuntamente cometidos por nacionales españoles podrán ser enjuiciados por nuestros Juzgados y Tribunales de acuerdo con nuestro CP, al no establecerse en la LOPJ un elenco de “tipos penales”, ni de circunstancias subjetivas u objetivas.

Algo sustancialmente distinto ocurre con los supuestos de **justicia universal**, puesto que tras la reforma de la LOPJ, la redacción del art. 23.4 LOPJ, además de farragosa, requiere la concurrencia de requisitos diversos según la calificación jurídico penal del hecho delictivo cometido en el extranjero y ya tampoco es posible considerar como elemento común para la aplicación de este principio la indiferencia de la nacionalidad del autor, ni la irrelevancia de la nacionalidad de la víctima.

En efecto, dentro de los distintos supuestos incluidos en el art. 23.4 LOPJ nos encontramos con dos supuestos en los que es factible que España conozca de hechos cometidos en el extranjero, además de los que nos hayamos comprometido a perseguir judicialmente en virtud de un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos: Los “delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad” (23.4.k) y los “delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (23.4.l).

En ambos casos nuestro enjuiciamiento de estos hechos requiere que el presunto autor sea español<sup>4</sup> o que, siendo extranjero, resida habitualmente en España; o que, independientemente de la nacionalidad y residencia del presunto autor, la víctima tuviera la nacionalidad o residencia habitual en España al tiempo de la comisión del hecho. Se añade un requisito adicional cuando se trata de la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, pues si el nexo es la nacionalidad o residencia habitual de la víctima, se exige también que el presunto autor del hecho se encuentre en territorio español, aunque sea ocasionalmente.

El mismo precepto citado establece unas causas de exclusión condicional de los límites al conocimiento de los órganos jurisdiccionales españoles que permiten considerar que en estos supuestos la CJI de los Juzgados y Tribunales españoles en aplicación del principio de justicia universal adquiere naturaleza subsidiaria respecto de la aplicación de un equiparable principio de territorialidad o del de nacionalidad en otros ordenamientos jurídicos, si bien la redacción del precepto resulta un tanto confusa.

Los Juzgados y Tribunales españoles declinarán inicialmente el conocimiento del asunto cuando se acredite en el proceso que en el Estado en que se ha cometido el hecho (territorio extranjero; nacionalidad española o no) o en el de la nacionalidad del autor (el autor no es español) se ha iniciado el proceso para su enjuiciamiento<sup>5</sup>.

3. Si bien, esta última tipificación penal es susceptible de exoneración en virtud de tratados entre el Estado Español y el del lugar de ejecución del hecho.

4. En este caso, podríamos también reclamar el conocimiento del asunto en virtud del principio de personalidad (23.2 LOPJ).

5. No resulta aplicable en este tema la letra a) del 23.5 LOPJ pues exigiría la creación de un Tribunal Internacional que tuviera atribuido el conocimiento de estos hechos, inexistente hasta la fecha.

Para que esta inhibición de los Juzgados y Tribunales españoles prospere es necesario que el autor del hecho se encuentre en territorio español y se haya iniciado un procedimiento de extradición para ser entregado al Estado requirente, acreditándose que en dicho Estado se ha iniciado un proceso penal para la investigación de los hechos

Si se deniega la extradición pasiva, nuestros Juzgados y Tribunales recuperan su CJI; e igualmente, si se acredita que el Estado no tiene un interés real en su persecución y sanción o no puede realmente hacerlo. En ambos casos, el Juzgado que quiere conocer o que está conociendo debe elevar a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS) una exposición razonada para que esta Sala valore las circunstancias concurrentes y ordene, bien nuestra inhibición<sup>6</sup>, bien nuestra asunción del asunto. A tal efecto, el propio legislador establece unos indicios de abstencionismo o la incapacidad del Estado requirente: se valorarán los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

Presumiremos una conducta abstencionista cuando *“el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; o que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”*.

Y para valorar la incapacidad de investigación o enjuiciamiento del asunto, el TS examinará si el Estado, *“debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”*.

Para que el proceso penal español pueda desarrollarse íntegramente, cualquiera que sea el lugar de comisión del hecho, resulta requisito imprescindible que el presunto autor esté a disposición de las autoridades judiciales españolas, pues en otro caso, el proceso penal deberá paralizarse en tanto se ordena su búsqueda y captura, en su caso, la colaboración de las autoridades policiales y judiciales de otros estados y, una vez localizado fuera de nuestras fronteras, se tramita el procedimiento de extradición activa –ya sea la extradición pura, ya la orden europea de localización y entrega (cfr. art. 840 LECr).

### ***1.2. La necesaria interposición de querrela para el enjuiciamiento de los hechos cometidos fuera del territorio español***

Los Juzgados y Tribunales españoles únicamente podrán proceder a la incoación del proceso para la investigación de hechos cometidos fuera de nuestro territorio cuando la noticia delictiva se les transmita a través de una querrela, bien por el propio agraviado<sup>7</sup>, bien por el Ministerio Fiscal (Mº Fiscal) (arts. 23.2.b) y 23.6 LOPJ), y en ella habrá que justificar, además, todos los extremos de los que depende nuestra CJI.

6. En este caso, el art. 17 del Estatuto de la Víctima del delito (EVD L 4/2015, de 27 de abril) impone al Juez español la remisión inmediata de la denuncia presentada por la víctima a la autoridad competente del lugar de comisión, con notificación al denunciante.

7. Realmente, ofendido. El titular del bien jurídico protegido.

Sin embargo, esta condición de procedibilidad añadida no confiere a estos hechos, por la simple circunstancia de haber sido cometidos en el extranjero la cualidad procesal de “delitos privados”. Una vez admitida la querrela, su autor será parte en el proceso, pero no el único, también podrán ostentar la posición acusadora, además del M<sup>o</sup> Fiscal, el acusador particular –si hubiera otro ofendido-, el acusador popular y el actor civil; por lo que una vez iniciado el proceso la renuncia del querellante no provoca la finalización del proceso. El perdón del ofendido no surte eficacia extintiva ni sobre el derecho de acción procesal ni sobre la responsabilidad criminal.

### 1.3. *El non bis in ídem y la eficacia de cosa juzgada material de las resoluciones dictadas por otros Juzgados y Tribunales*

Desde su redacción originaria y hasta la modificación que introdujo la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal, nuestra CJI para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional se supeditaba, además, a la existencia y reconocimiento del efecto de cosa juzgada material negativo de las resoluciones extranjeras y al principio constitucional de “*non bis in ídem*”. Con la redacción actual, quizá por olvido del legislador –comprensible dada la extensión y la farragosa redacción del precepto resultante-, esto parece tan solo predicable cuando los Juzgados y Tribunales españoles quieren conocer de hechos cometidos en el extranjero por nacionales españoles.

La letra c) del art. 23.2 (referido por tanto al principio de personalidad) excluye el conocimiento de los órganos jurisdiccionales españoles cuando el “*delincuente (no) haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, (no) haya cumplido la condena.*”. Los supuestos son varios:

Si el autor del hecho ha sido ya enjuiciado y ha resultado absuelto: nuestro Ordenamiento reconoce la eficacia de cosa juzgada material negativa a la resolución del Juzgado o Tribunal extranjero (en principio pues, resulta indiferente si éste ejerció sus funciones jurisdiccionales en aplicación del principio de territorialidad o, incluso del de personalidad). Idéntica eficacia de cosa juzgada material negativa debería reconocérsele a otras resoluciones de idéntica naturaleza a nuestro Auto de sobreseimiento libre.

E idéntica eficacia también ha de reconocérsele a la resolución judicial que haya condenado al autor del hecho, siempre que, además, la pena impuesta haya sido íntegramente cumplida. Realmente en este caso, estamos contemplando no solo la eficacia de cosa juzgada de resoluciones penales, sino también –y por lo que seguidamente señalaremos- estamos reconociendo eficacia al principio que proscribe la doble sanción penal por unos mismos hechos frente a una misma persona.

Si el autor del hecho ha sido condenado pero la pena no ha sido cumplida íntegramente, el ordenamiento español no le reconoce eficacia alguna. Al contrario, nuestros tribunales incoarán un proceso penal, instruirán y si procede, acordarán el sobreseimiento del proceso; abierto el juicio oral, dictarán la sentencia que resulte procedente conforme a los principios rectores de nuestro proceso. Tan solo en el caso en el que nuestra sentencia sea condenatoria se atenderá a la condena extranjera para tener por cumplida la parte concurrente de sanción penal.

El indulto, como causa excluyente de nuestra CJI no guarda relación ni con la cosa juzgada de la resolución, ni con el non bis in ídem. Supongamos un ordenamiento jurídico similar al nuestro: la aplicación del indulto es un acto discrecional del titular del derecho de penar, del Estado. ¿Exige una sentencia penal? Hoy en día, si y ésta debe ser condenatoria. El indulto surte eficacia sobre la responsabilidad criminal ya declarada y puede extinguirla total o solo parcialmente.

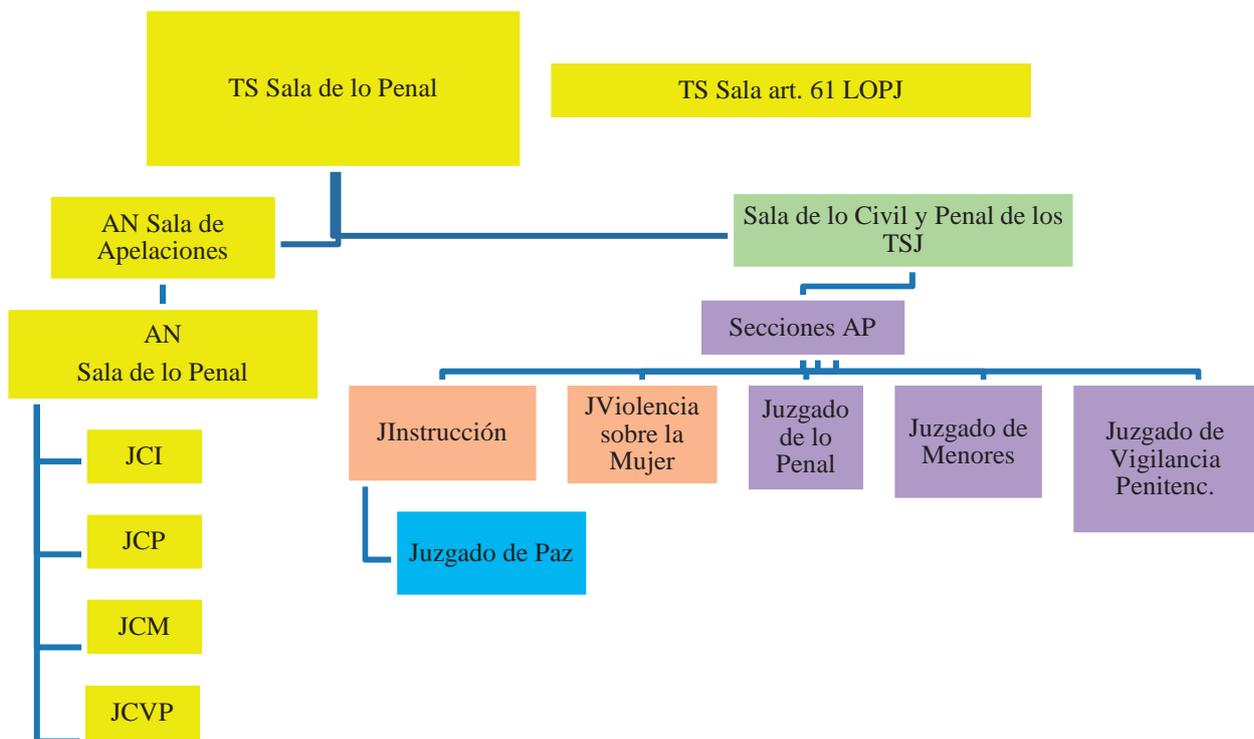
## 2. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

En el orden jurisdiccional penal encontramos una gran variedad de tipos de órganos jurisdiccionales a los que el legislador atribuye competencia objetiva para conocer de los distintos procesos penales por delitos y funcional para las distintas fases del proceso penal (instrucción, fase intermedia y fase de juicio oral).

Es necesario recordar que las normas de competencia objetiva nos indican qué tipo de órgano jurisdiccional va a conocer por primera vez del proceso. Y en el proceso penal, con carácter general, estas normas no individualizan a un solo Juzgado o Tribunal, sino a dos de ellos. Serán las normas de competencia funcional las que nos indiquen de qué acto procesal, conjunto de actos, fase o grado de conocimiento va a conocer cada uno de ellos.

Y si, una vez aplicadas las normas de competencia objetiva/funcional, existe más de un Juzgado o Tribunal del mismo tipo y grado llamado a conocer, deberán aplicarse las normas de competencia territorial que asocian alguno de los elementos del hecho a investigar con la demarcación jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales.

CUADRO 1<sup>8</sup>.



Por otra parte, es necesario tener en cuenta que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM) fueron creados por la LO 1/2004; que se les atribuyó una similar competencia funcional; que tienen al “partido” como demarcación jurisdiccional, al igual que los de Instrucción; que inicialmente no se dotó a todos los partidos judiciales de JVM, sino que el número de éstos ha ido incrementándose paulatinamente; que en aquellos partidos judiciales en los que no se ha creado aún un JVM las competencias de estos pueden, o bien atribuirse al de otro partido judicial

8. Se incluye el conjunto de órganos que conocen del proceso penal –indicándose su relación jerárquica, a efectos de resolución de las cuestiones que puedan surgir; así como la demarcación jurisdiccional, coloreados en amarillo los que tienen una demarcación coincidente con todo el territorio nacional, verde, con la Comunidad Autónoma, morado con la Provincia, naranja con el Partido y azul, con el municipio.

límite<sup>9</sup>, bien quedar residenciadas en los Juzgados de Instrucción (JInstrucción); y, que si en dichos partidos no se ha producido la división del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en JInstrucción y Juzgados de Primera Instancia, corresponderá a aquellos la competencia para conocer de los procesos penales por violencia de género y por violencia doméstica<sup>10</sup>.

### 2.1. Competencia para la instrucción de los procesos por delitos de violencia de género y de violencia doméstica

- Instrucción de todos los procesos penales por delitos de violencia de género.

La LOPJ atribuye la instrucción de estos procesos a los JVM, en aquellos partidos judiciales en los que se hayan creado. Si no se han creado, a los JInstrucción (y si no están separados, a los de Primera Instancia e Instrucción)-.

Esta competencia incluye la funcional para la realización de todos los actos que se comprenden en la fase de instrucción (incoación, auto de imputación, adopción de medidas cautelares, práctica de diligencias de investigación, y fundamentalmente en estos casos, adopción y, en su caso, modificación, de la orden de protección.

Conforme al art. 14.5.a) LECr, instruirán los procesos penales “*para exigir responsabilidad por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a 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 siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los 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 potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.*”

En cuanto a la inclusión en la competencia del JVM de “*cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación*”, pueden consultarse, a título de ejemplo los Autos de la AP de Burgos y de Madrid, como exponentes de la interpretación judicial que entiende que para que los JVM conozcan de esos “*otros delitos*”, es necesario, no solo que se cometan con violencia o intimidación sobre esa víctima especialmente tutelada, sino también que resulten conexos a un acto de violencia de género (AP de Madrid (Sección 26<sup>a</sup>), Auto núm. 592/2008 de 2 abril (JUR 2008\15093); AP de Burgos (Sección 1<sup>a</sup>), Auto núm. 321/2010 de 20 abril (JUR 2010\217356).

También se les atribuye la instrucción de los procesos penales “*para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior*”.

En relación a la competencia para enjuiciar estos hechos, el TS ha ido acotando, a la baja, la atribución a los JVM en relación a alguno de los tipos penales incluidos en el Capítulo III CP. Véase al respecto el Auto de la AP de Valladolid (Sección 4<sup>a</sup>), núm. 208/2012 de 2 mayo (JUR 2012\205038). En él se acoge la interpretación del TS y de la Fiscalía General del Estado –Circular 6/2011- que incluye en las normas generales de atribución de competencia la instrucción de los delitos de impago de pensiones, salvo que además se haya producido un acto de violencia de género;

9. El siguiente es un ejemplo de esta situación: El JVM del Partido Judicial de Vila-real, extiende sus competencias a los partidos judiciales de Nules y de Segorbe (Real Decreto 1460/2018, de 21 de diciembre. RCL 2018\1755)

10. Puede consultarse la cartografía de los JVM en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/stffs/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%20C3%89STICA/FICHEROS/20180104%20Juzgados%20Violencia%20sobre%20la%20Mujer.pdf>, en el que encontramos reflejadas las distintas situaciones.

el TS entiende que los hechos que configuran este tipo penal no suponen por sí un acto de violencia de género.<sup>11</sup>

- Instrucción de los procesos por violencia doméstica. Es de la competencia de los JInstrucción y, en su caso, de los de Primera Instancia e Instrucción.
- Instrucción del proceso cuando se altera la norma de competencia objetiva para el enjuiciamiento:

Es competente el Juzgado Central de Instrucción (JCI) para instruir las causas que se atribuyen para su enjuiciamiento y fallo al Juzgado Central de lo Penal (JCP) y, en su caso, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN).

La instrucción de las causas atribuidas para el enjuiciamiento y fallo a la Sala de lo Penal del TS o la Sala de lo Civil y Penal del TSJ (Tribunal Superior de Justicia), se atribuye a uno de los Magistrados de la Sala que no formarán parte de ella para el enjuiciamiento y fallo –arts. 57 y 73 LOPJ.

## 2.2. Enjuiciamiento y fallo de los procesos penales por delitos leves<sup>12</sup> de violencia de género y de violencia doméstica

- Delitos leves de violencia de género.

El art. 14.5 LECr atribuye a los JVM *“el conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, párrafo segundo del apartado 3 del artículo 172 (coacciones leves perpetradas en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza) y en el apartado 4 del artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando la víctima sea ...”* *“o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia ...”*<sup>13</sup>

- Delitos leves de violencia doméstica.

El art. 14.2 atribuye al JInstrucción la competencia para el enjuiciamiento y fallo de los delitos leves y no se establece ninguna norma especial en relación a si el hecho es o no un acto de violencia doméstica.

11. En clara contradicción, Auto AP de Álava (Sección 2ª), núm. 148/2018, de 27 marzo - JUR 2018\194142- que interpreta lo dispuesto en el art. 14.5.b) como acto de violencia de género el impago de las pensiones a la ex esposa y a los hijos, pues la AP entiende que *“la mejor manera de tutelar a la mujer y a los niños víctimas de violencia de género (en los términos de aquella) y evitar el peregrinaje judicial que se intentó impedir mediante la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es que este órgano Juzgado especializado sea el que instruya estos delitos, una vez que en su día ya asumió la competencia por la comisión de algún otro delito de violencia de género, y, además, examinó el proceso civil de divorcio, fijando las correspondientes pensiones, que más tarde eventualmente se han dejado de abonar, puesto que no se discuten tales extremos.”*

12. Son delitos leves los sancionados con penas de naturaleza leve: art. 33 CP.

13. Art. 171.7 CP: *“(…) el que de modo leve amenace ... Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84 (...)”*

Art. 172.2, prf.3: *“El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (...) en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*

Art. 173.4: *“Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84”*

### 2.3. Competencia para el enjuiciamiento y fallo de los delitos graves y menos graves de violencia de género y de violencia doméstica

La competencia se distribuye con carácter general entre el Juzgado de lo Penal (JP) y la Audiencia Provincial (AP) atendiendo a los límites cuantitativos de la pena que señala el CP para el hecho enjuiciado. Límites cuantitativos que se examinan en abstracto, es decir, sin atender a la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

- Hechos sancionados con multa: la competencia corresponde al JP.
- Hechos sancionados con penas de distinta naturaleza a la de prisión o a la de multa: la competencia corresponde al JP si la pena tiene una duración de hasta 10 años; si su duración es mayor, la competencia la tiene la AP.
- Hechos sancionados con pena de prisión: la competencia corresponde al JP si su duración no excede de 5 años; si tiene una duración superior, la competencia corresponde a la AP.

Estos límites punitivos operan aunque el CP señale la procedencia de estas penas de forma única, conjunta o alternativa.

Analicemos, como ejemplos, dos de los tipos penales incluidos en la relación contenida en las págs. 13 y ss. del material para el estudio de la asignatura. Módulo II.

- Violencia habitual en el ámbito familiar: el art. 177.2 CP sanciona la conducta con la *pena de prisión de 6 meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, (...) inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (...) de uno a cinco años (...)* las tres penas que pueden imponerse se integran en la competencia objetiva del JP.
- Mutilación genital: el art. 149 CP sanciona esta conducta con la pena de prisión de seis a 12 años y si la víctima fuera menor (...) con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (...) por tiempo de cuatro a 10 años. En este caso, aunque la pena de inhabilitación especial si forme parte de la competencia del JP, la pena de prisión la excede, por lo que el conocimiento del asunto será de la competencia de la AP

### 2.4. Modificación de las normas de competencia objetiva

Las anteriores normas pueden quedar modificadas en los siguientes supuestos:

- Cuando el hecho se ha cometido fuera del territorio nacional, pero en aplicación de lo dispuesto en el art. 23.2 y 4 LOPJ resulten competentes los órganos jurisdiccionales españoles.

El art. 65 LOPJ dispone que en estos casos la competencia para la instrucción se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción y la competencia para el enjuiciamiento y fallo, se atribuye al JCP o a la Sala de lo Penal de la AN, conforme a los topes punitivos que delimitan la competencia objetiva de aquél.

Resultan interesantes los argumentos jurídicos contrarios que han sido expuestos por la AN el por el TS al pronunciarse sobre la determinación de la competencia en estos casos en favor del JVM o en favor del JCI:

La AN (Auto de la Sección 2ª de 17 de enero de 2012 -ARP 2012\198.-) resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto de inhibición del JCI para conocer de un presunto delito de violencia de género cometido en Estados Unidos, en el sentido de entender preferente la competencia del JVM en estos casos.

El Tribunal Supremo (Auto de 14 de diciembre de 2012) resolvió una cuestión de competencia negativa entre el JCI y el JVM por un presunto delito de violencia de género cometido en Nottingham, por entender que la norma del art. 23 LOPJ se debe aplicar con carácter previo para

determinar si España tiene o no CJI y, determinada en sentido positivo, el art. 65 LOPJ atribuye la competencia al JCI y al JCP o AN.

- Cuando el presunto autor del hecho sea una persona aforada al TSJ o al TS.

Estos aforamientos se encuentran regulados en los arts. 57 y 73 LOPJ y en los respectivos Estatutos de Autonomía.

El primero de los preceptos citados atribuye a la Sala de lo Penal del TS la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo y Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía (EEAA).

El art. 73 LOPJ señala que es de la competencia del TSJ la instrucción y fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del M<sup>o</sup> Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al TS. Y, también el conocimiento de las causas penales que los EEAA reserven a estos tribunales. En consecuencia, en cada caso concreto, será necesario acceder al contenido del Estatuto Autonómico para determinar si existe aforamiento al TS o al TSJ y con qué límites.

Llama la atención que en tanto para el aforamiento al TS la LOPJ no distingue el ámbito de actividad en el que se produce la conducta delictiva, cuando se trata del aforamiento al TSJ, el legislador lo ciñe a “los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo”. Esto supone que en los casos de violencia de género, el TS conocerá de los actos delictivos cometidos por los aforados relacionados en el art. 57 LOPJ, mientras que las mismas conductas cometidas por los aforados al TSJ serían instruidas y, en su caso, enjuiciadas por el JVM. Interpretación ésta que resulta incompatible con la finalidad constitucional del aforamiento.

- Cuando la competencia corresponda al Tribunal del Jurado.

De la relación de hechos atribuidos al Tribunal del Jurado enumerados en el párrafo 2 del art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ)<sup>14</sup>, no resultará infrecuente que la competencia para el enjuiciamiento y fallo se atribuya al Tribunal del Jurado (TJ) cuando, de no existir este órgano, el competente hubiera debido ser la AP o, por aforamiento, el TSJ o el TS: homicidio, amenazas y allanamiento de morada, tipos penales que pueden resultar aplicables para la determinación de la responsabilidad criminal de actos de violencia de género o de actos de violencia doméstica.

- En los casos de delitos conexos o incidentales.

Como norma general, se incoará un proceso para el enjuiciamiento de cada hecho delictivo –art. 300 LECr. No obstante, se enjuiciarán en la misma causa penal los delitos conexos. Se trata

14. Del homicidio (artículos 138 a 140), De las amenazas (artículo 169.1.º), De la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196), Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204), De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415), Del cohecho (artículos 419 a 426), Del tráfico de influencias (artículos 428 a 430), De la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434), De los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438), De las negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440), De la infidelidad en la custodia de presos (artículo 471).

de una acumulación homogénea de objetos procesales que puede no provocar ninguna alteración de las normas de competencia, o que puede provocar alteraciones en la determinación de la competencia objetiva, funcional y/o territorial; en las normas de reparto y en la determinación del procedimiento a seguir según los casos.

Si la norma general viene establecida en los arts. 142 y 742 y 17 LECr, cuando se trata de la posible acumulación de delitos conexos a un acto de violencia de género, el art. 17bis LECr restringe sus posibilidades y tan solo permite que se acumulen los hechos cuya conexidad se justifique en los núms. 3 y 4 del art. 17: los cometidos para perpetrar, facilitar o procurar la impunidad del principal, que en este caso será el de violencia de género.<sup>15</sup>

Veamos algunos ejemplos:

-El JVM, a pesar de que el 17bis LECr no incluye la conexidad en los casos de agresiones recíprocas, ni tampoco la justificada por la necesidad de no dividir la causa, tendrá competencia para acumular al proceso de violencia de género, el tendente a depurar la responsabilidad penar derivada de las agresiones causadas por la ex esposa a su ex cónyuge. Auto 532/ 2019 de la Sección 26ª de la AP de Madrid de 3 abril. JUR 2019\168233<sup>16</sup>.

-La desestimación inicial del presunto delito de violencia de género impide al JVM conocer del presunto delito que debió ser el instrumento para la comisión de aquél. Auto núm. 356/2009 de 7 octubre AP de Murcia (Sección 3ª). JUR 2009\469454.

-El JVM es competente para conocer de la presunta responsabilidad criminal de personas que no mantienen ni han mantenido relación parental alguna con la víctima, siempre que los hechos imputables a ellas deban considerarse conexos al constituir instrumentos de preparación, comisión o encubrimiento del de violencia de género. Auto núm. 419/2008 de 22 octubre AP de Álava (Sección 2ª). JUR 2009\8593.

En la medida en que esta disposición especial de carácter restrictivo se establece para los supuestos en los que la competencia se atribuya a los JVM y no a los procesos por delitos de violencia de género, no resultará aplicable ni cuando estemos en presencia de actos de violencia doméstica, ni cuando la competencia se atribuya a la AN o JCP y JCI –pues estos órganos atraen para sí el conocimiento de los delitos conexos. Y, tampoco cuando por aforamiento deba conocer el TS o el TSJ, pues estos también atraen hacia sí el conocimiento de todos los delitos conexos, cualquiera que hubiera debido ser el órgano competente de no darse esa conexidad.

## 2.5. Competencia para dictar la sentencia

La competencia funcional del Juzgado o Tribunal que tiene competencia para el enjuiciamiento y fallo, comprende que le corresponda a él dictar la sentencia. No obstante hay dos supuestos, relacionados con el procedimiento a seguir, en los que la emisión de la sentencia forma parte de la competencia del JVM –en los casos de violencia de género- y del Juzgado de Instrucción –en todos los demás, incluidos los supuestos de violencia doméstica.

En atención a la pena que puede imponerse y a la calificación jurídica de los hechos (y a la concurrencia o no de otros requisitos establecidos legalmente y que serán analizados más adelante), en dos casos puede finalizar el proceso con una “sentencia anticipada”, es decir, sin llegar a abrirse la fase del juicio oral y, por tanto, sin que el Juzgado o Tribunal competente para

15. Son varias las voces que reclaman una conexidad más amplia. Vid. CRUZ MORATONES, C: “La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales”, Ponencia en la Mesa Redonda “Análisis de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: cuestiones sustantivas civiles y penales y procesales” del II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género celebrado en Granada en Febrero de 2006. Véase también la Circular de la FGE 4/2005 que puede consultarse en la web del Ministerio Fiscal –www.fiscal.es.

16. Claramente en contra, Auto de la Sección 2ª AP Granada núm. 361/2010 de 30 abril. JUR 2010\364235

el enjuiciamiento y fallo, llegue a conocer. La sentencia en estos casos se dicta en la fase de instrucción y por el juez que está instruyendo.

- En el procedimiento “rapidísimo”, la sentencia la dicta el Juez instructor que está prestando el servicio de guardia y a quién los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado remiten el atestado y, en su caso, entregan al detenido<sup>17</sup>.

Para que esto sea factible, el Mº Fiscal debe solicitar ante el propio Juzgado la apertura del juicio y presentar ya el escrito de acusación; el investigado puede conformarse con la calificación y la pena solicitada. El JVM, en los casos de violencia de género –el de Instrucción en los de violencia doméstica- dictará de forma inmediata la sentencia de conformidad.

- En el procedimiento por aceptación del Decreto del Fiscal<sup>18</sup>.

Si durante la tramitación de la investigación judicial (también puede darse aunque ésta no se haya incoado) el Mº Fiscal presenta al JVM (o Juzgado de Instrucción en violencia doméstica) un Decreto con la descripción del hecho, la identificación del presunto autor, la referencia a los futuros medios de prueba, que notificado al investigado éste acepta, el JVM (o el de Instrucción si se trata de un acto de violencia doméstica) convierte este Decreto en una sentencia firme.

## 2.6. La competencia para la ejecución de la sentencia

Como norma de carácter general la ejecución de la sentencia es de la competencia del Juzgado que ha conocido del procedimiento por delitos leves. La de la sentencia por delitos menos graves y graves, del Juzgado o tribunal que ha dictado la que sea firme.

Sin embargo, en los dos supuestos que acabamos de examinar y en los que es el juzgado instructor quien dicta la sentencia de conformidad o quien, en su caso, atribuye al Decreto del Fiscal el valor de una sentencia firme, las normas de competencia difieren ligeramente.

Aplicando las normas generales, la ejecución en estos casos correspondería al JVM –violencia de género- o al JInstrucción –violencia doméstica. Y, sin embargo, cuando se trata de la ejecución de la sentencia de conformidad, la competencia no es de quien la ha dictado, sino del JP –art. 801.4 LECr- y cuando la sentencia firme es el resultado de la aceptación del Decreto del Fiscal, su ejecución corresponderá al Juzgado instructor, si el delito es leve y al JP si el delito es menos grave.

## 2.7. Competencia para la ejecución de la Orden Europea de protección

La Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Ley 23/2014, de 20 de noviembre, incluye la orden de protección como uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales dictadas por los Estados de la Unión Europea –art. 2.1.e). Con este instrumento se pretende que las órdenes de protección dictadas en uno de los Estados pueda ser reconocida y ejecutada en otro estado miembro, en aquellos supuestos en los que la víctima reside o tiene intención de permanecer en el territorio de un Estado diferente a aquél en el que la orden de protección se ha emitido<sup>19</sup>.

El art. 131 de esta Ley atribuye a los JVM y a los JInstrucción la competencia para el reconocimiento y ejecución en España de las órdenes europeas de protección dictadas por otros

17. Veremos después cuáles son los requisitos para que pueda seguirse este procedimiento.

18. Veremos después cuales son los requisitos para que pueda seguirse este procedimiento.

19. Véase CUETO MORENO, C: “La orden europea de protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea”, “ReDCE núm. 21. Enero-Junio de 2014”. [https://www.ugr.es/~redce/REDCE21/articulos/07\\_cueto.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE21/articulos/07_cueto.htm), consultado el 25 de septiembre de 2019.

Estados miembro. Los de Instrucción, con carácter general, pues a ellos compete la instrucción de las causas penales; los de Violencia sobre la Mujer, cuándo, de tramitarse en España el proceso penal, les hubiera correspondido conocer del proceso penal y dictar, en su caso, la orden de protección. La competencia territorial, como seguidamente señalaremos, no difiere de la norma contenida en la LECr y se determina también por la residencia en España, presente o futura, de la persona protegida.

El propio art. citado establece sin embargo un supuesto en el que la competencia no seguirá el criterio anterior: cuando la orden europea de protección haya estado precedida del reconocimiento y ejecución en España de otras órdenes europeas de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión. En estos casos, la competencia se atribuye al Juzgado o Tribunal que ya las hubiere reconocido y ejecutado.

La aplicación de este criterio puede suponer una modificación de la competencia para el reconocimiento y ejecución de la orden europea de protección cuando venga precedida del reconocimiento de una orden europea de libertad vigilada, pues el art. 95 de la Ley 23/2014 atribuye la competencia a los JCP<sup>20</sup> –en su caso, Central de Menores.

## 2.8. Competencia territorial

La demarcación jurisdiccional de los JVM y de los JInstrucción es el partido judicial que agrupa varios municipios. El JVM tiene su sede en la capital del Partido Judicial y extiende sus competencias a todo el Partido.

Tomemos como ejemplo el Partido Judicial nº 5 de la Provincia de Málaga: Fuengirola. Este Partido Judicial comprende los municipios de Fuengirola y de Mijas y en la capital del Partido, Fuengirola, existe un JVM que ejercerá sus competencias para conocer de los actos de violencia de género producidos cuando la víctima tenga su domicilio en el municipio de Fuengirola o en el de Mijas.

Sin embargo, como ya hemos anticipado, la LOPJ ha previsto que algunos JVM extiendan sus competencias a demarcaciones jurisdiccionales pertenecientes a otros partidos judiciales –art. 87.bis LOPJ.

Siguiendo con el ejemplo citado en la nota 9, el Partido Judicial nº 5 de la Provincia de Castellón, el de Vila-real abarca los municipios de Burriana y Vila-real. Y, sin embargo, en virtud del RD antes citado, las competencias de su JVM se extiende no solo a ese partido judicial, sino también a los actos de violencia de género de mujeres con domicilio en los municipios del Partido Judicial nº 4, Nules (que se integra por 30 municipios) y del Partido Judicial nº 2, Segorbe (integrado a su vez por 32 municipios).

Por otra parte, para el conocimiento y fallo de los procesos por violencia de Género como ya hemos visto el enjuiciamiento y fallo es de la competencia del JP o de la Sección de la AP. Recordemos que ambos tipos de órganos tienen como demarcación jurisdiccional la Provincia, su sede en la capital de ésta y extienden sus competencias a toda la provincia. Esto significa que una vez determinada la competencia territorial del JVM, la competencia territorial para el enjuiciamiento y fallo resulta automática.

Tomemos como ejemplo el JVM de Valladolid, el enjuiciamiento y fallo corresponderá al JP de Valladolid o, en su caso, a la AP de Valladolid.

20. No habrá modificación de la competencia objetiva –aunque sí de la territorial- cuando la orden europea precedente verse sobre medidas alternativas a la prisión, pues para su reconocimiento y ejecución la competencia se atribuye también a los JInstrucción o, en su caso, a los de Violencia sobre la Mujer.

No obstante, también ahora existen excepciones, puesto que la LOPJ también ha previsto que puedan extenderse o limitarse las demarcaciones jurisdiccionales de algunos Juzgados de lo Penal –art. 89.bis, que extenderán sus competencias a un grupo determinado de partidos Judiciales.

Tomemos como ejemplo la Provincia de Granada. Con sede en la ciudad de Granada y extendiendo sus competencias a toda la Provincia, existen 6 Juzgados de lo Penal. No obstante, se creó el JP de Motril, cuyas competencias se extienden a los municipios de que conforman los partidos judiciales nº 4 (Motril) y nº 9 (Almuñécar)

Y, por último, aunque no es habitual, también podemos encontrarnos con Secciones de las Audiencias Provinciales desplazadas a otras poblaciones y que circunscribirán sus competencias a determinados partidos judiciales.

Tomemos ahora como ejemplo la ciudad autónoma de Melilla en la que tiene su sede la Sección 7ª de la AP de Málaga.

La competencia territorial para conocer de los procesos de violencia doméstica sigue las normas generales establecidas en el art. 15 de la LECr. En él se establecen unos fueros sucesivos –se aplicará en siguiente en defecto del anterior- relacionados en orden inverso. El primero llamado a conocer será el de la demarcación jurisdiccional en que se haya tenido noticia del hecho en primer lugar y a medida que avance la investigación irán conociéndose los nexos territoriales preferentes (residencia del presunto autor, lugar de la detención, lugar de descubrimiento de futuras fuentes de prueba, lugar de comisión del hecho).

Sin embargo, para determinar la competencia territorial en los casos de violencia de género, el legislador ha acotado los nexos de unión entre el objeto del proceso y la demarcación jurisdiccional de los JVM, decantándose únicamente por el lugar del domicilio de la víctima –art. 15.bis LECr.

En aquellos casos en los que la víctima tiene un domicilio dentro del territorio español, parece mayoritaria la interpretación jurídica de que, a éste debe acudir para determinar la competencia territorial y que no puede determinarse ésta atendiendo a la localización puntual y ocasional, salvo para la adopción como primera diligencia de la orden de protección.

No obstante ¿qué nexo territorial se va a establecer cuando la víctima reside en el extranjero, se encuentra puntualmente en España y sufre un acto de violencia de género? Al haberse cometido el hecho en territorio español, conocen nuestros juzgados y tribunales; al tratarse de un acto de violencia de género, conocen los JVM ¿de qué demarcación jurisdiccional? No cabe más solución que la competencia sería la del lugar en el que la víctima se encuentre residiendo, aun ocasionalmente. La alternativa nos conduciría, uno, a una desprotección de la víctima en estos casos –salvo que se considerara suficiente protección la posible adopción de la orden de protección que, por otra parte, solo tendría eficacia mientras los presuntos agresor y víctima se encontraran en nuestro territorio-; dos, a renunciar a nuestra CJI, a nuestro principio de territorialidad.

La competencia territorial para la ejecución de la orden europea de protección viene determinada por el domicilio o lugar de residencia de la víctima dentro del territorio español o del lugar en el que tiene intención de residir –art. 131 Ley 23/2014, salvo, como hemos visto anteriormente, que previamente se haya reconocido y ejecutado una orden sobre medidas alternativas a la prisión, pues en tal caso, la competencia se atribuye a éste. Y, la competencia territorial en este caso se determina, no por el domicilio de la víctima (art. 15.bis LECr), sino por el lugar donde el imputado tenga establecida su residencia dentro del territorio español –art. 111 Ley 23/2014.

### 3. EL REPARTO DE ASUNTOS

Tras aplicar las normas de competencia puede suceder, será lo habitual, que resulten competentes varios Juzgados o Tribunales del mismo tipo y grado (idéntica competencia objetiva y funcional) y de la misma demarcación jurisdiccional (idéntica competencia territorial). En este momento la asignación del asunto a uno de los Juzgados o Tribunales se realiza a través de la aplicación de las normas de reparto<sup>21</sup>. Cada población tiene o puede tener normas de reparto diferentes para procurar un reparto equitativo y cuantitativo entre todos los Juzgados y Tribunales llamados a conocer por aplicación de las normas de competencia.

Y es necesario tener en cuenta que en la cartografía judicial española nos encontramos con diversas situaciones en relación a la represión penal de los actos de violencia de género:

- Partidos judiciales en los que se ha creado un único JVM (por ejemplo en Córdoba): se le remiten todos los asuntos
- Partidos judiciales en los que se ha creado más de un JVM (por ejemplo en Granada): habrá que aprobar y aplicar las normas de reparto correspondientes entre ellos.
- Partidos judiciales en los que no existe JVM (por ejemplo en el Partido Judicial de Estepona), sino que el conocimiento de estos asuntos se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, por lo que se aplicarán las normas generales que hayan sido aprobadas por el TSJ Andaluz, salvo que en algún caso se haya especializado a uno de estos Juzgados, con carácter exclusivo y excluyente o no excluyente para conocer de los actos de violencia de género.

Tomemos como ejemplo el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel al que, por Acuerdo del CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) de 29 de diciembre de 2019, se le atribuyó con carácter exclusivo el conocimiento de todos los asuntos relacionados con Violencia sobre la Mujer.

Y también las situaciones van a ser variadas en relación a los JP e incluso a las Secciones de las AP, pues va avanzando, aunque lentamente, la especialización de algunos de estos órganos para conocer de los asuntos de violencia de género, ya con carácter exclusivo o compatibilizándolo con el conocimiento de otros asuntos; ya con carácter excluyente o no excluyente.

Tomemos un último ejemplo: el JP nº 2 de Cáceres tiene atribuido con carácter exclusivo y no excluyente el conocimiento de los asuntos de violencia de género del partido judicial de Cáceres (Acuerdo del CGPJ de 24 de abril de 2019).

## II. JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y REPARTO DE ASUNTOS CIVILES EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La LO 1/2004 modificó también la competencia objetiva para conocer de algunos procesos civiles atribuyéndosela a los JVM. Estos procesos civiles son los de filiación, maternidad y paternidad; nulidad del matrimonio, separación y divorcio; relaciones paterno-filiales; adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; guarda y custodia de hijos e hijas menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores; asentimiento en la adopción; oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

21. Estas normas son aprobadas por la Sala de Gobierno del TSJ –para los Juzgados, las secciones de las AP y de la Sala de lo Civil y Penal del propio TSJ-, de la AN –para los JCI, JCP y Sala de lo Penal de la AN- y del TS –para las distintas secciones de su Sala de lo Penal.

No obstante, para que nuestros JVM puedan llegar a conocer de estos asuntos, previamente es necesario que nuestros Juzgados y Tribunales tengan CJI en el orden civil. Y ésta se determina conforme a lo dispuesto en los arts. 22 a 22.*nonies* LOPJ atendiendo a nexos existentes entre alguno de los elementos del proceso y la demarcación jurisdiccional española. No resulta admisible jurídicamente que por haber existido previamente un acto de violencia de género del que ha conocido nuestra organización jurisdiccional, ya tengamos CJI para conocer de los procesos civiles señalados en el art. 87.*ter* LOPJ

En primer lugar, debemos conocer si en alguno de los preceptos señalados existe un fuero especial y cuáles son sus caracteres –prorrogable, improrrogable; único, concurrente; electivo o subsidiario-; de no ser así, deberán aplicarse los fueros generales, bien, legales –el domicilio del demandado-, bien convencionales –sumisión expresa<sup>22</sup> o sumisión tácita.

Busquemos un ejemplo: el art. 22.*quater* LOPJ atribuye CJI a los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio atendiendo, en primer lugar, a si existe o no una norma que atribuya esta CJI a un tribunal extranjero; en su defecto, aparecen diversos fueros concurrentes: la residencia de ambos en España al interponerse la demanda; que en España haya estado fijada su última residencia habitual y que, además, cualquiera de ellos resida aquí; que en España esté la residencia habitual del demandado.

Y, una vez determinada la CJI de la jurisdicción española habrá que buscar la norma de competencia objetiva, funcional y territorial aplicable. Y, fijada ésta, las de reparto.

En este momento es donde cobra relevancia lo dispuesto en el art. 87.*ter* LOPJ, pues son dos las normas de competencia objetiva aplicables: ésta, la especial que recoge la modificación operada por la LO 1/2004 y la general, que atribuye el conocimiento de estas pretensiones a los Juzgados de Primera Instancia –o en su caso, a los Juzgados de Familia-.

En qué supuestos se aplicará cada una de estas normas nos lo señala también el art. 87.*ter* LOPJ. Para que la competencia se determine en favor del JVM deben concurrir de forma simultánea los siguientes requisitos:

- Que se trate de alguna de las pretensiones enumeradas anteriormente (nulidad, matrimonial, separación, relaciones-paterno filiales, ...)
- Que ante el JVM se hayan iniciado actuaciones penales por actos de violencia sobre la mujer o que se haya adoptado una orden de protección de una víctima de violencia de género.
- Que ésta, ocupe la posición actora o la posición demandada, sea o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia de quién ocupa la posición procesal contraria; o que se trate de presuntos actos de violencia cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

En tal caso, la norma de competencia individualiza totalmente cuál debe ser el Juzgado llamado a conocer del proceso civil: El JVM (competencia objetiva), del domicilio de la víctima (competencia territorial determinada por la norma de competencia territorial aplicable en el proceso penal) y, de ser varios, aquél al que por reparto se le ha turnado el conocimiento del proceso penal. Esta misma norma deberá aplicarse cuando el juzgado que conoce del proceso penal no sea el de violencia sobre la mujer, sino un Juzgado de Instrucción con competencias, excluyentes o no, sobre los actos de violencia de género.

22. Puede resultar inusual, pero no imposible.

El problema se plantea a la hora de determinar la vigencia temporal de esta ampliación de la “jurisdicción por razón del objeto” de los JVM para conocer también de asuntos civiles y básicamente son dos las opciones: conforme a la primera, bastaría con que hubiera existido un proceso penal por un acto de violencia de género, para que se mantuviera permanentemente la competencia del JVM para conocer del posterior proceso civil; conforme a la segunda, es precisa la pendencia simultánea de ambos procesos, el civil y el penal para que se aplique la norma del 87.ter LOPJ; y, en este caso, si la ampliación del JVM se mantiene pese a finalizar el proceso penal con una resolución absolutoria.

Un repaso de la jurisprudencia recaída sobre esta vigencia temporal nos lleva a las siguientes conclusiones:

- El JVM que está conociendo del proceso penal por violencia de género, atrae hacia sí el conocimiento del proceso civil y lo mantiene con independencia de que aquél finalice con un auto de sobreseimiento o con una sentencia absolutoria. La argumentación jurídica trae causa de los efectos de la litispendencia derivados de la admisión de la demanda y concretamente de la *perpetuatio iurisdictionis*. Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del TS de 15 febrero 2017. RJ 2017\4860<sup>23</sup>.
- El JVM que ha conocido del proceso de violencia de género, ya finalizado, carece de “jurisdicción por razón del objeto” para conocer del proceso civil de modificación de las medidas definitivas acordadas por él en el anterior proceso de separación, nulidad o divorcio, con inaplicación de la norma que atribuye al mismo juzgado que conoció del proceso la competencia para conocer del posterior para la modificación de las medidas acordadas. Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del TS de 4 junio 2017. RJ 2017\3946.
- El JVM mantiene su “jurisdicción por razón del objeto” para conocer del proceso civil iniciado cuando en el penal ya se ha dictado sentencia de condena si ésta aún no ha adquirido firmeza. Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo civil del TS, de 10 septiembre 2013. RJ 2013\7292.
- El JVM mantiene su “jurisdicción por razón del objeto” para conocer del proceso civil iniciado después de adquirida firmeza la sentencia penal de condena y mientras dure el cumplimiento de la pena. Sentencia 604/2015, de 17 de noviembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del TS. RJ 2015\5311.

### III. CUESTIONES DE COMPETENCIA OBJETIVA

Si bien cuando el JVM y el de Primera Instancia (en su caso el de Familia) quieren conocer o inhibirse del conocimiento del proceso civil en aplicación del art. 87.ter LOPJ podría ser entendido como un “conflicto de competencia”, pues se produce entre un órgano integrado en el orden jurisdiccional civil y otro integrado en el orden jurisdiccional penal –art. 42 LOPJ-, lo cierto es que estos conflictos positivos o negativos surgen en realidad entre dos órganos pertenecientes al mismo orden jurisdiccional (aunque uno de ellos, el JVM, se integre en el civil solo puntualmente). Esto explica que las resoluciones antes citadas provengan no de la Sala Especial del TS a la que alude este precepto, sino de la Sala de lo Civil del TS que es el superior jerárquico común en el orden civil a ambos órganos en conflicto. Es decir, estamos realmente ante un conflicto de competencia que es el que surge cuando dos órganos pertenecientes al mismo orden, en este caso al civil, quieren conocer del asunto o ambos pretenden inhibirse de su conocimiento.

23. Conclusión contraria sostuvo el TSJ Cataluña en su Auto 15/2013 de 21 enero. RJ 2013\2887 al considerar competente al Juez de Primera Instancia para conocer del proceso civil, aun cuando el penal estaba ya incoado al interponerse la demanda civil, puesto que el penal finalizó con un auto de sobreseimiento provisional.

Las cuestiones de competencia en estos casos siguen también un régimen especial –art. 49.bis LO 1/2004:

- La parte demandada, tampoco el M<sup>o</sup> Fiscal cuando sea parte, no pueden interponer la declinatoria para poner de manifiesto que corresponde conocer del asunto no al Juez de Primera Instancia o de Familia ante el que se ha interpuesto la demanda, sino al JVM.
- Únicamente pueden incorporar al proceso civil el testimonio de la incoación del proceso penal o del auto que acuerda la orden de protección.
- Ya sea en este caso, ya porque el Juez de Primera Instancia o de Familia tiene conocimiento de que existe un proceso penal por un acto de violencia de género y de que concurren los requisitos del art. 87.ter LOPJ, debe dictar auto inhibiéndose del conocimiento del proceso civil y remitir las actuaciones al JVM que esté conociendo del proceso penal.

No obstante, esta inhibición solo puede acordarse hasta inmediatamente antes de que se inicie el acto del juicio oral del proceso civil<sup>24</sup>.

Y, por otra parte, esto supone también que la apreciación inicial de falta de competencia objetiva, no provocará el auto de inadmisión de la demanda con indicación del Juzgado ante el que deba presentarse, sino la inhibición con remisión de actuaciones al JVM –es decir, el régimen procesal es el mismo que el que recibe la falta de competencia territorial determinada por fueros improrrogables y apreciables de oficio al tiempo de la admisión de la demanda.

- Si como consecuencia de los actos de alegación de las partes el Juez que está conociendo del proceso civil entiende que se ha producido un acto de violencia de género y que aún no se ha incoado el proceso penal para su enjuiciamiento o que no se ha dictado la correspondiente orden de protección, debe convocar a las partes y al M<sup>o</sup> Fiscal a una comparecencia. Si como resultado de ésta el M<sup>o</sup> Fiscal o la víctima provocan la incoación del proceso penal el Juez de Primera Instancia o de Familia seguirá conociendo hasta que sea requerido de inhibición por el JVM.

En todos los casos anteriores, la cuestión que puede surgir es siempre negativa cuando inhibido el Juez de Primera Instancia y remitidas las actuaciones al JVM éste se inhiba también del conocimiento del asunto civil.

- Por último, queda excluida cualquier posibilidad de que pueda surgir una cuestión de competencia positiva entre el JVM y el Juzgado de Primera Instancia o de Familia. Pues éste no puede más que remitir las actuaciones del proceso civil al JVM cuando éste le requiera de inhibición.

También afectan a la competencia objetiva las cuestiones que pueden surgir entre el JVM o el de Instrucción, o el JCI<sup>25</sup> o, si la cuestión surge en relación a la competencia para la fase de enjuiciamiento y fallo, entre la AP, la AN o el TJ. Es el superior jerárquico común a los dos órganos implicados en la cuestión de competencia quien resolverá el conflicto, al igual que ocurre con la decisión de las cuestiones de competencia territorial<sup>26</sup>. No obstante, no se han establecido normas procesales especiales en relación a estas cuestiones cuando surgen en el proceso penal.

24. Aun cuando la LO 1/2004 no resulta totalmente clara la jurisprudencia es constante en entender este como el último momento para que pueda producirse la inhibición, lo que procesalmente resulta de toda lógica, puesto que la única finalidad del juicio es la práctica de la prueba rige con todo rigor el principio de inmediación.

25. O al TS o al TSJ. Sin embargo en estos casos no puede surgir el conflicto, pues es directamente el superior quien decide si asume el conocimiento del asunto u ordena al JVM que siga conociendo. Art. 52 LOPJ.

26. Resultará útil el CUADRO 1 para encontrar al superior jerárquico común en cada caso. Véase en página 13.



## TEMA 2: LOS PROCEDIMIENTOS PENALES ADECUADOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

En la actualidad puede realizarse una primera clasificación de los procedimientos penales atendiendo a si el hecho merece la consideración de leve o de grave o menos grave. No obstante, dentro del enjuiciamiento por delitos leves, existen dos variantes; para el enjuiciamiento de los menos graves y graves existen cuatro procedimientos, algunos de los que también presentan variantes. Y, a consecuencia de la reforma de 2015, aparece un nuevo procedimiento que podrá seguirse para el enjuiciamiento de algunos delitos leves y también menos graves.

	Procedimiento	Ámbito de aplicación (enjuiciamiento de delitos)
Enjuiciamiento de delitos leves	Rápido	Leves de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias -art. 962 LECr-.
	“normal”	Resto de delitos leves –art. 964 LECr-.
	por aceptación del decreto del fiscal	Sancionados con pena privativa de libertad hasta 1 año, multa –cualquier cuantía-, trabajos en beneficio de la comunidad –cualquier duración- y privación del derecho a conducir vehículos de motor.
Enjuiciamiento de delitos menos graves y graves	“rapidísimo”	Sancionados con pena privativa de libertad hasta tres años, multa de cualquier cuantía y/o penas de otra naturaleza hasta 10 años.
	Rápido	<p>Flagrantes tipificables como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del CP.</li> <li>-Hurto, robo y hurto y robo de uso de vehículos.</li> <li>-Contra la seguridad del tráfico.</li> <li>-Daños referidos en el art. 263 CP.</li> <li>-Contra la salud pública previsto en el 368, inciso 2º CP.</li> <li>-Flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del CP.</li> <li>-Y que se encuentren sancionados con pena privativa de libertad hasta cinco años, multa de cualquier cuantía y/o penas de otra naturaleza hasta 10 años.</li> </ul>
	Abreviado	Resto de delitos sancionados con penas –únicas, conjuntas o alternativas-, privativas de libertad hasta nueve años, multa, cualquiera que sea su cuantía, de otra naturaleza cualquiera que sea su duración.
	Ordinario	Resto de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a nueve años y si conjunta o alternativamente se impone la de multa o pena de otra naturaleza, cualquiera que sea su extensión o duración.
	Ante el TJ	<p>Hechos calificables como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Homicidio (artículos 138 a 140).</li> <li>-Amenazas (artículo 169.1º).</li> <li>-Omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196).</li> <li>-Allanamiento de morada (artículos 202 y 204).</li> <li>-Infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415).</li> <li>-Cohecho (artículos 419 a 426).</li> <li>-Tráfico de influencias (artículos 428 a 430).</li> <li>-Malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434).</li> <li>-Fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438)</li> <li>-Negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440).</li> <li>-Infidelidad en la custodia de presos (artículo 471).</li> </ul>

Lo primero que debemos plantearnos es por tanto cuál será el procedimiento que podrá seguirse para el enjuiciamiento de los delitos de violencia doméstica y de violencia de género y, como primera conclusión quiero señalar que no dependerá de que el hecho pueda ser calificado como de violencia de género o de violencia doméstica –aunque en atención a esta distinción puedan existir particularidades procesales, como ya se ha visto al analizar la jurisdicción y la competencia–.

Lo relevante para determinar el procedimiento va a ser su calificación jurídico penal y la pena que el hecho lleve aparejada en abstracto y si concurren o no ciertos requisitos adicionales que atienden bien a la flagrancia, bien al modo de comunicación de la noticia delictiva, bien a la existencia o inexistencia de acusadores particulares, bien a la complejidad de la investigación. Requisitos establecidos por el legislador, caso por caso.

Y, por otra parte, los tipos penales pueden también ser muy variados, pues los actos de violencia, ya sea de género, ya doméstica, resultan también muy variados. Podemos encontrarlos tipificados desde lesiones, vejaciones o amenazas leves, hasta el asesinato, pasando por las agresiones contra la indemnidad sexual, la libertad,....

Por esta causa ninguno de los procedimientos existentes y de sus variantes queda excluido de antemano por el hecho de tratarse de un acto de violencia de género o de violencia doméstica. Es más, respecto de algunos de ellos, el legislador ha previsto expresamente que pueda llegar a seguirse en estos casos.

## 1. PROCEDIMIENTOS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS LEVES

Como se puede comprobar en la tabla anterior este procedimiento es el adecuado para enjuiciar los hechos que el legislador califica de “leves” y estos son los que llevan aparejada pena leve –relacionada en el art. 33.4<sup>27</sup>. A diferencia de lo que ocurría antes de la reforma del CP de 2015, la búsqueda de estos delitos requiere un examen pormenorizado de todos los tipos penales, pues en relación a las conductas realizadas va a variar la naturaleza de la pena asociada<sup>28</sup>.

Dentro de este procedimiento encontramos dos variantes: en una, la tramitación resulta más acelerada –el que hemos denominado “rápido”- que en la otra –que calificaremos de ordinario.

El procedimiento por delitos leves “rápido” únicamente podrá seguirse para el enjuiciamiento de las infracciones penales enumeradas en el art. 962 siempre que además se trate de un hecho conocido por la policía judicial y que levante un atestado en el que se reflejen las diligencias, actuaciones y citaciones practicadas y que pueda citar para que comparezcan ante el Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer al ofendido, al perjudicado, al denunciante, al denunciado y a los futuros testigos. Y que, por último, este atestado en el que se incluye la

27. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año; del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.

Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año.

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses; la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

La multa de hasta tres meses.

La localización permanente de un día a tres meses; los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

28. Puede verse la incidencia de la reforma del antiguo juicio de faltas en TORRES ROSELL, N: El “nuevo” proceso por delitos leves (aspectos procesales de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal). Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). MORILLAS CUEVA, L (Director y otros): Edt. Dickinson. 2015.

noticia delictiva, se remita al Juzgado que esté prestando el servicio de guardia que será el que conocerá de este procedimiento.

La actuación de la policía no tiene por qué ser el resultado de la flagrancia, que únicamente se requiere en relación al “hurto”, por lo que no queda excluida de antemano la tramitación de esta variante cuando se trate de lesiones, maltrato de obra, amenazas, coacciones o injurias no flagrantes<sup>29</sup>.

Ahora bien, si contrastamos la redacción actual con la que ha estado vigente hasta 2015 hemos de llegar a la conclusión de que quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta variante del juicio por delitos leves los delitos de amenazas, coacciones y lesiones que constituyan actos de violencia de género o de violencia doméstica, pues el CP anuda estas conductas a una pena, cuanto menos, de naturaleza menos grave. Y, coherentemente, el art. 795 incluye estas conductas si son flagrantes en el ámbito de aplicación del procedimiento rápido.

Así pues, este procedimiento, únicamente podría seguirse en relación a la violencia de género o a la violencia doméstica cuando se trate de injurias o vejaciones.

Y el procedimiento será el de delitos leves (llamémosle ordinario), para los restantes delitos leves que puedan cometerse como actos de violencia de género o de violencia doméstica.

## 2. EL PROCEDIMIENTO POR ACEPTACIÓN DEL DECRETO DEL FISCAL

La tramitación de este procedimiento penal, creado en el año 2015, procede para el enjuiciamiento de hechos sancionados con pena privativa de libertad de hasta 1 año de duración y siempre que pueda ser suspendida conforme a lo dispuesto en el art. 80 CP y si además el Mº Fiscal entiende que procede la suspensión, o pena de multa o pena de trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. No se alude ni se excluye ninguna calificación jurídico penal concreta, sino que se atiende de forma principal a las penas que el hecho lleva aparejadas en el CP. Siempre que, además, no se haya personado ninguna acusación particular ni popular.

Si nos fijamos en los topes punitivos, este procedimiento podrá seguirse en muchos de los delitos leves y en algunos de los delitos menos graves, tanto de violencia doméstica como de violencia de género, puesto que al aludir a la pena de multa, el legislador no establece una cuantía máxima, del mismo modo que tampoco establece una duración máxima en relación a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores<sup>30</sup>.

Lo característico de este procedimiento es que la sentencia la dictará siempre el Juez de Instrucción o, en su caso, el de violencia sobre la Mujer y que será el resultado de convertir en sentencia firme el Decreto propuesto por el Mº Fiscal y aceptado en su integridad por el investigado.

29. El art. 795 LECr nos ofrece una definición del delincuente flagrante y considera que lo es “*el que estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él*”.

30. La pena de multa hasta 3 meses tiene naturaleza leve y a partir de esa duración, menos grave. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, hasta 30 días, es leve y de 31 días hasta un año, menos grave.

La de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores hasta 1 año, es leve; de un año y un día hasta 8 años, menos grave y de más de 8 años, es grave.

### 3. LOS PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

El ámbito de aplicación de estos procedimientos es el enjuiciamiento de los delitos sancionados con pena privativa de libertad hasta 9 años, pena de multa –cualquiera que sea su extensión- y penas de otra naturaleza –cualquiera que sea su duración; ya se impongan estas penas de forma única, conjunta o alternativa (en estos dos últimos casos cualquiera de ellas tiene que tener cabida en el ámbito de aplicación de este procedimiento).

Al conectar este ámbito de aplicación con la competencia objetiva regulada en el art. 14 de la LECr., nos encontramos con dos variantes: en una, cuando la pena privativa de libertad no supera los cinco años y la pena de otra naturaleza, los 10 años y cualquiera que sea la extensión de la multa, la fase de juicio oral es de la competencia del JP. En la otra, cuando la pena privativa de libertad es superior a 5 años –y hasta nueve-, la de otra naturaleza supera los 10 años –sin límite máximo- y de forma alternativa o conjunta la pena de multa, la competencia para el enjuiciamiento y fallo corresponde a la Sección de la AP.

### 4. EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS.

Coincidiendo parcialmente con uno de los procedimientos abreviados se creó en el 2002 un nuevo procedimiento que como su nombre indica tiende al enjuiciamiento rápido de determinados delitos, concretamente los de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 CP –es decir, directamente relacionados con la violencia de género y con la violencia doméstica-, de hurto, de robo, de hurto y robo de uso de vehículos, contra la seguridad del tráfico, daños referidos en el artículo 263 CP, contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, CP y flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 CP.

La conducta a enjuiciar además de ser susceptible de tipificación en alguna de estas calificaciones penales debe tener el carácter de flagrante<sup>31</sup> que haya provocado la actuación de la policía judicial que tras la práctica de las primeras diligencias, entre las que es precisa no solo la identificación del presunto autor, sino su detención o, de no proceder ésta, su citación para que comparezca ante el Juez que esté prestando el servicio de guardia, transmite la noticia delictiva al Juez a través del atestado y con esta remisión provoca la incoación del proceso penal.

Además ha de tratarse de un hecho que por sus características hace presumir que la instrucción será sencilla y en ningún caso podrá tramitarse cuando resulte procedente acordar el secreto de las actuaciones.

Y será relativamente frecuente que ante presuntos actos de violencia de género y de violencia doméstica si sea procedente acordar el secreto de las actuaciones, pues su finalidad es evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona o prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso –art. 302 LECr. De ser así, en tales casos no será procedente la tramitación del procedimiento rápido, sino la del procedimiento abreviado ante el JP.

Una lectura de lo dispuesto en el art. 324 LECr nos lleva a pensar que las causas enumeradas en él como síntomas de la complejidad de la investigación, no resultarán excesivamente frecuentes en los actos de violencia de género y de violencia doméstica, si bien no debe

31. Véase la nota 28 sobre el concepto de flagrancia. Y no obstante, se permite seguir este procedimiento aun cuando el presunto responsable no haya sido detenido ni localizado, pero sí sea posible su rápida identificación y localización (art. 795.1.7ª). Por tanto, incluso cuando no haya sido ni siquiera identificado.

excluirse *a priori* esta posibilidad<sup>32</sup>. No obstante, en la medida en que con este procedimiento va a quedar muy reducida la práctica de diligencias judiciales y el peso de la investigación va a ser el resultado de la actuación policial inmediata tras la comisión de la conducta delictiva, en los casos en los que deban investigarse hechos, datos y circunstancias que excedan de lo que la LECr considera actuaciones de la policía judicial o del contenido que da a las posibles diligencias urgentes que va a ordenar en Juez de guardia en este procedimiento, debería quedar imposibilitada su tramitación para el enjuiciamiento de actos de violencia de género y de violencia doméstica, aun sin llegar a tener que considerar que esta instrucción es compleja a los efectos de acordar judicialmente por auto la prórroga del plazo máximo de la instrucción<sup>33</sup>.

Pensemos que, mientras sí que es factible que las amenazas, lesiones o coacciones tengan el carácter de flagrantes; no lo es tanto en el caso de la violencia física o psíquica habitual. La investigación requerirá la constatación de las circunstancias que permitan acreditar la habitualidad y, en su caso, la incidencia de la violencia psíquica, sea o no habitual. No debe ser suficiente la declaración prestada en ese momento por la propia víctima –directa o indirecta–.

Una variante de este procedimiento (que puede también serlo del abreviado ante el JP –art. 779.1.5ª-) lo encontramos regulado en el art. 801 LECr en relación a estos mismos hechos cuando además concurren los siguientes requisitos 1) que no se haya personado acusación particular o popular; que en el propio juzgado de guardia al personarse y a la vista de lo actuado por la policía, el Mº Fiscal solicite la apertura del juicio oral y presente en el acto el escrito de acusación; que el Juez que presta el servicio de guardia acuerde la apertura del juicio oral; que en el escrito de acusación del Mº Fiscal los hechos hayan sido calificados como delito que lleve aparejada pena privativa de libertad no superior a 3 años, pena de multa –cualquiera que sea su extensión- o pena de otra naturaleza no superior a 10 años de duración; y que, por último, la pena privativa de libertad solicitada, o la suma de las solicitadas, no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

De concurrir estos requisitos cumulativamente, y de conformarse en ese momento el investigado, el Juez de instrucción o de violencia sobre la mujer que está prestando el servicio de guardia, procederá a dictar la sentencia de conformidad.

## 5. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

Como ya se ha señalado conocerá el Tribunal del Jurado y lo hará a través del procedimiento regulado en la LOTJ de los hechos de violencia de género y de violencia doméstica susceptibles de calificación como delitos de homicidio (artículos 138 a 140); amenazas (artículo 169.1º); omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196); allanamiento de morada (artículos 202 y 204)<sup>34</sup>.

## 6. PROCEDIMIENTO ORDINARIO POR DELITOS

Su ámbito de aplicación queda establecido, por exclusión, para el enjuiciamiento de los hechos tipificados con pena privativa de libertad superior a nueve años, ya sea única, o conjunta o alternativamente, con la de multa –cualquiera que sea su duración- o de otra naturaleza –cualquiera que sea su extensión-. Y, siempre que no proceda tramitar el procedimiento ante el TJ.

32. Se considera *ex lege* compleja la que recae sobre grupos u organizaciones criminales; la que tiene por objeto la investigación de numerosos hechos punibles; la que involucra a gran cantidad de investigados o víctimas; la que exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; la que implique la realización de actuaciones en el extranjero; la que precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas; u los delitos de terrorismo (art. 324 LECr).

33. En este mismo sentido, Conclusiones del XIV seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer- año 2018. Segovia (13 y 14 de noviembre de 2018), pág. 18. Recurso consultado el 31 de octubre 2019. <https://www.fiscal.es/>.

34. Los restantes hechos atribuidos al Tribunal del Jurado no será factible encontrarlos asociados a actos de violencia de género o de violencia doméstica.

## PROPUESTA DE ACTIVIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR Y DE LA COMPETENCIA EN ALGUNOS CASOS PRÁCTICOS EXTRAÍDOS DE LA JURISPRUDENCIA<sup>35</sup>

### 1. Delito lesiones y maltrato. El relato esta extraído de la base de datos Aranzadi. Sentencia TS núm. 217/ 2019 de 25 de abril de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS. RJ 2019\1835

“Segundo, mayor de edad ha mantenido una relación sentimental sin convivencia con Inés, también mayor de edad. El día 8 de enero de 2.018 Inés había cenado fuera, y había tomado según afirmó tres vinos y un combinado. En el transcurso de la cena, Segundo llamó continuada y repetidamente por teléfono a Inés. A las 2’23 horas del día siguiente llegó al local regentado por Segundo, bar de copas denominado Cool y sito en la C/ Dársena de esta ciudad, en estado de embriaguez, pues su estado de agitación y crispación era importante y apenas se tenía en pie. No obstante lo cual, Segundo procedió ya a su llegada a saludarla agarrándola por la solapa de su abrigo para acercarse a ella y darle un beso y posteriormente un abrazo. Continuó entre ellos una larga discusión, en el transcurso de la cual Inés insulta a gritos a Segundo llamándole hijo de puta, diciéndole que como hombre no vale nada, etc. Durante toda la referida discusión, Segundo agarraba por los brazos a Inés cuando ésta hacía intención de irse y abandonar el local, y le impedía coger el teléfono móvil y utilizarlo para llamar. A las 2’31 horas Inés se cae al suelo, pero se levanta segundos después. A las 2’33 horas, y estando de nuevo en el suelo, Segundo intenta levantarla, apartándole ella con manotazos, ante lo cual él le da dos tortazos seguidos, el primero con su mano derecha sobre la mejilla izquierda, y el segundo con la mano izquierda sobre la mejilla derecha. Se levanta pasados unos minutos, y continúa la discusión. Tras intentar coger su ropa y bolso e intentar salir del establecimiento, e impedirselo Segundo agarrándola, hallándose ambos en el exterior de la barra del local, a las 3’03 horas Inés se desploma y cae al suelo como un peso muerto. A las 3’14 horas entran en el local los hijos de Inés, Vicenta y Torcuato, a quienes Segundo había llamado poco antes para que se personasen en el local ante el estado de Inés, y a quienes a su llegada abre la puerta, procediendo a conversar Segundo con ellos sobre su madre, que continúa en el suelo junto a la barra del local. Los hijos ven a su madre tendida en el suelo semiinconsciente, la cual había vomitado y se había orinado encima. Vicenta propuso llamar al 112, pero Segundo les convenció de que no lo hicieran por cuanto con la ambulancia suele venir la Policía y además, al tratarse de un coma etílico según él, les cobrarían la atención sanitaria prestada. A las 3’53 horas Segundo sale del establecimiento, volviendo a las 4’09 horas. A las 4’15 horas, entre Segundo y Torcuato sientan en el suelo a Inés, y a las 4’19 horas consiguen sentarla en una silla, procediendo a hablar con ella. A las 4’36 horas Inés se levanta de la silla, se va junto con sus hijos probablemente al baño, y a las 4’44 horas sale con sus hijos del local, procediendo Segundo a apagar las luces del local y abandonarlo a continuación. Los tres deciden llevar a Inés a dormir a casa de Segundo sito en CAMINO000 NUM000 NUM001 de esta ciudad, toda vez que no quieren llevarla a su propio domicilio sito en C/ DIRECCION000 NUM002 NUM003 NUM004 , también de esta ciudad, porque no quieren que su tía, con quien conviven, la vea en ese estado. Llegados al domicilio, Inés es bañada por su hija, quien en ese momento le ve marcas de lesiones, concretamente hematomas en la espalda, brazos, pecho y rostro, y respecto a éstas últimas un hematoma en el ojo derecho, vasos rotos en el ojo izquierdo, un hematoma en el labio inferior y un golpe en la mejilla. Vicenta se queda a pasar la noche con su madre, mientras que Segundo lleva a Torcuato a su domicilio, y tras regresar duerme en el sofá de su propia casa. A la mañana siguiente, los hijos de Torcuato se la llevan a su propio domicilio. Entonces su hijo le ve dos golpes en la cabeza, además de las lesiones visibles en la cara, y ambos hijos le preguntan por las lesiones que tiene, y Torcuato dice que traen causa de los golpes que le ha dado Segundo la noche anterior. Sus hijos le recomiendan que denuncie los mismos, pero ella no desea hacerlo. Ese mismo día los hijos de Inés quedan en la cafetería Moka con Segundo y le recriminan que haya pegado a su madre, negándolo él. A requerimiento de los hijos de Inés, Segundo les enseña las grabaciones de las cámaras del local a través del teléfono móvil, procediendo Torcuato a grabarlo con su propio móvil. El día 18 de enero de 2.018, los hijos de Inés presentan denuncia. La Policía busca a Segundo, hallándole en su propio domicilio, donde también se encuentra Inés, que está duchándose, quien manifiesta a los Agentes que no tiene intención de denunciar a Segundo y que iban a salir a cenar. Inés no acudió en ningún momento ante ningún facultativo médico para ser observada y/o atendida de las lesiones que presentaba”.

35. Pueden comprobar la corrección de sus respuestas en swad.es, donde encontrarán más preguntas tipo test sobre el procedimiento a seguir y la competencia. Estas actividades prácticas pueden también consultarlas en Prado 2 UGR.

## 2. Delito de amenazas. Sentencia de la sección 3ª de la AP de Asturias, núm. 446/2016 de 9 noviembre. ARP 2017\63

En la instancia se condenó a Justiniano como autor de un delito de amenazas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de libertad, a las penas de NUEVE MESES de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de aproximarse a menos de cuatrocientos metros de doña Modesta y de comunicarse con ella durante tres años. Y, paralelamente absuelve a este mismo acusado de los delitos de acoso, coacciones, menoscabo psíquico y vejaciones injustas.

## 3. Delitos de Maltrato, lesiones y asesinato. Sentencia núm. 362/2019, de 15 de julio de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del TS. RJ 2019\3256

En el proceso penal seguido se consideran probados los siguientes hechos:

Ángel Jesús mantuvo una relación sentimental con Guillerma desde el año 2014 hasta el 24 de junio de 2016., con convivencia, durante la cual Ángel Jesús sometió reiteradamente a Guillerma a agresiones físicas tales como patadas y puñetazos en diversas partes del cuerpo y a reiterados insultos: En una ocasión, antes de quedarse embarazada Guillerma, Ángel Jesús le propinó guantazos en la boca y la insultó hallándose ambos dentro del vehículo de Ángel Jesús; también le rompió los teléfonos móviles para que no hablase con nadie; ya embarazada y en el domicilio de los padres de Ángel Jesús, este le propinó un fuerte golpe en la espalda; en otra ocasión y estando aproximadamente de siete meses, la agarró fuertemente del cuello hasta casi hacerle perder la respiración; ya nacido su hijo, el 10 de mayo de 2016, Ángel Jesús atemorizó y amenazó en diversas ocasiones a Guillerma con que mataría al bebé, Justiniano, nacido.

Sobre las 13,30 horas del 24 de junio de 2016, Ángel Jesús golpeó a Guillerma en la cabeza y en el rostro, lo que le provocó dolor a la palpación del parietal derecho y eritema en región maxilar izquierda, necesitando una sola asistencia médica y tardando en curar 90 días sin impedimento para sus ocupaciones habituales.

En continuidad del acto, Ángel Jesús arrebató sorpresivamente al bebé de los brazos de Guillerma y lo lanzó contra el suelo dos veces, recibiendo el bebé sendos golpes en la cabeza al dar con la solería. Lo intentó una tercera vez pero Guillerma logró evitarlo. A consecuencia de estos hechos, Guillerma sufre claros síntomas ansioso depresivos y de trastorno de estrés postraumático. El bebé, Justiniano, falleció a consecuencia de los golpes recibidos por traumatismo craneoencefálico severo con hemorragia encefálica masiva.

En atención a los anteriores hechos, se condena a Ángel Jesús, como autor responsable de un delito de maltrato habitual en el ámbito de la violencia sobre la mujer; un delito de lesiones en el ámbito de violencia sobre la mujer y un delito de asesinato cualificado por la alevosía, concurriendo respecto del delito de asesinato la circunstancia agravante de parentesco. Las penas que se le imponen son:

Por el delito de maltrato habitual en el ámbito de la violencia sobre la mujer, a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tres años y nueve meses, con pérdida de vigencia de la licencia, y prohibición por tiempo de tres años y seis meses de aproximarse a menos de trescientos metros a Guillerma, su domicilio y a su lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio.

Por el de lesiones en el ámbito de la violencia sobre la mujer, a las penas de diez meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tres años, con pérdida de vigencia de la licencia, y prohibición por tiempo de tres años de aproximarse a menos de trescientos metros a Guillerma, su domicilio y a su lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio.

Y por el de asesinato del hijo común de ambos, las penas de veintiún años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo, y prohibición por tiempo de veinticinco años de aproximarse a menos de trescientos metros a Guillerma, su domicilio y a su lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio.

#### 4. Amenazas. Sentencia núm. 18/2019 de 5 junio, Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la AN. JUR 2019\199819<sup>36</sup>

En la primera instancia se condena a Nemesio como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de amenazas, en el ámbito conyugal, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 7 meses y 15 días de prisión, accesoria correspondiente y pago de las costas, incluidas las de la Acusación Particular. Así mismo, a la privación de tenencia y porte de armas, por tiempo de 3 años, y prohibición de acercamiento a menos de 500 metros de domicilio, aunque sea temporal, lugar de trabajo y lugares frecuentados por D<sup>a</sup>. Fidela, así como ponerse en contacto con ella por cualquier medio, durante 3 años, con apercibimiento expreso que el quebrantamiento en cualquiera de estas medidas, podrá suponer que se dicte orden de prisión contra el mismo, sin perjuicio de incurrir además en el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del CP.

El acusado Nemesio, mayor de edad penal, con antecedentes penales por delitos de robo de vehículos (1998), robo con violencia (2000), receptación (1999), todos ellos cancelados y de Málaga; estafa, Las Palmas de Gran Canaria (2014), y lesiones, Málaga (2009), había mantenido una relación sentimental con D<sup>a</sup>. Fidela, fruto de la cual tuvieron dos hijos, Romualdo, de 11 años de edad, e Rosendo, de 10 años de edad. Dicha relación se mantuvo aproximadamente hasta 2008, y como consecuencia de la misma se dictó sentencia número 78/2013 por el Juzgado de 1ª Instancia número 11 de Santander, que establecía la guarda y custodia de los niños en favor de Fidela, así como establecía un régimen de visitas para el querellado, y le obligaba a pasar a aquélla la correspondiente pensión alimenticia por los menores (ni las visitas ni la pensión se han cumplido nunca).

Por motivos de trabajo D<sup>a</sup>. Fidela trasladó su residencia habitual a la ciudad de Londres (Inglaterra), en el 2012, donde actualmente vive con sus hijos.

El acusado Nemesio, el día 3 de Mayo de 2017, aprovechando el anonimato que otorgan las redes sociales, con el alias de “José María” ha mandado por Facebook una serie de mensajes a su ex compañera sentimental con el siguiente contenido:

“Te puedes esconder en el fin del mundo, pero al Juzgado vas a tener que ir, esto va paso a paso, no pararé hasta que me devuelvas todas mis cosas”. “Encima fíjate si soy bueno que tengo dos bicis. ¿Te acuerdas de ellas? Pues una es un regalo que os tengo para ustedes dos (las “bicis” hacen referencia a dos armas de fuego, transformadas en tales desde su original estado de fogueo y por un conocido de Nemesio)”. “No te preocupes que sé dónde estás y cuando bajan. Si quieres casa os la compráis. Y si quieres dinero trabajas”. “Por las buenas conmigo lo que quieras, por las malas soy peor que el demonio y no tengo nada que perder”. “Quieras o no un día nos vamos a ver todo”. “Tú no eres mala, eres un demonio, pero piensa qué es lo que vas a perder tú. Tú me lo robaste todo. ¿Piensa que vas a perder tú?. Sorpresa”. “Como te dije, paso a paso, primero recuperar mi casa. Luego hay más denuncias y más sorpresas, así aprenderás a hacer el bien y no robarle nada lo que no es tuyo. Nunca descansaré”. “Y el mensaje que me mandaste diciendo que me ibas a meter en la cárcel, de ahí se sale”. “Pero tú vas a perder algo que nunca podrás recuperar, así que devuélveme mis cosas y sigue tu vida, porque por las malas a mí me da igual todo”. “Un día nos vamos a ver todos, te guste o no, entonces ya hablaremos”. “Lo que no tengas lo buscas, no me importa cómo, ni dónde, pero quiero absolutamente todas mis cosas, pues luego de nada valen las lamentaciones”. “Y procura que ese rumano indio no trate mal a mis hijos”. (...) “Jamás vas a vivir tranquila. Hay cosas en esta vida que ni se pueden recuperar, ni se pueden cambiar, recuerda las bicicletas las tengo guardadas en una casa de campo de mi familia, por cierto ¿sabías que son de raza gitana...?”

El 21 de Mayo de 2017 el acusado Nemesio, desde otro perfil de Facebook, esta vez con el nombre “Cachas”, envió la fotografía de un bebé muerto con un disparo en el pecho.

36. Acerca del valor probatorio de los mensajes remitidos por correo electrónico, vid. GARRIDO CARRILLO, FJ.: “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª ep., núms. 16/17/18, págs. 553-590; “Las nuevas tecnologías y la verdad judicial: el Whatsapp como medio y fuente de prueba”, *Globalización, derecho y cambios sociales*, 2017, págs. 79 a 124; LÓPEZ PICÓ, R.: “La prueba electrónica en el proceso penal: el correo electrónico y el whatsapp”, *La Ley Penal*, N° 140, Sección Estudios, Septiembre-Octubre 2019.

# TEMA 3: ALTERACIONES PROCESALES DERIVADAS DEL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

## I. LA INCOACIÓN DEL PROCESO

### 1. OBSTÁCULOS PROCESALES A LA INCOACIÓN DEL PROCESO

El proceso penal se incoa cuando el Juez recibe noticia de la realización de un hecho o de la producción de un resultado que, aparentemente, está tipificado en el CP. Y esa noticia puede llegarle a través de distintos actos procesales (denuncia, querella, atestado, parte profesional, paso de tanto de culpa) y también puede adquirirla directamente.

Existen sin embargo algunos tipos penales para cuya persecución judicial requieren que la noticia delictiva llegue a través de un concreto acto procesal y que éste esté realizado por la persona legitimada por la norma procesal aplicable. En tales casos, no resultará eficaz para provocar la incoación del proceso ningún otro acto de transmisión de la noticia delictiva, ni tampoco será posible incoarlo de oficio, por propio conocimiento.

Los distintos óbices de procedibilidad, es decir el concreto acto procesal que remueve el obstáculo a la incoación del proceso penal, hoy en día son la denuncia, la querella, la licencia para proceder o la excitación especial del gobierno.

Vamos a ceñirnos a los óbices de procedibilidad que pueden obstaculizar la incoación del proceso por violencia doméstica y por violencia de género<sup>37</sup>.

Los óbices existentes a la persecución judicial de los delitos de acusación o denuncia falsa y el adicional a las injurias causadas en juicio –la licencia para proceder-, a los cometidos por los miembros del M<sup>o</sup> Fiscal en el ejercicio de sus actuaciones –querella del M<sup>o</sup> Fiscal-, quedan fuera de la finalidad de estos materiales<sup>38</sup>.

---

37. No incluyo por tanto los óbices de procedibilidad establecidos en los arts. 288, referido a los delitos tipificados en los 278, 279, 280, 281, 282, 282.bis y 283, y 296, referido a los tipificados en los 290 a 294 CP, al quedar bastante alejados de conductas de violencia de género y de violencia doméstica.

38. Art. 148 Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal: *“Podrá exigirse a los funcionarios fiscales responsabilidad criminal por los delitos que cometan en el ejercicio o con ocasión de las funciones de sus cargos.*

*Esta responsabilidad podrá únicamente exigirse:*

*1.º En virtud de querella del Ministerio Fiscal; para entablarla se necesitará orden expresa del Fiscal del Tribunal Supremo.*

*2.º Por acuerdo del Tribunal competente, pero oyendo previamente al superior jerárquico del inculpado. Para que dicho superior emita su informe, el Tribunal le comunicará cuantos antecedentes tenga a su disposición”.*

Art. 149 Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal: *“Para exigir la responsabilidad criminal al Fiscal del Tribunal Supremo se necesitará que el Teniente Fiscal o, en su caso, el Inspector Fiscal del Tribunal Supremo, cumpliendo orden del Ministro, entable la correspondiente querella.*

Art. 102 de la Constitución Española: *“1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

*2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo”*

Art. 456 CP: *“1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados (...). 2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido”.*

En todo caso, que sea necesaria la transmisión de la noticia delictiva al Juez a través de un acto procesal concreto, no impide, al contrario, que se pueda requerir el auxilio policial para la práctica de primeras diligencias, en su contenido más básico: dar protección a la víctima, recoger los efectos y pruebas de la comisión delictiva que puedan desaparecer, identificar y, en su caso, detener, al presunto autor y trasladar la noticia delictiva al órgano judicial que será quién a la vista de los datos conocidos podrá calificar provisional y jurídico penalmente el hecho, valorar su aparente ilicitud y pronunciarse sobre la existencia o no de un obstáculo procesal que impida la incoación del proceso.

**1.1. Relación de tipos penales cuya persecución judicial está supeditada a la remoción de un óbice de procedibilidad específico**

Tipo penal	Óbice de procedibilidad	Legitimación para removerlo	Modificaciones en violencia de género y doméstica	
142.2: Imprudencia menos grave causa la muerte de otro	Denuncia	Agraviado o representante legal		
147.2: Lesión no incluida en el apartado 1 causada por cualquier otro medio o procedimiento				
147.3: Golpe o maltrato de obra a otro sin causar lesión				
152. 2.: Lesiones previstas en los arts. 147.1, 149 y 150 causadas por imprudencia menos grave				
Art. 161.1: reproducción de asistida sin el consentimiento de la mujer				
171.7: amenazas leves	Denuncia	Agraviado o su representante legal	De oficio	Si la víctima es alguno de los enumerados en el 173.2 CP, (171.7).
Art. 172.3: coacciones leves				Si la víctima es uno de los enumerados en el art. 173.2 CP (172.3)
Art. 172 ter.: acoso de forma insistente y reiterada –art. 172.ter.4)				Si la víctima es uno de los enumerados en el art. 173.2 CP (172.ter.2)
Art. 173. 4.: injuria <sup>39</sup> de carácter leve			Denuncia del agraviado o su representante legal	Si la víctima es uno de los enumerados en el art. 173.2 CP
Arts. 181 a 184: agresiones, acoso o abusos sexuales	Denuncia	Agraviado o representante legal o querrela del M <sup>o</sup> Fiscal <sup>40</sup>		

39. Las coacciones son perseguibles de oficio

40 El M<sup>o</sup> Fiscal “actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

Tipo penal	Óbice de procedibilidad	Legitimación para removerlo	Modificaciones en violencia de género y doméstica	
Arts. 197 a 197. <i>quinquies</i> y 199 a 200 <sup>41</sup> : descubrimiento y revelación de secretos. (art. 201)	Denuncia	Agraviado o representante legal. Por el ofendido con discapacidad o necesitado de especial protección o una persona desvalida, TAMBIÉN puede denunciar el Mº Fiscal		
Art. 226: incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad ... ) –art. 228-		Agraviado o representante legal. Si el agraviado es menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida TAMBIÉN puede denunciar el Mº Fiscal		
Art. 227: impago de prestaciones económicas en favor de su cónyuge o sus hijos, ... (art. 228)		Agraviado o representante legal. Si el agraviado es menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida TAMBIÉN puede denunciar el Mº Fiscal		
Art. 267: daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros		Agraviado o representante legal. El Mº Fiscal Puede denunciar si el agraviado es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona desvalida		
Art. 215: calumnia o injuria ... <sup>43</sup>	Querella	Ofendido o representante legal		

### 1.2. Los legitimados para remover el obstáculo a la incoación del proceso

Los anteriores preceptos, como ha podido comprobarse, no son uniformes a la hora de determinar quién puede remover el obstáculo procesal. En unos casos nos habla de agraviado, en otros de ofendido, en todos incluye al representante legal y solo en unos pocos legitima al Mº Fiscal para la remoción del obstáculo.

Si la finalidad de la denuncia o de la querella en estos casos es la de permitir que el titular del bien jurídico protegido valore las ventajas y desventajas de la persecución judicial del hecho y,

41. Es perseguible de oficio el hecho tipificado en el art. 198 CP y cualquiera de los anteriores que afecte a una pluralidad de personas o a los intereses generales (art. 201.2 CP).

42. Lo están “los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”

43. Puede incoarse de oficio el proceso cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos). En cualquier caso, si la calumnia o injuria se han causado en juicio es necesaria la licencia del Juez que conoció del proceso.

en consecuencia, declare su voluntad de que se incoe el proceso penal, el único legitimado para remover el óbice de procedibilidad ha de ser el titular del bien jurídico protegido por la norma penal.

Cuando éste es mejor o está incapacitado judicialmente, no resulta eficaz su declaración de voluntad de incoación del proceso penal, ni si ésta se incluye en una denuncia, ni tampoco, cuando se trata de ser parte del proceso. El legitimado es aquél que conforme al ordenamiento jurídico debe suplir su falta de capacidad de obrar; en el nuestro, su representante legal<sup>44</sup>.

Únicamente hay un supuesto, el previsto en el 147.2 CP en el que ese titular fallece y, en este caso, deberá ser otro quién denuncie ¿A quién debe legitimarse? En relación a la denuncia el legislador no lo ha previsto, aunque sí lo ha hecho en relación a la querrela y no existe obstáculo alguno para que quienes están legitimados para la interposición de ésta puedan denunciar el hecho, cuando la denuncia tenga carácter necesario para que pueda incoarse el proceso penal<sup>45</sup>.

Por último, aunque el CP tan solo lo incluye en cinco de los delitos perseguibles previa denuncia, el art. 105 párrafo 2 LECr lo amplía a todos los supuestos en los que la denuncia sea un presupuesto adicional de la incoación del proceso y le atribuye legitimación para provocarla cuando el ofendido “*sea menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida*”. Esta redacción nos lleva a concluir que cuando el representante legal decida no permitir el proceso judicial después de haber sopesando los pros y contras de la tramitación del proceso para el bienestar del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, aun así, el proceso podrá desarrollarse por iniciativa del Mº Fiscal. Y, por otra parte, es labor de la jurisprudencia determinar cuando estamos ante una persona “desvalida”.

### 1.3. Caracteres de la denuncia y de la querrela.

No hay ninguna duda de que la querrela –que es el acto procesal de ejercicio de la acción en el proceso penal, a través del que quien la suscribe se convierte en parte del proceso- solo es eficaz cuando se presenta y admite por el Juez. Sin embargo, no siempre se predica idéntica naturaleza procesal a la denuncia necesaria para que el proceso penal pueda incoarse para la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos que hemos relacionado anteriormente.

También en este caso, la denuncia debe presentarse –o declararse- ante el Juez y éste, tras examinar la apariencia delictiva, su posible tipificación penal, deberá comprobar si quien realiza este acto procesal es uno de los legitimados por la norma penal aplicable: el ofendido, si goza de plena capacidad para comparecer en juicio, o su representante legal en otro caso y sólo excepcionalmente, en los casos de menores, personas desvalidas o necesitadas de especial protección, el obstáculo podrá removerlo el Mº Fiscal.

De ahí que, aunque el perjudicado acuda al Mº Fiscal para hacerle participe de la actuación delictiva que ha padecido y éste presente una querrela, ésta no surtirá efecto; no permitirá que el Juez pueda ordenar la incoación del proceso. E idéntica ineficacia procesal surtirá la denuncia

44. No planteo ahora qué ocurre con la persona jurídica como ofendida, puesto que en ningún caso puede serlo en relación a un acto de violencia doméstica o de género.

45. Este precepto dispone que en caso de fallecimiento el ejercicio de la acción penal en calidad de “acusador particular o privado” “*le corresponde a la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima*” (art. 109.bis LECr).

presentada ante la policía, aun incluida en el atestado que se levante tras la práctica de las primeras diligencias.

Cuando el CP obstaculiza la incoación del proceso a la presentación de la querrela, el único acto procesal eficaz es ésta. Sin embargo, cuando el obstáculo es una denuncia, ésta puede sustituirse por una querrela.

Con carácter general, la denuncia es la que provocará la incoación del proceso, pero es posible, puesto que la “ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las diligencias a prevención” –art. 105, párrafo 3 LECr- que la noticia delictiva llegue a conocimiento del Juez antes de que se formule la denuncia, o que incoado el proceso para la investigación de un hecho, la práctica de las diligencias de investigación ponga de manifiesto que se trata de un hecho no perseguible de oficio<sup>46</sup>. En tales casos, la voluntad de que prosiga el proceso ya incoado podrá manifestarse al hacérsele al ofendido el ofrecimiento de acciones y, aunque no quiera ser parte en la causa, sí podrá declarar su voluntad de que el proceso continúe.

No está de más en este momento recordar las diferencias esenciales entre estos dos actos procesales<sup>47</sup>:

Aspectos analizados		DENUNCIA	QUERRELLA
Tipo de declaración		Conocimiento	Voluntad
¿Quién puede?		Cualquier persona física	-Persona física mayor de 18 años y no incapacitada -Personas jurídicas
¿Ante quién?		Policía, Juzgado, Mº Fiscal	Juzgado
¿Cómo?		Oral/ escrita Personal o por mandatario	-Escrita -Personal
¿Qué?	Identificación autor	X	X
	Identificación delincuente	X	X
	Relato del hecho	X	X
¿Cuándo?		Cuando se tenga conocimiento del hecho	Hasta “antes del trámite de calificación del delito”
Firma		X	X
Necesidad de abogado		-	X
Necesidad de procurador		-	X
Vinculación posterior con el proceso		-	X
Prestación de fianza		-	X
Posible condena en costas		-	X
Responsabilidad criminal por falsedad		X	X

46. El valor de los daños, por ejemplo, en el 267 CP o la edad de la víctima, para legitimar la actuación del Mº Fiscal.

47. Para un estudio más detallado, TORRES ROSELL, N: La denuncia en el proceso penal, Madrid, 1991.

## 2. MODIFICACIONES AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL

En nuestro proceso penal la legitimación para el ejercicio de la acción es amplia: se impone al Mº Fiscal su ejercicio como deber al servicio de las misiones que tiene encomendadas (acción pública); se reconoce como derecho al ofendido por el hecho aparentemente delictivo (acción particular) y también a todos los ciudadanos españoles que tengan plena capacidad para comparecer en juicio (acción popular).

El Mº Fiscal debe ser parte en todos los procesos penales, con la única excepción de aquellos en los que se enjuicia un delito solo perseguible previa querrela del ofendido. Hoy en día, ya lo hemos visto, sólo lo son las calumnias e injurias –art. 215 CP. En este sentido también el art. 105.1 LECr señala que *“Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”*<sup>48</sup>.

Su intervención como parte responde a la misión de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal -EOMF) y para conseguirlo tiene como función el ejercicio de las acciones penales dimanantes de los delitos y la oposición a las ejercidas por otros cuando proceda<sup>49</sup> –art. 4 EOMF-, en este sentido también el art. 2 LECr señala que *“todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo (...)”*.

En los procesos en los que el hecho solo es perseguible previa denuncia del ofendido –y salvo que esté legitimado para remover el obstáculo procesal-, la admisibilidad de su querrela está condicionada por la previa denuncia.

Y, en su condición de parte, tiene las mismas posibilidades de actuación que las restantes partes personadas<sup>50</sup> y no presenta especialidad alguna respecto de las que tiene en cualquier otro proceso penal, por el hecho de que lo investigado sea un acto de violencia doméstica o de violencia de género, más allá de las que pueden derivarse de su deber de protección de los menores implicados.

El acusador particular (privado cuando el hecho enjuiciado sólo es perseguible judicialmente por querrela del ofendido) es la persona, física o jurídica, que, siendo el ofendido por la comisión del hecho, decide ser parte en el proceso penal, bien con la interposición y admisión de la querrela, bien con la aceptación del ofrecimiento de acciones y puede hacerlo hasta antes del trámite de calificación provisional<sup>51</sup>.

48. La ya obsoleta redacción del art. 104 LECr podría llevarnos al error de considerar que en el proceso penal por ciertos delitos contra la libertad e indemnidad sexual está también excluida la intervención del Mº Fiscal como parte o que no ejercerá tampoco el derecho de acción en relación a los delitos leves consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves, pues señala que *“sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes”*.

49. Por eso y pese a lo que señalan el CP y el 105.2 LECr el Mº Fiscal no debería poder “denunciar”, sino que debería interponer la querrela si es él quien recibe la noticia y entiende que el ofendido es una persona desvalida o necesitada de especial protección y el precepto del CP le legitima a provocar la incoación del proceso.

50. Bueno, algunas más, pues cada vez son más las posibilidades de actuación procesal que solo se abren si es el Fiscal quien las solicita. Baste recordar la presentación del Decreto que puede convertirse en sentencia firme; la posibilidad de solicitar la ampliación del plazo de instrucción; o la vinculación del Juez a la petición de práctica de nuevas diligencias en el procedimiento abreviado.

51. Hay que resaltar la diferencia entre lo dispuesto en el art. 109.bis y 110 que establece el trámite de calificación provisional como término preclusivo del plazo para personarse como acusador y el art. 47 de la LO 1/2004 que parece permitir a la víctima personarse “en cualquier momento del proceso”.

Procesalmente se configura como un derecho y, paralelamente, se establecen diversas causas de falta de legitimación; es decir, de supuestos en los que el sujeto no podrá ser acusador. Es en este punto, donde surgen caracteres propios en relación a la violencia doméstica y a la violencia de género, debido a las relaciones existentes entre presunto autor del hecho y presunta víctima.

Así, el art. 103 LECr niega legitimación para el ejercicio de la acción entre sí a los cónyuges y a los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad; pero no les niega legitimación para el ejercicio de la acción particular, pues establece la excepción de que puedan ejercer acciones penales entre sí por los delitos cometidos por un cónyuge contra la persona del otro o contra la de sus hijos y por los delitos cometidos por y contra los ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad. Por tanto, en los casos de violencia doméstica y de violencia de género no existen estas restricciones para ser acusador particular.

El mismo régimen del acusador particular le reconoce la LECr como he señalado antes, a determinados parientes en caso de fallecimiento de la víctima –art. 109.bis LECr: pues también está exento de tener que prestar fianza –arts. 280 y 280.1.1º y 2º LECr. Indudablemente la referencia que éste último hace al viudo o viuda de la víctima, ascendientes, descendientes, colaterales, ..., no resulta aplicable cuando como ocurre con la violencia doméstica y de género, es esta persona la presunta autora del hecho (por lo que, evidentemente no será el acusador, sino el acusado); pero sí lo será en relación a los “padres, madres e hijos del delincuente”, pues está ya previendo que decidan ser acusadores por los actos de violencia doméstica o de género contra su padre/madre-hijo/a por los delitos cometidos contra su nuera/yerno, nietos o hermanos.

### *2.1. La administración autonómica como acusador popular en los procesos de violencia de género*

El acusador popular es la persona física, de nacionalidad española y con plena capacidad para comparecer en juicio que, sin ser ofendido por la comisión del hecho, decide ser parte en un proceso penal, en ejercicio del derecho que le reconoce el art. 125 Constitución Española.

Tradicionalmente se ha negado que la persona jurídica pueda ser acusador popular en el proceso penal, si bien paulatinamente va abriéndose la posibilidad, siempre supeditada a que esta actuación procesal guarde directa relación con los fines de la persona jurídica y esté expresamente prevista por las normas que resulten aplicables.

En este punto es donde más particularidades va a presentar el ejercicio de la acción en los procesos de violencia doméstica y de violencia de género.

-La LECr, art. 109.bis, reconoce a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas como potenciales acusadores populares (aunque también en este caso, están exentos de la prestación de fianza) siempre que cuenten con la autorización de la víctima.

-La LO 1/2004, art. 29, atribuye al Delegado Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer legitimación ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia (legitimación repetida literalmente en el art. 29.4 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Indudablemente, una posibilidad de intervención en defensa de los derechos e intereses tutelados en esta ley podría ser el ejercicio del derecho de acción en los procesos penales por violencia de género.

Efectivamente en todas las normas autonómicas complemento de esta LO así lo establecen salvo en las Comunidades de Castilla-León, Asturias y Murcia, pero cada una de ellas establece unos límites diferentes. Como ejemplo tomaremos el art. 38 de la Ley 13/2007, 26 diciembre, de la Junta de Andalucía y para examinar las diferencias más destacables con otras leyes autonómicas.

Este precepto establece que “1. La Administración de la Junta de Andalucía deberá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía, en los que se cause la muerte a mujeres y menores. 2. La Administración de la Junta de Andalucía podrá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía, de forma debidamente justificada a causa de su especial gravedad o repercusión social”. Las diferencias más notables radican en los siguientes aspectos:

-Tipo de acusación: Con carácter general, casi todas las leyes autonómicas aluden a la personación de la administración autonómica; algunas de ellas, precisan que se trata del ejercicio de la acción popular. No obstante, en la Ley gallega, tras hablar del ejercicio de la acción popular remitiendo únicamente a la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal, ha previsto expresamente su personación como parte perjudicada civilmente. También Madrid y Navarra.

-Objeto del proceso: En tanto que la Ley andaluza y las restantes examinadas circunscriben la actuación de la Administración autonómica a los procesos por violencia de género, la ley de La Rioja la amplía a la violencia doméstica y la Ley vasca la acota para los procesos por maltrato doméstico y por las agresiones sexuales.

Además, la Ley andaluza ha previsto el ejercicio de la acción popular en los casos de muerte y otros de especial gravedad o repercusión social. En similares, pero no idénticos términos se pronuncian las restantes leyes autonómicas: La Rioja, casos más graves; Aragón, muerte o casos más graves; Canarias, muerte o incapacitación definitiva; Cantabria, muerte, lesiones graves o incapacitación definitiva; Castilla-La Mancha, homicidio, asesinato o hechos de especiales circunstancias; Cataluña, muerte o lesiones graves o de especial relevancia; Madrid, muerte, sesiones graves o mutilación genital femenina; Valencia, muerte, casos que hayan producido alarma social o lesiones graves e invalidantes; Extremadura, alarma social o interés público; Baleares, muerte o lesiones graves. Galicia y el País Vasco no acotan el ejercicio de la acción popular, sino que únicamente señalan que se ejercerá en los procesos penales por violencia de género, la primera; por violencia machista, la segunda. Navarra, aunque expresamente alude a ella, tan solo ha previsto la personación en calidad de parte perjudicada civilmente.

-Tanto en la ley andaluza como en la catalana el ejercicio de la acción popular tiene una doble configuración: como deber y como facultad, dependiendo de los hechos que van a ser enjuiciados. En Andalucía constituye un deber en los casos de muerte de la mujer o de menores y una potestad cuando así venga justificado por la especial gravedad o repercusión social; en Cataluña se establece como un deber en los casos de muerte o lesiones graves de mujeres y como una facultad, si ya se ha personado otra Administración pública o, en los casos de relevancia especial.

Llama la atención que en Andalucía, La Rioja y Las Islas Baleares la personación de la administración autonómica se limita a los procesos penales por actos cometidos dentro del territorio de la Comunidad.

Al no existir este nexo territorial, la personación de la administración autonómica en los restantes casos, podrá realizarse tanto por hechos cometidos dentro como los cometidos fuera de la Comunidad Autónoma.

En Extremadura, además de este nexo territorial, se ha previsto la personación cuando la víctima sea extremeña.

En cualquier caso, que el hecho se haya cometido dentro de la Comunidad no determina necesariamente que el proceso se esté desarrollando ante los órganos jurisdiccionales ubicados en la Comunidad, pues el fuero territorial se determina –como ya se ha visto- en atención al domicilio de la

víctima. E idéntica precisión habrá que realizar en el caso de Extremadura en relación que la víctima sea extremeña.

- Condiciones para la personación de la CA. Son varias las leyes autonómicas que supeditan la personación de la administración autonómica al previo consentimiento de la víctima, o de su familia o de su representante legal –en orden sucesivo. Así, en Aragón –salvo que se haya producido la muerte-; en Canarias –la víctima o su familia; en Cantabria; en Cataluña –la víctima o su familia “si es posible”. En la Rioja la actuación de la administración se realiza “a solicitud” o con consentimiento de la víctima, en su defecto de la familia y, en su defecto, del representante legal.

Únicamente en Galicia la condición es negativa: la administración no se personará cuando conste la negación expresa de la víctima o, en su caso, de su representante legal.

En las restantes comunidades no se establece ninguna condición. Es más, en Extremadura se ha previsto que la personación de la administración es independiente de la posible personación de la víctima o de sus herederos.

Por último, a diferencia de todas las demás leyes autonómicas, la ley de la Comunidad Foral de Navarra, legitima no sólo a la administración autonómica, sino también a las entidades locales.

## **2.2. Ejercicio de la acción popular en los procesos por delitos de violencia de género y de violencia doméstica cuando solo pueden perseguirse previa la denuncia del ofendido**

Debe recordarse el contenido de tres de los principios básicos en el desarrollo del proceso penal que afectan a este punto: la incoación de oficio, la amplia legitimación para el ejercicio del derecho de acción y la indisponibilidad sobre el proceso. Y a estos deberá unirse también la indisponibilidad del derecho de penar para los implicados en la comisión delictiva y para las partes del proceso.

La regulación positiva en ocasiones modifica alguno de ellos, pero esta modificación no siempre se produce de forma simultánea. Los únicos supuestos en los que sí se produce simultáneamente la quiebra del principio de incoación de oficio y una restricción al ejercicio del derecho de acción es, en nuestro actual ordenamiento jurídico procesal, en relación a los delitos de injurias y calumnias: de una parte, solo se incoará el proceso si el ofendido ejerce el derecho de acción a través de la presentación de la querrela; de otro, en estos procesos solo el ofendido puede ser parte acusadora en el proceso. Ni el M<sup>o</sup> Fiscal ni el acusador popular están legitimados para ser acusadores.

Si la persecución judicial del hecho está condicionada por la denuncia del ofendido, una vez admitida ésta, entra en juego la amplia legitimación y el M<sup>o</sup> Fiscal deberá –así se establece de forma expresa-, el acusador popular podrá –no existe un precepto legal que lo prohíba<sup>52</sup>- ser partes acusadoras del proceso.

## **II. LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y OTRAS POSIBLES MEDIDAS PROCESALES DE PROTECCIÓN**

La LO 14/1999 (de 9 de junio, de modificación del CP de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr) supuso el primer hito en la regulación de medidas procesales específicamente tendentes a la protección de las víctimas, al introducir en el art. 13, regulador de las Primeras Diligencias, y como instrumento para esta tutela procesal, la posibilidad de que los jueces acordaran cualquiera de las medidas contempladas en el art. 544bis LECr<sup>53</sup> –que se introduce por primera vez con esta ley.

52. La aparente contradicción con lo que establece el art. 104 LECr es el resultado de las sucesivas modificaciones del CP que no se reflejaron en la LECr.

53. La Sección 1<sup>a</sup> de la AP Burgos acordó que los investigados, vecinos de la víctima, no pudieran acercarse ni comunicarse con ella en relación a delitos de amenazas, allanamiento de morada. Auto núm. 436/2019 de 5 junio. JUR 2019\213468. El Auto núm. 231/2012, de 20 de abril, de la Sección 3<sup>a</sup> de la AP Murcia ordenó la adopción de medidas de alejamiento respecto de varios varones que privaron de libertad y amenazaron a otro varón con el ánimo de apropiarse de su dinero.

Posteriormente, la Ley 27/2003 (de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica) avanza en esta tutela al contemplar que, además, el Juez pueda acordar cualquiera de las medidas previstas en el art. 544.ter LECr –que también se introduce en nuestro Ordenamiento por esta Ley.

Por último, y respondiendo a la protección adicional exclusivamente para las víctimas de actos de violencia de género, la LO 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, remite en su art. 62 a lo dispuesto en el art. 544.ter y en los arts. 64 y ss. y desarrolla mínimamente los requisitos y condiciones de cumplimiento de las diversas medidas que se integran.

Así, atendiendo a la protección específica que nuestras leyes dispensan, nos encontramos con medidas más generales, porque tienen por beneficiarios a las víctimas en general (art. 13 LECr) y con ámbitos de aplicación cada vez más reducido: las previstas en el art. 544.bis –para las víctimas de determinados delitos-, 544.quinquies –si, además esas víctimas son menores o personas cuya capacidad ha sido judicialmente modificada-, 544.ter –para las víctimas de violencia doméstica- y arts. 61 y ss. LO 1/2004 –para las víctimas de violencia de género.

## 1. SUJETOS EN FAVOR DE LOS QUE SE ADOPTAN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD.

Las medidas reguladas por el art. 544.bis se aplicarán para la protección de la “víctima” de alguno de los delitos a los que hace referencia el art. 57 CP: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio (...) <sup>54</sup>, que son algunas de las figuras penales en las que tienen cabida los actos de violencia doméstica y de violencia de género. Y habrá que acudir al art. 2 del EVD para dar contenido a esta condición. Para esta ley –aplicable a todos los procesos penales, con independencia de su nacionalidad, edad, domicilio o residencia, por hechos cometidos en España o enjuiciables por los Juzgados españoles-, la víctima puede ser directa o indirecta.

Sin embargo, creo que las medidas específicas previstas en el art. 544.bis LECr no pueden extenderse con carácter general a las víctimas indirectas <sup>55</sup>, sino que, en principio y salvo la concurrencia de circunstancias adicionales que puedan suponer un riesgo para aquéllas, únicamente deben salvaguardar la seguridad de las víctimas directas; es decir, de “*toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito*” <sup>56</sup>.

54. Y el orden socioeconómico.

55. Este art. 2 EVD atribuye la condición de víctimas indirectas únicamente en los casos en los que el hecho aparentemente delictivo haya provocado directamente la muerte o desaparición de aquélla y tan sólo a los integrantes de dos grupos de personas que entrarán en consideración por orden sucesivo: 1) “su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar”; y 2) “los demás parientes en línea recta y sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”. Y, en ningún caso, se incluye en la condición de víctima a los “terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”, como tampoco a quienes pudiendo ser víctimas indirectas sean los investigados por la comisión del hecho.

56. La Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmó en apelación el auto del Juzgado en el que la orden de protección se extendía no solo a la madre de la investigada sobre la que se habían cometido presuntamente actos de violencia, sino también al hermano y a la cuñada de la investigada, aunque no convivían con ella y que fueron quienes denunciaron los hechos. Auto 1012/2016, de 7 de diciembre. JUR 2017\107386.

La aplicación de lo dispuesto en el art. 544.ter LECr supone una protección adicional en favor de las víctimas de violencia doméstica por la comisión de algún delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de “*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”.

Al igual que en relación al 544.bis, las medidas especiales de protección únicamente pueden establecerse en favor de las víctimas directas –aun cuando las medidas procesales previstas en el EVD, pudieran también adoptarse en relación a las indirectas.

Por último, las medidas previstas en la LO 1/2004 son exclusivas de las víctimas de los actos de violencia de género, si bien algunas de ellas se harán extensivas a los “*hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia*” de las mujeres que presuntamente han padecido actos delictivos de violencia física o psicológica imputables a los varones que “*sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”, como manifestación de las situaciones de desigualdad, discriminación o poder y entre los que se incluyen expresamente las “*agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”. La finalidad de esta extensión está, no solo en su propia protección, sino en constituir un medio de protección para la propia víctima.

Con todo, y en relación a lo anterior, las distintas normas autonómicas incluyen sus propios conceptos de “víctimas” de los actos de violencia de contra las mujeres cometidos por varones, aunque las medidas de protección que arbitran son comprensivas tanto de la violencia doméstica como de la violencia de género y, en cualquier caso, no suponen la adopción de medidas de naturaleza procesal penal<sup>57</sup>. La condición de víctima, a efectos procesales al menos, no puede ampliarse o reducirse dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que resida o en la vecindad o en la que se haya cometido el acto de violencia. Las normas procesales y por tanto la protección procesal se extiende por igual en todo el territorio nacional.

---

57. A título de ejemplo: en tanto la Ley andaluza se circunscribe a las situaciones de violencia de género y considera que son sus víctimas “*La mujer que, por el hecho de serlo, independientemente de su edad, orientación o identidad sexual, origen, etnia, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, sufra un daño o perjuicio sobre su persona. A estos efectos, el término “mujer” incluye a las menores de edad que puedan sufrir violencia de género. Las hijas e hijos que sufran la violencia a la que está sometida su madre. Las personas menores de edad, las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento. Y a las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados*”, la aragonesa otorga una especial protección frente a las situaciones de violencia doméstica, que define como “*las que se operan por quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo, conyugal, de pareja, paterno-filial o semejante con la víctima. Se incluyen en este ámbito los supuestos de violencia ejercida sobre la mujer por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, y la violencia ejercida sobre las descendientes, ascendientes o hermanas por naturaleza, adopción o afinidad, propias o del cónyuge o conviviente, o sobre las menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetas a autoridad familiar, potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente*”

## 2. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN REGULADAS EN LOS ARTS. 544.BIS, 544.TER, 544.QUINQUIES Y EN LA LO 1/2004

Si bien en una concepción estricta, las medidas contempladas en estas normas no son medidas cautelares, comparten con éstas casi todos los caracteres, presupuestos y requisitos para su adopción<sup>58</sup>.

En consecuencia, son predicables a estas medidas los caracteres siguientes:

a) Jurisdiccionalidad: sólo pueden ser acordadas por los Jueces y Tribunales. Concretamente, por los JInstrucción –violencia doméstica–, los JVM –violencia de género, aunque no sean los competentes territorialmente, pues en tal caso conocerán a prevención, y una vez acordadas las medidas remitirán las actuaciones al Juzgado que resulte competente.

Y también pueden ser acordadas por el JP o la Sección de la AP que esté conociendo de la fase de juicio oral, si es en ese momento en el que surge la necesidad de adoptar la medida o para solicitar la modificación de la que haya sido adoptada –art. 544.ter.11 LECr<sup>59</sup>.

La actuación de la policía, de la fiscalía o de las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas son receptores de la petición formulada por la víctima; pero no son sus destinatarios. Deben remitirla de forma inmediata al Juez que resulte competente.

b) Instrumentalidad o proporcionalidad: constituyen un instrumento jurídico que cumple una única finalidad: ofrecer a la víctima la protección y seguridad necesaria tras la realización del acto de violencia. Su adopción no es, no puede ser, automática, sino que el Juez debe ponderar las circunstancias concurrentes, no solo para ofrecer la mayor seguridad posible, sino para determinar si procede o no la adopción de la medida y dentro del abanico jurídico de medidas posibles, el Juez deberá adoptar aquella que, cumpliendo la finalidad requerida, suponga una menor carga para quien deba soportarla.

La Sentencia 261/2016, de 17 de octubre de la Sección 1ª de la AP Ciudad Real (JUR 2016\251915) afirma que ni siquiera una condena por actos de violencia de género conlleva automáticamente la suspensión del régimen de visitas, de la guarda y custodia o de la patria potestad; sino que tales medidas se adoptarán en interés del hijo y en atención a las circunstancias concurrentes. Argumento que será aplicable, con mayor motivo, cuando ni siquiera existe una sentencia de condena, sino un proceso penal incoado para el enjuiciamiento de los hechos.

En este sentido, resulta interesante la Sentencia 16/2012, de 13 de febrero, de la Sala Primera del TC. En el recurso de amparo se cuestionaba la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva del mantenimiento injustificado y automático de una orden de alejamiento una vez dictada la sentencia absolutoria penal y en tanto se tramitaba el posible recurso. El argumento del TC es totalmente aplicable a la adopción de la propia medida durante la tramitación del proceso.

58. Las medidas cautelares son trabas físicas o jurídicas que se adoptan durante el proceso de declaración con la finalidad de asegurar la efectividad de una potencial y futura sentencia estimatoria. En el proceso penal siguen el mismo régimen que las cautelares medidas cuya finalidad no es esa garantía, sino evitar que la investigación pueda frustrarse por actuaciones del investigado o de personas allegadas a él; propiciar que la propia sentencia pueda llegar a dictarse; evitar que durante la tramitación del proceso pueda agravarse la situación de la víctima o pueda ser objeto de una reiteración delictiva. En este grupo es donde deben ubicarse las medidas de protección y seguridad (al igual que ocurre con la prisión provisional). Medidas que no son desconocidas en el proceso civil y que han merecido el calificativo de “medidas anticipativas”, porque son tan similares a las que podrían acordarse en la sentencia que casi suponen una ejecución anticipada de las acordadas en una sentencia que ni se ha dictado. (ORTELLS RAMOS, M: “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC”, *Justicia*, nº 1, 1989, págs. 43-72.

59. Como consecuencia de la competencia funcional de los Tribunales que tienen competencia objetiva para conocer del proceso.

c) Pendencia: para que pueda acordarse cualquiera de las medidas de protección es necesario que previa o simultáneamente se ordene también la incoación del proceso para la investigación de los hechos que servirán de soporte a la medida que se acuerde.

Incluso en relación al primer momento en el que podrían adoptarse, como Primeras Diligencias al amparo del art. 13 LECr, es necesaria la incoación del proceso. Este precepto, además de considerar como contenido de estas diligencias las de *“consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito”* incluye la finalidad de *“proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas”* y para lograrlo remite a *“las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”*.

Las primeras diligencias proceden cuando existe cercanía temporal entre la adquisición de la noticia delictiva y la comisión del hecho. De ahí que sus destinatarios no sean exclusivamente los Jueces, sino también el M<sup>o</sup> Fiscal y los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Con mayor motivo estos últimos, pues frecuentemente serán los primeros que actúen ante los actos aparentemente ilícitos. Y, en tales casos, el art. 282 LECr les impone el deber de valorar las circunstancias y riesgos concurrentes para las víctimas a los efectos de que el Juez pueda ordenar la adopción de las medidas de protección más adecuadas.

Sin embargo, esto que será cierto en relación a la primera parte de las diligencias, no lo será en absoluto en cuanto a la adopción de las medidas previstas en el art. 544.bis y a la orden de protección prevista en el art. 544.ter LECr. Si se atiende a cuáles son los derechos que se van a ver afectados, estas medidas tan solo pueden acordarse judicialmente; no necesariamente por el Juez competente para la instrucción del proceso, sino por el Juez al que llega en primer lugar la noticia delictiva, sea o no el competente para la instrucción de la causa penal. Una vez acordadas, el Juez remitirá al competente todo lo actuado y a éste corresponderá pronunciarse sobre su mantenimiento, revocación o modificación.

En cualquier caso, los miembros y cuerpos de seguridad del Estado, cualquier persona, autoridad o funcionario, conector de un acto de violencia (con mayor motivo si además la víctima está necesitada de especial protección, está obligado a denunciar el hecho al Juez –arts. 259, 262 y 294<sup>60</sup> LECr- que, bien de oficio, bien a petición de la víctima, bien a instancias del M<sup>o</sup> Fiscal, procederá a acordar las medidas de protección que resulten procedentes.

Pero, en cualquier caso, el presupuesto absoluto para poder plantearse jurisdiccionalmente la procedencia de la adopción de alguna de estas medidas es que se haya producido un hecho que revista apariencia de ilícito penal y conocida esta noticia por el Juez ha de proceder a la incoación del proceso –art. 303 LECr.

El Auto de la Sección 27<sup>a</sup> de la AP de Madrid –núm. 925/2019 de 27 de mayo- confirma la denegación de las medidas de protección al entender que *“no hay datos objetivos que la justifiquen”* en un asunto en el que, si bien existió denuncia de la presunta víctima, los hechos conocidos tras la intervención policial y el contenido del parte médico, evidenciaban que la presunta víctima presentaba lesiones en lugares que, según ella, no había sufrido la agresión y no las presentaba dónde se suponía que había sido agredida. En el mismo sentido, en cuanto a la necesidad de una apariencia de ilícito penal, la sentencia núm. 226/2014, de 27 marzo, de la Sección 26<sup>a</sup> de la AP Madrid. ARP 2014\637.

60. La remisión del atestado al Juez es preceptiva, salvo que la policía entienda que “no hay autor conocido”. No obstante, a pesar de eso, deberá remitirse al Juez cuando se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción; cuando dentro de las 72 horas siguientes se hayan practicado diligencias y arrojén algún resultado; y cuando el M<sup>o</sup> Fiscal o el Juez soliciten su remisión (art. 284 LECr).

Como señala la AP de Barcelona, en relación a los indicios racionales de criminalidad, *“En (otras) ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo; en estos supuestos nuestra LECrim (...) exige indicios para procesar (art. 384) o para acordar la prisión provisional (art. 503) o para adoptar medidas de protección a la víctima (arts. 544 bis o 544 ter) o de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (art. 589) (...) en todo caso superiores a la mera sospecha”* (Fundamento Cuarto del Auto 68/2019, de 5 de febrero de la Sección 9ª de la AP de Barcelona. JUR 2019\154625<sup>61</sup>).

Una vez finalizada la primera instancia del proceso, cualquiera que sea el sentido de la sentencia, la medida debe levantarse bien para ser sustituida por la pena correspondiente, bien para, además de ésta, motivar el mantenimiento de la medida acordada –art. 69 LO 1/2004– durante la tramitación del recurso que pueda interponerse<sup>62</sup>. Alcanzada firmeza la sentencia, la medida debe levantarse y, de ser de condena, se procederá a la ejecución de las que hayan podido establecerse.

Aunque el legislador no lo haya previsto de forma expresa, idéntico régimen habrá que seguir cuando el proceso finalice con un auto de sobreseimiento libre, e incluso, con un auto de sobreseimiento provisional<sup>63</sup>.

Con todo resulta llamativa y contraria no ya a la presunción, sino a la “declaración” judicial de la inocencia del enjuiciado, la extensión interpretativa de la prohibición establecida en el art. 92 Cc (Código Civil) respecto de la custodia compartida de los menores en los supuestos de violencia de género. Para la Fiscalía esta prohibición ha de mantenerse aún en los casos de sentencias absolutorias y de autos de sobreseimiento libre y la argumentación descansa en que *“en muchas ocasiones el sobreseimiento o la sentencia absolutoria en violencia de género puede deberse a que la víctima se ha acogido a la dispensa del art. 416 de la LECr y el Fiscal en el acto del juicio se queda huérfano de prueba o bien porque lo que se está investigando es un maltrato psicológico o habitual del que ha resultado imposible encontrar pruebas que permitan, al menos, periféricamente, corroborar la denuncia de la víctima”*<sup>64</sup>.

Por último, y en relación a las medidas de naturaleza civil que se hayan acordado en la orden de protección, el art. 544.ter.7, apartado 3º, se puede mantener su vigencia durante un plazo máximo de 30 días, dentro del cual habrá de interponerse la demanda del proceso de familia, en cuyo caso, se prorrogarán por otros 30 días. Admitida la demanda, el Juzgado competente (de Primera Instancia o de Violencia), deberá pronunciarse sobre su mantenimiento, levantamiento o modificación. Mientras que las medidas acordadas al amparo del art. 544.quinquies se pueden mantener, ratificar o alzar atendiendo exclusivamente al interés de la persona adoptada una vez finalizado el procedimiento –al no señalarse otra cosa, éste puede haber finalizado por sentencia

61 Esta es la explicación de los datos estadísticos publicados por el CGPJ referidos al 2018: de las órdenes de protección solicitadas, se acordaron en un 69,2% de los casos, frente al 29,8% de órdenes denegadas y el 1,0% de órdenes inadmitidas. <http://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/DOCUMENTOSCGPJ/Series%20anuales%20Procesos%20de%20Violencia%20de%20G%C3%A9nero%20-%20A%C3%B1o%202018.xlsx>

62. La sección 7ª de la AP Madrid (auto núm. 337/2012, de 9 abril. JUR 2012\224234) estima que no existió quebrantamiento de condena al incumplir la prohibición de comunicación con la víctima, dado que la sentencia absolutoria no acordó su mantenimiento. En la misma línea, entre otras, la Sección 26ª de esta misma Audiencia. Sentencia núm. 226/2014, de 27 marzo. ARP 2014\637.

63. Si no existen elementos suficientes para continuar con el desarrollo del proceso porque *“no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa”* (art. 641 LECr), no pueden existir tales elementos para mantener las medidas civiles o penales acordadas en la orden de protección.

64. Conclusiones del XIV seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer- año 2018. Segovia (13 y 14 de noviembre de 2018), cit., pág. 6.

absolutoria o de condena e incluso con un auto de sobreseimiento libre. Su modificación o alzamiento posterior deberá ser instado por el M<sup>o</sup> fiscal o las partes afectadas siguiendo el procedimiento establecido en el art. 770 LEC.

d) Provisionalidad: Las medidas acordadas van a poder modificarse, levantarse o sustituirse por otras en atención a las circunstancias que vayan conociéndose a lo largo del proceso.

Este supuesto expresamente previsto es la posibilidad de que alguna de estas medidas pueda ser sustituida por la prisión provisional, en aquellos casos en los que la práctica de la medida pone de manifiesto que no está cumpliendo con la finalidad que debería satisfacer. Otro, cuando el 544.ter.4, apartado 4<sup>o</sup>, dispone que el Juez pueda “*adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis*” y éste dispone que las medidas previstas en él podrán ser sustituidas por la prisión provisional o por cualquier otra medida que implique una mayor limitación de su libertad personal.

e) Homogeneidad: Si la medida cautelar pretende garantizar durante la duración del proceso que si al final del mismo se dicta una sentencia estimatoria, ésta podría hacerse efectiva, las medidas cautelares que pueden acordarse han de ser similares, homogéneas, con las posibles medidas de ejecución, propia o impropia, de esa potencial y favorable sentencia.

Esto nos llevaría indudablemente a analizar cada uno de los tipos penales aplicables al acto de violencia doméstica y de género para concluir que sólo podrían adoptarse durante la tramitación del proceso las medidas que hayan sido previstas como pena principal o como medidas accesorias.

Sin embargo, cuando se trata de medidas de protección y seguridad la finalidad que cumplen no guarda relación directa con la efectividad de la potencial sentencia, sino con la necesidad de proteger, de asegurar la situación de la víctima, impidiendo que la conducta del investigado pueda agravarla; que pueda ser objeto de nuevos actos de violencia; que pueda obtener el mayor grado de recuperación física y emocional. Por tanto, es jurídicamente correcto que el Juez en el auto en que acuerde las medidas concretas que van a adoptarse motive el establecimiento de cualquier medida que, aún no prevista como pena principal o medida accesoria cumpla la finalidad de protección de la víctima<sup>65</sup> –del mismo modo que podrá no acordar como cautelar la prevista como pena principal, por entenderla desproporcionada a la finalidad que debe cumplir<sup>66</sup>.

### 3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN QUE PUEDEN ADOPTARSE

#### 3.1. Medidas de naturaleza penal

El art. 544.ter LECr las regula por remisión a las establecidas en el art. 544.bis LECr y a las disposiciones generales de la ley en cuanto a las medidas de naturaleza penal que pueden acordarse<sup>67</sup> (entre ellas, la intervención de los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad –art. 588.ter.b), pago de pensiones provisionales si el hecho se produjo con utilización de vehículo de motor –art. 795 LECr.

65. Criterio contrario sostiene la Fiscalía General del Estado. Circular 4/2005, 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pág. 108. <https://www.fiscal.es/documents/20142/9082072c-2294-e147-f8fb-1b833bfa9ebc>. Consultado el 31 de octubre de 2019.

66. Que pueden adoptarse como cautelares o de protección restricciones no previstas como pena o como medida accesoria en el tipo penal aplicable, puede corroborarse en el Sentencia de la Sección 8<sup>a</sup> de la AP de Málaga –núm. 88/2012, de 2 de marzo. JUR 2013\267746-. En esta resolución se afirma que “*incluso cuando la sentencia es condenatoria es necesario que el Tribunal ordene el mantenimiento de la medida de protección*”.

67. La Sección 29<sup>a</sup> de la AP de Madrid acordó la prohibición de comunicación entre un padre y su hija a la que insultaba y amenazaba continuamente con matarla si se relacionaba con su madre. Auto núm. 269/2019 de 4 abril. La Sección 27<sup>a</sup> de esa misma audiencia, dictó una orden de alejamiento en favor de un varón por los malos tratos que le dispensaba su mujer. Auto núm. 632/2019 de 1 abril. JUR 2019\184925

El art. 544.bis expresamente regula las medidas de prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; de prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas; y prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

La LO 1/2004 expresamente ha previsto la salida del domicilio<sup>68</sup>, la prohibición de volver a él, la permuta del domicilio o residencia de la unidad familiar por el uso de otra vivienda, el alejamiento<sup>69</sup> (ya sea de la persona de la víctima, del domicilio o residencia, del lugar de trabajo o de cualquier otro lugar frecuentado por la víctima), la suspensión de todo tipo de comunicación; la suspensión de la patria potestad (o modificación de las condiciones para su ejercicio), la suspensión de la custodia de los menores; la suspensión del régimen de visitas, de la estancia y de la relación o comunicación con los menores (o modificación de las condiciones<sup>70</sup>); y la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

Y, aunque no exista una específica remisión a ellas en la LO 1/2004, también podrán adoptarse las previstas en el art. 158 Cc para la protección de los hijos menores: las necesarias para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres –embargos preventivos, v.gr-; para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular (prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor); prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad; la prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad; y cualquier otra que el Juez estime oportuna para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En consonancia con lo anterior, el 544.*quinquies* LECr impone al Juez la adopción de diversas medidas de protección de las víctimas de los delitos enumerados en el art. 57 CP: suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, estableciendo un régimen de visitas o comunicación y las condiciones y garantías para que se lleve a efecto; suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento; establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Mº Fiscal y de las entidades públicas competentes; suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar

68. El hecho de que el denunciado no tenga otro lugar al que ir es “una cuestión extrajurídica que no afecta a la medida de protección acordada. AP Burgos (Sección 1ª), auto núm. 436/2019 de 5 junio. JUR 2019\213468

69. AP Álava (Sección 2ª), sentencia núm. 138/2019 de 5 junio. JUR 2019\253189. Si bien la sentencia de la instancia fijó la distancia de 50 metros, en la apelación se amplía a 100 teniendo en cuenta los riesgos de la distancia inicialmente fijada y el tamaño de la población, que impediría, si se fijara en 200 metros, el desenvolvimiento ordinario de la vida del condenado.

70. Si bien la medida se adoptó en un proceso civil sobre custodia de los hijos, no existe ningún impedimento para que pudiera adoptarse una similar durante la tramitación del proceso penal: El TSJ Cataluña acordó que el régimen de visitas tuviera lugar sin pernocta, en un punto de encuentro y en presencia del abuelo paterno. TSJ Cataluña, sentencia núm. 65/2016, de 8 septiembre. RJ 2016\5291.

que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

Por último, también podrán acordarse las medidas establecidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, y que podrán también recaer en las propias víctimas y las personas de su círculo afectivo, cuyas declaraciones testificales adquieran tanta relevancia en estos procesos<sup>71</sup>.

### 3.2. Medidas de naturaleza civil

Previstas en el art. 544.ter.7.apartado 2º, pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

La estadística publicada por el CGPJ resulta ilustrativa sobre el contenido y frecuencia de las medidas adoptadas en órdenes de protección a lo largo del año 2018:

Privativa de libertad	800
Salida del domicilio	2.524
Alejamiento	18.242
Prohibición de comunicación	18.085
Prohibición volver lugar delito	1.966
Suspensión tenencia, uso armas	3.715
Otras penal	1.757
Atribución de la vivienda	4.653
Permuta uso vivienda familiar	43
Suspensión régimen visitas	785
Suspensión patria potestad	116
Suspensión guarda y custodia	1.197
Prestación alimentos	5.537
Sobre protección menor	178
Otras civil	3.325

Y en los casos en los que se acuerde el alejamiento será necesario establecer mecanismos de control para el efectivo cumplimiento de la medida, tal como ya previó la LO 1/2004, en su art. 64.3.

El uso de estos instrumentos se encuentra regulado en el Protocolo de actuación del sistema de cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de Género<sup>72</sup> y en él, entre otros aspectos se regula la duración de este mecanismo de control que en relación al cumplimiento de penas se fija en 8 meses, transcurridos los que el órgano Judicial que haya ordenado su instalación, prorrogue por plazo igual –incluso tácitamente, o fije un plazo inferior o superior.

71 Puede verse un examen de las líneas jurisprudenciales sobre la aplicación de esta ley en TORRES ROSELL, N: “Líneas jurisprudenciales españolas sobre la protección de testigos y peritos”. “La protección de testigos y peritos en causas criminales (Ponencias y comunicaciones presentadas en las Jornadas internacionales de derecho procesal. Actas)” Dirección: Juan Antonio Robles Garzón. 2001.

72. Aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 13 de diciembre de 2011. [file:///Protocolo%20VG%20%E2%80%93%20Seguimiento%20telem%C3%A1tico%20cumplimiento%20de%20medidas%20\(1\).pdf](file:///Protocolo%20VG%20%E2%80%93%20Seguimiento%20telem%C3%A1tico%20cumplimiento%20de%20medidas%20(1).pdf)

Cuando estos instrumentos se utilicen para el control de una medida cautelar de alejamiento el plazo debe ser el que el Juez que la haya acordado establezca en el Auto. Y este plazo, a falta de otras disposiciones legales aplicables, deberá ajustarse a las previsiones ya incluidas en la LECr tras la reforma por LO 13/2015 para la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento. E idéntica aplicación supletoria deberá hacerse respecto de las disposiciones contenidas en la ley para controlar el cumplimiento de la prohibición de comunicaciones entre el investigado y las personas protegidas por el Auto.

Pese a que la Sección 1ª de la AP de Zaragoza considere que la utilización de medios de control telemáticos “no suponen agravación alguna de la medida impuesta, sino que simplemente consiste en el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para verificar el inmediato incumplimiento de las medidas cautelares acordadas” (Auto 209/2019, de 28 de marzo -JUR 2019\129256-, lo cierto es que suponen una restricción de derechos fundamentales, la libertad deambulatoria y la inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que son exigibles controles de constitucionalidad más estrictos.

Si bien es cierto que estas diligencias restrictivas de derechos fundamentales tienen como finalidad inmediata la investigación de hechos delictivos concretos, estando expresamente prohibida su utilización con fines de prevención de futuros y potenciales delitos –art. 588.bis.a) LECr-, también lo es que su aplicación supletoria garantizará que se cumplan los requisitos mínimos de constitucionalidad exigibles. En consecuencia y, en cuanto al plazo máximo de utilización de estos medios técnicos, es en ambos casos de 3 meses, prorrogables previa autorización judicial por plazos máximos de tres meses, hasta un máximo de dieciocho –art. 588.ter.g y 588.quinquies.c)-. Auto de prórroga en el que deberá además motivarse la necesidad de continuar con la medida y con la utilización de los medios de control autorizados.

#### 4. PROCEDIMIENTO PARA LA AUTORIZACIÓN DE LAS MEDIDAS

El art. 62 LO 1/2004 remite para la tramitación de la solicitud de la orden de protección a lo dispuesto en el art. 544.ter LECr. El art. 13LECr silencia cualquier referencia, salvo la posibilidad de adopción de las medidas previstas en el 544.ter y en el 544.bis LECr. Y éste únicamente establece alguna pincelada procedimental en relación al incumplimiento de la medida originalmente acordada para ser sustituida por otra.

Ante esta ausencia de regulación específica y dado que todo lo relacionado con medidas cautelares constituye un incidente del proceso principal, al no existir una tramitación incidental propia en la LECr, habrá que aplicar el procedimiento específico de las medidas cautelares regulado en la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) –en los arts. 721 y ss.-, por expresa voluntad del legislador, al declararla de aplicación supletoria para los procesos penales en defecto de las disposiciones oportunas (art. 4 LEC), y con las especificidades propias de los principios rectores del proceso penal y las que se encuentran especialmente previstas tanto en la LECr, como en la LO 1/2004.

##### 4.1. Solicitud de las medidas

La adopción de las medidas de protección como Primeras Diligencias puede acordarse de oficio (incluso contra la voluntad de la propia víctima<sup>73</sup>), a petición de la propia víctima o a petición del Fiscal, cuando concurren las circunstancias de cercanía temporal entre la comisión del hecho y la actuación judicial. Y, lo mismo cabe señalar para la adopción de las medidas previstas en el art. 544.bis.

73. El auto núm. 6/2019, de 9 de enero, de la Sección 3ª de la AP Jaén, acuerda medidas de protección, pese a que la víctima declaró no haber sido agredida, dado que dos de los testigos declararon que habían presenciado directamente la agresión.

En cambio, cuando el 544.ter regula este tema, señala además que las medidas se puedan adoptar *a instancia de alguna de las personas que guarden con la víctima las relaciones mencionadas en el art. 173.2 CP*. Sin embargo, esto no supone una ampliación respecto de lo dispuesto en el 544.bis, sino que la “instancia” realizada por alguna de estas personas supondrá un acto de transmisión de la noticia delictiva que justificará la actuación de oficio o la petición del Mº Fiscal.

Por último, el art. 61 LO 1/2004 parece ampliar aún más la eficacia de la petición de estas medidas al reconocérsela también a la petición formulada por “*los hijos (...) las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia (...) y la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida (...)*”<sup>74</sup>.

Además, cuando se trate de la adopción de alguna de las en el art. 158 Cc, la medida se acordará de oficio, a petición del propio menor, de cualquier pariente o del Mº Fiscal y, conforme a las normas autonómicas aplicables, de la administración pública con funciones tuitivas de la infancia.

Esto por lo que hace a las medidas de naturaleza penal, porque las de naturaleza civil solo podrá solicitarlas la propia víctima o su representante legal, lo que es jurídicamente correcto pues solo esas personas están legitimadas para la interposición de la demanda que provoque el inicio del proceso civil. Tan solo en el caso de que haya menores o personas con su capacidad judicialmente modificada conviviendo con la víctima, las medidas se acordarán también de oficio o a petición del Fiscal (que está legitimado como parte en esos casos en los procesos civiles).

En todo caso, la solicitud de las medidas puede realizarse en la propia comisaría o en el establecimiento o servicio de atención a las víctimas –que la remitirán inmediatamente al Juez–, si el proceso ya se ha iniciado, deberá realizarse directamente ante el Juez.

#### 4.2. Principio de audiencia y tramitación del incidente

En los casos de urgencia, el Juez puede acordar la adopción de las medidas sin oír previamente al investigado; e incluso sin dar audiencia a la víctima o a las personas a quienes va a proteger. Y, una vez dictado el Auto acordándolas, deberá notificarse a todos ellos y su impugnación se tramitará conforme al incidente de oposición previsto en el art. 734 LEC, por remisión del art. 741, dándoles audiencia. Finalizada la audiencia el Juez dictará otro Auto, modificando, levantando o ratificando la medida adoptada que será susceptible de recurso<sup>75</sup>.

En todos los demás casos, con carácter previo a la adopción de la medida debe convocarse a una audiencia al Mº Fiscal, al solicitante, al investigado, en la que tras oír lo que quieran aducir, podrán presentarse los dictámenes periciales pertinentes, los testimonios de los funcionarios de policía que hayan actuado y otras pruebas tendentes a convencer al Juez de la pertinencia, idoneidad, proporcionalidad, duración y afectados, por la medida o medidas que se hayan solicitado o que se consideren necesarias. Tras la celebración de esta audiencia, que indudablemente puede ser la prevista en el art. 505 LECr para decidir si se acuerda la prisión provisional; o la prevista en el 798 para el procedimiento rápido– el Juez dictará un Auto, recurrible, acordando o denegando<sup>76</sup> la medida y estableciendo todos los requisitos de su

74. Aunque solo Castilla La Mancha y Valencia han previsto expresamente que la administración pueda solicitar la privación de la patria potestad en los procesos de violencia de género (cfr. arts. 35 58, respectivamente).

75. Si el procedimiento es el ordinario, de reforma y queja –puesto que no lo ha previsto el legislador–, si es el abreviado, de apelación –arts. 217, 218 y 766 LECr.

76. La Sección 2ª de la AP de Ourense revocó –por auto 289/2018, de 30 de Julio (JUR 2028/286138)– el auto del Juzgado de Instrucción que denegó la orden de salida de domicilio y de prohibición de regreso en favor de unos padres a los que la hija que convivía con ellos maltrataba. La causa de la denegación fue que existía un conflicto paterno-filial que debía resolverse por medios ajenos al proceso penal. La Audiencia, por el contrario, acuerda la medida, no solo porque se acreditó que habían intentado que la hija desalojara la vivienda, sino fundamentalmente por la gravedad de los hechos denunciados, las declaraciones de los testigos y por la edad de los denunciados -74 y 72 años-.

cumplimiento, incluida, en su caso, la utilización de medios técnicos de control. Solo así se respetarán los principios de contradicción, audiencia y defensa –exigidos también por la LO 1/2004-. En cualquier caso, el Juez puede acordar que la declaración de la víctima, sus hijos y demás parientes presten declaración por separado y que durante ésta se restrinja la confrontación con el investigado –art. 544.ter.4 LECr.

El propio 544.bis prevé que en la adopción de las medidas el Juez tenga en consideración “la *situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización*”, circunstancias que deberán equilibrarse con la valoración de las circunstancias personales de la víctima, tal como dispone el art. 23 EVD, específicamente para los supuestos de violencia doméstica y de género.

Idéntico procedimiento habrá que seguir cuando se solicite la modificación (suavizando o agravando la medida), levantamiento o sustitución de las medidas inicialmente acordadas.

Esta situación está específicamente prevista en relación a las medidas contempladas en el art. 544.bis, pero solo en caso de incumplimiento, lo que podría llevarnos erróneamente a pensar que solo en estos casos van a poder ser revisadas las medidas acordadas y el régimen de cumplimiento y control.

#### 4.3. Eficacia de las medidas fuera del proceso penal en el que se han acordado

La orden de protección acordada en el proceso penal “podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y administración pública” –art. 544.ter LECr, por lo que una vez obtenida la víctima podrá recabar la aplicación de las restantes medidas tuitivas de previstas en la LO 1/2004.

Además, la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo establece los requisitos y procedimiento para la emisión de una orden europea de protección para que sea reconocida en otro Estado miembro al que la víctima vaya a desplazarse<sup>77</sup>, para que sus autoridades controlen y ejecuten las medidas restrictivas de la libertad o las prohibiciones de entrada o aproximación a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta; de contacto con la persona protegida –telefónicamente, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; y la prohibición o reglamentación de acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la orden de protección.

También corresponde al Juzgado que ha emitido la Orden Europea de Protección pronunciarse sobre su modificación o levantamiento que deberá ser transmitida de forma inmediata al Estado de ejecución.

## 5. EXENCIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR Y DEL DEBER DE TESTIFICAR

No estamos realmente ante una especialidad exclusiva de los procesos por violencia de género o de violencia doméstica. Pero sí es cierto que la exención del deber de denunciar y del deber de testificar es desde hace unos años uno de los temas procesales más preocupantes por su nefasta influencia en el desarrollo del proceso penal por estos actos de violencia que usualmente se realizan en el seno de la vida familiar y sin testigos directos ajenos. Si determinados allegados del investigado ejercen su derecho a no testificar contra él, será relativamente frecuente que no exista suficiente prueba de cargo para desvirtuar su presunción de inocencia. Estas exenciones que originariamente tenían como finalidad la protección del interés familiar frente al interés

77. O a varios Estados, simultáneamente, cuando la víctima manifieste su intención de trasladarse a varios de ellos sucesivamente.

estatal de persecución y sanción de la delincuencia, no imponiendo a determinados familiares la obligación de denunciar al investigado o de no testificar contra él, se está convirtiendo en la práctica, en un beneficio para el presunto autor de los actos de violencia doméstica y de los de violencia de género. Es una grave situación si, además, no se olvida que en estos casos, no existe interés familiar que merezca una protección y que en todos los casos en los que es el progenitor quien se acoge a la exención se está desprotegiendo a los hijos o personas necesitadas de especial protección que han sido víctimas de la conducta delictiva.

Nos encontramos, de una parte con que están exentos del deber de denunciar al presunto autor del hecho su cónyuge no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, así como sus ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado (art. 261 LECr) y están exentos del deber de prestar testimonio contra el investigado “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261” (referencia vacía de contenido al haberse suprimido ese número 3<sup>o</sup>) –ya en la fase de instrucción (art. 416 LECr) ya en la de juicio oral (art. 707 LECr)<sup>78</sup>.

Cuando alguno de estos familiares se acoge a la exención al deber de denunciar, pueden producirse disfunciones, puesto que habitualmente los actos de violencia no se realizan ante el público; sin embargo, es posible que el proceso penal se inicie debido a la intervención de la policía –requerida por las propias víctimas o por los vecinos. Siempre, claro está, que esta incoación pueda ordenarse de oficio. La situación se agrava cuando, precediendo una denuncia, e incluso, habiéndose mostrado parte en el proceso, el allegado se acoge a la exención de prestar declaración testifical contra el investigado. Si aún nos encontramos en la fase de instrucción, el Juez puede ordenar la práctica de las diligencias que conduzcan a la comprobación del hecho con independencia del silencio de la víctima o, en general, del allegado. Pero si ya nos encontramos en la fase de juicio oral, este silencio puede traducirse en una falta de material probatorio. La incidencia de esta causa en la “retirada de la acusación” del M<sup>o</sup> Fiscal es, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado del 58,5%.

Ante este problema, el Pleno de la Sala de lo Penal del TS se ha pronunciado en dos ocasiones intentando aclarar los límites de su aplicación: Por primera vez, el Pleno de la Sala Segunda de 24 de abril de 2013, dictó un Acuerdo no jurisdiccional, pero sí aplicado ya en variadas sentencias, en virtud del cual la exención alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos referidos en el art. 416. Y se establecen dos excepciones: que los hechos sobre los que se debe declarar se hayan producido con posterioridad a la disolución del matrimonio o al cese definitivo de la situación análoga de afecto<sup>79</sup> y que quien quiere acogerse a la exención se haya personado como acusación en el proceso.

Y, sobre esta última excepción, el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala segunda del TS de 23 de enero de 2018 señala una vez que haya renunciado a ser acusador, podrá volver a acogerse a la dispensa del art. 416 LECr.

Además, este Acuerdo zanja, por ahora, las diferencias jurisprudenciales al establecer que el ejercicio del derecho a no declarar, aun cuando con anterioridad el sujeto no se hubiera acogido

78. No podrán acogerse a estas exenciones los descendientes de uno de los miembros de la pareja que no lo sean también del investigado, aunque convivan efectivamente con ambos. Tampoco los familiares por afinidad. Los términos “consanguinidad” y “uterinidad”, hacen referencia a los hermanos del mismo padre y de distinta madre (consanguíneos) y a los hermanos de la misma madre y de distinto padre (uterinos).

79. Con este acuerdo se pone fin a aquellos supuestos en los que se proyectaba la exención de forma permanente, con lo que quedaban cubiertos por el velo del secreto familiar hechos producidos una vez que ya no existían esos lazos familiares.

a él, priva de eficacia probatoria, “*impide rescatar o valorar*”, a las declaraciones del testigo, “*aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida*”<sup>80</sup>.

## 6. OTRAS MEDIDAS PROCESALES EN ATENCIÓN A LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA

Son varias las disposiciones procesales que atienden a la condición de víctima en el desarrollo de las actuaciones del proceso penal y, por tanto, también aplicables a las víctimas de los actos de violencia doméstica y de violencia de género. Sin intención de agotar las referencias, los arts. 109, 109.bis (en relación a la declaración y el ofrecimiento de acciones); el art. 334 LECr y 18 EVD (en cuanto a la restitución inmediata de los efectos ocupados que pertenezcan a la víctima); 282 (en relación a la actuación de la policía judicial); o 503 en relación a la posibilidad de acordar la prisión provisional del presunto autor de los hechos con la finalidad de evitar que pueda atentar nuevamente contra los bienes jurídicos de las víctimas, especialmente en los casos de violencia doméstica y de violencia de género, en cuyo caso, la privación de libertad no está sujeta al límite máximo establecido en la LECr; art. 14 EVD y 126 CP (que establece la preferencia de la víctima que haya participado en el proceso para que se le “*reembolsen los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales, con preferencia respecto del pago de los gastos que se hubieran causado al Estado, cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima*”)

De todas las posibles medidas voy a referirme a las quiebras al principio de publicidad, a los filtros adicionales que rodean su declaración testifical y las previsiones de notificación y participación de la víctima independientemente de su condición de parte en el proceso.

### 6.1. Quiebras al principio de publicidad

El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 6 de octubre del 2000 estableció los requisitos para que en determinados procesos pudiera restringirse el contacto visual entre el presunto autor de los hechos y el testigo, fuera o no fuera además víctima, en aplicación de algunas restricciones permitidas por la Ley de Protección a testigos y peritos en causas criminales. Este acuerdo condicionó que pudiera romperse este contacto visual a través de la interposición de un biombo siempre que el Tribunal motivara de forma razonable la decisión – con independencia de que las medidas hubieran o no sido acordadas durante la instrucción del proceso y haciéndose constar en el acta del juicio la situación de peligro existente y la opinión de las partes ante esta minoración del principio de publicidad de los debates. Falta de motivación que podría llegar a provocar, incluso, la nulidad del acto del juicio y pudiéndose apreciar en el recurso de casación.

Con posterioridad, la LO 1/2004 previó que pudieran acordarse durante la sustanciación de los procesos penales por actos de violencia de género diversas medidas tendentes a restringir la publicidad y que procuraran a las víctimas una mayor seguridad en la realización de los diversos actos del proceso. Y, por último, el EVD recoge varias de estas medidas, con modificación puntual de la LECr, aunque nuevamente es necesario señalar que estas disposiciones no son específicas para las víctimas de violencia doméstica o de violencia de género, sino comunes a la condición de víctima y constituyen un desarrollo de las medidas ya establecidas en el art. 26 EVD.

80. ¿No se admite con esto una quiebra a la doctrina de los propios actos? Las declaraciones prestadas anteriormente no carecen de eficacia; no son nulas ni anulables. Simplemente, con este acuerdo el TS recuerda que pese a las previsiones legales que permitirían reproducir la grabación al amparo del art. 730 LECr (arts. 448, 777 y 797 LECr), pues no se trata de que la declaración no **pueda** volver a prestarse, sino que la víctima o su representante legal **no quiere** declarar.

El art. 448, LECr, y en relación a la declaración testifical de los menores de edad o de personas con su capacidad judicialmente modificada –sean o no víctimas–, prevén que su declaración pueda realizarse evitando la confrontación visual con el investigado y utilizando cualquier medio técnico que sea necesario (mamparas, biombos, video conferencia, permanencia en salas distintas conectadas auditivamente,...). En estos casos, además, la actuación será grabada y podrá reproducirse en las sesiones del juicio a efectos probatorios (art. 730 LECr).

Idénticas medidas pueden acordarse para la declaración de estas personas como fuente de prueba en el acto del juicio. Y también para aquéllos casos en los que el Juez o Tribunal lo estime necesario tras la valoración de las circunstancias sobrevenidas o no de las propias víctimas (art. 707 LECr).

El art. 681 LECr prevé que el Tribunal pueda ordenar que las sesiones del juicio oral se celebren a puerta cerrada, impidiendo la asistencia de público en la Sala, siempre que así lo requiera la “protección del derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso”, restricciones de publicidad que no alcanzan al Mº Fiscal, a los procesados, a los acusadores y sus defensores y a las personas que hayan sufrido lesiones por la comisión del hecho.

Esta restricción, especialmente prevista en el art. 63 de la LO 1/2004, se podrá acordar de oficio, a petición de cualquiera de las partes o del Mº Fiscal.

Y, frente a la publicidad en general, también puede acordar la prohibición de “divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, (...) la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares” y, en todo caso, sin necesidad de acuerdo judicial expreso, el 681.3 prohíbe “la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares”. Estas limitaciones a la publicidad pueden también acordarse, oficio, a petición del Mº Fiscal o de la propia víctima, durante la fase de instrucción –art. 301.bis LECr.

Con idéntica finalidad, el art. 682 LECr faculta al Juez o Tribunal para que, tras oír a las partes, acuerde “prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas; que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan; y que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio”; y el art. 906 LECr permite al TS que resuelve el recurso de casación acordar la omisión de los datos de las víctimas cuando la sentencia pueda afectar al honor, la intimidad personal o familiar o a su propia imagen.

## 6.2. Filtros adicionales en para su declaración

De una parte, el art. 109 LECr, ha previsto que la información sobre los derechos que afectan a las víctimas pueda delegarse en personal especializado o en la asistencia a las víctimas.

De otra, el art. 433 y en relación a la declaración testifical de las víctimas permite que esté acompañada de su representante legal y por una persona de su libre elección –idéntica previsión se encuentra en el art. 21 EVD. Y, si la víctima es además menor o tiene su capacidad

judicialmente modificada, faculta al Juez para acordar, dependiendo de la madurez del testigo, y para evitarles perjuicios graves, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del M<sup>o</sup> Fiscal, bien permitiendo que las preguntas se las formulen directamente los expertos, bien, incluso, excluyendo o limitando la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima, arbitrando los mecanismos necesarios para que las partes puedan formular preguntas o solicitar alguna aclaración. Esta actuación deberá ser grabada.

### 6.3. Notificación de los actos procesales y participación de la víctima aunque no se haya mostrado parte

Con carácter general, los actos procesales son notificados exclusivamente a las partes. Sin embargo, son varios los preceptos que expresamente han impuesto un especial deber de notificación a las víctimas, aunque hayan decidido no mostrarse parte en la causa<sup>81</sup>. Este deber de notificación de determinados actos procesales ha cobrado especial relevancia tras la promulgación del EVD y con reflejo en las normas procesales.

La LECr regula como preceptiva la notificación a la víctima, aunque no sea parte en la causa, en tanto que el EVD distingue entre las notificaciones preceptivas *ex lege* y aquellas otras que solo se practicarán si la víctima ha manifestado su voluntad de ser notificada (pudiendo, en cualquier momento, solicitarlo o revocar el consentimiento).

Se regula expresamente la notificación a la víctima con carácter general de la situación en la que se encuentra el procedimiento –si lo solicita y salvo que el Juez estime que puede obstaculizar el normal desarrollo del proceso- y de forma específica la de la resolución que acuerde no iniciar el proceso penal; de todos los actos que puedan afectar a su seguridad en los procesos por alguno de los delitos enumerados en el art. 57 CP; la notificación, mediante testimonio íntegro de la orden de protección acordada y la información permanente sobre la situación procesal del investigado, sobre el alcance y vigencia de las medidas acordadas y sobre la situación penitenciaria del presunto agresor –entre ellas, y preceptivamente cuando se trate de actos de violencia de género<sup>82</sup>, las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar su seguridad; las judiciales o penitenciarias que afecten a los condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y supongan un riesgo para su seguridad; las que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como su posible fuga; el contenido del escrito de acusación contra el investigado –si lo ha solicitado-; el lugar y fecha de la celebración del acto del juicio; la sentencia que ponga fin al proceso; el lugar y fecha de la celebración de la vista en el recurso de apelación –si así lo ha solicitado-. Cfr. arts. 109 último párrafo, –art. 544.ter.8-, 659, 785, 791 LECr-, art. 7 y 13 EVD.

Y durante la ejecución de la sentencia está prevista la participación de la víctima con carácter general para aportar al Juez o Tribunal los datos que estime relevantes en relación a la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado y para solicitar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima–art. 13 EVD.

81. No incluyo la previsión del art. 284 LECr, puesto que si ya se conoce que estamos ante un presunto acto de violencia doméstica o de violencia de género, no resultaría aplicable, pues sí se conoce al presunto autor de los hechos.

82. En este caso, se invierte el sentido de la voluntad de la víctima: se le notificarán preceptivamente salvo que manifieste su voluntad de no ser notificada. Paradójicamente, este carácter preceptivo se refiere a las víctimas de violencia de género, pero no a las de violencia doméstica.

De forma específica está prevista su participación en los incidentes jurisdiccionales surgidos durante la ejecución<sup>83</sup> de la sentencia cuyo objeto sea la clasificación al tercer grado penitenciario antes de la extinción de la mitad de la condena (en relación a los delitos de homicidio, aborto del 144 CP, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, libertad e indemnidad sexual, robo cometidos con violencia o intimidación, terrorismo, trata de seres humanos); el que, referido al límite de cumplimiento de la condena, examine la procedencia de la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado, cómputo para la obtención de libertad condicional respecto de esos mismos delitos o los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; el que vaya a examinar la procedencia de la concesión de libertad condicional, si la pena de prisión impuesta es superior a cinco años, respecto de los delitos de agresión sexual contra menores de 16 años, contra la indemnidad y libertad sexual cuando la víctima sea menor de 13 años<sup>84</sup>; o el que va a desembocar en el alzamiento o mantenimiento de las medidas de seguridad acordadas una vez cumplida la pena principal –art. 13 EVD y 36.2 CP-

Para poder ejercer este derecho de participación, al que debe acogerse la víctima, es imprescindible que se dé traslado a la víctima del escrito o resolución que incoe este procedimiento incidental, para que pueda formular las alegaciones que estime oportunas –art. 13 EVD y 98 CP.

E independientemente de que sea o no parte en el proceso, podrá recurrir el auto de sobreseimiento y también el auto dictado en los anteriores incidentes jurisdiccionales surgidos en la ejecución -arts. 7 y 13 EVD y 636 y 779 LECr.

## 7. EL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

En último lugar analizaremos, siquiera sea brevemente, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, aunque real y directamente no se trata de una especialidad referente al desarrollo del proceso, el ejercicio del derecho de defensa con independencia de los recursos económicos afecta de forma relevante al derecho a la tutela judicial efectiva. Y lo haremos atendiendo exclusivamente a las víctimas de violencia de género, pues tanto la LO 1/2004 como la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) establecen disposiciones específicas únicamente para ellas, sin incluir a las posibles víctimas de violencia doméstica<sup>85</sup>.

La LO 1/2004 alude a dos conceptos distintos de asistencia jurídica. El primero, más genérico, entendido como el derecho a obtener un asesoramiento jurídico especializado que ofrezca a la víctima información de los recursos a su disposición y el acompañamiento necesario para tomar la decisión que más interesante resulte para su tutela sanitaria, social, familiar, psicológica, laboral,....

El segundo, el más procesal, el que tiene por contenido la defensa jurídica en todo tipo de procesos y de procedimientos que traigan causa, directa o indirectamente, de la violencia padecida. Esta LO debe completarse con las disposiciones contenidas en la LAJG y con las leyes

83. Acerca de la desprotección de la víctima con anterioridad a la reforma de 2015 y al EVD, puede verse TORRES ROSELL, N: “La desprotección de la víctima de los delitos de violencia de género durante la ejecución de la sentencia penal”, La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar, Coordinado por Jiménez Díaz, MJ, Edt. Dykinson, Madrid, 2009.

84. El art. 13 EVD permite también la notificación de otras resoluciones judiciales dictadas en ejecución de la pena, si bien referidas a hechos delictivos que no van a guardar relación con la violencia de género.

85. Terrorismo y trata de seres humanos. No obstante, la LAJG reconoce idénticos derechos que a las víctimas de violencia de género a los menores, a los enfermos mentales y a los discapacitados intelectuales que hayan sido objeto de abuso o de malos tratos. La Ley contra la violencia del País Vasco, lo hace también para las víctimas de agresiones sexuales y de la violencia doméstica (art. 55).

autonómicas dictadas para la protección de la mujer frente a la violencia que, en unos casos únicamente remiten a la LO 1/2004 y a la LAJG y, en otros, incluyen alguna disposición que deberá tenerse en consideración dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se desarrolle el proceso.

El art. 20 de la LO 1/2004 remite también a las disposiciones de la LAJG para garantizar la defensa y asistencia jurídica gratuitas de las víctimas de violencia de género”, con lo que es relativamente frecuente que se produzcan reiteraciones.

### *7.1. Contenido del Derecho de asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencia de género*

Este derecho, a tenor del art. 20 LO 1/2004, comprende el derecho a recibir el asesoramiento jurídico en el momento inmediatamente anterior a la interposición de la denuncia o querrela; la defensa y representación por abogado y procurador en todos los procesos y en todos los procedimientos administrativos que traigan causa, directa o indirecta, de la violencia padecida y el derecho a que el mismo abogado y el mismo procurador asuman su defensa y representación en todo tipo de procesal, salvo que su derecho de defensa pueda verse perjudicado. Y remite a las disposiciones de la LAJG en relación al contenido que ha de tener este derecho en garantía de la asistencia y defensa jurídica de las Víctimas de violencia de género<sup>86</sup>.

Ésta en su art. 2.g) establece que el derecho de asistencia jurídica gratuita se les reconocerá con independencia de la existencia de recursos para litigar y para todos los procesos tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctima y, en este caso, además, desde el momento previo a la interposición de la denuncia o de la querrela.

Esta amplitud es aparente, pues el art. 25.bis del Reglamento de la LAJG limita la gratuidad al asesoramiento e información sobre el derecho que asiste a la víctima para solicitar del colegio de Abogados la asistencia Jurídica Gratuita que, de ser denegada, impone a la víctima la obligación de abonar los honorarios del abogado y del procurador.

Por lo que, en definitiva, el contenido material del derecho –gratuidad de certificaciones, copias, indemnizaciones a testigos, peritaje gratuito, exención de tener que prestar depósitos, defensa y representación, ...- dependerá de la suficiencia o insuficiencia de recursos económicos y de los restantes requisitos establecidos en la LAJG<sup>87</sup> con las excepciones contempladas en las leyes autonómicas.

No obstante, en relación a la defensa y representación, tanto la LAJG, la LO 1/2004 como algunas de las leyes autonómicas<sup>88</sup> contra la violencia imponen al abogado y al procurador designados la obligación de asumir su defensa y representación en todos los procesos que traigan causa de la violencia padecida, salvo que pueda verse perjudicada la tutela de sus intereses.

### *7.2. Adquisición y pérdida de la condición de víctima a los efectos de la LAJG*

El art. 2 LAJG dispone que la condición de víctima a estos efectos se adquiere tras la presentación de la denuncia –o de la querrela. Debe entenderse que una vez que haya sido judicialmente admitida, retrotrayéndose sus efectos al momento de la interposición. O tras el inicio del procedimiento penal (Auto de incoación dictado a consecuencia de la admisión del atestado, del parte, del paso de tanto de culpa, de la querrela del fiscal).

86. Como también hacen los arts. 63 de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra; 82 de la Ley de Extremadura; 10 y 31 de la Ley del Principado de Asturias; 41 de Ley de Canarias; 17 de la Ley de Aragón.

87. Las leyes de Valencia (art. 48), Galicia (art. 29) y País Vasco (art. 55) acotan los ingresos a tener en cuenta para la concesión del derecho a los percibidos por la propia víctima.

88. Vid. Art. 38 Ley de la Comunidad de Murcia.

También dispone que esta condición se mantendrá en tanto el “*procedimiento permanezca en vigor*”, si bien los términos utilizados merecen alguna aclaración.

La condición de víctima se debe mantener una vez finalizado el proceso de declaración que finaliza con una sentencia de condena y mientras dura su ejecución.

Es de suponer que si la sentencia es absolutoria por cualquier otra causa –la concurrencia de una causa de imputabilidad-, la condición de víctima también se mantiene en tanto se ejecutan las medidas que puedan haberse acordado en la sentencia.

La condición de víctima se pierde –dice la LAJG- cuando el proceso finaliza con un auto de sobreseimiento libre o provisional o una sentencia absolutoria por falta de prueba sobre los hechos delictivos. Debería perderse también cuando el procedimiento libre o la sentencia absolutoria se dictan por inexistencia del hecho, por falta de tipicidad o por no resultar acreditado que el acto de violencia sea de género. Y, pese a esta pérdida de la condición de víctima, se establece que la no-víctima no deberá abonar el coste de la asistencia y de la representación recibida.



## Fuentes legales utilizadas

- Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal.
- Ley (CA Andalucía) 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.
- Ley (Canarias) 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género.
- Ley (Cantabria) 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.
- Ley (Cataluña) 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.
- Ley (Islas Baleares) 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.
- Ley (País Vasco) 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
- Ley (Principado de Asturias) 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.
- Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León.
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.
- Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia.

- Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.
- Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.
- Ley Foral (Navarra) 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la violencia de género.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ.
- LO 14/1999 (de 9 de junio, de modificación del CP de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr.
- Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

## Referencias bibliográficas

Independientemente de la consulta de los manuales de Derecho Procesal penal, para un más profundo estudio de los distintos conceptos, instituciones y aspectos incluidos en estos materiales, pueden consultarse (cuyas reseñas bibliográficas les serán también de utilidad para seguir avanzando)

- ÁLAMO GONZÁLEZ, D., SÁNCHEZ VILLALBA, A. (2018). *La instrucción de la violencia de género: el equilibrio entre la persecución del delito y las garantías del proceso* (1ª ed.). Las Rozas, 2014.
- BALLESTEROS MORENO, C: “Tutela Judicial”, en ALGUACIL, JORGE; CONSTANZA BALLESTEROS. *Estudios sobre la Ley integral contra la violencia de género*, Dykinson, 2005, págs. 133-149, ProQuest Ebook Central, [Consultado 3 julio 2019] Disponible: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/ugr/detail.action?docID=4508141>
- BASTARRECHE BENGUA, T: Capítulo 16: “La dispensa de la obligación de declarar en el caso de violencia contra la mujer. ¿una paradoja irresoluble?”, en VARIOS MARTÍN SÁNCHEZ, M (Dir). *Estudio integral de la violencia de género un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. págs. 547-570. Disponible en <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491697312>
- CASTILLEJO MANZANARES, R., & ALONSO SALGADO, C). *Violencia de género y justicia*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2013.
- Conclusiones del XIV seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer- año 2018. Segovia (13 y 14 de noviembre de 2018), pág. 18. Recurso consultado el 31 de octubre 2019. <https://www.fiscal.es/>
- CRUZ MORATONES, C: “La ley integral de medidas de protección contra la violencia de género. Reflexiones sobre algunas cuestiones procesales”, Ponencia del II Congreso sobre Violencia de Género. Granada, 23 y 24 de febrero de 2006.
- CUETO MORENO, C: “La orden europea de protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea”, *ReDCE* ,núm. 21. Enero-Junio de 2014. Disponible en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE21/articulos/07\\_cueto.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE21/articulos/07_cueto.htm), consultado el 25 de septiembre de 2019.
- FGE Circular 4/2005. [WWW.fiscal.es](http://WWW.fiscal.es)
- FGE: Circular 6/2011. [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)
- GARRIDO CARRILLO, FJ.: “La prueba electrónica en los procesos civiles y penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª ep., núms. 16/17/18, págs. 553-590.
- GARRIDO CARRILLO, FJ.: “Las nuevas tecnologías y la verdad judicial: el Whatsapp como medio y fuente de prueba”, *Globalización, derecho y cambios sociales*, 2017, págs. 79 a 124.
- GOMEZ COLOMER, J.L: *Estatuto jurídico de la víctima del delito : (la posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal, un análisis basado en el derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2014. Disponible en <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491694748>
- IGLESIAS CANLE, I., MARÍA LAMEIRAS FERNÁNDEZ Y OTROS. *Violencia de género* (1st ed.). Tirant lo Blanch, 2011. Disponible en [https://granatensis.ugr.es/discovery/fulldisplay?docid=alma991007753289704990&context=L&vid=34CBUA\\_UGR:VU1&search\\_scope=MyInstitution&tab=Granada&lang=es](https://granatensis.ugr.es/discovery/fulldisplay?docid=alma991007753289704990&context=L&vid=34CBUA_UGR:VU1&search_scope=MyInstitution&tab=Granada&lang=es)
- LÓPEZ PICÓ, R.: “La prueba electrónica en el proceso penal: el correo electrónico y el whatsapp”, *La Ley Penal*, Nº 140, Sección Estudios, Septiembre-Octubre 2019.

- LUACES GUTIÉRREZ, AI: “Necesidad de una justicia especializada en violencia de género: especial referencia a los juzgados de violencia sobre la mujer”, *REDUNED* 2009 [consultado: 3 julio 2019] disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10973>
- MAGRO SERVET, V.: “La víctima del delito en la nueva ley de juicios rápidos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 6, 2002, págs. 1815-1820.
- MAGRO SERVET, V.: “El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 7, 2002, págs. 1884-1891.
- MAGRO SERVET, V.: “La necesidad de potenciar el uso de los dispositivos electrónicos para las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 9384, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2019.
- MAGRO SERVET, V.: “La legitimación de los padres de la víctima de violencia de género para ejercer la acusación particular en defecto de la mujer víctima”, *Diario La Ley*, Nº 8746, 2016.
- MARÍ FARINÓS, E.: “Análisis jurisprudencial del derecho a no declarar en el proceso penal en el ámbito de la violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº 8891, Sección Dossier, 29 de Diciembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. “Esquemas sobre procesos por violencia de género” [Recurso electrónico] / Martínez García, Elena ; Martínez García, Elena. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MORENO CATENA, V.: “Medidas judiciales de protección y seguridad de las mujeres víctimas de malos tratos”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género* : Granada, 23 y 24 de febrero de 2006, 2006, págs. 199-230.
- ORTELLS RAMOS, M.: “Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC”, *Justicia*, nº 1, 1989, págs. 43-72.
- PEYRO LLOPIS, A.: “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la Orden Europea de Protección”, *Revista española de derecho europeo*, Nº. 46, 2013, págs. 9-28.
- PRIETO ARJONA, S.: “Medidas cautelares: 544 LECRIM, 64 A 66 y 69 LO 1/200. ART. 158 CC”, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/EX1829%20Mesa%20V%2003%20Protecci%C3%B3n%20menores.%20Medidas%20cuatelares.%20Sonsoles%20Prieto.%20Presentaci%C3%B3n.pdf>
- RAMIREZ ORTIZ, J.L.: “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio* Vol. 1, págs. 1-46 (paginación provisional). Madrid, 2019.
- RAMÓN RIBAS, E; ARROM LOSCOS, R; NADAL GÓMEZ, I: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Dykinson, 2010. Disponible en <https://2019.vlex.com/#/sources/proteccion-violencia-genero-tutela-penal-procesal-5011>
- RODRÍGUEZ BOENTE, SONIA. “La prueba en los supuestos de violencia de género”. *Télos* [en línea], vol. 18, no. 1-2 pp. 231-246 [consultado: 3 julio 2019]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/telos/article/view/1413/1656> ISSN 2255-596X.
- ROIG TORRES, MARGARITA.” La delimitación de la ‘violencia de género’: un concepto espinoso”. *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea]. , vol. 32, no. 0 [consultado: 3 julio 2019]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/899/868> ISSN 2340-0080.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA: “Capítulo VI Juzgados de violencia sobre la mujer”, en SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA- MOYA CASTILLA: *Violencia de Género*. (2013). págs. 115-136. [Consultado 3 julio 2019]. Disponible en <https://2019.vlex.com/#WW/vid/370478014>
- SIMÓ SOLER, E.: “La orden europea de protección puesta en cuestión: su aplicación a las víctimas de violencia de género”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, enero-junio 2018, págs. 206-219. [www.ree-uva.es](http://www.ree-uva.es)

- TORRES ROSELL, N: “El “nuevo” proceso por delitos leves (aspectos procesales de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal). *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. MORILLAS CUEVA, L (Director y otros): Edt. Dickinson. 2015.
- TORRES ROSELL, N: *la denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991
- TORRES ROSELL, N: “La desprotección de la víctima en la ejecución de la sentencia penal”, Varios (Jiménez Días, MJ Coord): *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar*, Madrid, 2009.
- TORRES ROSELL, N: “Líneas jurisprudenciales españolas sobre la protección de testigos y peritos”. *La protección de testigos y peritos en causas criminales* (Ponencias y comunicaciones presentadas en las Jornadas internacionales de derecho procesal. Actas) Dirección: Juan Antonio Robles Garzón. 2001.
- VARIOS (GOMEZ COLOMER, JL coord.) *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de Género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Valencia 2007. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/ugr/reader.action?docID=4184252>
- YAGÜE RIBES, A., MARTÍNEZ GARCÍA, E., GÓMEZ VILLORA, J. (2019). *Protocolos sobre violencia de género: guía sistemática sobre actuación ante los juzgados de violencia sobre la mujer y en los procedimientos de violencia de género* (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. [Consultado 3 julio 2019] Disponible en <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413131993>

