

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 1

Las recientes reformas penales: algunas cuestiones

*J.L. Díez Ripollés / M. Cachón Cadenas / A. Jorge Barreiro / J. Cid Moliné /
J.R. Palacio Sánchez-Izquierdo / L. Lafont Nicuesa / M.ªJ. Erroba Zubeldia /
M.ª Naredo Molero / A. Asúa Batarrita / M. Ortubay Fuentes /
G. Portero Lazcano / J. Delgado Cánovas / A. Aya Onsaló / B. García Celaá*

Universidad de
Deusto

.

Cuadernos penales
José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 1

Las recientes reformas penales:
algunas cuestiones

José Luis Díez Ripollés
Manuel Cachón Cadenas
Alberto Jorge Barreiro
José Cid Moliné
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Luis Lafont Nicuesa
María Jesús Erroba Zubeldia
María Naredo Molero
Adela Asúa Batarrita
Miren Ortubay Fuentes
Guillermo Portero Lazcano
Juan Delgado Cánovas
Alfonso Aya Onsalo
Beatriz García Celaá

Bilbao
Universidad de Deusto
2004

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Jesús Erroba Zubeldia
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-701-6

Índice

Presentación	9
La nueva política criminal española <i>José Luis Díez Ripollés</i> Catedrático de Derecho penal. Universidad de Málaga	11
Dos cuestiones fundamentales de las reformas procesales	
Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal <i>Manuel Cachón Cadenas</i> Catedrático de Derecho procesal. Universidad Autónoma de Barcelona	41
La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional <i>Alberto Jorge Barreiro</i> Presidente de la Sección 15.ª. Audiencia Provincial de Madrid	75
Las reformas en materia de penas: algunas cuestiones	
Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003 <i>José Cid Moliné</i> Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona	135
Novedades introducidas en el artículo 66 del Código Penal por la Ley de 29 de septiembre de 2003 <i>José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo</i> Abogado. Profesor de Derecho penal. Universidad de Deusto	157
La expulsión de extranjeros <i>Luis Lafont Nicuesa</i> Abogado Fiscal. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco	163

Ejecución de la responsabilidad civil <i>María Jesús Erroba Zubeldia</i> Presidente de la Sección 2. ^a . Audiencia Provincial de Vizcaya	177
Cuestiones relativas a la violencia doméstica	
La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos <i>María Naredo Molero</i> Amnistía Internacional.	191
Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre <i>Adela Asúa Batarrita</i> Catedrática de Derecho penal. Universidad del País Vasco	201
Respuesta institucional a la violencia contra las mujeres en la CAPV <i>Miren Ortubay Fuentes</i> Asesora Jurídica del Ararteko. Profesora Titular de Derecho penal. Universidad del País Vasco.	235
La violencia doméstica desde la perspectiva médico-forense <i>Guillermo Portero Lazcano</i> Médico Forense. Jefe del Servicio Clínico. Instituto Vasco de Medicina Legal de Euskadi	249
Apuntes sobre la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica <i>Juan Delgado Cánovas</i> Magistrado-Juez de Instrucción n.º 10 de Bilbao	259
Las reformas del Código Penal en materia de violencia doméstica <i>Alfonso Aya Onsalo</i> Fiscal Jefe. Audiencia Provincial de Alava	287
Violencia de género. El delito de maltrato del actual artículo 173 del CP, tras la reforma operada por LO 11/2003 <i>Beatriz García Celaá</i> Juez del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Vitoria-Gasteiz.	297

Presentación

Estos Cuadernos penales, cuyo primer número se presenta en estas líneas, están inexorablemente unidos a la memoria de José María Lidón Corbí, magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia y profesor de Derecho penal de la Universidad de Deusto, que el día 7 de marzo de 2001 fue asesinado por miembros de ETA ante su mujer y uno de sus hijos, cuando como cada mañana se dirigía a su trabajo.

El paso del tiempo ha atemperado el dolor que nos produjo su muerte. Su ausencia, sin embargo, tiene la misma presencia que hace tres años, porque no podemos olvidarle. No podemos y, además, ni queremos ni debemos olvidarle. En la presentación del libro que le dedicamos (*Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2002) se indica acertadamente que la voluntad de conservar su memoria «nace de nuestro afecto por él, pero que también constituye un deber, porque mantener la memoria de José Mari es también mantener la denuncia de la insoportable injusticia de su asesinato; relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la injusticia de su muerte viniera a menos, sería tanto como sancionar la injusticia de su muerte, y de esta forma hacerse cómplice de ella».

Con estos *Cuadernos penales* que llevan su nombre, pretendemos, además, que su memoria sea un punto de encuentro para quienes, desde la administración de justicia, la universidad, el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión relacionada con el Derecho penal, compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos, el anhelo por un Derecho que impulse la construcción de una sociedad cada vez más humana. Su memoria de este modo esperamos que sea doblemente enriquecedora.

Un mes antes de ser asesinado José María dirigió un curso de formación de jueces y magistrados bajo el título *Ultima jurisprudencia del*

Tribunal Supremo sobre el nuevo Código penal. Problemas de la determinación y aplicación de la pena, que se celebró en Vitoria-Gasteiz el 4 y 5 de octubre, organizado en virtud del Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, en el que tuvimos la suerte de coincidir buen número de sus compañeros. Por ello nos ha parecido oportuno dedicar este primer número de los *Cuadernos penales José María Lidón* a publicar las intervenciones habidas en un curso de formación de idénticas características, que se celebró en el Palacio de Justicia de Bilbao los días 11 y 12 de marzo bajo la rúbrica *Encuentros penales en memoria de José María Lidón: Las recientes reformas penales*.

La nueva política criminal española

José Luis Díez Ripollés
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Málaga

I. La crisis contemporánea de los modelos de intervención penal

En la interpretación de la reciente evolución de la política criminal española, tan pródiga en reformas penales, procesales y penitenciarias, los penalistas, en la universidad y en la jurisdicción, muestran un cierto desconcierto a la hora de abordar su análisis crítico. Pareciera como si los acontecimientos que se están produciendo no formaran parte del acervo de actuaciones sociales cuya posible aparición, al margen de su plausibilidad, habían sido anticipadas por los juristas. Esto genera una extendida actitud de despectivo rechazo hacia lo que se califica sumariamente como una política criminal oportunista.

Sin echar en saco roto este último calificativo, conviene, sin embargo, que nos preguntemos por las razones de esa incapacidad que los expertos de la política criminal tienen para analizar con la necesaria ecuanimidad unas decisiones y actuaciones que, por muy imprevistas que sean, no se puede negar que gozan de un generalizado respaldo popular y de un impulso político de amplio espectro ideológico. Creo que la explicación de semejante perplejidad se debe en buena medida a que los penalistas están analizando las transformaciones jurídicopenales en curso desde un modelo analítico equivocado o, por mejor decir, en trance de superación. Me refiero al *modelo penal garantista*.

En efecto, conocido con diferentes denominaciones a lo largo del pasado siglo xx, este modelo se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que se ha llamado a sí mismo «derecho penal mínimo», girando en torno a unos pocos principios que, a riesgo de simplificar demasiado, podríamos enumerar como sigue:

1. La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Estos sólo

desarrollarían efectos sociales perceptibles en la medida en que se encuadraran en un contexto más amplio, el del control social en general. Sólo en tanto en cuanto el subsistema de control penal coincidiera en sus objetivos con los pretendidos por el resto de los subsistemas de control social —familia, escuela, vinculaciones comunitarias, medio laboral, relaciones sociales, opinión pública...— y en la medida en que interaccionara recíprocamente con ellos, habría garantías de que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. De ahí que se desconsiderara su posible uso como ariete promotor de transformaciones en los valores sociales vigentes.

2. Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente del derecho administrativo, el derecho penal garantista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima imprescindible. En esa actitud ha jugado usualmente un papel importante la constatación de la naturaleza especialmente aflictiva de las sanciones que le son propias, que estima superior a la de cualquier otro medio de intervención social, lo que justificaría un empleo muy comedido de ellas. Se convierte en lugar común que el derecho penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces. Ello conlleva el olvido de todo tipo de pretensiones encaminadas a salvaguardar a través del derecho penal determinadas opciones morales o ideológicas en detrimento de otras.
3. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El derecho penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y en consecuencia estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales para la convivencia acabados de aludir. Ello explicará las estrictas exigencias a satisfacer por los poderes públicos al establecer los comportamientos delictivos y las penas para ellos previstas, a la hora de verificar la concurrencia de unos y la procedencia de las otras en el caso concreto, y en el momento de la ejecución de las sanciones. El

temor a un uso indebido del poder punitivo conferido al estado, que pudiera terminar afectando al conjunto de los ciudadanos, permea todo el armazón conceptual del derecho penal garantista, desde los criterios con los que se identifican los contenidos a proteger a aquellos que seleccionan las sanciones a imponer, pasando por los que se ocupan de estructurar un sistema de exigencia de responsabilidad socialmente convincente.

4. Existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. Así, los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno de ellos es el de la humanidad de las sanciones, que viene a expresar que determinadas sanciones, o determinadas formas de ejecución de sanciones, son incompatibles con la dignidad de la persona humana, por lo que no pueden imponerse, cualquiera que sea la entidad lesiva del comportamiento o la intensidad de la responsabilidad personal. Otro de los confines a no superar es el de la proporcionalidad, en virtud del cual la pena debe ajustarse en su gravedad a la del comportamiento delictivo al que se conecta, debiendo mantener una correspondencia sustancial con él. Finalmente, la pena debe fomentar o, al menos, no cerrar el paso a la reintegración en la sociedad del delincuente, idea ésta que se configura como un derecho de todo ciudadano y se nutre tanto de una visión incluyente del orden social como del reconocimiento de la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

Pues bien, la tesis que quisiera exponer a continuación es la de que este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios políticocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales se pierden en el vacío de la incompreensión social. No son, sin embargo, objeto de una cumplida réplica por sus promotores porque el nuevo modelo está carente todavía de una suficiente estructuración conceptual y principal, la cual terminará llegando tarde o temprano y, con ella, el modelo antagonista al del derecho penal garantista¹.

¹ Apunta igualmente a la emergencia de otro modelo, CANCIO MELIÁ (2003), en *JAKOBS/CANCIO Derecho penal del enemigo*. Thomson/Civitas, pp. 59-60.

Un autor británico, Garland, ha intentado identificar un conjunto de rasgos que responderían a esos cambios en las actitudes sociales y que constituirían al mismo tiempo un buen compendio del nuevo modelo de intervención penal en curso². Sus reflexiones nos van a ser de utilidad en el análisis que sigue.

II. A la búsqueda de un diagnóstico

1. *Protagonismo de la delincuencia clásica*

La delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad en sus diversas facetas, que durante dos siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó que iba a sufrir. En efecto, durante las últimas décadas de la segunda mitad del siglo xx parecía asentarse la idea de que el derecho penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad propia de los poderosos, y ciertamente se produjeron en el ámbito legislativo avances muy significativos en ese sentido, de entre los que es singular ejemplo el renovado catálogo de delitos introducido por el código penal de 1995. También se han registrado esfuerzos por parte de determinados sectores judiciales para tomarse en serio las antiguas y nuevas previsiones legales que penan comportamientos delictivos habitualmente llevados a cabo por sectores socialmente privilegiados³.

Sin embargo, sólo unos pocos años más tarde predomina en la opinión pública una actitud resignada frente a los obstáculos con que ha tropezado el intento de asegurar la operatividad sin excepciones del catálogo de delitos del código penal. Las causas de tal pesimismo son diversas: Por un lado, se tiene la impresión de que los poderosos, mediante asesoramientos técnicos sólo accesibles a personas con su nivel económico o respaldo político, han sido capaces de explotar hasta límites abusivos las garantías del derecho penal y procesal penal, logrando así eludir en gran medida la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones. En segundo lugar, se ha generado la percep-

² Véase GARLAND (2001): *The culture of control*. University of Chicago Press, *passim*, y sintéticamente pp. 6-20.

³ No creo que la extendida persecución de los delitos relacionados con drogas deba incluirse entre la criminalidad de los poderosos, dado el ambiente socialmente marginal en el que se mueve y sin perjuicio de los importantes beneficios que ciertos sectores de tal delincuencia obtienen.

ción social de que en todas esas intervenciones penales resulta difícil eludir el aprovechamiento sectario del asunto por parte de los agentes políticos; el fenómeno de la judicialización de la política termina dejando en segundo plano la verificación de la realidad y la valoración de la gravedad de las conductas enjuiciadas, sepultadas bajo acusaciones recíprocas de conductas semejantes.

Un factor adicional, en absoluto desdeñable, ha sido la actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia: Lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida «expansión del derecho penal» no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes afflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y mucho menos creíble⁴.

Frente al desdibujamiento que los problemas antedichos parecen crear sobre la criminalidad de los poderosos⁵, la delincuencia clásica está más presente que nunca en el imaginario colectivo.

2. *Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana*

La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad

⁴ En la discusión española, y probablemente en la europea en general, ha formulado la propuesta más perfilada SILVA SÁNCHEZ (2001): *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas. 2.ª edición.

⁵ Que tal difuminación de los perfiles de este tipo de delincuencia empieza a tener consecuencias prácticas es algo evidente si se analizan ciertas medidas *pretendidamente* encaminadas a mejorar la efectividad de su persecución, como es el caso de la recientemente introducida obligación del ministerio fiscal de poner en conocimiento de los sospechosos el contenido de las diligencias de investigación a ellos afectantes o la limitación de la duración de tales diligencias a seis meses salvo prórroga acordada por el fiscal general del estado —reforma del Estatuto orgánico del ministerio fiscal por LO. 14/2003—.

ciudadana: Como consecuencia de una diversidad de factores, algunos de los cuales serán aludidos más adelante⁶, se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito⁷. Tales actitudes se producen además en un contexto peculiar, con dos rasgos especialmente significativos:

Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra parte, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años 70 y 80, y que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de «predador sexual», «criminal incorregible», «asesino en serie», «jóvenes desalmados»... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente.

Por lo demás, esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titula-

⁶ Entre los cuales no puede ser el más importante el efectivo incremento de la tasa de criminalidad en España, que pese al aumento, ya frenado, de los últimos años, sigue estando por debajo de los países de nuestro entorno.

⁷ Si la delincuencia y la inseguridad ciudadana eran mencionadas a mediados de 2001 como uno de los tres problemas principales de España por el 9% de los españoles, lo que les colocaba en quinto o sexto lugar de la lista de preocupaciones de la comunidad, durante la mayor parte del año 2003 se referían a ellas porcentajes iguales o superiores al 20%, habiéndose consolidado como la tercera preocupación más importante. De modo equivalente, a mediados de 2001 el miedo a sufrir un delito era uno de los tres problemas personales más importantes mencionado por alrededor del 9% de los encuestados, ocupando el cuarto o quinto lugar en el catálogo de problemas personales de los españoles, mientras que bien entrado 2003 lo consideraban uno de los tres primeros problemas personales entre el 15 y el 20% de los encuestados, ocupando entre el segundo y tercer puesto en el listado de problemas personales. Véase CIS. «Barómetros mensuales».

res, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población.

Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia.

3. *Sustantividad de los intereses de las víctimas*

Durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos. Su tutela se obtenía en la medida en que la incidencia del delito sobre determinados ciudadanos suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. De hecho, este requisito sigue fundamentando la caracterización del derecho penal como un sector del derecho público, diferenciado del derecho privado. Parecía, pues, evidente que un correcto entendimiento de la utilidad pública impedía contraponer toscamente los intereses de las víctimas con los intereses de los delincuentes por un juicio justo y por una ejecución penal atenta a sus necesidades de reintegración social.

Sin embargo, la plausible atención a los intereses de las víctimas ha adquirido en los últimos tiempos algunos sesgos novedosos: Ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate políticocriminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas. En segundo lugar, el protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas no admite interferencias, de manera que la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de suma-cero: Cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para la víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena; y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente. Y es que, finalmente, lo que se ha producido es una inversión de papeles: Es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de

los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes⁸.

4. *Populismo y politización*

Los agentes sociales que resultan determinantes en la adopción y contenido de las decisiones legislativas penales han sufrido modificaciones de gran calado.

Ante todo, los conocimientos y opiniones de los expertos se han desacreditado. Ello reza, desde luego, para las aportaciones procedentes de una reflexión teórica que, paradójicamente, ha logrado en el ámbito de la interpretación y sistematización de la ley penal niveles de precisión y rigurosidad conceptuales inalcanzados por otros sectores del ordenamiento jurídico; sus disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales. Pero la reputación de los especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de penas también se encuentra malparada; los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece sólo preocuparles el bienestar de los delincuentes. Sólo la pericia policial, en su doble faceta preventiva de delitos y persecuidora de los ya cometidos, sigue siendo considerada imprescindible; en este caso, sus eventuales insuficiencias no llevan a cuestionar la utilidad de sus conocimientos, sino a proponer su perfeccionamiento y mejora⁹.

En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un

⁸ Un ejemplo bien ilustrativo de hasta dónde se puede llegar por este camino lo constituye una práctica que se ha asentado en EEUU en relación con la aplicación de la pena de muerte: A efectos de decidir si en un caso de asesinato se debe imponer la pena de muerte o basta con una pena privativa de libertad, la fiscalía puede fundamentar su petición de pena capital, al margen de en la gravedad del hecho cometido, en los graves sufrimientos que la pérdida del ser querido ha causado entre sus parientes y allegados y en las dificultades que están encontrando para la superación de tal trauma. Eso lo materializa mediante la presentación de una «declaración de impacto sobre las víctimas», donde recoge los testimonios y dictámenes pertinentes, y que suele tener una influencia muy significativa en la decisión finalmente adoptada. Véase ZIMRING (2003): *The Contradictions of American Capital Punishment*. Oxford University Press, pp. 51-64.

⁹ Según una encuesta del Instituto Opina para el diario *El País*, realizada a fines de 2003, las cinco instituciones mejor valoradas por los españoles son, por este orden, la guardia civil, la monarquía, la policía nacional, las comunidades autónomas, y la policía municipal. El sistema judicial aparece en el último lugar de las instituciones listadas en la pregunta, en el puesto número 14. Véase diario *El País*. 6-12-03.

factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano.

Para que estos últimos agentes sociales puedan asentar su relevancia es preciso que los agentes institucionales directamente vinculados con la creación del derecho otorguen a las demandas populares un acceso privilegiado, mediante el que puedan eludir los habituales controles burocráticos que en toda democracia velan por el fundamento de las iniciativas legislativas. A esta labor se aplican en los últimos tiempos con extremado celo fuerzas políticas de todo el espectro ideológico. Las vías para su éxito transitan, de forma singular aunque no exclusiva, por la aceleración del *tempo* legiferante y la irrelevancia, cuando no eliminación, del debate parlamentario e incluso del gubernamental; se trata de que los políticos puedan justificar la omisión de aquellas fases procedimentales en las que el protagonismo corresponde a profesionales expertos en virtud de la urgencia o del carácter indiscutible de las decisiones a tomar, se revistan tal urgencia e inapelabilidad del concepto de alarma social, de perentoriedad del problema, de consenso social, o de cualquier otro recurso retórico. Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa¹⁰ suministra.

¹⁰ «Democracia directa» que abusa de las tramitaciones urgentes, que busca premeditadamente introducir importantes reformas del código penal en los últimos trámites parlamentarios —léase Senado—, o que aprovecha leyes, penales o no, con objetivos muy precisos para colar de rondón reformas penales cuya discusión parlamentaria se quiere evitar. Véanse las importantes reformas de la ley de responsabilidad penal de los menores que se incluyeron en las leyes orgánicas 9/2002, de reformas de los códigos penal y civil en materia de sustracción de menores, y 15/2003, de modificación del código penal; o las irregularidades procedimentales legislativas que han acompañado la incorporación al código penal de los arts. 506bis, 521bis y 576bis, relativos a la convocatoria de referenda ilegales y de allegamiento de fondos para asociaciones y partidos políticos ilegales, entre otros supuestos. Véase también GONZÁLEZ CUSSAC (2003): «La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal», *Revista xurídica galega*, n.º 38, pp. 19-21, 32.

Esta dinámica populista y politizada tiene una serie de rasgos entre los que quizás convenga destacar ahora dos de ellos.

El primero pondría de relieve que el descrédito de los expertos ha pasado de las palabras a los hechos: Al inicial distanciamiento o incompreensión hacia sus propuestas o modo de proceder ha sucedido una activa política encaminada a privarles del margen de discrecionalidad que, debido a su pericia, gozaban en su correspondiente ámbito decisonal. Ejemplos al respecto sobran en estos momentos, especialmente en el campo de la determinación de la pena y de su ejecución: Es el caso de la reducción del arbitrio judicial a la hora de sustituir la pena o medida de seguridad, o el resto de pena por cumplir, impuestas a un extranjero residente ilegal por su expulsión del territorio nacional, o las restricciones en la aplicación del tercer grado, la libertad condicional, los permisos de salida o los beneficios penitenciarios, introducidas, respectivamente, en las LLOO. 11/2003 y 7/2003.

El segundo rasgo se enuncia con facilidad: El manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate políticocriminal ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata.

5. *Revalorización del componente afflictivo de la pena*

La preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción en otros tiempos se comprendía pero no se atendía; me refiero a los sentimientos de venganza tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general.

A este factor se han añadido otros dos que han terminado de reforzar una transformación significativa del conjunto de objetivos a satisfacer por la pena:

Así, la resocialización del delincuente, pese a su soporte constitucional, ha dejado de tener los apoyos sociales suficientes para constituirse en un objetivo destacado de la ejecución penal. Ciertamente su cuestionamiento se inició entre los expertos, y tuvo una notable influencia en la reestructuración del modelo jurídicopenal en ordenamientos que habían apostado casi en exclusiva por el efecto resocializador de la pena. Pero la formulación de tales objeciones se inició hace ya más de dos décadas, y

desde entonces se ha matizado notablemente la percepción experta sobre el tratamiento de los delincuentes. Ahora predomina una aproximación más realista y menos ideologizada a los frutos que pueden ofrecer las diversas técnicas disponibles, con ámbitos de intervención, como el relativo a desintoxicación e inserción de delincuentes drogadictos, que han mostrado sobradamente su efectividad¹¹. En el actual estado de cosas resulta, pues, injustificado colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales. Sin embargo, la opinión pública tiende a valorar las medidas que, con las miras puestas en la reinserción social del delincuente, flexibilizan la ejecución penal como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes¹².

A esta idea va estrechamente asociada otra, en virtud de la cual ha quedado arrumbada dentro del acervo de explicaciones sociales de la delincuencia aquella que la consideraba en gran medida una consecuencia de las desigualdades sociales, sea a la hora de interiorizar las normas sociales sea a la hora de disponer de los medios para desarrollar el plan de vida personal. Desde una visión marcadamente consensual de la sociedad, que minusvalora las diferencias de oportunidades entre sus miembros, la delincuencia se percibe como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que exige una respuesta que preste la debida atención a la futilidad de las motivaciones que han conducido a ella¹³.

El conjunto de los tres factores ha fomentado una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que en buena parte se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito. Baste con mencionar la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca, en contra de una tradición biseular en España, a la reclusión de por vida¹⁴, el notable endurecimiento

¹¹ Véase una revisión empírica de la eficacia de los tratamientos, moderadamente optimista, en REDONDO (1998): «Criminología aplicada: Intervenciones con delincuentes, reinserción e reincidencia», *Revista de derecho penal y criminología*. 2.ª época, n.º 1. pp 189 y ss.

¹² Sólo el tratamiento en general de los drogadictos delincuentes, así como los tratamientos que no conllevan una flexibilización significativa del régimen de cumplimiento de la pena, se aceptan sin reticencias por la población.

¹³ A ello no es obstáculo el estatus deshumanizado que el delincuente adquiere en el imaginario social, precisamente y de forma paradójica debido a su previa consideración como un ciudadano que, como cualquier otro, ha disfrutado de igualdad de oportunidades. Véase al respecto lo que ya mencionamos en el apartado II.2.

¹⁴ Véanse los nuevos arts. 76 y 78 del código penal, tras la redacción derivada de la LO 7/2003. Es cierto que en otras épocas, sin ir más lejos durante el franquismo, existían

del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento en tercer grado o a la libertad condicional¹⁵, el renacimiento de las penas infamantes, como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales¹⁶, o el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso de ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo de las comunidades autónomas.

6. Redescubrimiento de la prisión

El que la prisión es una pena problemática se ha convertido en un tópico, en el moderno doble sentido de la palabra, que ha estado presente en la reflexión políticocriminal desde hace bastantes décadas. En especial durante la segunda mitad del siglo xx se convirtieron en lugar común una serie de consideraciones bien fundadas sobre los efectos negativos del encarcelamiento sobre los directamente afectados y sobre la sociedad en general. Ello fomentó, en especial en los países que más habían avanzado en el modelo resocializador, un fuerte movimiento favorable a buscar penas que pudieran sustituir total o parcialmente con ventaja a la pena de prisión. Es el momento de desarrollo de sistemas efectivos de penas pecuniarias, de la aparición de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de arrestos discontinuos, de libertades vigiladas o a prueba en sus diversas modalidades, de la revalorización de la reparación del daño como sustituto de la pena, y de los regímenes flexibles de ejecución penitenciaria.

Es cierto que en España el escepticismo hacia la pena de prisión sólo fue capaz de superar el ámbito teórico o académico cuando se iniciaron los trabajos de elaboración de un nuevo código penal, pero, aunque tarde, el nuevo código penal de 1995 constituyó una aportación significativa en ese sentido. Junto a la trascendente decisión de eli-

penas de prisión hasta de 40 años, pero la institución de la redención de penas por el trabajo las reducía de forma prácticamente automática en una tercera parte, lo que ahora ya no es posible.

Los cambios que se han producido en el modelo penal han llevado en otros países a la reintroducción o expansión de la pena de muerte, o a la readmisión de penas corporales. Véanse referencias en GARLAND, *op. cit.*, pp. 9, 142, 213, 257.

¹⁵ Véanse referencias supra. En otros países se han restablecido las cuerdas de presos. Véase GARLAND, *ibidem*.

¹⁶ Véanse referencias en SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 147. En ciertos ordenamientos se ha recuperado la obligación de los reclusos de portar uniformes infamantes —a rayas...—. Véase GARLAND, *ibidem*.

minar las penas de prisión inferiores a los seis meses, y la búsqueda de la efectividad en la penas pecuniarias mediante la adopción del sistema de días-multa, se integraron en el sistema de penas nuevas sanciones como la de trabajo en beneficio de la comunidad o los arrestos de fin de semana, directamente encaminados a eludir desde un principio, o mediante su papel como sustitutivos, a una pena de prisión cuestionada. No se olvidó tampoco de potenciar la institución de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ni de flexibilizar el régimen penitenciario, en especial en lo relativo a la obtención del tercer grado o la libertad condicional.

Sin embargo, la mayor parte de esas medidas destinadas a ser una alternativa a la pena de prisión nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo. Hoy por hoy, el sistema días-multa no ha impedido que las cuantías de las multas se sigan calculando de modo semiautomático, sin atender apreciablemente a la diversa capacidad económica de los culpables, las penas de arresto de fin de semana y trabajo en beneficio de la comunidad continúan vírgenes, a falta de una red de centros de arresto o de los correspondientes convenios con las instituciones que pudieran acoger a los trabajadores comunitarios. Las posibilidades de un tratamiento en libertad propias de la suspensión de la ejecución de la pena, el tercer grado o la libertad condicional no se han aprovechado más allá del ámbito de la drogodependencia, y la indudable mejora de la infraestructura penitenciaria, ahora de nuevo superada por el incremento de ingresos, se ha centrado en las condiciones de habitabilidad, descuidando la dotación de medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al régimen penitenciario¹⁷.

Mientras todo este frustrante proceso sucedía en nuestro país, en naciones de nuestro entorno cultural en las que estaba bien asentado el sistema de penas alternativas a la prisión se estaba produciendo un acelerado proceso de recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad, lo que estaba dando lugar a las correspondientes reformas legales. Su reacreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos sociopersonales de la pena: En primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de

¹⁷ Sobre la limitada aplicación de las penas alternativas a la prisión en los juzgados de lo penal, véase el ilustrativo estudio empírico coordinado por CID/LARRAURI (2002): *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*. Tirant. *passim*.

persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inoquizadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales¹⁸.

Dada la inestable evolución española, no es de extrañar que ese movimiento pendular haya encontrado campo abonado en nuestro país en cuanto se han producido unas mínimas condiciones favorables, como un transitorio incremento de la criminalidad y un gobierno y oposición mayoritaria que pugnan por destacar en su lucha contra el crimen. Los frutos ya están en nuestras manos: Sin haberse llegado nunca a ensayar seriamente las penas alternativas a la prisión, las reformas de 2003 han recuperado las penas cortas de prisión de tres meses en adelante en paralelo a la supresión del arresto de fin de semana, se ha incrementado la duración de las penas largas de prisión, se han introducido importantes rigideces en el régimen penitenciario.

7. Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal

El derecho penal moderno se ha ido construyendo desde hace algo más de dos siglos dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que estos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas.

Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un cambio que, a mi entender, no tiene antecedentes en las sociedades democráticas modernas: Se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cam-

¹⁸ Véanse las referencias en GARLAND, *op. cit.*, pp. 8-9, 175-179, 148-150, 154-165; SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 141-147.

bio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad, sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la que hemos llamado delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo. Dicho de otra manera, los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas.

Esa progresiva falta de recelo hacia el uso del instrumental punitivo está permitiendo, en primer lugar, reformas impensables hace poco tiempo. Basten como ejemplo la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo, la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales y aun civiles¹⁹, la facilitación de la prisión preventiva²⁰ y la disminución del control judicial de los procedimientos penales mediante los juicios rápidos²¹.

8. *Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia*

Durante mucho tiempo el epígrafe precedente significaba que la comunidad asumía su responsabilidad en la génesis de la delincuencia, y que se aprestaba a estimular y desarrollar iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social de ciertos ciudadanos. Se trataba de brindar apoyo familiar, laboral, asistencial, a los delinquentes o a las personas en trance de convertirse en tales. La meta era anticiparse a la intervención de los órganos formales de control social —policía, administración de justicia...— mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas. Ahora los mismos términos significan otra cosa, cómo mejorar la colaboración con la policía en la prevención del delito e identificación y detención de los delinquentes.

En nuestro país apenas se ha desarrollado lo que en otros países se ha llamado prevención comunitaria, correlato de la prevención policial:

¹⁹ Como en el caso de la reciente regulación de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, contenida en la L. 27/2003 de 31 de julio.

²⁰ A partir de las LLOO 13/2003 y 15/2003.

²¹ Dada el protagonismo adquirido por el impulso policial del procedimiento, así como el incremento de las conformidades. Véase LO 8/2002. Según datos facilitados a la prensa a comienzos de 2004 por el Consejo general del poder judicial, en alrededor de un 50% de los casos tramitados por el procedimiento de enjuiciamiento rápido se dicta sentencia de conformidad.

En último término todo se reduce a que la comunidad, mediante una estrecha colaboración con la policía, aprenda y acepte poner en práctica por sí misma técnicas y habilidades que permitan sustituir o incrementar la eficacia de las intervenciones policiales para prevenir o perseguir el delito. De esos afanes han surgido valiosos programas de diseño urbanístico o viario anticrimen, útiles programas de difusión de técnicas de autoprotección de las víctimas o de demanda de intervención inmediata²², pero también programas de control vecinal que capacitan a los residentes de un barrio para informar de cualquier ciudadano desconocido y de aspecto inusual que transite por sus calles lo cual, en aras a su mayor eficacia intimidatoria, se recuerda mediante los correspondientes indicadores callejeros²³, o policías de proximidad una de cuyas funciones específicas es recoger la mayor cantidad posible de información vecinal *en principio* delictivamente intrascendente.

Pero la directa implicación de la comunidad en la persecución del delito no queda limitada a tareas de colaboración con la policía, sino que cada vez más los poderes públicos fomentan el desempeño por la propia comunidad de las funciones propias de los órganos formales del control social.

La expansión de la seguridad privada en nuestro país y en los países de nuestro entorno supone una dejación generalizada de responsabilidades por parte de los poderes públicos en relación con uno de sus cometidos fundamentales, la salvaguarda del orden público. La asunción del control social penal por parte de la sociedad civil se extiende asimismo a fases ulteriores a la de prevención o persecución policiales:

Es conocido que países cercanos a nosotros han desarrollado un sistema privado de establecimientos penitenciarios, lo que no ha dejado de sorprender en amplios sectores sociales. Pero deberíamos de ser conscientes de que España ya ha entrado decididamente en esa dinámica: El sistema de ejecución de las medidas imponibles a menores responsables de delitos descansa ya en gran medida en una red de centros e instituciones privadas, concertadas con la administración pública competente, en la que agentes privados ejecutan, entre otras, medidas de internamiento prolongadas y aplican el régimen disciplinario legalmente previsto. En el ámbito de la ejecución de penas de adultos, tampoco pueden pasarse por alto los ingresos de drogodependientes con pena suspendida o en libertad condicional en centros cerrados de desintoxicación rigidos por agentes privados.

²² Es el caso de las diversas actuaciones españolas de mejora de la prevención y persecución de la violencia doméstica.

²³ Conocidos en los países anglosajones como *Neighbourhood Crime Watch* o términos equivalentes.

Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados, al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes. Lo que constituye un cambio en las actitudes sociales ante la delincuencia de primera magnitud.

9. *Transformación del pensamiento criminológico*

A los embates que está recibiendo el control experto de la criminalidad, y que ya señalamos más arriba²⁴, hay que añadir una profunda transformación del abordaje de la delincuencia por uno de los sectores expertos más relevantes, la criminología. Durante las décadas de los 50, 60 y parte de los 70 del siglo pasado, el estudio empíricosocial del delito y del delincuente se centró en un enfoque etiológico que percibía la mayor parte de la delincuencia como un producto de la marginación y privación sociales. Los 70 y los 80 presenciaron una acentuación de esta aproximación metodológica, cuando desde la teoría del etiquetamiento y los más amplios enfoques de la criminología crítica las instituciones sociales que tenían encomendadas tareas de integración y de control sociales pasaron a ser consideradas factores directamente configuradores y generadores de la delincuencia.

Desde los 90 del pasado siglo la criminología ha experimentado un profundo cambio de perspectiva: Ya no son la marginación o exclusión sociales ni siquiera las instituciones de integración y control sociales las que crean delincuencia, sino que la delincuencia surge por defecto, es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último.

Acomodadas o no dentro de lo que se ha venido en llamar la criminología administrativa o la criminología actuarial²⁵, predominan orientaciones que niegan o se abstienen de resaltar el pretendido trato desigual de la sociedad o de sus instituciones hacia los que terminan convirtiéndose en delincuentes. En contraste, los delincuentes serían personas normales, bien integradas o integradas aceptablemente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las

²⁴ Véase apartado II.4.

²⁵ Véanse referencias en LARRAURI PIJOAN (1991): *La herencia de la criminología crítica*. Siglo XXI eds., pp. 143 y ss.; GARRIDO/STANGELAND/REDONDO (2001): *Principios de criminología*. 2.ª edic. Tirant, pp. 384-390.

oportunidades de delinquir que se les ofrecen. Las soluciones a tales tentaciones han de transitar por dos vías fundamentales: Por una parte, reforzando los efectos reafirmadores de la vigencia de las normas e intimidatorios, propios de penas suficientemente graves; dado que estamos ante ciudadanos que se comportan racionalmente, incorporarán fácilmente a su proceso motivacional tales costes, y terminarán desistiendo de realizar comportamientos delictivos. Por otra parte, hay que desarrollar políticas de prevención situacional, que desplazan la atención desde el delincuente al delito, y se centran en reducir las oportunidades para delinquir; ello exige hacer menos atractivos los posibles blancos delictivos mediante la introducción de medidas de seguridad de todo tipo, algunas de mero sentido común, las más incorporando medios técnicos, unas a ejecutar directamente por la comunidad, otras a desenvolver en el nivel de control social institucional, todas ellas expresivas de una opción de lucha contra la delincuencia que ha decidido detenerse en el plano más superficial del comportamiento delictivo, sin interesarle las causas profundas de él.

Tampoco han faltado orientaciones, como la criminología feminista, que, sin desconocer las causas profundas de determinados comportamientos delictivos, ha dado la primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de intervenciones sociales y, en consecuencia, ha sido una de las principales impulsoras de lo que podríamos denominar el *bienestarismo autoritario*. En efecto, esta corriente de pensamiento ha puesto acertadamente de manifiesto la necesidad de desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, apenas alterada, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el siglo xx y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros. Pero, además, la mayoría de las perspectivas feministas, a la búsqueda de una enérgica reacción social ante tal estado de cosas, han tenido éxito en extrapolar la significativa presencia en esa actitud patriarcal de conductas violentas hacia las mujeres, al conjunto de comportamientos sociales lesivos de los derechos individuales de éstas, de forma que se ha generalizado la imagen social de que la violencia es el vector explicativo de la desigualdad entre los géneros. Así ha conseguido que esta desigualdad se perciba indiferenciadamente como un problema de orden público, para cuya solución los mecanismos preferentes han de ser los penales.

Ello origina que el discurso se centre, en primer lugar, en asegurar una punición suficientemente grave de un número significativo de comportamientos patriarcales, ya no necesariamente violentos²⁶, mediante

²⁶ Véase, por ejemplo, el nuevo estatus penal otorgado a las *amenazas* en el marco de la denominada violencia doméstica mediante su incorporación al delito de lesiones,

una entusiasta reivindicación de la pena de prisión y un paralelo desprecio de las pretensiones resocializadoras hacia los delincuentes, consideradas inútiles e indebidamente detractoras de recursos hacia las víctimas. En segundo lugar, asegurado el castigo, la ineludible transformación de las pautas y actitudes patriarcales difundidas por todo el tejido social encuentra de nuevo en el derecho penal un instrumento técnico privilegiado, dada su pretendida capacidad para promover cambios sociales a través de sus efectos simbólicos: Ello le otorga una función pedagógica superior a la de cualquier otro tipo de intervenciones sociales, las cuales, sin desaparecer, quedan en un segundo plano ante la potencia socialmente transformadora del derecho penal.

III. Posicionamiento y estrategias

Una vez identificado ese conjunto de actitudes sociales, deberíamos evitar la tentación de limitarnos a reiterar el desdén hacia la mayor parte de estas evoluciones sociales. Propongo que no olvidemos intentar comprender la postura del otro y su solidez, antes de plantearnos qué procede hacer y qué estrategias hay que desarrollar para conseguirlo.

1. *Los errores del garantismo*

Ese intento de comprensión debiera comenzar por reconocer los errores cometidos por un pensamiento penal férreamente anclado en el modelo garantista.

Pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales. Eso se puede ejemplificar, por el momento, en tres aspectos:

El primero podría ser su olímpico desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios. Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente ha permitido que su discurso políticocriminal se haya mantenido inmu-

sea de forma directa a través de la transformación de las faltas en delito, sea mediante la incorporación a él de la violencia psíquica. Un fenómeno semejante se ha producido con la autonomía adquirida por el concepto amplio de amenazas que ha dado lugar al delito de acoso sexual y con el que se anuncia respecto al acoso laboral. Cfr. arts. 153 y 184 del código penal, tras las reformas de 2003 y 1999, respectivamente.

ne a los cambios sociales que se han ido sucediendo. No se trata tanto de recordar una vez más la incomprensible desconsideración por su parte del estatus científico que se merece la criminología, sino de llamar la atención sobre la capacidad del modelo garantista para ignorar ciertas realidades que contradicen sus orientaciones políticocriminales: La insensibilidad hacia la degradación de la convivencia en determinados barrios en los que se concentraba el tráfico y consumo de heroína durante la pandemia de los años 80 y 90, y hacia las iniciativas vecinales al respecto, es un buen ejemplo.

A estos últimos efectos, el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima²⁷ para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado una eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos. Pensemos en las reticencias a las reformas penales encaminadas a una mejor persecución del terrorismo callejero o de baja intensidad, y en las objeciones de principio a una utilización del derecho penal para afrontar la violencia doméstica. El que ahora tales actuaciones no sean objeto de crítica por el garantismo no nos exime de recordar lo que se dijo en el momento de su implementación.

Por último podríamos citar la incomprensible, cuando no irresponsable, actitud según la cual la reflexión jurídicopenal se debe concentrar en una correcta interpretación de las leyes, ya que es mediante el aseguramiento de una aplicación judicial del derecho acorde con los principios garantistas, salvaguardada en último término por el tribunal constitucional, como se satisfarán las aspiraciones del derecho penal mínimo. Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática, desdeñosos de los vaivenes políticos, se ha dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración.

2. *El discurso de la resistencia*

Quizás, de todos modos, no haya que perder los nervios. Podemos estar ante un fenómeno pasajero. Para nadie es un secreto que todo el mundo occidental desarrollado está registrando en las dos últimas décadas un generalizado reflujó del estado del bienestar que, además de

²⁷ Véase una crítica a su misma formulación en DÍEZ RIPOLLÉS (2003): *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Trotta, pp. 143-144.

hacer difícil en ocasiones la distinción entre políticas conservadoras y progresistas, ha hecho que en nuestra sociedad haya arraigado un individualismo exacerbado, en el que cualesquiera explicaciones de la delincuencia que aludan a factores estructurales tengan dificultades para abrirse paso frente a las más simplistas referencias al libre arbitrio del delincuente. Pero las negativas consecuencias sociales de tales programas de actuación ya son manifiestas en muchos países y es previsible que sigan incrementando su visibilidad en éstos y en otros países.

España no es una excepción, y el ya prolongado ciclo conservador en el que nos encontramos está haciendo sentir claramente sus efectos sobre el modesto estado de bienestar laboriosamente construido en los años 80 y comienzos de los 90; y es de esperar que también entre nosotros se acumulen los datos sobre las nefastas consecuencias sociales a que tal política está dando lugar²⁸.

De todas formas, a la espera de la reversión del fenómeno, no debiéramos olvidar el pavor electoralista de una parte de la izquierda. La adhesión de los socialistas a la política de ley y orden permite augurar que no saldremos tan fácilmente de ese ciclo en lo que se refiere a materias afectantes a la seguridad ciudadana. Con cierto retraso respecto a sus homólogos británicos o franceses, la izquierda moderada española parece haber abrazado los postulados de la llamada criminología de la clase obrera o de los nuevos realistas de izquierda²⁹, y ha convertido la seguridad ciudadana en objetivo prioritario de la lucha contra la delincuencia, abandonando su tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas y no desde los síntomas.

Ante esta situación, el discurso de la resistencia tiene dos tareas delante de sí. Por un lado, reaccionar enérgicamente ante las propuestas entreguistas que, dentro de la propia reflexión jurídicopenal, propugnan legitimar la reciente evolución políticocriminal, vista como un fenómeno inevitable. Por otro lado, contraatacar plantando cara a los agentes sociales responsables de este estado de cosas políticocriminal.

En cuanto a lo primero, hay que rechazar aquellas posturas que pretenden dar carta blanca a los poderes públicos en su lucha contra la delincuencia. Así, la tesis conocida como el «derecho penal del enemigo»³⁰,

²⁸ Una sugerente —y consoladora?— interpretación de las recientes reformas penales como desarrollo de la política criminal de la derecha en el poder, sin dejar de reconocer, con todo, la deriva socialista, se encuentra en GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pp. 13-19, 22, 24, 28.

²⁹ Véase lo dicho supra en apartado II.9.

³⁰ Actualmente su defensor más decidido es Jakobs, cuya última formulación al respecto parece estar en JAKOBS/CANCIO, *op. cit.*, 21-56. Véase su aceptación, aunque más matizada, en SILVA SÁNCHEZ, «La expansión...». *Op. cit.*, pp. 163-167.

que propugna la creación de un derecho represivo excepcional, aligerado de garantías y usuario de penas extremadamente duras, para determinadas formas de delincuencia que van desde la terrorista, pasando por muy diversos tipos de delincuencia organizada, hasta la delincuencia clásica o callejera habitual o profesional, constituye una defección en toda regla, con armas y bagajes, al campo de la ideología de la seguridad ciudadana. Su pretensión de fundamentar los excesos de intervención penal propuestos en el dato de que estamos ante individuos que han decidido autoexcluirse de los valores y normas de la sociedad en la que viven, lo que justificaría su consideración como extraños a la comunidad, muestra un sinnúmero de incongruencias, que no es éste el lugar para destacar³¹.

En cuanto a lo segundo, procede ahora desenmascarar a un conjunto de agentes sociales que se han convertido en los portaestandartes de la nueva ideología de la seguridad ciudadana.

Ante todo, los medios de comunicación social: Su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incrementen sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando.

En segundo lugar, la propia comunidad, asustada de lo que le cuentan y, a veces, de lo que directamente experimenta, y halagada hasta el hastío por todo tipo de agentes sociales ocupados primordialmente en exculparle de toda responsabilidad. Ella ha acabado creyéndose que una aproximación vulgar —en términos positivos, «de sentido común»— a la criminalidad, compuesta sustancialmente de mano dura y de amplias dosis de incomprensión e incomunicación intersubjetivas, es la única receta capaz de frenar el inminente caos social, siempre anunciado. Su desinterés por las aportaciones expertas en este campo no deriva sólo de la frecuente incompetencia de esos expertos, sino que en buena medida arraiga en el progresivo engrreimiento de la plebe en las socieda-

³¹ Críticamente sobre el derecho penal del enemigo, CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pp. 78-102; LAURENZO COPELLO, «Recensión» a SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*. 2.^a edic., en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 12, pp. 455-456; MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, p. 11; MUÑOZ CONDE, «¿Hacia un derecho penal del enemigo?», *Diario El País*. 15-1-2003.

des de masas³², que le ha llevado a pensar que es ella la que debe tomar directamente minuciosas decisiones para el abordaje de muy diferentes y complejos problemas sociales, en lugar de dejarlas en manos de los expertos y exigir luego, eso sí, responsabilidad por los errores cometidos.

Pero esta situación sería poco menos que inimaginable si la política profesional no hubiera abandonado desde hace ya algún tiempo una de sus máximas de actuación irrenunciable: Aquella que establece que los políticos son creadores de opinión, y no meros transmisores de las opiniones originadas en la comunidad. Sus desvelos por no permanecer en la oposición les llevan con demasiada frecuencia a olvidar, o al menos a arrumbar temporalmente, sus creencias antes que soportar las consecuencias electorales de mantener opiniones en algún momento minoritarias. Poco más merece decirse de un fenómeno tan conocido.

3. *El reconocimiento del terreno*

Ahora bien, si no nos conformamos con resistir, y queremos avanzar en la acreditación de un modelo de intervención penal distinto al de la seguridad ciudadana, debemos reconocer bien el terreno. Y para ello conviene que evitemos descalificaciones ideológicas apresuradas, que nos crean la ilusión de vivir en un mundo simple, dividido entre buenos y malos. Citemos algunas.

La idea de que garantizar la seguridad ciudadana es un objetivo cuya consecución beneficia de modo singular a las clases media/baja y baja de la sociedad, fue un acertado descubrimiento de las corrientes criminológicas que, desde aproximaciones progresistas a la delincuencia, huían de los excesos de la criminología crítica³³. La incorporación de este pensamiento a los programas políticos de la izquierda satisface justificadas demandas de su electorado: En ellas se aúnan la realidad de los colectivos víctimas de la delincuencia y desorganización social callejeras, con el imposible mantenimiento por más tiempo de una concepción ingenua del delincuente como mera marioneta de los condicionamientos sociales. Que ello haya dado lugar a propuestas de intervención centra-

³² Un sugestivo ensayo sociológico sobre el papel de la masa como actor social en las modernas sociedades lo constituye la obra de SLOTERDIJK (2002): *El desprecio de las masas*. Pre.textos, en especial pp. 9-29, 71-99, donde, entre otras cosas, sostiene que la sociedad de masas democrática persigue ante todo obtener la autoestima de la propia masa, lo que exige despreciar las diferencias individuales, sólo admisibles en cuanto artificialmente creadas y revocables.

³³ Véase supra apartado II.9.

das en los síntomas, y que la lucha contra las causas sociales de la delincuencia se haya quedado en una mera referencia retórica, sin autonomía programática ni contenido presupuestario dignos de mención³⁴, es una contingencia que no tendría por qué haberse producido.

El descubrimiento por algunos movimientos sociales de la fuerza expresiva e integradora del derecho penal, y su uso inmoderado, hasta el punto de que en sus programas las propuestas de intervención punitiva arrinconan a aquellas de naturaleza puramente social no puede hacernos olvidar que tales organizaciones sociales son alimentadas por corrientes ideológicas que luchan por consolidar y profundizar un estado del bienestar para el que corren malos tiempos. Que sus meritorios esfuerzos concluyan en demasiadas ocasiones en lo que hemos venido en llamar un *bienestarismo autoritario*, de cortas miras, dudosa eficacia y escasa legitimación, es algo ciertamente a lamentar.

En cualquier caso, ni un análisis realista de la delincuencia, ni las pretensiones de progresar en la construcción del estado del bienestar, son actitudes ajenas al desarrollo de un modelo alternativo al de la seguridad ciudadana. Por mucho que en estos momentos, y en demasiadas ocasiones, estén contribuyendo justamente a su consolidación.

4. *Las explicaciones estructurales*

A la búsqueda de explicaciones que ahonden en las transformaciones sociales que han llevado a este repentino cambio en el paradigma sancionador penal, pienso que la ideología de la inseguridad ciudadana

³⁴ Un buen ejemplo de lo que digo se encuentra en el programa electoral del partido socialista para las elecciones generales de 2004: El apartado dedicado a la delincuencia y la seguridad ciudadana ocupa 10 páginas, en las que, tras criticar la política del partido popular, describe la estrategia socialista en torno a dos pilares: El primero son las políticas de solidaridad y cohesión social, y el segundo un sistema público de seguridad eficaz. Sin embargo, al primer pilar dedica escasamente una página, con seis propuestas de las cuales sólo las dos primeras atienden propiamente al fomento de la inclusión social, y sin que ninguna de las dos contenga una sólo propuesta concreta más allá de la puesta en marcha de un Plan nacional de prevención de la delincuencia. El segundo pilar ocupa al menos cuatro páginas y media, y está trufado de todo tipo de medidas y compromisos concretos para el desarrollo del modelo policial preconizado. En los pasajes adicionales dedicados a la política penitenciaria, pese a una decidida apuesta por la resocialización, sólo cuatro de las diez medidas propuestas tienen que ver directamente con programas de tratamiento, sin que haya una sola mención al fomento de penas alternativas a la prisión. La misma orientación se aprecia en el apartado específico referido a la lucha contra el tráfico de drogas. Véase *Partido socialista obrero español*. «La democracia de los ciudadanos y ciudadanas. La España plural. La España constitucional». 2004.

es en gran medida una liviana cortina que vela un conjunto de malestares sociales que se han asentado firmemente entre la población en los últimos años. La relevancia otorgada a la delincuencia y a su control oculta, mediante una sencilla explicación, fenómenos sociales de mayor fuste y complejidad. Permítaseme aludir a dos de ellos especialmente significativos:

Estamos pagando las consecuencias derivadas del desmantelamiento del estado del bienestar o, si se quiere, de su incipiente consolidación en España. Acontecimientos sociales de primera fila, como las reformas laborales que han conducido a la precariedad en el empleo, el deterioro de servicios sociales básicos como la sanidad y la educación, las dificultades para el acceso a la vivienda, la progresiva pérdida de generalidad de las obligaciones fiscales y de su carácter distributivo, entre otros fenómenos³⁵, han hecho que las legítimas aspiraciones de amplios sectores sociales a desarrollar un proyecto vital coherente y con proyección en el tiempo se estén viendo frustradas. Ello da lugar entre las capas sociales perjudicadas por esta evolución a una sensación de inestabilidad personal que no favorece la comprensión hacia los comportamientos delictivos, los cuales se perciben en buena medida como actuaciones ventajistas, que pretenden beneficiarse del respeto a las normas por los demás a la hora de lograr los mismos objetivos sociales; por su parte, los sectores sociales que están sacando provecho de toda esta desregulación no ven motivos para aportar comprensión hacia un tipo de comportamientos, los de la delincuencia clásica, que sólo refle-

³⁵ Se pueden mencionar algunos datos significativos: Según Eurostat, España era en 2000 el penúltimo país de la Unión europea en porcentaje de PIB dedicado a gasto social. El empleo precario supone ya, tras unos pocos años de vigencia de las nuevas normas de contratación laboral, más del 30% de todo el empleo y, para hacerse una idea de su evolución, baste decir que en la provincia de Málaga el 92% de todos los contratos firmados en 2003 fue temporal, con una duración media de 80 días. Por lo que se refiere a la sanidad, España ocupa, según la OCDE, el penúltimo lugar de la UE en gasto de salud por habitante. El gasto público estatal destinado a la vivienda ha pasado del 1% de 1993 al 0,5% en 2004, y si la vivienda protegida constituía el 30% de las viviendas iniciadas en 1996, ahora, en 2003, apenas llega al 7%; el porcentaje de ingresos destinado por las familias a pagar la hipoteca se aproxima al 50% en 2003, cuando en 1996 apenas superaba el 30%. La APIFE, asociación que aglutina a más del 90% del colectivo de inspectores que trabaja en la Agencia tributaria lleva meses denunciando el sesgado control del fraude tributario que se lleva a cabo, centrado casi de modo exclusivo en los que ya declaran, y que está dando lugar a graves lagunas de inspección en el ámbito de la actividad financiera e inmobiliaria, llegando a afirmar que pareciera que las últimas reformas han ido encaminadas a facilitar la evasión fiscal de tales colectivos. Véanse informaciones, y referencias adicionales de la fuente, en diario *El País*, 25-1-2004, 26-1-2004, 27-1-2004, 30-1-2004, 31-1-2004, 12-2-2004 (*País Andalucía*).

jan un insuficiente esfuerzo de ciertos sectores sociales para ajustarse a las nuevas realidades sociales³⁶.

Tampoco hay que olvidar el extendido desconcierto personal que está originando un mundo cada vez más complejo y en rápida transformación: La sensación de que la sociedad evoluciona espontáneamente, sin ninguna dirección previsible y menos controlable, la consciencia de que las exigencias de la mundialización superan con creces las capacidades individuales, el recelo ante una inmigración desbordada³⁷, extraña y recipiendaria de todo tipo de actitudes prejuiciosas, por no citar más que algunos hechos, originan ciertamente un replegamiento hacia identidades colectivas que parecen ofrecer un suelo firme sobre el que caminar. Pero también fomentan visiones de exclusión social, que buscan a través de la estigmatización de ciertos colectivos sociales la confianza perdida en uno mismo y en los más cercanos.

El modelo de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades antedichas: Se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nitidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... Suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible.

5. *El modelo a promover*

Tras todo lo que llevamos dicho, algo creo que ha quedado claro: El debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia. En ese sentido, la alternativa al modelo de la seguridad ciudadana no es el modelo garantista, sino un *modelo penal bienestarista*, que anteponga una aproximación

³⁶ En un sentido cercano, a la hora de interpretar las causas de las últimas reformas penales, SÁEZ VALCARCEL (2002): «La inseguridad, lema de campaña electoral», *Jueces para la democracia*, n.º 45. *passim*; MAQUEDA ABREU, *op. cit. passim*; ZUGALDÍA ESPINAR: *Seguridad ciudadana y estado social de derecho* (en prensa). Ejemplar mecanografiado, pp. 1-2, 4, 9.

Una contundente explicación del modelo de seguridad ciudadana en EEUU desde la perspectiva de un Estado económicamente desregulado y socialmente desmantelador o condicionador de las políticas de asistencia social, se encuentra en WACQUANT (2001): *Las cárceles de la miseria*. Alianza editorial, *passim*.

³⁷ Se ha pasado de una tasa de inmigrantes ajenos a la UE de un 1,5% en 1999 a otra cercana al 6% en 2003, o lo que es lo mismo, a un ascenso de 600.000 a dos millones y medio en cuatro años, lo que es sorprendente aun contando con el significativo afloramiento de la inmigración irregular a través de las cifras de empadronamiento. Se calcula que en 2010 podrán ya suponer el 14% del total de la población.

social a una aproximación represiva hacia la delincuencia. Y los términos del debate se desenvuelven, en consecuencia, en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar³⁸. La contraposición entre estas dos perspectivas, sin perjuicio de que ninguna renuncie plenamente a contenidos de la otra, refleja el contraste entre un afrontamiento ingenuo, tosco, de la delincuencia, centrado en los síntomas e incapaz de ver más allá del corto plazo, y un abordaje de la criminalidad experto, consciente de la complejidad del fenómeno, centrado en las causas y dispuesto a dar su tiempo a las modificaciones sociales.

Pero la efectividad y eficacia del modelo penal bienestarista hay que demostrarlas, o al menos hacerlas plausibles, y eso no se logra reclamando adhesiones ideológicas ciegas en una sociedad cada vez más desideologizada. Hay que documentar las consecuencias negativas del modelo de la seguridad ciudadana y su previsible, si no ya presente, fracaso. Para ello es preciso abandonar la argumentación en el mero terreno de los principios, y descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos empírico-sociales. Sólo así, por otra parte, recuperará la pericia políticocriminal su fuerza de convicción y el lugar del que ha sido desalojada.

Que el debate no pueda eludir, o incluso deba centrarse, en la racionalidad pragmática no quiere decir que hayan de arrumbarse imprescindibles referencias valorativas. En este sentido, hay que retomar con decisión los esfuerzos a favor de la «modernización» del derecho penal, esto es, de una ampliación de la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco considerados ajenos a la política criminal. El carácter esencial de los intereses protegidos y la exigencia constitucional de igualdad de trato de todos los ciudadanos obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del derecho penal. Esta es la genuina tarea expansiva de la criminalización que corresponde al modelo penal bienestarista: Ha de liberar al derecho penal del estigma de ser el derecho de los pobres, y ha de asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia. Se impone, por tanto, una contundente reacción ante aquellas propuestas que, con mejor o peor intención, proponen una reducción significativa de la aún incipiente punición de conductas socialmente muy perturbadoras pero realizadas en nichos sociales acomodados.

³⁸ En mucha menor medida, también tiene lugar en el ámbito de la racionalidad teológica, a saber, el de los objetivos sociales a conseguir.

En cualquier caso, debe reiterarse que tanto las nuevas decisiones de criminalización como las clásicas, por muy relevantes que sean los intereses que tutelén, deben someterse en el modelo penal bienestarrista al contraste de su efectividad y eficacia. Ello obliga a un análisis cuidadoso de todos los recursos sociales disponibles, de forma que cualquier intervención penal habrá de acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones. Se ha de estar, en consecuencia, dispuesto a que un uso consecuente de esta pauta decisional contradiga asentados lugares comunes en el ámbito del principio de subsidiariedad penal.

¿Y qué hacemos con el sistema de garantías tan trabajosamente construido? Mantenerlo o, mejor dicho, convencer a la sociedad de que no puede prescindir de él. Para ello hay que procurar, en primer lugar, que el garantismo deje de ser entendido como un modelo global de intervención penal. Esta caracterización, que en buena parte le hemos venido atribuyendo por defecto, condicionados por la ausencia de auténticos proyectos políticocriminales, no responde a su naturaleza. Pues su función no es elaborar programas de actuación políticocriminales, sino constituirse en un baluarte, una trincheras, frente al posible abuso de los poderes públicos al desarrollar tales programas.

Aclarado esto, y en segundo lugar, hay que hacer creíble a la sociedad que estos abusos existen, y que se pueden incrementar. Sólo cuando suficientes sectores sociales comprendan los riesgos que implica el desmantelamiento del sistema de garantías se estará en condiciones de revertir el fenómeno social antes aludido, por el que se está dispuesto a sustituir garantías por efectividad en la persecución del delito. De nuevo convendría que descendiéramos de los principios y las abstracciones a casos concretos, a la descripción de abusos efectivos sobre potenciales y reales delincuentes.

Por lo demás, el sistema de responsabilidad penal será tanto más sólido cuanto mejor exprese, de forma depurada pero comprensible, las ideas sociales vigentes sobre cuándo alguien debe responder por sus actos y en qué grado. Allí está su fuerza, y no en refinadas e inaccesibles construcciones conceptuales. Y algo parecido sucede con el sistema de verificación de la responsabilidad, en el que, por ejemplo, la actividad probatoria no debería ver obstaculizada su aproximación empírica a la realidad, ni su uso de reglas lógicas o argumentativas ampliamente compartidas, por frenos garantistas negadores de la evidencia³⁹.

³⁹ Sin perjuicio de las reacciones, enérgicas, que debieran incidir sobre quienes lleven a cabo prácticas de investigación y prueba prohibidas.

Dos cuestiones fundamentales de las reformas procesales

Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal*

Manuel Cachón Cadenas
Catedrático de Derecho procesal. Universidad Autónoma de Barcelona

1. Ausencia de un modelo claro y coherente de proceso penal

En los últimos tiempos, al comienzo de cada una de las sucesivas Legislaturas, el Gobierno de turno se ha apresurado a anunciar una profunda reforma global del proceso penal, que, en alguna ocasión, ha ido acompañada de la promesa de aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta ahora, tales propósitos han quedado en agua de borrajas. Cuando se ha tomado conciencia de la imposibilidad o dificultad para llevar a buen puerto aquellos objetivos, se ha acabado optando por algo más modesto, es decir, por una política de reformas legales de carácter parcial y fragmentario, aunque en algunos casos se haya tratado de modificaciones de enorme trascendencia. En suma, lo de siempre: política de «remiendos». En este panorama general, quizás la única nota peculiar que ha aportado la fase final de la última Legislatura ha sido el ritmo galopante, casi frenético, con el que se han ido sucediendo esas modificaciones parciales del proceso penal.

A mi juicio, se ha incurrido, una y otra vez, en el mismo error de partida: creer que la tarea que ha de llevar a cabo la comisión o el grupo de trabajo encargado de elaborar la nueva regulación del proceso penal es de carácter exclusiva o principalmente técnico. Por supuesto, ese trabajo tiene importantísimos aspectos de índole puramente técnica. Pero elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, o configurar una nueva regulación global del proceso penal, exige, ante todo, tener claro cuál es el modelo general de proceso penal que se pretende implantar. Y esto ya no es un asunto de técnica jurídica, sino de política

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación «Protección de la víctima y rehabilitación de los delincuentes en libertad (violencia doméstica, violencia sexual, violencia racista)», subvencionado por la CICYT (BJU 2001-2005).

procesal. No son cuestiones meramente técnicas, por ejemplo, decidir si la instrucción del proceso penal se encomienda a un órgano judicial o al Ministerio Fiscal, o determinar el alcance de la acusación particular, o la incidencia de la acción popular, o las limitaciones del llamado principio de oportunidad.

En mi opinión, la deficiencia general más grave de la que sigue adoleciendo nuestro actual sistema procesal penal radica en la ausencia de un modelo claro y coherente de proceso penal.

Por ello, no es de extrañar que el legislador decida introducir tal o cual reforma procesal siguiendo una determinada orientación general, y, al cabo de muy poco tiempo, vuelva sobre sus pasos y deshaga lo hecho, acogiendo el criterio opuesto al inicialmente seguido. Muchos son los ejemplos que podrían aducirse en este sentido. Baste mencionar uno reciente. En su día, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, decide reducir al máximo la intervención de la acusación particular en el proceso penal seguido contra menores. Posteriormente, se producen determinados hechos espantosos perpetrados por menores, que están en la memoria de todos, y llega la Ley Orgánica 15/2003, que da nueva redacción al art. 25 de la citada LO 5/2000, admitiendo ahora una amplísima intervención de la acusación particular en el proceso penal de menores.

Por otra parte, esta política de reformas procesales parciales lleva consigo diversas consecuencias negativas:

- a) En primer lugar, agrava la falta de coherencia interna del sistema procesal penal.
- b) Asimismo, se acentúa la falta de correspondencia entre la regulación legal del proceso penal y la realidad de este proceso. Por ejemplo, en la ley sigue apareciendo como proceso ordinario, como proceso tipo, un procedimiento que en la práctica es totalmente excepcional, o sea, el previsto para delitos castigados con pena de prisión superior a nueve años.
- c) Por otro lado, se complica el funcionamiento práctico del sistema. Basta tener en cuenta, por ejemplo, las dificultades con que nos encontramos cuando tratamos de determinar el alcance de tal o cual remisión que la normativa sobre los juicios rápidos hace a la regulación del proceso abreviado. Y no digamos ya cuando la remisión es de doble o triple grado, y nos vemos obligados a acudir desde la normativa de los juicios rápidos a la del procedimiento abreviado, y desde esta última a la del proceso ordinario.
- d) A su vez, la abundancia de sucesivas reformas fragmentarias provoca un incremento de inseguridad jurídica, que acaba por

afectar negativamente al derecho a un proceso penal con todas las garantías.

Además, esta política de modificaciones procesales parciales ha ido acompañada de una falta de conexión entre los aspectos propiamente procesales y los orgánicos u organizativos.

2. Los juicios rápidos: la necesaria primacía de las garantías procesales sobre la celeridad del procedimiento

Efectuados los anteriores apuntes generales sobre las recientes modificaciones del proceso penal, voy a referirme específicamente a una de las más importantes reformas que se han producido en los últimos tiempos en este ámbito, es decir, la concerniente a los juicios rápidos (Ley Orgánica 8/2002 y Ley 38/2002, ambas de 24 de octubre). Dentro de este concreto tema, aludiré, sobre todo, a algunas cuestiones que se suscitan en relación con el supuesto especial de conformidad ante el Juzgado de Guardia que prevé el art. 801 LECr.

El objetivo principal perseguido por el legislador, al regular los juicios rápidos, queda expresado con claridad ya desde la propia denominación elegida para designar el nuevo proceso: «procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos». Con similar nitidez y reiteración, se proclama esa misma finalidad en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002: se trata de acelerar y abreviar la tramitación del proceso penal en determinados casos en los que, además de la necesaria concurrencia de otros requisitos, la instrucción sea previsiblemente sencilla.

En principio, nada hay que objetar frente a ese objetivo, aunque, de todas formas, conviene recordar que el vigente sistema de garantías procesales lo único que exige, en este aspecto, es que el procedimiento se tramite sin dilaciones indebidas, es decir, dentro de un plazo razonable. Nada más, pero tampoco nada menos.

Pues bien, en muchos casos puede ocurrir que la exigencia de celeridad, que viene impuesta por el propio esquema procesal al que responde la configuración de los juicios rápidos, entre en conflicto con el derecho de defensa o con otras garantías procesales fundamentales. Y no me refiero sólo a las garantías del imputado, sino también a las correspondientes a las víctimas y los perjudicados por delito. Ante un conflicto de esa naturaleza, no hay duda de que la rapidez procesal debe ceder en aras del necesario respeto de las garantías procesales.

El propio Tribunal Supremo ha considerado oportuno lanzar algo así como un «aviso para navegantes» acerca de cuál debe ser la escala de

valores a seguir en este terreno: el objetivo de que el proceso se tramite con celeridad no puede justificar, en ningún caso, el sacrificio de las garantías procesales básicas. Me estoy refiriendo a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 (RJ 2003/6285), dictada en una causa penal que había sido tramitada con arreglo a la modalidad de enjuiciamiento rápido o inmediato del proceso abreviado, introducida mediante la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril. El Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para efectuar algunas indicaciones generales dirigidas, expresamente, a los nuevos juicios rápidos.

La citada Sentencia de 3 de julio de 2003 pone de relieve la colisión que, en el caso concreto resuelto por dicha resolución, se planteó entre la exigencia de rapidez del proceso y el respeto a las garantías procesales del acusado, y expone el criterio que se ha de aplicar cuando surjan conflictos de esta naturaleza:

«La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena al recurrente como autor responsable de un delito contra la salud pública contra la que formaliza cinco motivos de oposición que analizamos, en primer lugar por los interpuestos por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Opone otros cuatro motivos, por error de hecho y de derecho, vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuyo eje argumental descansa, precisamente, en la condición de toxicómano del acusado y la justificación de su tenencia para el autoconsumo.»

«En el primero denuncia la vulneración de su derecho fundamental a un proceso con las garantías que entiende se ha producido al denegar la prueba documental que aportó al juicio oral, un informe psiquiátrico con el que pretendía demostrar una reducción de la imputabilidad del acusado, documental que fue denegada al no presentar el acusado al perito firmante del certificado cuya inclusión en el enjuiciamiento pretendía. También en el segundo de los motivos por la denegación de la suspensión del juicio ante la incomparecencia de un testigo.»

«El motivo será estimado, si bien no en la forma interesada en la impugnación. El recurrente aduce como fundamento de la impugnación, el art. 24 de la Constitución por vulneración del proceso con todas las garantías, el proceso debido, sin utilizar el cauce impugnativo expresamente previsto en la Ley Procesal, el art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevé la impugnación por la denegación de pruebas que propuestas en tiempo y forma sean pertinentes, con los efectos de anulación del enjuiciamiento correspondientes.»

«Recordamos que la tramitación del proceso se siguió por las normas del procedimiento abreviado, en su modalidad más rápida, de manera que los hechos enjuiciados que tuvieron lugar el 9 de febrero

de 2002 fueron enjuiciados el 6 de marzo siguiente, es decir, menos de un mes entre la comisión del hecho y su enjuiciamiento ante la Audiencia provincial. Los arts. 790 y siguientes en su redacción dada por la Ley 10/2002, de 30 de abril, cuyo artículo 793.2 previene la posibilidad de que al inicio del juicio oral puedan proponerse las pruebas de las que intente valerse. La defensa presentó documental consistente en un dictamen psiquiátrico, que fue denegada su unión y por el que pretendía acreditar una reducción de las facultades psíquicas a causa de la drogadicción, al tiempo que justificar la tenencia de sustancia tóxica en el autoconsumo. Consecuentemente la prueba era pertinente pues guardaba relación directa con el objeto del proceso, la tenencia de sustancia tóxica con vocación al tráfico a terceras personas. Ha de tenerse, además, en cuenta que el acusado fue detenido por la Guardia Urbana de Barcelona sin haber sido reconocido por ningún médico y trasladado a la comisaría de policía, tampoco se dispuso ese reconocimiento. Tampoco en el juzgado de guardia el detenido, que renunció a ese derecho, le fue dispensado por el órgano jurisdiccional un reconocimiento médico. A los veinte días de los hechos el Letrado que asume su defensa, al inicio del juicio oral, solicita la incorporación del certificado médico expedido por un psiquiatra con el que pretendía acreditar un hecho de singular relevancia, la drogadicción grave del acusado, con un doble objeto, acreditar la tenencia para el autoconsumo y, alternativamente, la reducción de su imputabilidad a causa de la drogadicción grave. En ambos supuestos de la alternativa expuesta, la prueba era relevante, pertinente y necesaria, sin que las pretendidas urgencias del enjuiciamiento puedan, ni deban, menoscabar las garantías de un proceso, como el penal, caracterizado por su carácter formalizado que implica la observancia de las garantías previstas en la Ley y, entre ellas como premisa fundamental del enjuiciamiento, el derecho de defensa, posibilitando el respeto al contenido esencial de ese derecho, en este caso concretado en la necesidad de actuar la defensa del imputado.»

»No ha de olvidarse que el objeto del proceso es el enjuiciamiento de la conducta objeto de la acusación pero a quien se condena es a una persona y es preciso que en esa combinación de personas y conductas los elementos definidores de la conducta y de la persona deban obrar en el enjuiciamiento para la realización de la justicia. En este contexto la prueba documental debió ser incorporada al procedimiento y valorada, en los términos que procediera, superando la afirmación del fundamento de la sentencia en el sentido de denegar una atenuación por drogadicción al no haber sido intentada una actividad probatoria.»

»Las especificidades de los denominados juicios rápidos, particularmente referidos a la celeridad en el enjuiciamiento, no pueden alterar el régimen de garantías del justiciable y deben propiciar una especial sensibilidad del órgano jurisdiccional para procurar que la persona y

su conducta puedan hacer valer todos los instrumentos de defensa que sean pertinentes y necesarios para la realización de la justicia.»

«Consecuentemente procede estimar este primer motivo analizado y anular el juicio para que se proceda a la celebración de un nuevo juicio en el que con incorporación de la documental aportada al nuevo tribunal que al efecto se componga proceda a la valoración de las pruebas propuestas al inicio del juicio oral.»

3. La conformidad del acusado ante el Juzgado de Guardia

Una de las novedades más importantes de cuantas se han introducido en la regulación legal de los nuevos juicios rápidos es la posibilidad de que el acusado preste su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia (para un análisis extenso de este tema, *vid.* Cachón Cadenas y Cid Moliné, «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos», publicado en *La Ley*, 8 y 9 de julio de 2003, y a la bibliografía citada en dicho trabajo).

La aplicación de esta conformidad especial queda supeditada a la concurrencia de determinados requisitos previstos en el art. 801 LECr, y lleva consigo importantes consecuencias, también establecidas en el mismo precepto legal. Ahora bien, los requisitos que establece el art. 801 LECr en relación con este supuesto de conformidad no son, en rigor, presupuestos necesarios para que el acusado pueda prestar su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia, sino que constituyen requisitos específicos que han de concurrir para que puedan aplicarse las consecuencias que el citado art. 801 LECr atribuye a este supuesto especial de conformidad del acusado, y que son, en síntesis, las siguientes:

- a) La sentencia de conformidad debe ser dictada en forma oral por el Juez de Guardia.
- b) En esa sentencia de conformidad, el Juez de Guardia ha de imponer al acusado la pena solicitada por la acusación reducida en un tercio.
- c) En el caso de que el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir la sentencia, el Juez de Guardia, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de dicha sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre la suspensión o sustitución de la pena.

En el supuesto de que no concurren los requisitos especiales previstos en el art. 801 LECr, el acusado también podrá prestar su conformi-

dad con la acusación ante el Juzgado de Guardia. Así lo admiten expresamente los arts. 800.2 y 801.1 LECr. Pero, en este caso, no pueden producirse las consecuencias específicas a que se ha hecho referencia, por lo que la sentencia de conformidad ya no podrá ser dictada por el Juez de Guardia, sino por el órgano judicial que resulte competente para el enjuiciamiento de acuerdo con las normas generales, siendo este órgano judicial quien deberá pronunciarse también sobre la posible suspensión o sustitución de la pena, y, a su vez, el acusado no podrá beneficiarse de la reducción de un tercio de la pena solicitada por la acusación.

La conformidad especial regulada en el art. 801 LECr está sometida a dos limitaciones referidas, ambas, a la pena aplicable. El primero de los límites mencionados tiene carácter abstracto, mientras que el segundo afecta a la pena concreta solicitada por la acusación. Esas dos limitaciones operan de forma conjunta o acumulativa, esto es, para que el acusado pueda prestar su conformidad con la acusación, deben ser respetados uno y otro límite punitivo:

- a) En primer lugar, es necesario «que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años» (art. 801.1.2.º LECr). Por ello, la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr no será viable cuando la pena máxima prevista en abstracto por la Ley para el delito en cuestión exceda de los límites mencionados. Y otro tanto ocurrirá en los casos en que la Ley establezca varias penas para el mismo delito y el límite máximo de alguna de esas penas rebase las limitaciones fijadas en el art. 801.1.2.º LECr.
- b) Asimismo, el art. 801.1.3.º LECr establece un segundo requisito concerniente a la pena aplicable. En efecto, para que pueda tener lugar la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr, es necesario también «que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión». Al exigir que no exceda de tres años la pena de prisión solicitada por la acusación, el art. 801.1.3.º LECr establece, respecto de este supuesto especial de conformidad, un límite notablemente inferior al de seis años de prisión que prevé el art. 787 LECr para la conformidad genérica a que se refiere este precepto. A su vez, en el caso de que la acusación pida varias penas de prisión contra el mismo acusado, es necesario que la suma de esas penas no re-

base los tres años. En definitiva, el art. 801.1.3.º LECr tiene en cuenta la pena total concreta que hubiera solicitado la acusación cuando dicha pena sea la de prisión, con independencia de que esa pena corresponda a un solo delito o, por el contrario, sea la suma resultante de varias penas correspondientes a los diversos delitos que hayan sido objeto de acusación. Cabe que, además de una o varias penas de prisión, la acusación solicite para el mismo acusado otra u otras penas de distinta naturaleza. Estas penas diferentes de la prisión son irrelevantes en orden a la concurrencia del requisito previsto en el art. 801.1.3.º LECr. Esta misma irrelevancia se produce también en los casos en que la única o todas las penas solicitadas por la acusación sean distintas de la pena de prisión.

Por otra parte, para que pueda tener lugar la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr, no sólo resulta indispensable que concurren los requisitos específicos contemplados en el citado precepto. Atendiendo a la remisión que el propio art. 801.1 hace al art. 787 LECr, también es necesario que se den algunos de los requisitos que establece este último precepto en relación con la conformidad genérica del procedimiento abreviado, y, en particular, los siguientes:

- a) La exigencia de que el acusado haya prestado libremente su conformidad (art. 787.2 y 4 LECr), circunstancia de la que debe cerciorarse el propio Juez de Guardia cuando se produzca la conformidad contemplada en el art. 801 LECr.
- b) Asimismo, es necesario que el acusado haya prestado su conformidad teniendo conocimiento de las consecuencias que se derivarán de dicha conformidad (art. 787.2 y 4 LECr).
- c) La conformidad del acusado ha de ir acompañada de la aquiescencia de su Letrado (arts. 784.3 y 787.1 LECr). En el caso de que el Letrado del acusado considere necesaria la continuación del proceso, también resulta aplicable en el juicio rápido lo dispuesto en el art. 787.4.2.º LECr para el procedimiento abreviado. Por tanto, el Juez de Guardia podrá ordenar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez de Guardia estime fundada su petición.
- d) A su vez, el Juez de Guardia debe efectuar el control a que se refiere el art. 787.2 y 3 LECr sobre la corrección de la calificación jurídica efectuada por la acusación y respecto de la procedencia legal de la pena solicitada por dicha acusación.

4. Naturaleza material de la norma que establece la reducción de un tercio de la pena solicitada por la acusación

Como he indicado, la consecuencia más importante y novedosa de la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr consiste en que, una vez prestada por el acusado dicha conformidad con los requisitos exigidos por el precepto citado, el Juez debe imponer la pena solicitada por la acusación reducida en un tercio (art. 801.2 LECr). Esa reducción de un tercio de la pena no sólo resulta aplicable a las penas privativas de libertad, sino que también afecta a las penas de distinta naturaleza que la acusación o, en su caso, la más grave de las acusaciones hubiera solicitado, siempre que se respeten los límites punitivos previstos en el art. 801 LECr. Además, la reducción de un tercio de la pena pedida por la acusación viene establecida en el art. 801.2 LECr con carácter preceptivo, excluyéndose, por tanto, la facultad discrecional del Juez de Guardia en orden a rebajar o no aquella pena.

La finalidad de ese «premio» o «beneficio» que se concede al acusado guarda correspondencia con el objetivo fundamental perseguido por la reforma introducida mediante la Ley Orgánica 8/2002 y la Ley 38/2002, que aparece expresado en la Exposición de Motivos de la propia Ley 38/2002: incrementar la rapidez en la tramitación del proceso penal. Al concederse la reducción de un tercio de la pena al acusado que preste la conformidad a que se refiere el art. 801 LECr, se pretende propiciar la conformidad inmediata del responsable del delito, a fin de conseguir que se dicte sentencia de condena con la mayor prontitud posible, con la consiguiente abreviación y simplificación del procedimiento. Por otra parte, para tratar de reforzar la eficacia del incentivo mencionado, dicho beneficio viene acompañado de otra posible consecuencia favorable para el acusado. En efecto, el art. 801 LECr prevé que el propio Juez de Guardia se pronuncie también sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta, si ésta fuera privativa de libertad, flexibilizándose el acreditamiento de algunos de los requisitos que exige el CP para la concesión de la suspensión de la pena. Con lo cual, se vienen a incrementar las posibilidades de que el acusado obtenga con celeridad la suspensión o la sustitución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto.

Aunque la previsión legal concerniente a la rebaja de la pena no ha estado exenta de críticas, creo que la disminución de la pena establecida en el art. 801 LECr no puede ser tachada, en sí misma, de inconstitucional. Incluso, en la medida en que esa reducción de la pena intenta facilitar la rápida condena del responsable del delito, dicha previsión legal vendría a reforzar la efectividad de la tutela judicial en su modalidad de tutela penal.

Ahora bien, la inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la norma mencionada, mediante la que se prevé la rebaja de un tercio de la pena, no resulta afortunada desde la óptica de la técnica legislativa. Habría sido más acertado insertar esa disposición en el Código Penal, introduciendo, a la vez, las oportunas modificaciones en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. En relación con este aspecto, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe a la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señaló: «No parece criticable el sistema de reducción de pena, pero para ello es preceptiva la modificación tanto del Código Penal como de la propia LECrim. en sus normas generales que establezcan la posibilidad de imponer pena inferior a la señalada por el tipo penal, cuando dicha reducción conlleve la rebaja por debajo del mínimo de la pena tipo» (p. 48).

En efecto, la disposición prevista en el art. 801.2 LECr, en virtud de la cual se establece una reducción de un tercio de la pena solicitada por la acusación, no es un precepto de carácter procesal, sino que constituye una norma de derecho penal material, aunque el legislador haya optado por incluirla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no en el Código Penal. La inadecuada ubicación sistemática del precepto mencionado no puede encubrir su auténtica naturaleza de norma penal sustantiva.

Si se tienen en cuenta el contenido y los efectos derivados de la norma que prescribe la reducción de un tercio de la pena, no hay duda de que se trata de una disposición de derecho penal material, porque, junto con los restantes preceptos que el Código Penal dedica a la determinación de la pena aplicable, aquella norma viene a especificar la pena concreta que se ha de imponer al acusado por el delito de que se trate. En este sentido, la disposición que prevé la reducción de un tercio de la pena constituye una regla final de determinación de la pena aplicable, que opera una vez que se han tomado en consideración las normas de determinación de la pena previstas en el Código Penal. Una consecuencia de ello es que el Ministerio Fiscal debe solicitar la pena que resulte procedente atendiendo únicamente a las reglas de determinación de la pena previstas en el Código Penal, sin tener en cuenta en absoluto la posterior reducción de la pena que deberá acordar el juez. A su vez, la rebaja de un tercio de la pena, prevista en el art. 801.2 LECr, puede dar lugar, en algunos supuestos, a la imposición de una pena inferior a la pena mínima que establezca el CP para el delito en cuestión. Las dudas que se habían suscitado inicialmente sobre este último punto han quedado despejadas con la nueva redacción que ha dado al art. 801.2 LECr la Disp. Final 1.^a de la LO 15/2003. Tras esa nueva redacción del art. 801.2 LECr, el citado precepto prevé expresamente que el Juez de Guardia debe imponer «la pena solicitada reducida en un tercio, aun

cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal».

Por lo demás, la norma concerniente a la reducción de la pena, incluida en el art. 801.2 LECr, no pierde su naturaleza sustantiva por el hecho de que la aplicación de esa rebaja de la pena quede supeditada a la realización de un acto procesal por parte del acusado, es decir, a que éste preste su conformidad con la acusación. Basta tener en cuenta, por ejemplo, lo que ocurre con la atenuante de arrepentimiento espontáneo. También en este caso la aplicación de dicha atenuante está condicionada a la realización de un acto procesal por parte del responsable del delito: «haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades» (art. 21.4.ª CP). Y, sin embargo, no se suscitan dudas acerca de la naturaleza sustantiva de la norma que establece la circunstancia atenuante mencionada.

5. La posible vulneración de la imparcialidad objetiva del Juez

El art. 801 LECr, al otorgar competencia al Juez de Guardia para dictar la sentencia de conformidad, introduce una excepción a la regla general vigente en los procedimientos por delito, es decir, el precepto citado excluye la aplicación de la norma general que establece la rigurosa separación entre las funciones atribuidas al Juez que instruye y las correspondientes al Juez que sentencia. Recordemos que el art. 219.11.ª de la LOPJ incluye entre las causas de abstención y recusación el «haber participado en la instrucción de la causa penal».

Por ello, se puede suscitar la duda de si la previsión incluida en el art. 801 LECr, mediante la que se atribuye al Juez de Guardia la competencia para dictar sentencia en un proceso penal en el que ese Juez ha actuado como instructor, resulta o no compatible con la garantía relativa a la imparcialidad objetiva del juez, reiteradamente proclamada por la jurisprudencia del TC, del TS y del TEDH.

Las dudas sobre la compatibilidad entre, por una parte, la competencia del Juez de Guardia para dictar sentencia de conformidad, y, por otro lado, la garantía concerniente a la imparcialidad objetiva del juez, ya habían sido planteadas en el correspondiente Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial a la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Después de referirse a la competencia del Juez de Guardia para dictar sentencia de conformidad, el CGPJ señala en el mencionado Informe: «Dicha posibilidad, por otra parte, puede suponer una quiebra del principio básico de separa-

ción de funciones: de instrucción y de enjuiciamiento y de la garantía constitucional al Juez imparcial conforme a la doctrina sentada por el TC (cfr.: Ss. TC 145/1988, de 14 de julio, 186/1990, de 16 de noviembre). La circunstancia de que, como se indica, el Juez Instructor de guardia sólo puede dictar sentencia de conformidad no excluye por completo las objeciones aludidas» (p. 16). Asimismo, esas dudas se reiteraron durante la tramitación parlamentaria de esta reforma legal, lo que dio lugar a que se presentaran diversas Enmiendas en las que se proponía expresamente atribuir al Juzgado de lo Penal, y no al Juzgado de Guardia, la competencia para dictar la sentencia de conformidad, aunque dicha conformidad hubiera sido prestada por el acusado ante el Juzgado de Guardia. Pero esas Enmiendas fueron rechazadas.

En principio, se podría considerar que el problema mencionado queda salvado atendiendo a que, en estos casos de conformidad del acusado, el Juez de Guardia, si bien puede controlar la corrección de la calificación jurídica y la procedencia legal de la pena que la acusación ha propuesto y el acusado ha aceptado (art. 787.2 y 3 LECr), e incluso debe cerciorarse de que el acusado ha prestado su conformidad libremente y con conocimiento de sus consecuencias (art. 787.2 y 4 LECr), tiene que partir en todo caso de la descripción de los hechos aceptada por las partes (art. 801 en relación con el art. 787.2 LECr). Dicho en otros términos: el Juez de Guardia, a la hora de dictar sentencia de conformidad, no efectuaría un auténtico enjuiciamiento sobre los hechos objeto del proceso, ya que está vinculado por la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, sino que se limitaría a enjuiciar los aspectos jurídicos de la conformidad (corrección de la calificación jurídica y de la pena legalmente procedente según esa calificación), pero partiendo siempre de la versión fáctica admitida de consuno por el acusador y el acusado. Con lo cual, se podría entender que el juicio que, eventualmente, se hubiera podido formar el Juez de Guardia acerca de los hechos objeto del proceso, como consecuencia de su actuación como Juez instructor, no va a tener influencia en la sentencia de conformidad que dicte dicho Juez.

Ahora bien, a pesar de las consideraciones anteriores, la cuestión planteada sigue suscitando dudas:

- a) En primer lugar, hay que tener en cuenta que esa distinción, en la que se basa implícitamente el art. 787. 2 y 3 LECr, entre los hechos y el derecho, entre el juicio sobre los aspectos fácticos y el juicio acerca de la vertiente jurídica del caso, quizá pueda mantenerse en el plano teórico, pero no puede ser trasladada de forma tajante a la realidad práctica. Si el Juez de Guardia, tras llevar a cabo la instrucción de la causa, se ha formado un

- determinado juicio, por sumario o provisional que éste sea, acerca de los hechos objeto del proceso, es muy difícil evitar totalmente el riesgo de que ese juicio previo no repercuta, de algún modo, en la decisión que el mismo Juez adopte sobre la procedencia de la conformidad. En el caso de que el Juez ordene la continuación del proceso, y la consiguiente celebración del juicio oral ante el órgano judicial que resulte competente para el enjuiciamiento, la garantía relativa a la imparcialidad objetiva del juez quedaría salvaguardada. Pero no ocurre lo mismo cuando el Juez de Guardia decida dictar sentencia de conformidad.
- b) Por otra parte, en el momento procesal en que el acusado presta su conformidad con la acusación, el Juez de Guardia ya ha acordado la apertura del juicio oral (art. 801.1 LECr). Esto significa que el propio Juez de Guardia ya ha efectuado un cierto enjuiciamiento, siquiera sea de carácter indiciario o sumario, sobre los hechos objeto del proceso. En efecto, si el Juez de Guardia hubiera entendido que no existen indicios racionales de criminalidad contra el imputado, habría debido acordar previamente el sobreseimiento (art. 798.2.1.º en relación con el art. 779.1.1.ª LECr, y art. 800.1 en relación con el art. 783.1 LECr).
- c) Además, hay algunos casos en que se incrementa ese riesgo de vulneración de la garantía concerniente a la imparcialidad objetiva del juez. Basta pensar, por ejemplo, en el siguiente supuesto: a pesar de la conformidad prestada por el acusado, su Letrado considera necesaria la continuación del proceso, por entender que dicho acusado, al prestar su conformidad con la acusación, está admitiendo, por las razones que sea, la comisión de un supuesto hecho delictivo que, a juicio de su Abogado, el acusado no ha realizado. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 787.4.2.º LECr, el Juez tendrá que pronunciarse acerca de si la petición del Abogado del acusado resulta o no fundada, a fin de decidir si ordena la continuación del proceso o, por el contrario, dicta sentencia de conformidad. Es evidente que, en casos como el mencionado, el Juez de Guardia ha de llevar a cabo un enjuiciamiento sobre los hechos objeto del proceso.

Veamos otro supuesto problemático: se formula acusación contra varias personas por hechos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 801 LECr, pero algunos de esos acusados prestan su conformidad con la acusación, mientras que los restantes se oponen a la acusación. Antes de acudir, en vía supletoria, a lo dispuesto para el proceso penal ordinario en los arts. 655 y 697 LECr (ordenar la continuación del juicio), el Juez de Guardia ha de tener en cuenta lo previsto para el procedimiento abrevia-

do en el art. 762.6.^a LECr, ya que este precepto tiene el carácter de norma supletoria de primer grado en el juicio rápido (art. 795.4 LECr). Pues bien, conforme al art. 762.6.^a LECr, para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento. Esto significa que la aplicación del art. 762.6.^a LECr, si bien no exige del Juez de Guardia que éste se pronuncie acerca de si los acusados son o no autores de los hechos que les imputa la acusación, dicho Juez deberá efectuar el correspondiente enjuiciamiento acerca del grado de conexión existente entre los hechos imputados a los diversos acusados, a fin de decidir si el proceso debe continuar respecto de todos los acusados o, por el contrario, cabe dictar sentencia de conformidad en cuanto a los acusados que se hubieran mostrado conformes con la acusación, ordenando que el proceso prosiga en relación con los restantes acusados. También en supuestos como el indicado el juicio que se hubiera formado el Juez de Guardia sobre los hechos objeto del proceso puede influir directamente en la sentencia de conformidad que, en su caso, dicte dicho Juez.

En definitiva, desde el punto de vista del respeto a la garantía relativa a la imparcialidad objetiva del juez, habría sido más adecuado atribuir al Juez de lo Penal, y no al Juez de Guardia, la competencia para dictar sentencia de conformidad, incluso en los casos en que dicha conformidad con la acusación hubiera sido prestada por el acusado ante el Juez de Guardia. Ciertamente, esa atribución de competencia al Juez de lo Penal para dictar la sentencia de conformidad reduciría la celeridad y sencillez de la tramitación del proceso. Pero se evitaría el riesgo de vulneración de la garantía concerniente a la imparcialidad objetiva del juez. Por el contrario, al atribuirse competencia al Juez de Guardia para dictar la sentencia de conformidad, resulta dudoso que esa garantía quede debidamente salvaguardada, al menos en algunos casos, y especialmente en supuestos como los mencionados.

6. Aplicación analógica de la reducción de un tercio de la pena en el procedimiento abreviado y en los restantes procesos penales, a fin de evitar la vulneración del principio de igualdad ante la ley

El art. 801 LECr limita a los juicios rápidos el ámbito de aplicación del supuesto especial de conformidad del acusado que se regula en dicho precepto. Lo máximo que llega a hacer la ley, a este respecto, con-

siste en propiciar la aplicación de la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr mediante la previa transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes, es decir, a través de la conversión del procedimiento abreviado en un juicio rápido, cuando el inculpado haya reconocido los hechos que se le imputen (art. 779.1.5.ª LECr).

Con independencia de los problemas específicos que plantea ese cambio de procedimiento, a los que haré referencia posteriormente, se suscita una cuestión de relevancia constitucional.

A mi juicio, esa posibilidad de transformación del procedimiento abreviado en juicio rápido, a fin de hacer posible la aplicación de la conformidad del acusado contemplada en el art. 801 LECr, no es suficiente para salvar satisfactoriamente la disparidad injustificada de tratamiento que, en esta materia, introduce la ley entre ambas clases de procedimiento. El criterio más adecuado habría sido extender al procedimiento abreviado, e incluso a los restantes procedimientos por delito, la aplicación de los beneficios que el art. 801 LECr otorga al acusado (reducción de un tercio de la pena solicitada), aunque supeditando esa aplicación a, por un lado, la exigencia de que el acusado preste su conformidad con la acusación en la primera oportunidad procesal que tenga para ello en función de la clase de procedimiento que se esté siguiendo, y, por otro lado, a la necesaria concurrencia de los límites punitivos fijados en el art. 801 LECr. En este sentido, el CGPJ, en su Informe a la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, después de señalar que «no parece criticable el sistema de reducción de pena», indicaba que era «injusto beneficiar con un tercio de la condena al delincente que se conforma en el Juzgado de Guardia mientras que no se establece beneficio alguno para aquel otro que, por las razones que sean —siempre ajenas a él—, no ha podido acogerse a este procedimiento» (p. 48).

La diferencia de trato que la ley establece, en este ámbito, entre el juicio rápido y el procedimiento abreviado provoca una discriminación evidente en perjuicio de la persona que resulte acusada en un procedimiento abreviado por alguno de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 801 LECr, en comparación con quien sea acusado por alguno de esos mismos delitos en un juicio rápido. En esta clase de procedimiento, si el acusado presta su conformidad con la acusación en la primera oportunidad procesal de que disponga para expresar dicha conformidad, podrá obtener la reducción de un tercio de la pena solicitada por la acusación. Por el contrario, en el procedimiento abreviado, aunque el acusado preste su conformidad con la acusación en la primera oportunidad procesal que tenga para hacerlo, no podrá conseguir dicho beneficio.

Esa disparidad de trato carece de suficiente justificación, y, por tanto, resulta contraria al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 CE):

- a) Ante todo, hay que tener en cuenta que el dato esencial que toma en consideración la ley, a efectos de conceder al acusado los beneficios establecidos en el art. 801 LECr, radica en el hecho de que el acusado ha prestado su conformidad con la acusación de forma inmediata, esto es, en la primera oportunidad o trámite procesal que dicho acusado ha tenido para expresar esa conformidad, tras serle comunicada la acusación formulada contra él. Como consecuencia de esa rápida conformidad, se produce una abreviación y simplificación del procedimiento. Por ello, no hay razón para negar los beneficios previstos en el art. 801 LECr a quien resulte acusado en un procedimiento abreviado por alguno de los delitos contemplados en dicho precepto, si ese acusado también presta su conformidad inmediatamente después de tener conocimiento de la acusación formulada contra el mismo, es decir, en la primera oportunidad procesal de que disponga para ello, que, al tratarse de un procedimiento abreviado, coincidirá normalmente con el plazo que se le haya otorgado al acusado para presentar el correspondiente escrito de defensa (art. 784.3 LECr). También en este caso el acusado, al prestar esa pronta conformidad con la acusación, habrá contribuido a la abreviación y simplificación del procedimiento.
- b) Asimismo, el carácter injustificado de la diferencia de trato a la que estoy haciendo referencia resulta de otro dato innegable. En efecto, constituye una circunstancia ajena al acusado el hecho de que se hayan incoado diligencias urgentes, y por tanto el acusado pueda obtener los beneficios previstos en el art. 801 LECr, o, por el contrario, hayan sido incoadas diligencias previas, y en consecuencia el acusado no pueda conseguir aquellos beneficios. Si concurren los requisitos previstos en el art. 801 LECr, parece a todas luces desproporcionado privar al acusado de dichos beneficios a causa de un factor independiente de su voluntad y de su actuación en el proceso.
- c) Como he indicado, aunque el art. 779.1.5.^a LECr permite que quien resulte imputado en unas diligencias previas pueda llegar a beneficiarse de las consecuencias favorables que el art. 801 LECr atribuye a la conformidad especial regulada en dicho precepto, esa previsión legal no es suficiente para salvar la discriminación injustificada de trato que media entre, por un lado, quien figure

como inculpado en un procedimiento abreviado por alguno de los delitos contemplados en el art. 801 LECr, y, por otro lado, la persona a la que se impute algunos de esos mismos delitos en un juicio rápido. En efecto, a quien figure como inculpado en unas diligencias previas, la ley le exige, para poder llegar a obtener los beneficios previstos en el art. 801 LECr, que, antes de que se acuerde la conclusión de aquellas diligencias, reconozca los hechos que se le imputen. Por el contrario, el inculpado en unas diligencias urgentes podrá conseguir los beneficios establecidos en el art. 801 LECr si presta su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia, sin que la ley le exija que hubiera reconocido previamente los hechos que se le imputen, es decir, podrá obtener aquellos beneficios aun en el caso de que, inicialmente, hubiera negado ante la policía, e incluso ante el propio Juez de Guardia, los hechos que se le imputen.

- d) Por otra parte, se ha de insistir en que esa disparidad de trato no afecta a una cuestión puramente procesal, sino a las consecuencias penales aplicables por un determinado hecho delictivo: reducción o no de un tercio de la pena.

En suma, si bien la previsión incluida en el art. 801 LECr, mediante la que se establece la reducción de un tercio de la pena, resulta, a mi entender, acorde con la Constitución, lo que sí vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley es limitar a los juicios rápidos el ámbito de aplicación de los beneficios que el art. 801 LECr concede al acusado que presta su conformidad con la acusación.

Para salvar esa infracción del principio de igualdad ante la ley, creo que los beneficios establecidos en el art. 801 LECr también resultan aplicables en el procedimiento abreviado, siempre que los hechos que se imputen al acusado están incluidos en el ámbito de aplicación del art. 801 LECr y, al igual que ocurre respecto de la conformidad especial prevista en el propio art. 801 LECr, el acusado preste su conformidad inmediatamente después de que se le comunique la acusación formulada contra él, es decir, en la primera oportunidad procesal de la que disponga dicho acusado para expresar esa conformidad, que, al tratarse de un procedimiento abreviado, normalmente coincidirá con el plazo que se le haya concedido para presentar el escrito de defensa. Lógicamente, en estos casos corresponderá al Juez de lo Penal, y no al Juez de Guardia, dictar la sentencia de conformidad, y, por tanto, será el Juez de lo Penal quien deberá aplicar la reducción de un tercio de la pena, prevista en el art. 801 LECr, así como los restantes beneficios establecidos en el precepto mencionado.

Por las mismas razones expuestas en relación con el procedimiento abreviado, entiendo que los beneficios previstos en el art. 801 LECr también son aplicables en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado si el hecho delictivo objeto de acusación está incluido en el ámbito de aplicación del citado art. 801 LECr y, además, el acusado presta su conformidad con la acusación en la primera oportunidad procesal de que disponga para ello, una vez se le haya comunicado esa acusación (art. 29 de la LOTJ en relación con el art. 655 LECr). Otro tanto cabe decir respecto del proceso penal ordinario cuando, excepcionalmente, los hechos delictivos objeto de acusación estén englobados en el ámbito de aplicación del art. 801 LECr y el acusado preste su conformidad con la acusación en la primera oportunidad procesal en que pueda hacerlo (art. 655 LECr).

7. Conformidad del acusado en los supuestos en que el Ministerio Fiscal actúe como única parte acusadora

Cabe que el Ministerio Fiscal actúe como único acusador en el proceso. Este es el supuesto al que se refiere el art. 801.1.1.º LECr. Pues bien, cuando no se hubiera constituido acusador particular, y el Juez de Guardia acuerde la apertura del juicio oral a petición del Ministerio Fiscal, éste ha de formular la acusación en el mismo acto. El acusado, a la vista de la acusación presentada por el Ministerio Fiscal, puede prestar su conformidad con esa acusación en la misma comparecencia (arts. 800.2 y 801.1 LECr). En este caso, si concurren los restantes requisitos exigidos por el art. 801 LECr, se producirán los diversos efectos que la ley anuda a este supuesto especial de conformidad.

Se ha de insistir en que uno de los criterios esenciales en que se basa la regulación de este supuesto especial de conformidad estriba en la exigencia de que, si el acusado pretende beneficiarse de la reducción de un tercio de la pena solicitada contra él, ha de manifestar su conformidad con la acusación inmediatamente después de tener conocimiento de dicha acusación, es decir, en la primera oportunidad procesal de que disponga para prestar aquella conformidad, con la consiguiente abreviación y simplificación del proceso penal que deriva de esa pronta manifestación de conformidad con la acusación. También la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado hace hincapié en este aspecto, al señalar que «la delimitación temporal de la conformidad especial revela que uno de los fundamentos del beneficio de la reducción de pena radica precisamente en la temprana manifestación por el imputado de su voluntad de conformarse y de su disposición a simplificar el proceso» (p. 83).

Cuando el Ministerio Fiscal sea la única parte acusadora, la ley no exige una forma especial para que el acusado preste su conformidad con la acusación. En consecuencia, hay que entender que esa conformidad puede ser prestada por escrito u oralmente.

Por otra parte, cabe señalar que existe una discordancia entre lo dispuesto en el art. 801.1.1.º LECr y la previsión incluida en el art. 800.2 de la misma Ley. En efecto, el art. 801.1.1.º LECr prevé, como requisito para que el acusado pueda prestar su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia, que el Ministerio Fiscal haya presentado su acusación por escrito. Por el contrario, el art. 800.2 LECr lo único que exige, en este aspecto, es que el acusado preste su conformidad en el mismo acto, es decir, a la vista de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, pero el citado precepto admite que dicha acusación puede ser presentada por escrito o en forma oral.

A mi juicio, el acusado puede prestar su conformidad con la acusación ante el Juez de Guardia, tanto en el caso de que el Ministerio Fiscal hubiera formulado la acusación por escrito, como en el supuesto de que hubiese presentado dicha acusación oralmente. Lo decisivo es que el acusado preste su conformidad de forma inmediata, esto es, en la misma comparecencia en que el Juez de Guardia ha acordado la apertura del juicio oral y el Ministerio Fiscal ha formulado la acusación. Sería manifiestamente desproporcionado y contrario al principio de igualdad ante la ley privar al acusado de la posibilidad de obtener las consecuencias favorables previstas en el art. 801 LECr basándose, exclusivamente, en un dato de relevancia secundaria, como es la forma en que el Ministerio Fiscal ha presentado la acusación. Además, hay que tener en cuenta que la elección entre la forma escrita u oral de la acusación es algo independiente de la voluntad del acusado.

A su vez, entiendo que no hay inconveniente para que, en el mismo acto o comparecencia a que se refiere el art. 800.2 LECr, pueda llegarse a obtener la conformidad negociada o pactada prevista en el art. 784.3.2.º LECr, según el cual «dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1».

A estos efectos, hay que tener en cuenta que, si bien el art. 784 LECr se refiere a la conformidad en relación con el procedimiento abreviado, ese precepto resulta aplicable supletoriamente en los juicios rápidos (art. 795.4 LECr). En consecuencia, si se produce la conformidad negociada o pactada en la comparecencia a que se refiere el art. 800.2 LECr serían aplicables también las consecuencias que atribuye el art. 801 LECr

a la conformidad especial regulada en este precepto, siempre que concurren los requisitos previsto en relación con dicha conformidad.

Conviene aludir a otra cuestión que puede plantearse en este ámbito en los casos en que no se hubiera constituido acusación particular. Cabe que el Ministerio Fiscal, actuando como única parte acusadora en el proceso, no formule la acusación en el acto al que se refiere el art. 800.2 LECr. El art. 800.5 LECr se ocupa de ese supuesto, estableciendo que el Juzgado de Guardia ha de requerir inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico del Fiscal tampoco presenta dicho escrito dentro del plazo indicado, «se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre».

A nuestros efectos, el problema surge en el caso de que el superior jerárquico del Fiscal presente escrito de acusación dentro del plazo de dos días a que se ha hecho referencia. Si se tuviera en cuenta exclusivamente el tenor literal del art. 801.1.1.º LECr, parece que ya no cabría la conformidad del acusado ante el Juzgado de Guardia, porque el precepto citado exige, como requisito de esa conformidad, que el Ministerio Fiscal presente escrito de acusación en el mismo acto en que se haya acordado la apertura del juicio oral. No obstante, entiendo que el acusado también puede prestar su conformidad con la acusación formulada por el superior jerárquico del Fiscal, si lo hace en la primera oportunidad que tenga para ello, una vez se le dé traslado de aquella acusación. También en este caso sería desproporcionado y contrario al principio de igualdad ante la ley privar al acusado de la posibilidad de obtener los efectos favorables previstos en el art. 801 LECr, como consecuencia de una circunstancia del todo ajena a su voluntad, cual es el hecho de que el Fiscal no hubiera presentado la acusación durante la comparecencia a que se refieren los arts. 800.2 y 801.1.1.º LECr.

8. Conformidad del acusado en los casos en que se hubiera constituido acusación particular

Asimismo, es posible que se hubiera constituido acusación particular en el proceso. Pues bien, si atendiéramos exclusivamente al tenor literal del art. 801.1.1.º LECr, para que pudiera tener lugar la conformidad especial prevista en el mencionado art. 801 LECr, sería requisito necesario que no se hubiera constituido acusación particular, es decir, que el Ministerio Fiscal actuara en el proceso como única parte acusadora.

Ahora bien, el tenor literal del art. 801.1.1.º LECr entra en colisión con lo dispuesto en el apartado 5.º del propio art. 801 LECr, conforme al cual

el acusado también puede prestar su conformidad con la acusación en los casos en que se hubiera constituido acusación particular: «Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores». Es decir, el art. 801.5 LECr no se limita a admitir la posibilidad de que el acusado preste su conformidad con la más grave de las acusaciones, sino que se remite, expresamente, a «lo previsto en los apartados anteriores» del propio art. 801 LECr, incluyendo, por tanto, el apartado 1.º, que permite al acusado prestar ante el Juzgado de Guardia la conformidad especial regulada en el propio art. 801 LECr.

A mi juicio, la antinomia o discordancia que existe entre las previsiones incluidas, respectivamente, en los apartados 1.º y 5.º del art. 801 LECr ha de ser resuelta dando primacía a lo dispuesto en el apartado 5.º. Así pues, cuando, además del Ministerio Fiscal, actúen como partes acusadoras uno o varios acusadores particulares, entiendo que el acusado también puede prestar ante el Juzgado de Guardia la conformidad especial a que se refiere el art. 801, produciéndose en tal caso las consecuencias previstas en el citado precepto, si bien con la exigencia añadida de que, en estos supuestos, el acusado ha de conformarse con la más grave de las acusaciones formuladas contra él. Son varios los argumentos que abonan el criterio propuesto:

- a) Atendiendo a la ubicación sistemática del apartado 5.º del art. 801 LECr, parece lógico suponer que la conformidad a que se refiere dicho precepto es, precisamente, la conformidad especial prevista en el propio art. 801 LECr, y no la conformidad genérica que regula el art. 787 LECr en relación con el procedimiento abreviado.
- b) Si se entendiera que la conformidad a la que alude el art. 801.5 LECr es la conformidad genérica del procedimiento abreviado, aquella norma carecería de utilidad, porque se limitaría a reiterar una consecuencia que ya se desprende de lo dispuesto en el art. 795.4 en relación con el art. 787 LECr. En efecto, el art. 801.5 LECr no haría otra cosa que corroborar, innecesariamente, la aplicatoriedad supletoria en el juicio rápido de la conformidad genérica que el art. 787 prevé para el procedimiento abreviado.
- c) Resultaría contrario al principio de igualdad ante la ley que, como consecuencia de haberse constituido acusación particular en el proceso, es decir, a causa de una circunstancia ajena a la voluntad del propio acusado, éste no pudiera beneficiarse de los efectos favorables que el art. 801 LECr atribuye a la conformidad especial prevista en el precepto mencionado.

También puede suceder, excepcionalmente, que el Juzgado de Guardia acuerde la apertura del juicio oral a petición de algún acusador particular, a pesar de que el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento (art. 800.1 en relación con el art. 783.1 LECr). Una vez acordada esa apertura del juicio oral, aunque el Ministerio Fiscal no presente escrito de acusación o se limite a pedir la absolución del acusado, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 801.5 LECr, de manera que el acusado también podrá prestar su conformidad con la acusación formulada por el acusador particular o, si hay varios acusadores particulares, con la acusación más grave, aplicándose las diversas consecuencias previstas en el art. 801 LECr, incluyendo la reducción de un tercio de la pena solicitada por el acusador particular o por la más grave de las acusaciones. Este criterio se basa en las mismas consideraciones efectuadas anteriormente en relación con los casos en que, además del Ministerio Fiscal, actuaran como partes acusadoras uno o varios acusadores particulares.

La regulación de la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr adolece de otra importante deficiencia en relación con los supuestos en que se hubiera constituido acusación particular en el proceso. En estos casos, existe el riesgo de que el acusador particular, a fin de privar al acusado de los beneficios que el art. 801 LECr establece para este supuesto especial de conformidad (reducción de un tercio de la pena solicitada), pida una pena desmesurada y superior a tres años de prisión. En ese supuesto, aunque el Ministerio Fiscal solicite una pena inferior a la indicada, la aplicación conjunta de lo dispuesto en los apartados 1.3.º y 5 del art. 801 LECr impedirían al acusado prestar esa conformidad especial. Desde luego, el Juez de Guardia debe poner de manifiesto la improcedencia legal de la pena solicitada por la acusación particular (art. 801.1 en relación con el art. 787.3 LECr). No obstante, si dicha acusación insiste en mantener la petición inicial de pena, la aplicación literal del art. 787.3 LECr conduciría a que el Juez de Guardia tuviera que ordenar la continuación del proceso, frustrándose la posibilidad de que se produzca la conformidad especial del art. 801 LECr.

A pesar de que la ley no contiene ninguna previsión específicamente referida a los supuestos mencionados, entiendo que, en tales casos, resultan aplicables los principios de buena fe procesal y prohibición de abuso de derecho, proclamados en el art. 11 LOPJ y en el art. 247 LEC (este precepto es de aplicación supletoria en el proceso penal en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de la LEC). En consecuencia, una vez que el Juez de Guardia haya puesto de relieve la manifiesta improcedencia legal de la pena solicitada por el acusador particular (art. 787.3 LECr), si éste insiste en pedir una pena exorbitante, el Juez debería rechazar esa petición, permitiendo que el acusado preste su conformidad con la acu-

sación formulada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, con la acusación más grave de las que hayan solicitado penas que no resulten manifiestamente desmesuradas. Esto no obsta para que, si el acusador particular considera que la pena solicitada por él no es manifiestamente excesiva, pueda efectuar la correspondiente protesta, a efectos de denunciar posteriormente la posible infracción procesal, formulando recurso contra la sentencia dictada de conformidad (art. 787.7 LECr).

Por lo que se refiere a la forma en que el acusado ha de prestar su conformidad cuando actúen como partes acusadoras uno o varios acusadores particulares, el art. 801.5 LECr prevé que dicha conformidad sea formulada en el escrito de defensa. Esta exigencia de forma escrita guarda correspondencia con lo dispuesto en el art. 800.4 LECr, con arreglo al cual, cuando se hubiera constituido acusación particular, tanto el Ministerio Fiscal como el acusador o los acusadores particulares han de formular sus respectivas acusaciones por escrito.

Ahora bien, en relación con los supuestos mencionados, es decir, cuando se hubiera constituido acusación particular, la ley no especifica el momento procesal en que se ha de presentar el escrito de defensa. El art. 800.4 LECr se limita a señalar que, una vez presentados los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular ante el Juzgado de Guardia, «procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2». Pero ocurre que el apartado 2 del art. 800 LECr, que se ocupa de los casos en que el Ministerio Fiscal actúa como única parte acusadora, contempla dos momentos procesales diferentes a efectos de la presentación del escrito de defensa. En efecto, con arreglo al precepto citado, el escrito de defensa puede ser presentado en la misma comparecencia a que se refiere el art. 800.2 LECr, o, por el contrario, dentro del plazo que el Juez conceda al acusado para la presentación de dicho escrito, que no puede exceder de cinco días.

Ante la laguna de que adolece la LECr en este punto, en relación con los supuestos en que se hubiera constituido acusación particular, son varias las soluciones posibles.

Así, por ejemplo, cabría acudir a una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 800.2.2.º LECr, es decir, que el Juzgado de Guardia concediera al acusado un plazo, que como máximo sería de cinco días, para presentar el escrito de defensa. La aplicación de este criterio originaría una duda añadida. En efecto, el art. 800.2.2.º LECr prevé que, en los casos en que se haya otorgado al acusado un plazo para presentar el escrito de defensa, este escrito ha de ser presentado, directamente, ante el órgano judicial competente para el enjuiciamiento, y no ante el Juzgado de Guardia. Con lo cual, la aplicación analógica del art. 800.2.2.º LECr, en los supuestos en que se hubiera constituido acusación particu-

lar, suscitaría la duda de si también en estos supuestos el escrito de defensa ha de ser presentado ante el Juzgado de lo Penal o, por el contrario, ante el propio Juzgado de Guardia.

Otra solución posible consistiría en que, una vez presentados los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y del acusador o de los acusadores particulares (art. 800.4 LECr), el Juzgado de Guardia convocara a todas las partes a una vista, reanudándose así la comparecencia a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 800 LECr, de manera que el acusado podría presentar el escrito de defensa en esa comparecencia, con independencia de que en dicho escrito el acusado se limitase a prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones o, por el contrario, se opusiera a la acusación.

Creo que este último criterio es el más adecuado, al menos en aquellos casos en que, atendiendo a los límites punitivos fijados en el art. 801 LECr, resulte posible la conformidad especial regulada en ese precepto:

- a) El criterio propuesto es el que guarda mayor coherencia con la regulación de la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr. A efectos de esta conformidad, el apartado 5 del art. 801 LECr se remite a lo dispuesto en los restantes apartados de ese mismo artículo, incluyendo, por tanto, la previsión de que el acusado pueda prestar su conformidad ante el Juez de Guardia, a fin de que sea este mismo Juez el que dicte la sentencia de conformidad (art. 801.1 LECr).
- b) Por otra parte, la aplicación analógica del art. 800.2.2.º LECr daría lugar al problema añadido que he mencionado anteriormente, ya que, según lo dispuesto en dicho precepto, el escrito de defensa ha de presentarse ante el Juzgado de lo Penal, y no ante el Juzgado de Guardia, cuando éste hubiera concedido un plazo al acusado para efectuar la presentación de dicho escrito. Pues bien, si en el escrito de defensa el acusado prestara su conformidad con la más grave de las acusaciones, la presentación de dicho escrito ante el Juzgado de lo Penal chocaría con las previsiones contenidas en el apartado 1 en relación con el apartado 5 del art. 801 LECr, según el cual el acusado podrá prestar su conformidad ante el Juzgado de Guardia, correspondiendo también a este Juzgado dictar la sentencia de conformidad.
- c) Si el acusado opta por prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones, el Juez de Guardia estará en condiciones de efectuar, en la comparecencia mencionada, el control sobre los requisitos de la conformidad, incluyendo la exigencia de que el acusado sea informado acerca de las consecuencias de dicha

conformidad, y la comprobación de que el acusado presta libremente su conformidad (art. 787.2 y 4 LECr).

En definitiva, entiendo que, en los casos en que se hubiera constituido acusación particular, el Juzgado de Guardia, una vez presentados los escritos de acusación mencionados en el art. 800.4 LECr, debe convocar a todas las partes, reanudándose la comparencia a que se refiere el art. 800.2 LECr. En esa comparencia, el acusado podrá presentar el escrito de defensa. Si el acusado opta por prestar, en dicho escrito, su conformidad con la más grave de las acusaciones, el Juzgado de Guardia podrá dictar sentencia de conformidad, aplicándose las diversas consecuencias que prevé el art. 801 LECr para este supuesto especial de conformidad, siempre que, naturalmente, concurren los requisitos establecidos en dicho precepto.

Ahora bien, si, tras reanudarse la comparencia mencionada, el acusado pide que se le conceda un plazo para presentar el escrito de defensa, resultará aplicable el art. 800.2.2.º LECr, es decir, el Juzgado de Guardia podrá concederle ese plazo, pero el escrito de defensa deberá ser presentado, en tal caso, ante el Juzgado de lo Penal, y ya no podrá tener lugar la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr. Dicho en otros términos, también en este supuesto el acusado podrá prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones en el propio escrito de defensa o en cualquiera de los momentos procesales a que se refieren los arts. 784.3 y 787.1 LECr, pero el acusado ya no podrá beneficiarse de la reducción de un tercio de la pena solicitada.

Por lo demás, si, en contra del criterio propuesto, se entendiera que, en los casos en que se hubiera constituido acusación particular, el escrito de defensa ha de ser presentado ante el Juzgado de lo Penal, y que corresponde a este órgano judicial dictar sentencia de conformidad cuando el acusado hubiera prestado dicha conformidad en aquel escrito, el Juzgado de lo Penal también debería aplicar la reducción de un tercio de la pena solicitada, a que se refiere el art. 801 LECr. Resultaría contrario al principio de igualdad ante la ley que, por una circunstancia ajena al acusado, es decir, a causa de la constitución de acusación particular, aquél no pudiera beneficiarse de los efectos favorables que el art. 801 LECr atribuye al supuesto especial de conformidad regulado en dicho precepto, siendo así que el acusado ha prestado su conformidad en la primera oportunidad procesal que ha tenido para ello.

9. Falta de conformidad respecto a la responsabilidad civil

Puede ocurrir que el acusado preste su conformidad con la acusación en todos los aspectos referidos a la responsabilidad penal, y por

tanto acepte la pena pedida por la acusación, pero niegue la existencia de la responsabilidad civil que la acusación atribuye a dicho acusado, o éste considere excesiva la cantidad solicitada por la acusación en concepto de responsabilidad civil, o el acusado no esté de acuerdo con las bases que ha propuesto la acusación para calcular el importe de la responsabilidad civil en ejecución de sentencia.

Asimismo, cabe que el acusado preste su conformidad con la acusación en su integridad, esto es, aceptando también la responsabilidad civil solicitada contra el propio acusado, pero que la acusación pida también la imposición de responsabilidad civil contra una persona distinta del acusado en concepto de responsable civil. Pues bien, es posible que ese tercero rechace la responsabilidad civil solicitada contra él, o discrepe de la cantidad pedida por la acusación en concepto de responsabilidad civil, o no esté de acuerdo con las bases propuestas por la acusación para determinar el importe de la responsabilidad civil en ejecución de sentencia.

En esos casos, cabe acudir a lo dispuesto en los arts. 655, 695 y 700 LECr, que resultan aplicables en el procedimiento abreviado (art. 758 LECr) y, en consecuencia, también en el juicio rápido (art. 795.4 LECr). Conforme al art. 655.5.º LECr, «cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad». A su vez, el art. 695 LECr establece que, si el acusado «confesare su responsabilidad criminal, pero no la civil, o aun aceptando ésta, no se conformare con la cantidad fijada en la calificación, el Tribunal mandará que continúe el juicio. Pero en este último caso, la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación». Por su parte, el art. 700.1.º LECr dispone: «Cuando el procesado o procesados hayan confesado su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de la calificación, y sus defensores no consideren necesaria la continuación del juicio, pero la persona a quien sólo se hubiese atribuido responsabilidad civil no haya comparecido ante el Tribunal, o en su declaración no se conformase con las conclusiones del escrito de calificación a ella referentes, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 695».

Ahora bien, el alcance de los arts. 655, 695 y 700 LECr debe ajustarse a las especialidades que establece el art. 801 LECr para los supuestos de conformidad del acusado. Por ello, entiendo que, en los casos mencionados, el Juzgado de Guardia debe remitir las actuaciones al Juzgado de lo Penal, a fin de que se celebre ante este órgano judicial el juicio oral, que, con las salvedades que indicaré a continuación, ha de

circunscribirse al tema concerniente a la responsabilidad civil del acusado o, en su caso, del tercero responsable civil. Celebrado el juicio oral, será el Juez de lo Penal quien ha de dictar la correspondiente sentencia de conformidad en cuanto a la responsabilidad penal, resolviendo en la misma sentencia la cuestión relativa a la responsabilidad civil. Los arts. 655, 695 y 700 LECr permiten dar un tratamiento separado a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil en esos casos en que la conformidad no alcanza al tema relativo a la responsabilidad civil. Por ello, creo que, en dichos supuestos, el Juez de lo Penal debe aplicar lo dispuesto en el art. 801.2 LECr, reduciendo en un tercio la pena solicitada por la acusación, si concurren los restantes requisitos exigidos por el citado art. 801 LECr.

Ahora bien, precisamente porque en estos supuestos corresponde al Juez de lo Penal dictar la sentencia de conformidad en cuanto a la responsabilidad penal, ha de ser ese mismo Juez el que efectúe previamente, al comienzo de las actuaciones del juicio oral, el oportuno control a fin de determinar si concurren o no los requisitos de la conformidad previstos en el art. 801 LECr. Realizado ese control, si el Juez de lo Penal entiende que no concurren los requisitos necesarios para dictar sentencia de conformidad, ha de acordar la continuación del juicio oral, pero en este caso el juicio oral no quedará limitado a la discusión sobre el tema concerniente a la responsabilidad civil, sino que también se habrá de dilucidar en dicho juicio oral la existencia o no de responsabilidad penal del acusado.

Por otra parte, puede suceder que, además del Ministerio Fiscal, actúen como partes acusadoras una o varias acusaciones particulares. En tal caso, cabe que el acusado preste ante el Juzgado de Guardia su conformidad con la acusación que haya solicitado pena de mayor gravedad, pero discrepe de la petición de responsabilidad civil formulada por esa misma acusación, sin perjuicio de que, a su vez, el acusado acepte o rechace la responsabilidad civil solicitada por otra acusación que haya pedido pena de menor gravedad. Entiendo que también en este caso se ha de seguir el mismo criterio propuesto, aplicando los arts. 655 y 695 LECr en relación con el art. 801 de la misma Ley. Por tanto, el Juzgado de Guardia ha de remitir las actuaciones al Juzgado de lo Penal, a fin de que se celebre ante este órgano judicial el correspondiente juicio oral, que se debe concretar al tema relativo a la responsabilidad civil del acusado. Celebrado el juicio oral, será el Juez de lo Penal quien dicte sentencia de conformidad en cuanto a la responsabilidad penal, reduciendo en un tercio la pena solicitada por la acusación que hubiera pedido pena de mayor gravedad, y pronunciándose en la misma sentencia sobre la responsabilidad civil del acusado.

10. **Conformidad derivada del reconocimiento de los hechos imputados efectuado durante la tramitación de las diligencias previas**

Como he indicado, aunque la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr se refiere a los juicios rápidos, también es posible llegar a esa conformidad mediante la transformación de unas diligencias previas en diligencias urgentes, es decir, a través de la conversión de un procedimiento abreviado en un juicio rápido, en el caso de que el inculpado haya reconocido los hechos que se le imputen y concurren, además, los restantes requisitos previstos en el art. 779.1.5.^a LECr, que establece: «Practicadas sin demora las diligencias [previas] pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: (...) 5.^a. Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801».

El precepto citado adolece de enorme imprecisión y oscuridad, siendo susceptible de múltiples interpretaciones.

El primer requisito que el art. 779.1.5.^a LECr exige, para que se pueda llegar a la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr, consiste en que el inculpado haya reconocido los hechos delictivos que se le imputen. A mi juicio, ese reconocimiento de hechos puede tener lugar a lo largo de la tramitación de las diligencias previas, esto es, antes de que el Juez de Instrucción acuerde la conclusión de aquellas diligencias. Entiendo que la interpretación propuesta es la que resulta más acorde con el tenor literal del propio art. 779 LECr. Naturalmente, aquel reconocimiento de hechos ha de ser efectuado por el imputado a presencia judicial y con asistencia de su abogado, por lo que, a estos efectos, no es suficiente que el inculpado haya reconocido ante la policía o el Ministerio Fiscal los hechos que se le imputen.

También se suscitan muchas dudas respecto del contenido que puede tener la comparecencia prevista en el art. 779.1.5.^a LECr. Dada la oscuridad en que incurre la ley en relación con este punto, creo que, a la hora de determinar el contenido de aquella comparecencia, se han de utilizar criterios flexibles, que tengan en cuenta, a la vez, la regulación establecida en los arts. 800 y 801 LECr.

Cabe que, a la vista de las actuaciones realizadas, el Ministerio Fiscal, actuando como única parte acusadora, formule acusación en la misma comparecencia a que se refiere el art. 779.1.5.^a LECr. En tal caso, entiendo que se ha de aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 800.2 LECr, por lo que, si el acusado presta en la propia comparecencia su conformidad con la acusación y concurren los requisitos de la conformidad especial prevista en el art. 801 LECr, el Juez de Instrucción, tras acordar la incoación de diligencias urgentes y la continuación del procedimiento por los trámites del juicio rápido, puede dictar sentencia de conformidad en los términos previstos en el citado art. 801 LECr. Puede aplicarse el mismo criterio cuando, habiéndose constituido acusación particular, tanto ésta como el Ministerio Fiscal formulen sus respectivas acusaciones en la comparecencia prevista en el art. 779.1.5.^a LECr y el acusado preste, en esa misma comparecencia, su conformidad con la más grave de las acusaciones (art. 801.5 LECr), siempre que concurren los requisitos de la conformidad especial establecidos en el art. 801 LECr. Tampoco se puede descartar la posibilidad de que, en la comparecencia a que alude el art. 779.1.5.^a LECr, se llegue a obtener la conformidad pactada o negociada que prevé el art. 784.3.2.^o LECr.

Por el contrario, si el Ministerio Fiscal o, en su caso, alguno de los acusadores particulares manifiestan, en la comparecencia prevista en el art. 779.1.5.^a LECr, su negativa a formular acusación basada en los hechos reconocidos por el imputado, no resultará posible la transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes, ni, por tanto, será viable la conformidad especial del art. 801 LECr. En este caso, si continúa tramitándose el procedimiento abreviado, el imputado podrá prestar su conformidad con la acusación posteriormente, es decir, en cualquiera de los momentos procesales a que se refieren los arts. 784.3 y 787.1 LECr, pero ya no estaremos ante la conformidad especial del art. 801 LECr, sino ante la conformidad genérica del procedimiento abreviado. El mismo criterio puede ser aplicado cuando el Ministerio Fiscal o, en su caso, la más grave de las acusaciones formulen acusación en la comparecencia prevista en el art. 779.1.5.^a LECr, pero soliciten una pena que exceda de los límites previstos en el art. 801 LECr, de manera que no resulte viable la conformidad especial regulada en dicho precepto. Todo ello sin perjuicio de que, por exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, la reducción de un tercio de la pena establecida en el art. 801 LECr también pueda aplicarse analógicamente cuando, concurriendo los límites punitivos que fija el citado precepto, se produzca la conformidad del acusado en el procedimiento abreviado, cuestión a la que he hecho referencia en el apartado 5.

También es posible que, en la comparecencia prevista en el art. 779.1.5.^a LECr, el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular se limiten

a manifestar que están dispuestos a formular acusación basada en los mismos hechos reconocidos previamente por el imputado, pero sin que dichas partes acusadoras lleguen a presentar la acusación en la comparencia mencionada. En tal caso, si los hechos delictivos reconocidos por el imputado están incluidos en el ámbito de aplicación del art. 801 LECr, el Juez de Instrucción puede acudir a la aplicación analógica del art. 800.4 LECr, concediendo un plazo de dos días a las partes acusadoras, para que presenten sus escritos de acusación. Formulados estos escritos, el acusado podrá prestar, en su escrito de defensa, su conformidad con la acusación o, en su caso, con la más grave de las acusaciones. Una vez tenga lugar la conformidad mencionada, si concurren los requisitos establecidos en el art. 801 LECr, el Juez de Instrucción ha de acordar la incoación de diligencias urgentes y ordenar la continuación del procedimiento por los trámites previstos en los arts. 800 y 801 LECr, dictando asimismo la correspondiente sentencia de conformidad prevista en el art. 801 LECr.

La competencia del Juez de Instrucción para dictar la sentencia de conformidad derivada del reconocimiento de hechos a que se refiere el art. 779.1.5.^a LECr cuenta con cobertura legal cuando ese mismo Juez ha actuado también como Juez de Guardia en el mismo procedimiento penal (art. 87, a) LOPJ en relación con el art. 801 LECr). La cuestión suscita más dudas en los casos en que el Juez de Instrucción ante el que se han tramitado las diligencias previas, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 779.1.5.^a LECr, ha acordado la incoación de diligencias urgentes y la continuación del procedimiento por los trámites previstos para el juicio rápido, no hubiera actuado como Juez de Guardia en el mismo procedimiento. En relación con este supuesto, el art. 779.1.5.^a LECr no especifica si la sentencia de conformidad derivada del reconocimiento de hechos a que se refiere el precepto citado ha de ser dictada por el propio Juez de Instrucción que ha acordado la transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes, o bien por el Juez de lo Penal, o incluso por el Juez de Instrucción que, en su caso, hubiera actuado como Juez de Guardia en el mismo procedimiento.

Aun así, entiendo que la fórmula amplia que utiliza el art. 87, a) LOPJ, puesta en relación con los arts. 779.1.5.^a y 801 LECr, sirve de apoyo suficiente para estimar que corresponde al Juez de Instrucción ante el que se hubieran tramitado las diligencias previas la competencia para dictar la sentencia de conformidad en esos casos. A su vez, esta solución es coherente con el criterio general en que se basa la regulación de la conformidad especial establecida en el art. 801 LECr, que radica en que la sentencia de conformidad sea dictada lo antes posible. Cuestión distinta es la relativa a las posibles dudas de constitucionalidad que,

desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva del Juez, puede suscitar la atribución al Juez de Instrucción de la competencia para dictar la sentencia de conformidad. Pero estas dudas no se circunscriben al supuesto previsto en el art. 779.1.5.ª LECr, sino que también afectan al art. 801 LECr, según he indicado en el apartado 4.

11. Incumplimiento de los compromisos que el acusado hubiera asumido al prestar su conformidad con la acusación

Puede ocurrir que, después de ser acordada por el Juez de Guardia la suspensión de la pena privativa de libertad, el condenado no cumpla los compromisos a que se refiere el art. 801.3 LECr.

En relación con el supuesto mencionado, la versión del art. 801 LECr aprobada inicialmente por el Congreso de los Diputados incluía, en su apartado 3, la siguiente previsión: «En estos supuestos, la sentencia de conformidad contendrá también la condena del acusado para el caso de que incumpliere sus compromisos, de lo cual se le habrá apercibido. Dicha condena consistirá en la pena inicialmente pedida no reducida en un tercio. Verificado el incumplimiento, el Juez dictará auto por el que impondrá al acusado dicha pena».

Pero esa disposición fue suprimida durante la tramitación de la Proposición de Ley en el Senado. Con lo cual, el texto definitivo no establece ninguna previsión específica para los casos en que el condenado incumpla los compromisos previstos en el art. 801.3 LECr.

Ante ese silencio legal, hay un aspecto que no ofrece dudas: aunque el condenado incumpla los compromisos que hubiera asumido conforme al art. 801.3 LECr, no perderá el beneficio relativo a la reducción de un tercio de la pena solicitada por la acusación. Se ha de mantener la pena que se hubiera impuesto al acusado en la sentencia de conformidad, que incluirá la reducción mencionada. Si se dejara sin efecto esa rebaja de la pena, sin que exista una norma legal que prescriba dicha revocación, se vulneraría el principio de intangibilidad de la sentencia firme.

Las dudas se plantean en relación con la subsistencia del beneficio concerniente a la suspensión de la pena acordada por el Juez de Guardia tras dictar la sentencia de conformidad. Dada la falta de una previsión legal específica respecto de esta cuestión, cabrían, en teoría, varias soluciones:

- a) Así, por ejemplo, se podría entender que el incumplimiento de los compromisos asumidos por el condenado no lleva consigo, por sí solo, ninguna consecuencia específica, sin perjuicio de

que la responsabilidad civil impuesta a dicho condenado pueda hacerse efectiva en ejecución de sentencia, y, a su vez, que la suspensión de la pena acordada al amparo del art. 87 CP pueda ser revocada aplicando las normas contenidas en el propio art. 87 CP. Este criterio entraña el inconveniente de que los compromisos que, conforme al art. 801.3 LECr, el acusado hubiera asumido para obtener la suspensión de la pena se convertirían en un mero requisito formal, sin ninguna trascendencia efectiva.

- b) En sentido radicalmente contrario, se podría estimar que el incumplimiento, por parte del acusado, de los compromisos que éste hubiera asumido de acuerdo con el art. 801.3 LECr, para conseguir la suspensión de la pena, darán lugar, en todo caso, a la revocación de ese beneficio, con la consiguiente exigencia de que el condenado cumpla efectivamente la pena impuesta, es decir, la pena solicitada por la acusación reducida en un tercio. Este criterio también suscita dudas, porque no tiene en cuenta la disparidad de causas por las que el condenado ha incumplido los compromisos que había asumido conforme al art. 801.3 LECr. Por ejemplo, si el condenado se comprometió a satisfacer, en el plazo que el Juez de Guardia le hubiera fijado para ello, las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, no parece justo equiparar los casos en que el condenado ha incumplido voluntariamente aquel compromiso, con los supuestos en que esa falta de cumplimiento obedezca a circunstancias sobrevenidas que impidan al acusado satisfacer las mencionadas responsabilidades civiles dentro del plazo que el Juez de Guardia le había fijado (v. gr.: el condenado ha perdido su puesto de trabajo).

A mi juicio, para resolver adecuadamente la cuestión planteada, es necesario tener en cuenta que el art. 801.3 LECr ha venido a completar la regulación que establece el Código Penal respecto de la suspensión de las penas privativas de libertad. A partir de esta idea, hay que hacer referencia por separado a las dos clases de compromisos que, con arreglo al art. 801.3 LECr, el acusado puede asumir para obtener la suspensión de la pena:

- a) En primer lugar, cabe que, a fin de conseguir la suspensión de la pena, el acusado se hubiera comprometido a satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo dentro del plazo prudencial que el Juez de Guardia le hubiese fijado. En este caso, si el acusado no satisface dichas responsabilidades civiles en el plazo mencionado, se ha de acudir a lo dispuesto en los arts. 83 y 84 CP. El art. 83 CP establece una relación de reglas de conducta u obligaciones a cuyo cumplimiento

to, por parte del condenado, puede quedar condicionada la suspensión de la pena, si así lo decide el juez. Pues bien, el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles dentro del plazo a que se refiere el art. 801.3 LECr ha venido a completar aquellas reglas de conducta u obligaciones previstas en el art. 83 CP. El cumplimiento de ese compromiso por parte del acusado constituye una condición más de la suspensión de la pena, que se viene a añadir a las establecidas en el art. 83 CP.

Por ello, si el condenado incumple dicho compromiso, resulta aplicable la norma general prevista en el art. 84.2 CP: «Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos: a) sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta; b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años; c) revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado».

En consecuencia, si el condenado no satisface las responsabilidades civiles dentro del plazo que le hubiera fijado el Juez de Guardia, se podrá aplicar la medida que, atendiendo a la causa concreta por la que se haya producido aquel incumplimiento, resulte más adecuada de entre las diversas que permite el art. 84.2 CP: fijación de un nuevo plazo para satisfacer las responsabilidades civiles, prórroga del plazo de suspensión de la pena, o revocación de la suspensión. En cualquier caso, como he indicado, se ha de excluir la revocación de la suspensión de la pena cuando quede acreditado que el incumplimiento del compromiso que había asumido el condenado se debe a circunstancias sobrevenidas ajenas a su voluntad.

Por lo demás, la adopción de las medidas mencionadas ya no corresponderá al Juez de Guardia que hubiera pronunciado la sentencia de conformidad, sino al Juez de lo Penal, ya que, una vez dictada esa sentencia, el Juzgado de Guardia ha de remitir las actuaciones al Juzgado de lo Penal para la ejecución de la sentencia (art. 801.4 LECr). Naturalmente, en las poblaciones en que la competencia en materia de ejecución esté atribuida de forma exclusiva a determinados Juzgados de lo Penal, corresponderá a éstos adoptar las medidas a que hemos hecho referencia.

b) Por otra parte, cabe que, para obtener la suspensión de la pena, el condenado se hubiera comprometido a obtener, dentro del plazo prudencial que el Juez de Guardia le hubiese fijado, la certificación a que se refiere el art. 801.3 LECr, mediante la que se acredite que dicho condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. La asunción de ese compromiso por parte del acusado viene a completar las condiciones de la suspensión de la pena previstas en el

art. 87 CP, que el juez puede imponer en los supuestos regulados en el propio art. 87 CP. Por ello, en el caso de que el condenado incumpla aquel compromiso, resulta aplicable la norma general incluida en el art. 87.5 CP, con arreglo a la cual «el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas». Ahora bien, para que pueda tener lugar esa revocación, ha de tratarse de un auténtico incumplimiento del condenado. Si la falta de cumplimiento del compromiso asumido por dicho condenado obedece a una causa de fuerza mayor, no debe haber inconveniente para que el juez pueda fijarle un nuevo plazo, a fin de que obtenga la certificación prevista en el art. 801.3 LECr. Por otra parte, corresponderá al Juez de lo Penal, y no al Juez de Guardia que hubiera dictado la sentencia de conformidad, acordar la revocación de la suspensión o la fijación nuevo plazo a que se ha hecho referencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 801.1 LECr. Como he indicado, en las poblaciones en que la competencia en materia de ejecución esté atribuida de forma exclusiva a determinados Juzgados de lo Penal, corresponderá a éstos pronunciarse sobre la revocación de la suspensión o la fijación de un nuevo plazo a efectos de cumplir el compromiso mencionado en el art. 801.3 LECr.

La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional

Alberto Jorge Barreiro
Presidente de la Sección 15.^a. Audiencia Provincial de Madrid

I. Introducción y precedentes

La gravosidad que comporta la aplicación de la prisión provisional, al operar realmente en la práctica como el cumplimiento anticipado de una pena privativa de libertad de efectos irreversibles, sin que haya sido sometido a juicio el imputado ni declarada por tanto su culpabilidad, dificulta sobremanera la legitimación de la medida cautelar.

Y así lo ha admitido expresamente el propio Tribunal Constitucional al referirse a «la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por sentencia que pone fin a un proceso». Pues, afirma, «se trata de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad y el alcance de la misma, en uno y otro caso». Tan es así que el supremo intérprete de la CE habla de « semejanza sustancial » entre la privación provisional de libertad y la derivada de una sentencia condenatoria (SSTC 32/1987 y 128/1995). Lo cual no ha de extrañar si se pondera que el Código Penal abona para el cumplimiento de la pena el tiempo sufrido en prisión preventiva (art. 58.1).

Es cierto que la propia dinámica del proceso penal requiere en algunos supuestos la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad, y así lo vienen a corroborar la Constitución (art. 17) y la Ley Procesal Penal (arts. 503 y ss.). Sin embargo, no siempre se opera con ella como una medida de naturaleza procesal encaminada sustancialmente a garantizar el resultado del proceso, pues, a los motivos de índole propiamente procesal, como pudieran ser la posible fuga del imputado y la ocultación de pruebas, se le suman otros de carácter sustantivo-penal,

centrados en concepciones preventivas y de defensa social, para lo cual se acude al concepto de *peligrosidad*.

Los problemas que suscita la prisión provisional no proceden sólo de su intrínseca gravosidad para el derecho a la libertad del imputado, sino que a ella han de sumarse también sus contradicciones con algunos de los principios y derechos nucleares del proceso penal, como la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Sin olvidar tampoco su querencia innata a desnaturalizarse en su implementación práctica. Pues, absorbida por los condicionamientos ajenos al proceso, no resulta extraño que se acaben pervirtiendo sus fines ni que se orillen sus auténticas funciones procesales, abriéndose así una vía de dudosa constitucionalidad. No puede entonces extrañarnos que algún autor haya aseverado que el uso de la prisión provisional es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar el desvanecimiento de todas las garantías penales y procesales (Ferrajoli).

En concreto, en lo que se refiere al derecho fundamental a la presunción de inocencia, no parece cuestionable que la mera aplicación de la medida cautelar lo hiere en su esencia, pues se anticipa *de facto* el cumplimiento de una pena sin que ni siquiera haya sido sometido a un proceso ni por tanto practicado la prueba de cargo y de descargo ante un juez imparcial que falle con arreglo a derecho. Se le aplica la pena más gravosa con base en diligencias preliminares que configuran meros indicios. Como ha advertido Andrés Ibáñez, los que son realmente *provisionales* son los datos incriminatorios en que se apoya la prisión cautelar, y no ésta, que se muestra *definitivamente* penalizadora.

Es cierto que la merma de ese derecho fundamental en bastantes de los supuestos opera con eficacia a la hora de salvaguardar otros valores y derechos fundamentales que se cumplimentan con la culminación del proceso (la tutela judicial efectiva, los bienes jurídicos que protege la norma penal, etc), con lo que estaríamos ante una colisión o conflicto de valores y derechos en juego a dilucidar con arreglo a unas pautas de prioridad o jerarquía normativa. Ahora bien, no deben perderse de vista en ningún caso dos efectos incuestionables de la prisión provisional en este campo.

El primero, que, en mayor o menor medida según los casos, siempre supone, aunque sea de forma interina, una merma del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y el segundo, que la propia medida va a producir otros efectos perversos en todo el discurrir del proceso. Nos referimos con ello a que las decisiones a adoptar en éste en el futuro, tanto en los aspectos procesales como en los sustantivos, van a estar precondicionadas por la aplicación de la medida cautelar.

Y así, a modo de ejemplo, no es igual la diligencia y premura con que se tramita o debe tramitarse una causa con preso preventivo que aquellas en la que el imputado se halla en libertad. Y tampoco el juez o tribunal es, por mucho que pretenda aparentarlo o intente seriamente conseguirlo, totalmente ajeno en sus resoluciones, tanto interlocutorias como definitivas, al hecho de que el encausado se halle o no privado de libertad. El juez de instrucción tiende a legitimar la adopción de la medida cautelar acentuando la práctica de las diligencias de investigación incriminatorias en detrimento de las diligencias exculpatorias, incrementando así la naturaleza ya de por sí inquisitiva de la instrucción. Y el juez o tribunal sentenciador se muestra no poco sensible al peso de la pena que ya lleva cumplida el acusado en prisión provisional. Contingencia que acaba repercutiendo, aunque sea de forma inconsciente y encubierta, en aspectos fundamentales de su decisión, tanto en la propia apreciación probatoria como en la cuantificación de la pena, que en no pocos casos acaba determinándose con la mira puesta en los plazos de la prisión preventiva.

La prisión cautelar no deja, pues, de operar insidiosamente sobre los aspectos procesales y sustantivos que se dirimen a cada momento en la causa. Y es que la interinidad o provisionalidad que la adjetivan no consiguen solventar satisfactoriamente la asimetría intrínseca insalvable del binomio medios-fines que adultera la esencia de la institución. Lo que se presenta como un *instrumento* idóneo y eficaz para alcanzar el objetivo pragmático de que el proceso llegue a celebrarse, acaba preconditionando y volatizando en el camino —debido a la agresividad intrínseca del medio utilizado— el *fin último* que se pretende alcanzar: realizar el valor justicia.

La naturaleza de *medida cautelar personal* es indiscutible a tenor del propio concepto de la institución, definida como la privación de libertad de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho punible dirigida a asegurar en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con que puede finalizar el proceso penal (Banacloche Palao). Pero ha de admitirse que, junto a los fines específicos de su naturaleza cautelar (evitar la fuga del imputado, asegurar el éxito de la instrucción e impedir la ocultación de futuros medios de prueba), cumple otros de naturaleza extraprocesal (impedir la reiteración delictiva y aliviar el desasosiego que generan las presuntas conductas delictivas).

Esa mixtura de fines propiamente procesales y ajenos al proceso —expuestos en otro trabajo sobre la materia— viene a evidenciar la conflictividad y la contradictoriedad interna de la institución, cuya regulación constituye el mejor reflejo de los principios políticos y sociales im-

perantes en un contexto determinado, al expresar de forma diáfana la pugna entre, por un lado, los valores y derechos que ostenta el imputado como persona presuntamente inocente y, por otro, la demanda social de seguridad ante la comisión de ciertos hechos delictivos sobre los que se exige una declaración de justicia inmediata. Inmediatez y urgencia que no resultan compatibles en muchos casos con la ponderación sosegada que requiere el enjuiciamiento de una persona.

Una buena muestra de esta pugna de intereses aparece reflejada en la evolución de la prisión provisional, y en concreto de sus reformas legislativas del periodo postconstitucional en nuestro país. Pues a una primera reforma con un signo claramente expansivo, que conllevaba el cercenamiento del principio *pro libertate* (Ley 16/1980, de 22 de abril), le siguió un llamativo cambio de rumbo, al dictarse una ley que limitaba los supuestos de la prisión provisional (LO 7/1983, de 23 de abril). Sin embargo, la conocida como «contrarreforma de la prisión provisional» (LO 9/1984, de 26 de diciembre) atendió a criterios conservadores de seguridad ciudadana y amplió los motivos para decretar la medida cautelar.

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (reformada por LO 8/1995, de 16 de noviembre), modificó el régimen de la prisión provisional limitando la iniciativa judicial a la hora de adoptar la medida cautelar. De forma que, con el fin de garantizar la imparcialidad del juez de instrucción, impuso la instancia de parte como requisito previo para adoptar la prisión provisional, con o sin fianza, y exigió su petición en una comparecencia previa, implantando así los principios acusatorio y de contradicción en la adopción de la medida.

A los indudables beneficios que supuso la exigencia legal de tales garantías en el proceso penal, ha de oponérsele la objeción de que el nuevo sistema generó algunas disfunciones y distorsiones en la fase de instrucción. Y ello porque, siendo el juez instructor el que dirige de oficio la investigación, marca las líneas de la misma y los pasos que se han de seguir para alcanzar una base fáctica inculpatoria y, en su caso, exculpatoria, es él quien tiene en mente el boceto de toda la investigación y conoce las consecuencias de la fuga de un imputado y las posibilidades de que suceda, así como los efectos que puede producir una ocultación o alteración de pruebas y las expectativas de que tenga lugar. No deja, pues, de resultar en cierto modo distorsionador que no sea él quien pueda acordar la prisión provisional de oficio ni tampoco quien la solicita, sino que ha de ser una de las partes que no dirigen la investigación la que, con su solicitud, dé pie para que el juez la acuerde.

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre (maquillada después en algunos extremos puntuales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre),

reforma de nuevo la institución con el fin de introducir las pautas marcadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, especialmente a partir de la sentencia 128/1995, que configuró un nuevo cuerpo de doctrina jurisprudencial aplicable directamente por los órganos judiciales ordinarios (SSTC 128/1995, 14/1996, 37/1996, 41/1996, 62/1996, 179/1996, 44/1997, 66/1997, 67/1997, 177/1998, 18/1999, 33/1999, 14/2000, 47/2000, 165/2000, 304/2000, 29/2001, 61/2001, 8/2002, 23/2002, 98/2002, 138/2002, 142/2002, 144/2002, 121/2003 y 22/2004). Como conclusión de las directrices marcadas, el máximo intérprete de la Constitución decidió, en la sentencia 47/2000, plantear una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a los arts. 503 y 504 de la Ley Procesal Penal.

En esa resolución estableció que «la comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 CE, tal como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto *prima facie*, que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda». Y añade que «quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE». Y en el último fundamento de la resolución expone que «la Ley aplicada (arts. 503 y 504 LECr) vulnera el art. 17 CE y esa vulneración ha podido ser dimanante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales», por lo que, en aplicación del art. 55.2 LOTC, decide plantear cuestión de inconstitucionalidad con respecto a ambos preceptos.

La exposición de motivos de la nueva reforma por Ley Orgánica 13/2003 hace especial hincapié en la aplicación de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad; en la concreción de los fines legítimos de la institución; los presupuestos exigibles para dictarla; los plazos máximos de duración; el procedimiento para acordarla; el sistema de recursos y las modalidades de la prisión cautelar.

II. Caracteres de la prisión provisional

La doctrina ha venido estableciendo como caracteres de la prisión provisional los siguientes: legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, excepcionalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, provisionalidad y temporalidad (Asencio Mellado, Gutiérrez de Cabiedes, Maia Costa y Jorge Barreiro).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha contemplado y examinado en profundidad algunos de estos caracteres, en función de su relevancia práctica para la interpretación correcta de la medida cautelar. En concreto: el de legalidad, según la regla *nulla custodia sine lege* (SSTC 140/1986, 32/1987, 34/1987, 88/1988, 13/1994, 128/1995 y 82/2003); jurisdiccionalidad (SSTC 41/1982, 56/1987, 3/1992, 71/1994, 128/1995, 66/1997, 47/2000 y 147/2000); excepcionalidad (4/1982, 40/1987, 71/1994, 128/1995, 147/2000, 305/2000 y 98/2002); y el de proporcionalidad (108/1984, 128/1995, 62/1996, 44/1997, 186/2000, 14/2003 y 198/2003).

Pues bien, en la exposición de motivos de la ley 13/2003, de 24 de octubre, se advierte que los caracteres que imponen mayores exigencias y obligan a la reforma de la medida cautelar para adaptar su regulación a los principios implantados por el texto constitucional son el de excepcionalidad y, sobre todo, el de proporcionalidad.

Con respecto al principio de *excepcionalidad*, se recuerda que la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por lo tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea.

En el curso del presente trabajo iremos comprobando cómo este postulado que enfatiza la exposición de motivos como directriz legislativa no se materializa después debidamente en la regulación normativa concreta. Pues, tanto la reducción de plazos para poder acordar la medida y sus generosas excepciones, como la amplitud, indeterminación e inidoneidad de algunos de los fines que prevé para justificarla enmargen notablemente el principio de excepcionalidad. Y así se ha comprobado también en la práctica jurisdiccional, ya que con la nueva regulación se han incrementado las posibilidades legales para que el juez pueda operar con la prisión provisional. En caso de que decida adoptarla no le resulta difícil hallar en el texto legal un motivo legitimador, cuando menos desde la perspectiva de una legitimación formal.

En cuanto al *principio de proporcionalidad*, la exposición de motivos reclama que las normas legales restrictivas de derechos fundamentales tengan un contenido tal que la limitación que la institución comporta sea proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar, fines que han de estar comprendidos dentro de los constitucionalmente legítimos. Además, el legislador recuerda que no es suficiente con que la medida sea adecuada al fin constitucionalmente legítimo, sino que debe también cumplimentarse la exigencia de proporcionalidad en

sentido estricto, es decir, que el sacrificio de la libertad de la persona sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

Se acoge así en la reforma el principio de proporcionalidad en la triple vertiente con que ha sido tratado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la idoneidad de la medida cautelar para obtener el fin que se persigue; la necesidad de su aplicación en cuanto no cabe otra alternativa menos gravosa; y la proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 55/1996, 161/1997, 136/1999 y 198/2003).

Ya en el texto normativo, se recalca en el art. 502.3 su exigencia, al disponer que *«el juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.»*

El principio de proporcionalidad ha de intervenir con no poca asiduidad en la interpretación del nuevo texto si queremos paliar las insuficiencias y deficiencias con que el legislador concibe el principio de excepcionalidad y los excesos de generosidad que muestra al regular los requisitos, los plazos y los fines de la prisión provisional. De modo que sólo una aplicación sustantiva y eficaz del principio de proporcionalidad podrá permitir la restricción de la medida cautelar, con el fin de ajustar las holguras de los enunciados normativos a las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales que sacrifica la institución. Y es que no parece fácil proclamar después de la lectura de la reforma que la cultura de la excepcionalidad de la prisión provisional, mucho más arraigada en los sistemas anglosajones, se incremente con la nueva regulación. Más bien cabe argüir todo lo contrario.

También remarca el legislador las exigencias de la *necesidad* de la medida y la *subsidiariedad* en su aplicación cuando, en el art. 502.2 de LECr, preceptúa que *«la prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.»*

Por último, la reforma legal contribuye a llenar algunos vacíos que horadaban las exigencias formales y materiales que impone el *principio de legalidad*. Razones de seguridad y certeza jurídicas hacían necesaria una previsión legal específica de los requisitos, los fines, las modalidades, los límites y el procedimiento para adoptar la prisión provisional. Desde tal perspectiva, y a pesar de las indeterminaciones y ambigüedades que en algunos aspectos se aprecian en el nuevo texto legal, lo cierto es que se han normativizado los elementos nucleares de la institución, llenando el vacío que había censurado el Tribunal Constitucio-

nal autoplanteándose la cuestión de constitucionalidad como señal de alarma ante la precariedad de la normativa preconstitucional en vigor.

La imposición del principio de legalidad es recordada en la exposición de motivos cuando se afirma que «no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea». Se reafirman en este párrafo los requisitos de la legalidad procesal penal: taxatividad, certeza y determinación.

III. Los presupuestos exigibles para acordar la prisión provisional

La naturaleza cautelar de la prisión provisional impone que se acuerde sólo cuando concurran los dos requisitos exigidos para que se aplique una medida de esa índole: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Con respecto al primero, se configura como un peligro de daño jurídico concreto derivado de la tardanza en la tramitación de un proceso. Y es que la dilación en el tiempo puede derivar en la frustración del proceso debido a la fuga del imputado o a la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, de ahí la relevancia de una medida cautelar de carácter personal como la prisión provisional.

Y en lo que concierne al *fumus boni iuris*, significa «apariencia o señal de buen derecho». Se trata de formular un razonamiento probabilístico relativo a la intervención del imputado en los hechos que se pretenden enjuiciar, de tal modo que, dada la relevancia de las medidas cautelares a adoptar contra la persona encausada, no se restrinjan cautelarmente sus derechos sin unas probabilidades claras de que, en su momento, pueda resultar condenado.

La Ley Procesal Penal, en sus arts. 503 y 504, que regulan los requisitos imprescindibles para acordar la prisión provisional, exigía en su versión anterior a la reforma de 24-X-2003 que concurrieran ciertos supuestos fácticos y jurídicos encuadrables en los conceptos arriba indicados. Y así, hacía referencia a la gravedad del delito, las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado como supuestos insertables en el *periculum in mora*; y requería también la existencia de «motivos bastantes» para creer como responsable del hecho delictivo al acusado, como presupuesto claramente subsumible en el *fumus boni iuris*.

Atendiendo a que algunos de los presupuestos exigidos por la ley para aplicar la prisión provisional no se ajustan al carácter cautelar de la medida, sino que obedecen a otros designios ajenos al derecho procesal, parece conveniente analizar los requisitos legales insertándolos en dos apartados diferentes, según se correspondan o no con la naturaleza cautelar propia del instituto.

1. *Requisitos legales atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional*

A) LA EXISTENCIA DE UN HECHO O VARIOS DE CARÁCTER DELICTIVO CON UNA DETERMINADA GRAVEDAD

El art. 503.1.3.º establece como primer requisito para dictar la prisión provisional que «*conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso*».

El legislador ha establecido una pena tipo por debajo de la cual considera que no está justificada, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la adopción de una medida cautelar tan gravosa. Ello no quiere decir que no pueda adoptarse en tales casos la prisión provisional, pues el propio legislador prevé varias excepciones a tal regla que acaban desvirtuando o suavizando en exceso la generalidad de la misma.

Las excepciones en concreto son las siguientes: cuando el imputado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de la condena por delito doloso (art. 503.1.1.º LECr); cuando hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores (art. 503.1.3.º a) LECr); en los casos en que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173 del CP (art. 503.1.3.º c) LECr); y cuando concurra el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos y de los antecedentes penales del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 LECr).

El plazo de los *dos años de prisión* como línea fronteriza a partir de la cual puede adoptarse la prisión provisional, supone en la práctica la ampliación de los márgenes de la aplicación de la medida cautelar, con la consiguiente merma del derecho a la libertad del imputado, cuya situación de libertad como estado normal durante la tramitación del proceso se ve así reducido con respecto a la regulación anterior.

En efecto, en la regulación previa a la Ley Orgánica 13/2003, y con arreglo a lo previsto en la disposición transitoria undécima del CP

de 1995, en la que se consideran sustituidas, para la aplicación de las leyes procesales y penales especiales, la pena de prisión mayor por la de prisión de tres a ocho años, y la de prisión menor por la de prisión de seis meses a tres años, se consideraba que la línea divisoria a partir de la cual procedía la aplicación de la prisión provisional era la de los tres años de prisión. Y así se recogió también en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de mayo.

En su día, ya expusimos que se trataba de un criterio legal discutible, por estimarse excesivamente severo y gravoso, al no cohonestarse con las cuantías punitivas reales implantadas en el nuevo Código. En efecto, si se habían reducido nominalmente, como pauta general, las penas en un tercio de su cuantía, no parecía proporcionado rebajar a la mitad —de seis a tres años— el límite que fija la magnitud orientativa de las prisiones y libertades provisionales, ampliándose de esta forma las posibilidades de aplicación de la medida cautelar.

Pues bien, con mayor razón todavía ha de cuestionarse la reducción en un año más el límite del tiempo de la pena de prisión para facilitar la posibilidad de aplicar la medida cautelar. Se trata de la aminoración en un tercio —de tres a dos años— del límite punitivo fijado para que pueda operar la prisión provisional.

Es cierto que el límite temporal de los dos años coincide con el establecido en el art. 786.1 LECr. (Ley 38/2002) para poder celebrar el juicio oral sin la presencia física del acusado. Ahora bien, el hecho de que a partir de los dos años de pena privativa de libertad no pueda celebrarse el juicio en ausencia del imputado no quiere decir que se implante como límite genérico penológico el de los dos años para aplicar la prisión provisional. Pues ello se contradice con los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y de excepcionalidad de la prisión provisional que aparecen plasmados en la exposición de motivos de la LO 13/2003 y también en el art. 502 LECr.

Por lo demás, tampoco debe considerarse un argumento a favor del plazo de los dos años la posibilidad de aplicar la suspensión de condena y la sustitución de penas con respecto a las condenas que no sobrepasen los dos años de privación de libertad. Máxime si se pondera que el Código Penal (art. 87.1, según reforma por LO 15/2003) permite las suspensiones de condena hasta penas de cinco años de privación de libertad cuando se trate de penados sometidos a tratamientos de drogadicción, hipótesis nada excepcional en la práctica.

En otro orden de cosas, y aunque el nuevo texto legal no diga nada al respecto, es importante reseñar que la pena ha de computarse en concreto y no en abstracto, pues así lo ha determinado el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 9/1994, de 17 de enero. Esta inter-

pretación se considera razonable, atendiendo al carácter excepcional de la prisión provisional, que ha de abocarnos siempre a interpretaciones restrictivas en su aplicación, en las que debe partirse siempre de lo que supone realmente: cumplimiento anticipado de una condena (art. 58.1 del nuevo CP).

Cuando afirmamos que la pena a computar ha de serlo en concreto, nos referimos en primer lugar al marco legal específico previsto para la conducta singularizada del imputado. De forma que ha de operarse con el grado de ejecución del delito, el grado de participación del encausado y las circunstancias genéricas y específicas de modificación de la responsabilidad criminal. Para ello habrá de efectuarse un juicio inferencial sobre la pena imponible con arreglo a los datos fácticos subsuimibles provisionalmente en los parámetros del marco legal concreto, interpretando siempre las dudas con arreglo al principio *pro libertate*, con el fin de no vulnerar los principios de proporcionalidad y excepcionalidad (SSTC 32/1987, 88/1988, 37/1996 y 98/2002).

Las interrogantes que suscitaba el texto legal derogado cuando el procedimiento se seguía por varios delitos contra el mismo imputado, en los casos en que ninguno de ellos llegara a alcanzar la pena de tres años de prisión (dos años el texto reformado), pero sumadas las penas hipotéticamente imponibles a todos ellos sobrepasaran claramente ese límite, han quedado despejadas en el art. 503.1.1.º LECr. En este precepto se establece que «*si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del CP*». Es decir, se aplicarán los preceptos 73 a 79 del texto punitivo, referidos al concurso real e ideal de delitos y al delito continuado.

Si el plazo de los dos años de pena privativa de libertad como criterio genérico de gravedad del hecho resulta censurable por su reducida extensión y la ampliación correlativa que entraña de los márgenes de aplicación de la prisión provisional, otro tanto cabe decir acerca de las excepciones que permiten reducir todavía en mayor medida esa exigencia temporal, excepciones que hemos relacionado anteriormente.

Dos de ellas, en concreto las atinentes a la posible comisión de hechos delictivos contra la víctima o contra terceras personas, ni siquiera aparecen vinculadas a los fines propiamente procesales de la institución, como en su momento se verá. De ahí que se incremente la censura a tales excepciones. Y en cierto modo puede afirmarse lo mismo en lo que atañe al supuesto más abierto o genérico referido a que el imputado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de la condena por delito doloso, que puede co-

nectarse con cualquiera de los fines de la prisión provisional. De modo que sólo la excepción consistente en que hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para el llamamiento y busca del imputado en los dos años anteriores presenta una vinculación sustancial con el carácter cautelar de la medida.

B) *FUMUS BONI IURIS*

Figura regulado en el art. 503.2.º: «*que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión*».

Mantiene, pues, el precepto la misma redacción literal que con anterioridad a la reforma. Por lo cual, la cuestión interpretativa sigue centrándose en indagar el significado del sintagma «motivos bastantes», que la doctrina pone en relación, mediante un examen comparativo, con los «indicios racionales de criminalidad» necesarios para dictar el auto de procesamiento (art. 384 de la LECr).

Entendemos que el argumento gramatical clarifica poco en este caso. Y ello porque el significado de la expresión «motivo» en el diccionario es el de «causa o razón», de modo que por «motivar» se entiende «dar causa o razón». Mientras que por indicio se entiende el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Un significado, ciertamente, algo más objetivo que el de motivo, pero al que el legislador añade el adjetivo de «racional», con lo que, semánticamente, no se aprecian diferencias esenciales entre «motivos bastantes» e «indicios racionales». Tan es así que el propio Tribunal Constitucional, a la hora de referirse a los motivos bastantes para el juicio de imputación que justifique el auto de prisión los equipara a los indicios racionales de la comisión de una acción delictiva y acude indistintamente a ambas expresiones (SSTC 128/1995, 33/1999, 14/2000, 47/2000, 164/2000, 165/2000 y 61/2001).

Por lo tanto, no ha de acudirse a criterios gramaticales de interpretación, sino a los de índole lógica y consecuencialista. Pues si los efectos y las consecuencias del auto de prisión son mucho más gravosos para el imputado que los del auto de procesamiento, lógicamente han de exigirse también unos indicios de mayor entidad y solidez en el primero que en el segundo.

En ese sentido, coincidimos con Heinz Mattes cuando afirma que la frontera entre los motivos bastantes y los indicios racionales de criminalidad es puramente cuantitativa; aquéllos apuntan a una sospecha más vehemente de que se ha perpetrado el hecho: es necesario por tanto que sean más y más graves.

Así pues, el juicio de imputación que ha de realizarse para acordar la prisión provisional debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Pues si va a sufrir la privación de su libertad, aunque sea con fines meramente cautelares y de índole procesal, no cabe operar con meras posibilidades razonables de que haya ejecutado el delito, que sí valdrían, en cambio, para dictar el auto de procesamiento. Tal diferencia, en la cantidad y calidad de los indicios, es la que explica que, en un mismo procedimiento por delito grave, unos procesados puedan estar en prisión provisional y otros en libertad provisional sin fianza.

El TEDH utiliza la expresión «razonables sospechas» para referirse al juicio positivo de imputación que ha de concurrir necesariamente para acordar o mantener la prisión provisional (SSTEDH 28-III-1990: caso B. contra Austria; 26-VI-1991: caso Letellier; 27-XI-1991: caso Kemmache; 12-XII-1991: caso Toth; 27-VIII-1991: caso Tomasi; y 26-I-1993: caso W. contra Suiza).

Por último, conviene advertir que en la práctica jurisdiccional no es extraño que el criterio de la gravedad de la pena como criterio defensivo acabe influyendo en el juicio de imputación del *fumus boni iuris*. De este modo, el baremo de la gravedad del hecho, que ya de por sí se suele desvincular indebidamente de su función de calibrar el riesgo de fuga, acaba invadiendo y condicionando como juicio axiológico y normativo relacionado con la alarma social el juicio de imputación del art. 503.3.º («motivos bastantes» para determinar la presunta autoría del hecho), juicio que debe formularse con arreglo únicamente a razonamientos cognoscitivos y descriptivos fundamentados en las diligencias de investigación que aparecen en la causa.

C) LA PERSECUCIÓN DE ALGUNO DE LOS FINES PREVISTOS EN LA LEY

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003 señala como uno de los objetivos de la reforma el precisar cuáles son los fines legítimos que justifican la prisión provisional. Y los centra en conjurar los siguientes riesgos: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; que oculte, altere o destruya pruebas; que cometa nuevos hechos delictivos. Estos fines son después plasmados en el art. 503.1.3.º de LECr. como tercer requisito insoslayable para aplicar la medida cautelar. Por lo cual, aunque concurren indicios claros de un hecho delictivo grave y motivos bastantes para creer responsable criminalmente del mismo al imputado, no se podrá acordar la prisión provisional si no va encauzada a algunos de los fines que establece el legislador.

En la regulación precedente no se especificaban los fines concretos de la prisión provisional. La LECr. se limitaba a exponer como criterio normativo para acordar la prisión o la libertad provisional la gravedad del delito con arreglo a la cuantía de la pena, como eje delimitador primordial, criterio que se complementaba con el de los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social y la frecuencia con que se cometían hechos análogos. De tales elementos conceptuales, por lo demás notablemente ambiguos e indeterminados, había que inferir los fines de la neutralización del riesgo de fuga y de la reiteración delictiva. Bastante más difícil resultaba, por supuesto, hallar una base gramatical en el texto legal para colegir el fin de la ocultación, destrucción o alteración de las fuentes de prueba.

Con la nueva regulación acoge literalmente el legislador los fines que viene concretando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones (SSTC 128/1995, 47/2000, 61/2000 y 22/2004, entre otras).

a) *La neutralización del riesgo de fuga*

En el art. 503.1.3.º a) de LECr se establece como el primer fin de la prisión provisional «*asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.*»

No cabe duda de que estamos ante el fin paradigmático y prototípico de la prisión provisional, al tratarse del objetivo que mejor encaja en los caracteres de medida cautelar de carácter personal. De ahí que en la normativa derogada, tan parca e inexpresiva en la determinación de los fines concretos de la medida cautelar, se hiciera referencia específica a la posibilidad de acordar la libertad del imputado cuando «se pudiera creer fundadamente que no trataría de sustraerse a la acción de la justicia» (párrafo segundo del derogado art. 504).

En el nuevo texto legal se fijan además los criterios y datos objetivos que han de integrar la base indiciaria del juicio de inferencia sobre el riesgo de fuga: «*Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.*» (art. 503.1.3.º a), párrafo segundo, LECr.).

En lo que respecta a la **naturaleza del hecho**, viene a coincidir sustancialmente con el criterio de las «circunstancias del hecho» referido en la normativa anterior. Hasta ahora se acostumbraba a subsumir

dentro de este apartado la especial violencia en la ejecución del hecho y otras circunstancias que denotaran una concreta personalidad del inculgado que hiciera pensar en su peligrosidad y, por tanto, en la probabilidad de que reincidiera en el delito. Con lo cual, se operaba con un juicio de peligrosidad encuadrable en la prevención del delito y en la aplicación de una medida de seguridad, dentro por tanto del derecho sustantivo y ajeno al ámbito propiamente procesal.

Esa perspectiva en la interpretación de la norma ha de ser abandonada con el nuevo texto legal, pues en él se exige que la naturaleza del hecho evidencie o muestre la concurrencia de un riesgo de fuga, como peligro específico vinculado al fin de asegurar la presencia en el juicio del imputado. En el caso de que la naturaleza del hecho delictivo aporte el riesgo de reiteración delictiva habría que acudir a la aplicación del apartado c) del mismo apartado 1.3.º del art. 503 de la LECr. o, en su caso, al apartado 2 del mismo precepto, que son las normas que contemplan específicamente el fin de evitar la comisión de nuevos delitos.

No resulta fácil, desde luego, formular una interpretación precisa del sintagma «naturaleza del hecho delictivo», dada su indeterminación y genericidad, tal como venía sucediendo con «las circunstancias del hecho» de la legislación precedente. De ahí su difícil deslinde de otros criterios aplicables a la prisión provisional, como el de la gravedad del delito.

Así las cosas, puede afirmarse que estamos ante un concepto en el que cabe incorporar cualquier dato relativo a la acción delictiva que, sin hallarse comprendido en los restantes criterios que señala el legislador, sirva para precisar la necesidad de la prisión provisional atendiendo al fin concreto de evitar el riesgo de fuga, con lo que viene a operar como criterio subsidiario o de recogida en el que cabe incluir cualquier dato objetivo del hecho delictivo que constate una mayor facilidad del acusado para ponerse fuera del alcance de la justicia (conexiones del imputado con ciudadanos que se hallan en un país extranjero, facilidad para moverse en ciertos ámbitos, naturaleza plurinacional de la acción delictiva, etc).

El indicio de la **gravedad de la pena** opera con notable asiduidad a la hora de apreciar en la práctica jurisdiccional el riesgo de fuga. Una vez que se ha cumplimentado el requisito penológico general de los dos años de pena privativa de libertad previsto en el art. 503.1.1.º de la LECr., entraría en acción el criterio de la gravedad de la pena para computar el interés del imputado en fugarse debido a la cuantía punitiva que pudiera imponérsele en sentencia. Indudablemente, cuanto mayor sea la pena imponible, más posibilidades existen de riesgo de fuga.

Este criterio de la gravedad de la pena no se contempla sin embargo en todos los casos desde el aspecto único del carácter indiciario de la posibilidad de fuga, sino que, en la práctica, se incurre en no pocas ocasiones en su adulteración al aplicarlo con un sesgo retribucionista o expiacionista. De forma que, aunque el imputado haya estado preso preventivo un periodo importante de tiempo y se infiera que no va a sustraerse a la acción de la justicia, se le mantiene, no obstante, en prisión provisional, dada la gravedad de su presunta conducta delictiva. Se introducen así conceptos o criterios de prevención general, tanto intimidatoria-negativa como integradora-positiva, ajenos a la función cautelar de la prisión provisional.

A este respecto, el Tribunal Constitucional hace hincapié en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de realizar el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. De forma que, tal como se argumenta en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 27-VI-1968: asunto Neumeister contra Austria; de 10-XI-1969: asunto Matznetter; de 27-VIII-1992: asunto Tomasi contra Francia; y de 26-I-1993: asunto W. contra Suiza) si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto (SSTC 128/1995, 62/1996 y 60/2001).

Por lo demás, el criterio de la gravedad de la pena no debe servir de cobertura para dilatar en exceso la medida cautelar cuando la naturaleza y la complejidad del hecho delictivo no lo justifiquen. En efecto, en los supuestos en que la instrucción de la causa resulte notablemente sencilla (algunos casos de tráfico de drogas y de robo con intimidación) y, pese a ello, se extienda sin causa legítima su dilación en el tiempo, estimamos que, aunque la cuantía de la pena permita inferir la existencia del riesgo de fuga, no puede considerarse el requisito de la necesidad, como integrante del principio de proporcionalidad, para mantener la situación de prisión provisional. Y es que si la pendencia del proceso se debe a disfunciones atribuibles a la administración de justicia, no puede estimarse que la extensión en el tiempo de la medida cautelar sea necesaria, puesto que había una opción menos gravosa para el de-

recho fundamental del imputado (art. 502.2 LECr.): la tramitación del proceso en el plazo adecuado.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que la gravedad de la pena no puede sustentar por sí sola la prisión provisional (SSTC 29/2001 y 22/2004), y que el riesgo de fuga no puede derivarse exclusivamente de la gravedad de la pena y del delito (SSTC 128/1995, 47/2000 y 22/2004).

La cuantía de la pena ha de determinarse, tal como ya expusimos al examinar el art. 503.1.1.º LECr., de acuerdo con el marco legal concreto que, hipotéticamente, habría de operar en sentencia, y siguiendo siempre en el juicio inferencial realizado *a limine litis* la interpretación que más favorece al reo de acuerdo con los datos objetivos que figuran en las actuaciones.

El nuevo precepto también establece como datos concretos a ponderar para apreciar el riesgo de fuga la **situación familiar, laboral y económica del imputado**. Estas circunstancias quedaban comprendidas con anterioridad a la reforma dentro de la expresión «antecedentes del imputado».

Como puede fácilmente comprenderse, el hecho de que el imputado tenga una situación personal muy consolidada en tales ámbitos disminuye de forma notable el riesgo de fuga. La STC 14/1996 consideró como un indicio relevante de riesgo de fuga el hecho de que el imputado no hubiera devuelto el dinero público del que, presuntamente, se había apoderado; por lo que, a pesar de llevar un notable periodo de tiempo en prisión provisional estimó que la situación personal del encausado se ajustaba a las normas y a los principios constitucionales.

La descripción de esos datos personales no debe entenderse, sin embargo, como taxativa, sino meramente ejemplificativa. De hecho, el Tribunal Constitucional se ha referido en algunas ocasiones a otros datos indiciarios, como la salud del imputado (STC 60/2001) y los contactos internacionales (STC 146/2001).

También establece el legislador, en el mismo párrafo del art. 503.1.3.º a) LECr., como indicio del riesgo de fuga «*la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquéllos supuestos en que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV del mismo texto legal*», particularidad que ha de ponerse en relación con la previsión legal de que se celebre el juicio oral dentro de los quince días siguientes a la adopción de la medida cautelar (art. 800.3 LECr).

La doctrina (Gutiérrez de Cabiedes) y la jurisprudencia (STC 66/1997) han destacado la ambivalencia de la proximidad del juicio oral, pues si bien se trata de un signo indicativo de la solidez o consistencia de la

primigenia imputación, nada excluye que ésta se haya debilitado o diluido con el paso del tiempo. Además, en no pocas ocasiones el imputado pretende solventar cuanto antes la incertidumbre que le genera el propio proceso. No debe, pues, actuarse con automatismos o esquemas rutinarios en estos casos.

Más que como indicio de riesgo de fuga, la inminencia de la fecha del juicio actúa como razón pragmática de eficacia procesal, en el sentido de que si el imputado ya lleva cierto tiempo en prisión provisional con el fin de garantizar su presencia en el proceso, no parece razonable decretar la libertad cuando la celebración es inminente. Sin embargo, se trata de un argumento que en la práctica acaba colisionando con el principio de proporcionalidad al operar conjuntamente con la motivación inicial centrada en el escaso tiempo que el imputado lleva en prisión provisional.

Decimos esto porque no resulta extraño que ante una primera petición de libertad se responda al imputado que la naturaleza del delito, la cuantía de la pena imponible y el escaso tiempo que lleva en prisión justifican la medida cautelar. Y cuando, transcurridos unos meses, insta de nuevo la libertad se le replica que la instrucción ya está culminada y que, ante la inminencia del juicio oral, ya no procede la libertad provisional. Con lo cual se acaban aglutinando el tiempo de la demora en la instrucción al de la espera de la vista oral del juicio, acumulación que puede fácilmente vulnerar el principio de proporcionalidad. Pues, aunque examinados los plazos procesales desde la perspectiva aislada del inicio y del momento final del proceso parece justificarse autónomamente la medida cautelar, no puede decirse lo mismo con respecto al efecto sinérgico que desencadena el tiempo total finalmente acumulado de prisión provisional.

Por último, el art. 503.1.3.º a) dispone que *«procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos **dos requisitorias** para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.»*

El legislador ha estimado que el antecedente procesal consistente en hallarse en paradero desconocido con motivo de algún otro proceso anterior, hasta el punto de que haya sido requisitoriado en dos ocasiones, se considera un dato suficientemente indicativo de un serio riesgo de fuga.

Barallat López señala que este criterio debe ser apreciado separadamente de los restantes que prevé la norma para apreciar el riesgo de fuga, pues se trata de un supuesto muy concreto y que aparece redactado de una forma reglada e imperativa.

El indicio, que no carece de base razonable, ha sido cuestionado (Gutiérrez de Cabiedes) debido a los términos imperativos en que ha sido redactado por el legislador. Pues la dicción del texto legal («*procederá acordar*») parece no dar al juez otra opción que la de decretar la prisión provisional en tales casos, siendo lo cierto que cabe la posibilidad de que se justifiquen razonablemente tales ausencias o que la situación actual excluya de por sí la probabilidad de fuga.

La dicción del precepto resulta excesivamente apodíctica y excluyente, al impedir al juez, cuando menos en su literalidad, aplicar el principio de proporcionalidad de acuerdo con el contexto de las circunstancias singulares que se den en el caso concreto, circunstancias que podrían descartar el riesgo de fuga, es decir, la concurrencia del fin que habría de legitimar necesariamente la medida cautelar. Nos encontraríamos, de seguirse una interpretación literal de la norma, con una especie de presunción legal sobre la existencia de riesgo de fuga que no admitiría prueba en contrario a pesar de tratarse de una inferencia que cercena de forma sustancial el derecho fundamental a la libertad del imputado. De ahí que se haya argumentado sobre la posible inconstitucionalidad de la norma, cuya severidad se incrementa al permitir la aplicación de la prisión incluso en los supuestos en que la pena imponible no supere los dos años de prisión.

Así las cosas, entendemos que la presunción que acoge el precepto ha de ser interpretada como *iusuris tantum*, admitiéndose pues la posibilidad de prueba en contrario.

Como ya hemos señalado anteriormente, el legislador ha considerado que este supuesto contiene una fuerza indiciaria de tal entidad que incluso permite dictar la prisión provisional cuando la pena previsible no alcanzara los dos años de prisión. No obstante, esta excepción ha de modularse con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La Ley Orgánica 15/2003 ha introducido un segundo párrafo en el art. 292 en el que, con el fin de facilitar la labor judicial, se dispone que «*la policía judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.*»

b) *La conjuración del riesgo de la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba*

En la normativa procesal anterior no aparecía recogida de una forma expresa este presupuesto como justificante de la prisión cautelar. No obstante, del contenido de algunos de los preceptos que regulaban

la prisión provisional incomunicada sí se desprendía, más o menos veladamente, su aplicabilidad. En esta dirección podían citarse los arts. 506 y 507 LECr., que justificaban la incomunicación del preso con el fin de «evacuar las citas» hechas en sus manifestaciones y para «evitar la con-fabulación».

También en el art. 520.1 de la LECr., en la redacción anterior a la reforma de 12-XII-1983 (Ley 14/1983), se preceptuaba que la libertad del detenido y la del preso preventivo «no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa». Este inciso se suprimió en la precitada reforma de la Ley.

Ahora bien, aunque el texto legal no acogía con claridad este supuesto -por lo que podía vulnerarse con su aplicación el principio de legalidad procesal penal-, sí lo habían admitido en cambio el TEDH y el TC. El primero en sus sentencias de 16-VII-1971 (caso Ringeisen), de 26-I-1993 (caso W. contra Suiza) y de 23-IX-1998 (caso MIA contra Francia), jurisprudencia en la que se hace referencia a la limitación de tiempo de la prisión provisional por este motivo, reduciéndolo al necesario para evitar la ocultación de la prueba.

El Tribunal Constitucional ha acogido este supuesto como justificante de la prisión provisional en su sentencia 128/1995, en la que admite específicamente como motivo «la obstrucción de la instrucción penal», y también habla de «evitar la desaparición de pruebas» como uno de «los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional».

Por lo demás, la perturbación de la instrucción como causa motivadora de la prisión provisional es admitida en la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea (Alemania: art. 112 de la Ordenanza Procesal; Francia: art. 114 del CPP; Italia: art. 274 del CPP; Portugal: art. 204 del CPP e Inglaterra: Bail Act, 1976). Resultaba, pues, una incongruencia que nuestra legislación no la recogiera de forma expresa y concluyente, si bien con una limitación estricta en cuanto al tiempo de privación de libertad, y siempre que se acreditase fehacientemente la necesidad de la medida en el caso concreto.

El actual art. 503.1.3.º b) LECr. prevé como uno de los fines de la prisión provisional «evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.»

El legislador no se está refiriendo, obviamente, a la evitación de obstrucciones de contenido delictivo (coacciones o amenazas a testigos o peritos del proceso), ya que ello quedaría subsumido en la evitación de la comisión de hechos delictivos. Se refiere, por tanto, a los comporta-

mientos obstruccionistas ajenos al ilícito penal y ubicados dentro de lo que pudiera entenderse como autoencubrimientos reales no delictivos, de ahí que la doctrina haya cuestionado la necesidad y proporcionalidad del nuevo fin de la prisión provisional, al entrar en colisión no sólo con la libertad del imputado sino también con el derecho de defensa.

A este respecto, y problematizando la adopción de la medida cautelar para asegurar los medios de prueba, se ha afirmado que en el proceso penal moderno no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio, prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado (Gimeno Sendra).

En contra de ello, y como ya hemos contraargumentado en un estudio sobre la materia, debe advertirse que no se trata de coaccionar al reo para arrancarle una confesión, sino de impedir que oculte pruebas decisivas para el resultado del proceso, que de otro modo quedaría frustrado en sus fines esenciales. Estimamos que si esa privación de libertad se limita sólo a unos días y cuando su necesidad esté justificada, difícilmente puede hablarse de utilizar métodos coactivos e inhumanos, máxime tratándose de delitos graves y de compleja investigación. Otra cosa es que la medida se instrumentalice con fines espurios y de forma anticonstitucional, que es el temor que parece desprenderse de la argumentación de Gimeno Sendra. En ese caso no cabe duda que la medida carecería de toda legitimidad.

En cuanto a la colisión entre el derecho a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal (con el fin de tutelar el valor justicia) y el derecho de defensa y a la libertad del imputado, se ha destacado que una cosa es obligar al imputado a que sea él quien aporte medios de prueba, y otra muy distinta que él mismo y su entorno material no puedan ser objeto de pericias indagatorias con las limitaciones que éstas comportan (Lascurain Sánchez). Y esto último, que ha sido reiteradamente admitido por el TC (STC 161/1997), es lo que en cierto modo sucedería con la prisión provisional encauzada a neutralizar el riesgo de la ocultación y destrucción de fuentes de prueba.

Sin embargo, toda cautela y contención en esta materia es poca, dada la gravosidad que comporta la prisión provisional. Y así lo ha remarcado el propio legislador cuando exige la existencia de un peligro *fundado y concreto* para acordar la prisión provisional en estos casos de conductas obstaculizadoras de la instrucción. Tal exigencia pone de relieve que no cabe una mera conjetura o hipótesis para decretar la prisión provisional, sino que se precisa que, atendiendo a las circunstancias específicas del caso, afloren datos tangibles que revelen un *peligro concreto* de que vayan a ser destruidas, ocultadas o alteradas las fuen-

tes de prueba. Datos, pues, relativos a la naturaleza de la acción punible investigada, antecedentes anteriores del imputado, conexión con sujetos ajenos al proceso, mayor o menor estructuración de la trama delictiva, intentos fallidos o consumados de obstruir la investigación, etcétera.

El legislador también nos pone sobre aviso de que no es suficiente para legitimar la privación de libertad que el imputado realice actos inordinables en el ejercicio del derecho de defensa, ni tampoco que se limite a negarse a colaborar en la investigación del hecho delictivo.

2. *Requisitos legales ajenos al carácter cautelar de la prisión provisional: la evitación de la comisión de nuevos hechos delictivos*

La regulación derogada de la prisión provisional acogía algunos supuestos motivadores de la medida cautelar que contradecían su verdadera naturaleza procesal, pues en modo alguno tenían como fin asegurar la tramitación del proceso y la ejecución de la eventual condena o evitar la ocultación de pruebas, sino que venían a cumplimentar funciones claramente atribuibles a las propias penas o a las medidas de seguridad.

La *alarma social* es uno de estos criterios, concebido como la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas delictivas (art. 503.2.ª derogado LECr.).

Es palmario que en esos casos la medida cautelar cumplía una función retribucionista y también de prevención general. De esta forma la prisión provisional desarrollaba una función sedativa (Fernández Entralgo) y apaciguaba el ansia vindicativa que toda acción delictiva de cierta entidad genera en el ciudadano. Al mismo tiempo actuaba como intimidación general, pues, al transmitir la sensación y los efectos de una condena inmediata e inapelable, intimidaba a los posibles delincuentes, que habrían de desmotivarse ante la rápida y expeditiva reacción del Estado ante el delito.

El Tribunal Constitucional, cuando entró a examinar en concreto la alarma social producida por el delito, estableció que su neutralización constituye un fin exclusivo de la pena (la prevención general), y que presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa. El apaciguamiento como función de la prisión provisional corre el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías fundamentales (SSTC 66/1997, 68/1997 y 47/2000).

El legislador, ante la contundencia de la argumentación del Tribunal Constitucional en contra de la alarma social como criterio legitimador de la medida cautelar, acordó suprimirla como uno de los fines constitucionales de la prisión provisional.

Y en igual sentido excluyente se pronunció la reforma legislativa con respecto al criterio de la *frecuencia en la comisión de hechos análogos* (art. 503.2.^a y art. 504.2 de la LECr. derogados), pues se trataba de un concepto esencialmente ligado al de alarma social, dada su vinculación a la inseguridad y al desasosiego que esa clase de conductas reiteradas generan en la ciudadanía. Se trataba también de un criterio defensivo, centrado en ideas retribucionistas y de prevención general.

Aunque es patente que los dos criterios excluidos por el legislador destilaban importantes dosis de revanchismo y expiacionismo, a lo que habría de sumarse las dificultades empíricas de verificación de la alarma social y el componente irracional y emotivo del concepto, no debemos pecar sin embargo de un ingenuo optimismo estimando que han dejado de operar de forma subrepticia y enmascarada en la aplicación de la prisión provisional. Entre otras razones, porque el fin de la evitación de nuevos hechos delictivos propicia espacios abiertos y allana el terreno para la introducción de la prevención general positiva y negativa en el perímetro, siempre holgado y de una elasticidad preocupante, de la institución cautelar.

El fin de la **evitación de la comisión de nuevos hechos delictivos** ha de contemplarse como un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de peligrosidad, en virtud del cual se hace un juicio de prognosis en el que, partiendo de la conducta delictiva que se le imputa en el proceso y de las circunstancias del inculpado, se especula acerca de cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato. De ahí que, con anterioridad a la reforma y ante la ausencia de una previsión expresa del legislador, haya sido subsumido tanto en las «circunstancias del hecho» como en los «antecedentes» del imputado (Asencio Mellado).

En estos casos se encauza la prisión provisional hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad, asimilándose a ambas al no fundamentarse sólo en el hecho de que el acusado haya aparentemente delinquido, sino también en la evitación de que cometa nuevos delitos mientras que se tramita el procedimiento (Odone Sanguiné, Maia Costa).

A pesar de la indiscutible desnaturalización de la prisión provisional como medida cautelar que ello implica, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

ha admitido de forma reiterada ese fin como fundamento del instituto procesal, pues así lo reconoce el art. 5.1.c al autorizar la prisión provisional cuando se estime necesario para impedir que el detenido cometa una infracción. A esta dirección se adscribe, lógicamente, numerosa jurisprudencia del TEDH que aplica el precepto acudiendo a los siguientes parámetros: la continuación prolongada de actos punibles, la gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas, la nocividad del acusado y la experiencia y el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos (Casos Matznetter, 10-XI-1969; Stogmuller, 10-XI-1969; Ringeisen, 16-VII-1971; B. contra Austria, 28-III-1990; W. contra Suiza 26-I-1993; y Bouchet contra Francia, 20-III-2001).

El Tribunal Constitucional acogió el criterio de la reiteración delictiva, si bien «*en un plano distinto aunque íntimamente relacionado*» a los criterios del peligro de fuga del inculgado y de obstrucción de la investigación penal (SSTC 128/1995, 62/1996, 44/1997, 47/2000 y 22/2004). El referido inciso, tal como sostuvimos en su momento, nos llevó a considerar que el Tribunal Constitucional, si bien con el fin de respetar los criterios del TEDH, admitía el fin de la reiteración delictiva, lo hacía con ciertas reticencias y limitaciones ubicándolo en un segundo plano. Visto lo cual, y ante la desnaturalización que tal función entrañaba desde la perspectiva procesal, estimamos que se acogía sólo como motivo complementario y que no cabría aplicarlo como factor que justificara por sí solo la imposición de una medida de tan graves consecuencias.

Sin embargo, en sentencias posteriores el Tribunal Constitucional incluso suprimió el inciso que amortiguaba o debilitaba la operatividad de la reiteración delictiva como justificante de la prisión provisional, y acabó así situándola al mismo nivel que los otros dos fines (SSTC 33/1999, 14/2000, 47/2000, 164/2000, 207/2000, 61/2001, 145/2001, 8/2002 y 23/2002).

En el nuevo texto legal se acoge, en el art. 503.1.3.º c), como tercer fin de la prisión provisional el «*evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173 del Código Penal. En estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.*»

Aunque el precepto no hace referencia expresa al carácter delictivo de ese ataque, coincidimos con Mendo Estrella en que ese ataque ha de revestir la gravedad necesaria para que pueda ser calificado como delito.

La Ley Orgánica 13/2003 añade a ese supuesto otro más de riesgo de comisión de nuevos delitos, mucho más abierto, que prevé en un

apartado distinto del mismo precepto 503, en el apartado segundo: «*También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.*»

Como puede comprobarse, el nuevo texto legal contempla el riesgo de la comisión de nuevos delitos desde dos vertientes en razón del sujeto pasivo de la acción delictiva. Una primera, cualificada por recaer el riesgo sobre *la propia víctima del delito* que se está instruyendo. Supuesto que a su vez matiza cuando se trate de las víctimas comprendidas dentro de la llamada violencia doméstica. Y una segunda vertiente de naturaleza objetiva, mucho más abierta e indeterminada, en la que se acoge como fin de la prisión provisional el evitar el riesgo de que el imputado *cometa otros hechos delictivos*, sin que en este segundo caso se efectúe restricción alguna con respecto a las posibles sujetos pasivos de la acción delictiva que se pretende evitar.

La ubicación de ambas hipótesis en apartados distintos del precepto, y sobre todo el hecho de que no se quisiera incluir la evitación de la comisión de otros delitos dentro de los fines específicos de la prisión provisional, sino más bien como una función aparte, parece indicar que el legislador es consciente de que estamos ante un fin anómalo de la institución y que el prevenir nuevos delitos poco tiene que ver con la prisión provisional como medida cautelar de índole procesal penal.

Pudiera decirse lo mismo sobre el fin de evitar la actuación contra los bienes jurídicos de la víctima. Sin embargo, en este caso se trata ya de una conducta que puede incluso afectar al propio proceso y alterar su resultado, por ser habitual que la víctima sea testigo principal del mismo. A lo que ha de sumarse el descrédito por ineficacia que puede implicar el que la incoación del proceso no consiga siquiera apaciguar provisionalmente el contexto en que se produce la presunta acción delictiva.

En cambio, resulta mucho más difícil de justificar el fin de evitar nuevos delitos no relacionados con el proceso en trámite. Y es que la función de prevenir nuevas conductas delictivas tiene poco que ver con la prisión provisional y contiene en cambio todas las connotaciones de una medida de seguridad. Pero además, de una medida de seguridad de aislamiento, en cuanto que aparta del cuerpo social al imputado sin que se le aplique tratamiento rehabilitador alguno. Y, a mayores, de carácter predelictual, al no concurrir condena previa sobre la que apoyar el juicio de peligrosidad criminal.

Se parte así de una doble presunción contra reo. En primer lugar, de la inferencia indiciaria de que el imputado ha sido el autor del delito cuyo proceso se halla en trámite; y en segundo lugar, de la presunción de que el acusado va a incurrir en nuevas conductas delictivas. Y si bien, en lo que atañe a la primera los indicios racionales de criminalidad («motivos bastantes») suelen estar cimentados sobre datos objetivables que permiten emitir un juicio de inferencia con notables dosis de acierto; no puede, por el contrario, decirse lo mismo sobre los juicios de pronóstico de futuras conductas delictivas, pues tales razonamientos inferenciales albergan elevados márgenes de error e incertidumbre, al fundamentarse sobre bases poco rigurosas y criterios científicos poco asentados (Odone Sanguiné).

En sentido contrario, y para apoyar el fin de la evitación de reiteración delictiva, se ha argumentado que también cuando la prisión provisional se aplica con fines estrictamente cautelares se parte de una doble presunción: la de la comisión de un delito y la del riesgo de fuga (Lascurain Sánchez). Sin embargo, no pueden compararse los niveles de incertidumbre que acompañan a los juicios de pronóstico en ambos casos. Sin olvidar tampoco la diferencia cualitativa legitimadora de ambos fines.

A este respecto, también se ha aducido que, desde la perspectiva de los intereses constitucionales en conflicto, puede en algunas ocasiones legitimarse la medida cautelar cuando la necesidad de prevención es grande debido al riesgo de reiteración delictiva. Por lo cual, siempre sería más conveniente mantener la posibilidad de prisión provisional para tales supuestos pero condicionándola a severas garantías procesales y materiales: legalidad, proporcionalidad y culpabilidad (Lascurain Sánchez).

Sin embargo, no resulta fácilmente asumible apoyar la privación de libertad en un doble pronóstico contra reo y, sobre todo, sobre la mera elucubración de una hipótesis sustancialmente incierta de posibles acciones delictivas que incluso pueden tener poco que ver con el proceso en trámite. En la práctica se observa que el criterio de la posible reiteración delictiva se reduce a aplicarla de forma rutinaria y con altos porcentajes de automatismo a los sujetos que figuran con varios antecedentes penales. Antecedentes que actúan de forma perversa tanto al fundamentar indebidamente el *fumus boni iuris* como al justificar el *periculum in mora* sobre la reiteración delictiva.

Por lo demás, el nuevo texto legal, si bien en su exposición de motivos excluye de forma concluyente los riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo y advierte que por exigencia de la presunción de inocencia la medida debe limitarse a

aqueellos casos en que dicho riesgo sea concreto; después, en cambio, en el texto articulado no plasma tal exigencia, sino que se limita a transcribir como datos indiciarios para valorar la existencia de tal riesgo *las circunstancias del hecho* que se enjuicia y la *gravedad de los delitos* que se pudieran cometer, conceptos indeterminados e indefinidos donde los haya.

El legislador no ha restringido la medida cautelar limitando su implantación en estos casos sólo para unos determinados delitos, ni tampoco en razón de una determinada gravedad. Y ello a pesar de que en la práctica está permitiendo que la prisión provisional cumpla funciones de medidas de seguridad, y también fines de prevención especial y general propios de la pena. A fin de cuentas se consigue que acabe actuando como una especie de reacción inmediata compensatoria ante una presunta acción delictiva, primando funciones de sedación y apaciguamiento ciudadano sobre lo que sería el aseguramiento del resultado del proceso. La reacción que se consigue de reafirmación de la vigencia de la norma y de los valores que contiene y la conminación para otros sujetos integrados en el mismo marco delictivo mediante la imposición inmediata de la prisión provisional, son funciones de prevención general que complementan las de prevención especial.

Como señala Andrés Ibáñez, la prisión provisional y con ella el proceso, acaba ocupando, en notable medida y no de manera accidental, el lugar de la pena, y absorbe buena parte del papel represivo que a ésta jurídico-formalmente le corresponde.

El legislador, a tenor de lo expuesto, posterga, con vulneración de los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, otras medidas alternativas que podrían cumplir la misma función. En concreto, no cabe duda que con respecto a la comisión de posibles delitos contra la víctima, al constar singularizados los bienes jurídicos en riesgo, sería más razonable acudir a medidas meramente restrictivas de la libertad del imputado y a la protección policial de los bienes amenazados que a la privación drástica de la libertad de aquél. Y en los supuestos de riesgo de comisión de otros delitos, también debiera optarse por otras medidas restrictivas de libertad antes de acudir a una medida cautelar que cercena de forma inevitable el derecho a la presunción de inocencia.

La reforma legal regula como medida complementaria a la libertad provisional la retención del pasaporte (art. 530 LECr), dando así cobertura legal a tal restricción, en aplicación de la doctrina establecida en la STC 169/2001. Pero omite la implantación de otras medidas alternativas que habrían permitido limitar la aplicación de la prisión provisional, especialmente en los casos en que no cumple funciones procesales.

No se ha tenido pues en debida consideración que el Tribunal Constitucional, aunque admita la evitación de la reiteración delictiva como fin de la medida cautelar, no deja de apreciarla en un plano diferente y con un cariz distinto al riesgo de fuga y a la ocultación de pruebas, admitiendo de esa forma la anomalía y la heterodoxia de aquélla. Así lo acredita cuando se refiere a la prisión provisional como «una medida *justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso* y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a su vez, su régimen jurídico» (SSTC 128/1995 y 22/2004).

Las críticas al fin de la evitación de nuevos delitos se incrementan al ponderar las excepciones acogidas por el legislador con respecto al límite mínimo de pena de dos años previsto en el art. 503.1.1.º.

En efecto, en el último inciso del art. 503.1.3.º c) LECr se dispone que «*en estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado*». La extremosidad y desproporción del precepto se pone de relieve al ponerlo en relación con el art. 153 del C. Penal, en el que, después de la reforma por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se castigan como delitos lo que antes eran meras faltas. En concreto: causar lesiones no definidas como delito, maltratar de obra a otro sin causarle lesión alguna y proferir amenazas de carácter leve con armas y instrumentos peligrosos, cuando esas acciones sean ejecutadas en el ámbito familiar.

Se consigue así transformar lo que eran meras faltas de lesiones y amenazas (arts. 617 y 620.1.º del C. Penal de 1995) en auténticos delitos. Según el nuevo precepto, incluso una mera disputa familiar, debido a lo elevado de su tono o al ardor en la expresividad (de «menoscabo psíquico» leve habla el art. 153 en su nueva redacción) podría abocar a una condena de hasta un año de prisión.

Todo parece indicar que el legislador, ante el preocupante incremento del número de homicidios perpetrados en el ámbito familiar, ha acudido a la vía fácil e inicua de reprimir con penas totalmente desproporcionadas cualquier conducta que pudiera propiciar a largo plazo, por muy lejana y virtual que fuera su plausibilidad, un hipotético homicidio. De forma que, en lugar de acudir a medidas de prevención y de asistencia social para solventar el problema en su raíz, y de ponderar mediante las pericias pertinentes cuáles son los casos de auténtico riesgo, prefiere aplicar medidas ultrarepresoras para truncar en sus inicios cualquier alumbramiento de un embrión de sujeto homicida, criminalizando de forma masiva como delito cualquier incidente o disputa seria en el ámbito familiar.

Una vez conseguido el objetivo de transformar en un delito (con pena de hasta un año de prisión) lo que sustancialmente era una infracción penal de carácter leve, se complementa el proceso incriminatorio implementando la prisión provisional como medida de control social inmediato. Ello, a nuestro entender, vulnera el principio de proporcionalidad valiéndose de una hipertrófica aplicación del concepto de peligro como criterio anticipador de la represión penal.

Y, aunque el supuesto no alcance los mismos niveles de conculcación de los principios de excepcionalidad y de proporcionalidad que el caso que acabamos de examinar, tampoco merece loas la excepción prevista en el último párrafo del art. 503 de LECr. Este precepto dispone que no es aplicable el límite temporal del apartado 1.1.º «*cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.*»

Según Gutiérrez de Cabiedes, la referencia a los «*antecedentes del imputado*» no debe restringirse a los antecedentes penales sino ha de comprender también los policiales: denuncias en comisaría, detenciones policiales, procesos en trámite, etc., pues así se desprende de la remisión legal o los demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial. El precepto ha de ponerse en relación además con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 292 LECr.

Tales datos policiales y demás antecedentes deben conectarse con el concepto de organización y de delincuencia organizada. Dentro de este apartado se incardinan, fundamentalmente, los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, prostitución, tráfico ilegal de personas, grandes estafas, blanqueo de dinero, defraudaciones a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, etc.

Para aplicar el concepto de *delincuencia organizada* se habrá de acudir a las pautas establecidas por la reiterada jurisprudencia que interpreta los tipos penales centrados en esa clase de actividad delictiva. En ese marco, se aportan las siguientes directrices hermenéuticas para definir el concepto de organización con fines delictivos: una pluralidad de personas; con una estructuración jerárquica más o menos formalizada; distribución coordinada de cometidos y de tareas a desarrollar; continuidad temporal o durabilidad; fungibilidad de los miembros que la componen; y medios idóneos para ejecutar actos de intensidad delictiva (SSTS 57/2003, 23-I; 759/2003, 23-V; 280/2004, 8-III; 322/2004, 12-III; y 899/2004, 8-VII).

Por último, en lo que respecta a la realización de actividades delictivas con *habitualidad*, no parece referirse el precepto al concepto legal de habitualidad recogido en el art. 94 del C. Penal, ya que esa norma define la habitualidad sólo a los efectos de la sustitución de las penas.

El art. 503.2 obliga a inferir la habitualidad de los antecedentes del imputado policiales y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones. Sin embargo, estimamos que para construir la habitualidad no sería suficiente con la mera existencia de algunas detenciones o denuncias anteriores, ya que fácilmente pudieron haber concluido con un archivo de las diligencias penales o con un fallo absolutorio. La gravosidad de la medida, la interpretación de las normas de la prisión provisional con arreglo al principio *pro libertate* según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la excepcionalidad del plazo de la prisión y la naturaleza de las diligencias policiales y el valor de las meras denuncias policiales, imponen que el concepto de habitualidad se interprete como la exigencia de más de dos condenas penales firmes por delitos dolosos.

Discrepamos de Urbano Castrillo cuando afirma que estamos ante una presunción *iuris et de iure* de reiteración delictiva, puesto que, a pesar de la existencia de la comisión de delitos anteriores, el juez puede entender que su diferente naturaleza, el tiempo transcurrido desde la fecha de la comisión de los mismos, la modalidad de su participación y la naturaleza de la nueva infracción, no permiten inferir racionalmente el peligro intenso de la ejecución de nuevos actos delictivos.

IV. Clases de prisión provisional

1. *Comunicada*

Es el supuesto normal y ha de regirse, por tanto, por los principios y normas generales. Deberá, pues, aplicarse la prisión provisional en la forma que menos perjudique al preso en su persona, reputación y patrimonio (art. 520.1 LECr).

En estos casos el preso preventivo tendrá derecho a la comunicación oral (régimen de visitas), por correspondencia (escrita y recepción de paquetes) y telefónica (arts. 523 y 524 de LECr) de acuerdo con la legislación penitenciaria (art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, y arts. 41 a 51 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario).

2. Incomunicada

Tiene como fin garantizar el resultado de la investigación, impidiendo las confabulaciones del imputado con terceras personas y la ocultación y destrucción de pruebas. Aparece regulada a partir de la Ley Orgánica 13/2003 (a su vez reformada por la LO 15/2003, de 25-XI), en los arts. 509 y 510 LECr., que han sustituido a los anteriores arts. 506 a 511.

El legislador comienza especificando los fines que pueden legitimar la prisión incomunicada: evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos (art. 509.1 LECr.).

El plazo máximo de incomunicación será, como con anterioridad a la reforma, el de cinco días. Si bien se advierte, por exigencias del principio de proporcionalidad, que la incomunicación sólo durará el tiempo *estrictamente necesario* para practicar con urgencia diligencias tendientes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior (art. 509.2 LECr). Por lo demás, la nueva norma contiene una redacción más taxativa y garantista que la precedente, en la que se dejaba una vía abierta para la posibilidad de incumplir ese plazo (el derogado art. 506: «por regla general») y se concretaba la excepción del distanciamiento del lugar en que debían realizarse las comprobaciones delictivas (el derogado art. 507).

Sin embargo, el legislador establece en el mismo apartado del precepto la posibilidad de una prórroga por otros cinco días para los casos en que la prisión se acuerde en procesos por alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas.

La prórroga no se limita por tanto a los delitos presuntamente cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, sino que se extiende a delitos *cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas* (art. 509.2 LECr.).

Para aplicar el concepto de delincuencia organizada habrá de acudir a las pautas jurisprudenciales que hemos reseñado *supra* al comentar el art. 503.2 LECr.

A diferencia de la regulación anterior, en la que se permitía acordar para los supuestos comunes una segunda incomunicación de tres días después de haber cesado la primera, ahora, y después de la última reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, esa segunda in-

comunicación sólo se admite para los supuestos de los delitos a que se refiere el art. 384 bis u otros cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas. Pues así ha de interpretarse la expresión «*en estos mismos casos*» transcrita nada más referirse a aquellos en que se admite la prórroga (art. 509.2 LECr).

El texto legal hace después una mención especial, a modo de recordatorio, de las exigencias de fundamentación específica cuando se acuerdan prisiones incomunicadas, imponiendo la obligación de expresar los motivos por los que se ha adoptado la incomunicación o su prórroga (art. 509.3 LECr).

En cuanto al régimen de incomunicación, se parte del principio de que el imputado incomunicado pueda asistir a todas las diligencias previstas en la ley y también se le permite contar con los efectos que se proporcione, siempre que no se desvirtúen ni se frustren los fines de la incomunicación (art. 510.1 y 2 LECr).

En lo que concierne a las comunicaciones la regla general de permisividad se invierte, pero se admite no obstante la posibilidad de las comunicaciones que autoricen expresamente el juez o tribunal (art. 510 LECr).

La última reforma del precepto ha añadido un apartado con el fin de otorgarle al incomunicado el derecho a ser reconocido por un segundo médico forense, pero que ha de ser designado por el juez o tribunal competente para conocer de la causa (art. 510.4 LECr). Quizá debió legislarse más generosamente en este extremo y permitir que la defensa propusiera un segundo médico con el fin de tutelar en mayor medida los derechos del imputado, al mismo tiempo que se proporcionaba una mayor transparencia a la actuación policial, evitando posibles denuncias y suspicacias contra la intervención profesional de los agentes policiales.

El art. 527 b) LECr, que continúa en vigor, limita las comunicaciones con terceros, incluso con familiares, a los que no se les comunicará el hecho de la prisión ni el lugar de custodia en que se halle en cada momento. En un trabajo anterior sobre la medida cautelar, ya pusimos de manifiesto que tal limitación resulta evidentemente excesiva y desproporcionada, por la inhumanidad que conlleva el desconocimiento del paradero de una persona para sus familiares más directos, ocasionándoles una inquietud y desazón que no parecen legitimarse con los fines de la prisión incomunicada. Pues una cosa es la incomunicación del preso preventivo con su familia, y otra muy distinta el que sus familiares desconozcan el hecho mismo de la privación de libertad y su paradero. De ahí que se haya puesto en cuestión la compatibilidad de esa norma con el art. 8.1 del Convenio Europeo y con la doctrina sentada

al respecto por la Comisión Europea, según señaló en su día Asencio Mellado.

Magro Servet cuestiona tal apreciación y considera adecuada y proporcionada la medida en tanto en cuanto la comunicación podría frustrar el resultado de la investigación, al propiciar la confabulación del imputado con terceras personas y la ocultación y la destrucción de pruebas.

Sin embargo, lo cierto es que la práctica nos dice que, una vez que es detenido el imputado y deja de comparecer en sus lugares habituales, las terceras personas que pertenecen a la red delictiva son los primeros en cerciorarse, en dar la alarma y adoptar las medidas pertinentes ante la posibilidad de una detención sorpresiva, circunstancia que pone en cuestión la eficacia de la medida. Se mantienen en cambio en muchos casos en la ignorancia sus familiares, a los que no es fácil responderles en el curso del ejercicio de la función jurisdiccional que se ignora si su familiar directo está detenido o se halla desaparecido o en ignorado paradero.

Dudamos, pues, que la medida sea la más idónea y proporcionada al fin que persigue, ponderando para ello las gravosas, por inhumanas, consecuencias que genera y los resultados positivos que realmente alcanza cuando los familiares comparecen ante las autoridades a indagar sobre una posible detención.

Ante el conflicto de intereses y con el fin de compatibilizarlos, quizá la solución más idónea sea la intermedia de no comunicar de inmediato la detención del imputado a sus allegados, pero sí informarles desde luego sobre la detención una vez que, ante su desaparición, comparecen ante las autoridades para informarse de una posible detención.

También se le impone al preso incomunicado la asistencia de un abogado de oficio, excluyendo así el de libre elección (art. 527.a). Esta exclusión fue considerada constitucional por el supremo intérprete de la norma máxima en su sentencia 196/1987, de 11-XII.

3. *Prisión atenuada*

Se introdujo de forma expresa en la LECr. en el año 1980 (art. 505, párrafo segundo): «cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entrañe grave peligro para su salud». Sin embargo, su inserción en nuestro ordenamiento se remonta a la Ley de 10 de septiembre de 1931, que dispuso incorporar a la LECr los arts. 472 y 473 del Código de Justicia Militar de 1890, en los que se regulaba la prisión atenuada en el ámbito castrense. Esos preceptos no fueron nunca for-

malmente incorporados a la Ley Procesal Penal, situación que se mantuvo así hasta la precitada reforma de 22-IV-1980.

Se suscitaba con anterioridad a la actual reforma la duda de si la Ley de 1931 continuaba vigente, con lo cual la prisión provisional atenuada no sólo se mantendría para los casos de enfermedad sino también para todos los restantes en que el juez lo considerara oportuno. Y además la forma de cumplimiento sería la dispuesta en el art. 473 del CJM: arresto en el domicilio, con la posibilidad excepcional de salir durante el día, bajo vigilancia, a realizar labores profesionales.

El nuevo texto legal regula la prisión atenuada en el art. 508 de LECr sin asignarle nombre específico alguno, ni el de prisión atenuada ni el de prisión domiciliar. En una primera fase, la Ley Orgánica 13/2003 utilizó en el texto articulado la expresión «arresto domiciliario», y en la propia exposición de motivos se hace referencia a la «prisión atenuada», pero en la redacción definitiva del art. 508 LECr. por Ley Orgánica 15/2003 se ha modificado en algunos extremos sustanciales el precepto y ya no se le asigna denominación concreta alguna a esta modalidad de prisión, si bien se sigue considerando como una subespecie de la prisión provisional.

Gutiérrez de Cabiedes ha cuestionado que estemos realmente ante una modalidad de prisión provisional y considera que se trata más bien de una medida cautelar alternativa a la prisión provisional, dada su menor gravedad al no cumplimentarse en centro penitenciario, siendo más correcta a su entender la denominación de «libertad atenuada» que la de «prisión atenuada».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en un supuesto comprendido dentro de la jurisdicción militar, ha considerado que el tiempo que el imputado ha permanecido en prisión atenuada debe ser computado a la hora de determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal sentó la premisa de que la prisión atenuada regulada en los arts. 225 y ss. de LOPM no es una situación de mera restricción de libertad sino de auténtica privación de libertad (STC 56/1997). Y si ello es así para la prisión atenuada regulada en el ámbito de la jurisdicción militar, que tiene un régimen mucho más flexible y bonancible que el de la jurisdicción ordinaria sobre la misma materia, no parece fácil argumentar en el marco de la jurisdicción ordinaria la asimilación de la prisión atenuada a una mera restricción de libertad de naturaleza distinta a la prisión provisional.

En cuanto a la actual regulación, el nuevo texto legal dispone en el art. 508.1 que *«el Juez o Tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfer-*

medad el internamiento entrañe grave peligro para la salud. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.»

Como se observa, la norma se muestra notablemente restrictiva, tanto en lo que atañe a los supuestos en que cabe aplicar la prisión provisional atenuada —sólo para el caso de enfermedad grave—, como en lo que concierne a las posibles salidas de su domicilio —únicamente por razones de tratamiento de la enfermedad—.

Contrasta esta regulación tan restrictiva con la que del actual Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en la que se contemplan con mucho mayor amplitud los supuestos en que procede la prisión atenuada, y también se aplica una mayor flexibilidad en su régimen de ejecución (ver arts. 225 a 227).

Gutiérrez de Cabiedes postula un régimen de aplicación más abierto e incluso la adopción de una medida alternativa como la de la localización permanente, admitida como nueva pena de carácter leve en los arts. 33 y 35 en la última reforma del C. Penal. Estimamos, no obstante, que tanto la localización permanente como incluso la actual prisión atenuada, en el caso de que se instrumentara sin una vigilancia policial del domicilio, difícilmente cumplimentaría la función cautelar de evitar la fuga del imputado. Por lo que para acordar una medida de esa índole más vale acudir a la mera libertad provisional con la obligación *apud acta* de comparecencias más o menos espaciadas en el juzgado de instrucción.

La Ley Orgánica 15/2003 ha establecido como novedad la posibilidad del cumplimiento de la prisión preventiva en un centro de desintoxicación o deshabituación. El nuevo art. 508.2 dice así: *«En los casos en que el imputado se hallare sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.»*

El nuevo precepto exige como requisito para sustituir el ingreso en un centro penitenciario por el internamiento en un centro de tratamiento de toxicómanos que los hechos objeto del proceso sean anteriores al inicio de la causa, exigencia que parece imponerse con el fin de evitar actitudes o comportamientos fraudulentos del encausado,

que podría proyectar el ingreso en el centro con anterioridad a la comisión del delito, a modo de licencia para no entrar en prisión de forma preventiva y conseguir incluso el beneficio del cómputo de ese internamiento a los efectos de cumplimiento de pena.

No obstante, se trata de una pretensión del legislador de relativa eficacia, pues siempre cabría que el imputado ingresara en un centro de tratamiento con posterioridad a la comisión del delito o de una serie de delitos, y con anterioridad a la detención, como forma de autoprotgerse en el instante de ser detenido, operando así el centro de desintoxicación como una especie de refugio para el periodo posterior a la comisión del delito.

De otra parte, la inexistencia de centros oficiales de tratamiento con garantías de custodia hace muy difícil la operatividad de la medida. Y en cuanto a los centros privados concertados, al margen de que no aseguran la custodia del interno, con lo cual la medida cautelar pierde todo sentido, tampoco ofrecen garantías de objetividad e independencia en la constatación del internamiento, implicando en la práctica una especie de privatización del sistema penitenciario (según se observa en el actual régimen de cumplimiento de penas) que deja en manos de los particulares y de los intereses privados de los centros (condicionados en muchos casos por los familiares de los presos) el cumplimiento de las penas y de las medidas cautelares.

V. Duración de la prisión provisional

1. *Los plazos máximos y el plazo razonable*

La LECr., desarrollando el art. 17.4 de la CE, señalaba, después de la reforma por Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, los siguientes plazos máximos para la prisión provisional: tres meses, cuando se trataba de causa por delito al que correspondía la pena de arresto mayor; un año, cuando la pena fuera de prisión menor; y dos años cuando la pena era superior. Esos dos últimos plazos eran prorrogables hasta dos y cuatro años, respectivamente, cuando la causa no pudiera juzgarse en aquellos periodos de tiempo y hubiera riesgo de que el inculgado se sustrajera a la acción de la justicia (art. 504, párrafo cuarto).

Sin embargo, al haberse modificado las penas antedichas en el nuevo C. Penal de 1995, se hizo necesaria una adecuación normativa de las penas antiguas a las nuevas; de tal forma que, según la disposición transitoria undécima del nuevo texto legal, los plazos máximos se aplicaban a las siguientes penas: tres meses, cuando se trataba de pena

de arresto de siete a quince fines de semana; un año, cuando la pena sea de seis meses a tres años de prisión; y dos años, cuando la pena fuera superior a los tres años.

Se apreciaban, no obstante, ciertos desajustes e incongruencias entre las nuevas penas del C. Penal y los plazos máximos de la prisión provisional, regulados en la LECr, desajustes que en gran medida eran debidos al cambio del sistema punitivo y a la falta de concreción sobre la materia de la disposición transitoria del C. Penal de 1995. Aparte de ello, la diversidad en la duración de las penas en el nuevo Código y especialmente la superposición de penas privativas de libertad entre los periodos inferiores y superiores a tres años en un importante número de tipos delictivos, originaba dificultades muy difíciles de solventar, según expuso en su momento Moreno Catena.

La reforma de la prisión provisional por LL OO 13/2003 y 15/2003 ha regulado de nuevo la duración máxima de la prisión provisional en el art. 504 LECr, para lo cual ha fijado como criterios normativos la gravedad de la pena imponible y los objetivos o fines que pretende alcanzar la prisión provisional, a diferencia de la normativa anterior, que se centraba en la cuantificación de la pena privativa de libertad.

Cuando la prisión provisional tenga por objeto neutralizar el riesgo de fuga o evitar la comisión de nuevos delitos, ya sea contra bienes jurídicos de la víctima o contra personas ajenas al proceso, la duración de la prisión provisional no podrá exceder de *un año* si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años. Pero si la pena privativa de libertad fuera superior a los tres años cabría extender el periodo de prisión provisional hasta los *dos años* (art. 504.2 LECr).

No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el art. 505, acordar mediante auto *una sola prórroga* de hasta *dos años*, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta *seis meses* si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a los tres años (art. 504.2 LECr).

Los plazos anteriores se consideran excesivos, puesto que cuando las penas que se acaban imponiendo están dentro de la banda inferior del marco punitivo se podrían alcanzar periodos de prisión preventiva superiores a la mitad de la pena definitiva. Si bien ha de reconocerse el matiz positivo de que la prórroga de la prisión cuando se trate de delitos menos graves ha sido reducida de un año a seis meses.

Entendemos, sin embargo, tal como expusimos en un trabajo precedente sobre la materia, que la prisión provisional nunca podrá rebasar el límite de la mitad de la pena que se pudiera imponer hipotética-

mente en sentencia. Y ello porque si el art. 504.2, último párrafo LECr, establece como tope de la prisión provisional cuando haya recaído sentencia en la primera instancia el de la mitad de la pena impuesta, lo coherente es no admitir un tiempo de prisión preventiva superior a éste cuando ni siquiera ha recaído sentencia condenatoria. Además resultaría injustificable, atendiendo a una interpretación teleológica de la norma, que se permitiera mantener a un imputado en régimen de prisión provisional más allá de la mitad de la pena imponible, pues en tales condiciones habría cumplido ya el tiempo suficiente para una posible concesión del tercer grado penitenciario, sin olvidar, en igual sentido, que se trataría de un cumplimiento punitivo mucho más gravoso realmente que el del régimen penitenciario ordinario.

Los plazos anteriormente referidos se reducen notablemente cuando el fin de la prisión provisional es el previsto en el art. 503.1.3.º b) LECr: evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento. En estos casos el periodo máximo de prisión provisional es de seis meses, y además no cabe prórroga alguna. Más aún, el legislador impone un deber especial de motivación específica de la prisión provisional cuando se levanta la incomunicación o el secreto de la causa antes de esos seis meses, y pese a ello prosiguiera el imputado en situación de prisión preventiva (art. 504.3 LECr).

Se considera por tanto que la manipulación de las fuentes de prueba sólo suele tener lugar en una primera fase de la instrucción, durante la cual el juez y la policía han de adoptar medidas urgentes para la recogida del material incriminatorio relevante. A partir de ese periodo inicial ya no estaría justificada una medida tan gravosa como la prisión cautelar, de ahí que se reduzca el plazo máximo de la prisión y que no quepan prórrogas.

De otra parte, si bien en principio la prisión provisional no puede rebasar los plazos máximos asignados por el legislador, ello no quiere decir que, una vez agotados, no quepa acudir extraordinariamente a la aplicación de la medida cautelar. Pues así lo prevé y acoge el art. 504.4 LECr, cuando dispone que *«la concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal.»*

Sin embargo, esa facultad jurisdiccional ha de ejercitarse de forma exquisitamente moderada, es decir, para la práctica de diligencias imprescindibles y para la celebración de la vista oral del juicio, y siempre que el encausado se haya mostrado de forma ostensible contrario a comparecer cuando fuere citado.

En otro orden de cosas, conviene remarcar que la existencia de los plazos máximos de prisión provisional no quiere decir en modo alguno que deban agotarse, sino todo lo contrario. Así lo recuerda el legislador, dando entrada una vez más al principio de proporcionalidad, cuando dispone en el art. 504.1 LECr que «*la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.*»

No debe, por consiguiente, confundirse el plazo máximo de la prisión provisional con el *plazo razonable*, que no tiene por qué coincidir con aquél, según tiene declarado el Tribunal Constitucional. En efecto, el supremo intérprete de la Constitución ha asumido, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH 27 de junio de 1968, caso Neumeister contra Austria; 27 de junio de 1968, caso Wemhoff contra Alemania; 10 de noviembre de 1969, caso Stogmüller contra Austria; 2 de octubre de 1984, caso Skoogstrom contra Suecia; 25 de octubre de 1989, caso Bezicheri contra Italia; 26 de junio de 1991, caso Letellier contra Francia; 23 de septiembre de 1998, caso I.A. contra Francia; 31 de julio de 2000, caso Jecius contra Lituania; 16 de diciembre de 2000, caso Vaccaro contra Italia; 22 de febrero de 2001, caso Szeloch contra Polonia), el requisito de que la prisión provisional esté sometida a un «plazo razonable», un concepto que ha de ser integrado en cada caso concreto, atendiendo, por un lado, a la duración efectiva de la prisión provisional y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y al comportamiento del recurrente, «de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral no obedezca ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional» (SSTC 8/1990, 206/1991, 41/1996, 66/1997, 305/2000 y 98/2002).

2. El cómputo de los plazos máximos

Para el cómputo de los plazos máximos se tendrá en cuenta como *dies a quo* el día en que el imputado hubiere sido detenido o sometido a prisión provisional en la misma causa (art. 504.5 LECr). El Tribunal Constitucional había dejado abierta la posibilidad de computar como dos periodos distintos el de prisión y el de detención, argumentando para ello que la detención y la prisión provisional son dos situaciones legales distintas, tanto en lo que respecta a su finalidad como a sus

consecuencias (STC 37/1996). Pero la escisión del cómputo no ha sido acogida por la reforma del legislador.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha establecido que el cómputo del plazo máximo de la prisión provisional ha de hacerse ponderando la pena imponible con arreglo al marco legal concreto (STC 9/1994). Es decir, han de tenerse en cuenta el grado ejecución del delito, el nivel de participación del imputado y las circunstancias modificativas de la responsabilidad que han de operar en sentencia con arreglo a criterios legales.

El art. 504.5 LECr dispone que «*se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia*». Esta norma ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional con criterios hermenéuticos restrictivos (*in dubio pro libertate*). De modo que no se podrá suspender el cómputo del plazo de la prisión provisional en perjuicio del imputado debido a las conductas o comportamientos dilatorios de terceras personas, ya que se trata de un elemento incierto, pues aquél no puede controlar tales comportamientos ni éstos pueden serle imputados como propios (SSTC 98/2002 y 121/2003).

Según el Tribunal Constitucional, la superación de los plazos máximos iniciales y de prórroga establecidos en el art. 504 LECr supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (SSTC 98/1998, 142/1998, 19/1999, 147/2000, 305/2000, 28/2001, 98/2002 y 22/2004). Y también ha hecho especial hincapié en que la prórroga o la ampliación del plazo inicial de la prisión provisional requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en algunos supuestos que legalmente habilitan para ello y ha de adoptarse antes de que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste (SSTC 56/1997, 142/1998, 305/2000, 98/2002, 121/2003, 22/2004 y 120/2004).

No es compatible con el texto constitucional la tesis de que el dictado de una sentencia condenatoria lleva consigo implícitamente la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, sino que se requiere una decisión específica sobre tal opción examinando los fines concretos de la prisión provisional y las circunstancias concretas del imputado (SSTC 98/1998, 142/1998, 231/2000, 272/2000, 98/2002, 144/2002, 121/2003, 22/2004 y 120/2004).

Al no poder depender la previsión del plazo máximo de la prisión provisional de elementos inciertos que generen inseguridad jurídica y

que desborden el plazo razonable, no es posible determinarlo teniendo en cuenta cada uno de los delitos imputados en una misma causa, mediante la suma del periodo máximo de cada uno de los tipos penales, ya que se infringiría la razonabilidad del plazo (SSTC 127/1984, 28/1985, 98/2002 y 81/2004); y tampoco cabe descontar del tiempo de prisión provisional sufrido como consecuencia de un proceso el periodo de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa (STC 19/1999).

Por último, el supremo intérprete de la Constitución ha denegado la posibilidad de prolongar la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta cuando la sentencia sólo está deliberada pero no ha sido todavía dictada, pues el párrafo quinto del art. 504 de LECr. no parte de una valoración apriorística de la pena que puede imponerse al imputado, sino de la pena efectivamente impuesta, que requiere una sentencia (SSTC 241/1994 y 158/1996).

3. *Garantías para el control de los plazos máximos*

La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido un nuevo apartado al art. 504 en el que dispone lo siguiente: «*Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la mayor celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás.*»

Sánchez Melgar considera que la medida significa el encendido de una especie de alarma con el fin de que se remuevan todos los obstáculos que impidan la pronta celebración del juicio oral. Y Gutiérrez de Cabiedes habla de un mecanismo de alerta establecido con el fin de compaginar el plazo máximo de la prisión provisional con los fines de la medida cautelar. En cualquier caso, al final lo determinante será siempre que no falle el encargado de accionar la alarma o el sistema de encendido, que es donde suele bloquearse toda la maquinaria.

Como segunda garantía para el control de las prisiones provisionales, La Ley Orgánica 15/2003 plasma una disposición adicional segunda de la LECr con el siguiente contenido: «*Las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el curso de los procedimientos penales, se anotarán en un registro central, de ámbito nacional, que existirá en el Ministerio de Justicia*». Y en su segundo párrafo ordena dictar las

disposiciones reglamentarias relativas a la puesta en funcionamiento del referido registro.

No queda muy claro, no obstante, el ámbito competencial que abarca el nuevo registro, dada la amplitud e indeterminación con que se refiere la norma a las medidas cautelares en general.

VI. Procedimiento

1. *Auto motivado*

En lo que respecta al tema concreto de la motivación de la prisión provisional, el Tribunal Constitucional advierte que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del art. 24.1, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma (SSTC 128/1995, 62/1996, 28/2001, 144/2002, 82/2003 y 22/2004).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, la motivación, exigible a supuestos de resoluciones judiciales que afectan de algún modo —aunque no pueda conceptualmente admitirse que vulneren— el derecho fundamental a la libertad, debe ser particularmente rigurosa. En la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior (STC 88/1998).

Tales exigencias han sido enfatizadas con la nueva doctrina de la *motivación reforzada*, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional afirma que deben tenerse en cuenta los varios supuestos en que este Tribunal ha venido exigiendo un específico y reforzado deber de motivar las resoluciones judiciales, en tanto que exigencia directamente derivada de la Constitución. Tal cosa ocurre cuando se ven afectados otros derechos fundamentales; cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a la luz de las pruebas indiciarias; cuando se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; o, en fin, cuando el Juez se aparta de sus precedentes (STC 116/1998).

Para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume) por un

lado; la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro, y que esa ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (SSTC 128/1995, 47/2000 y 61/2001). Entre los criterios que el Tribunal Constitucional ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza y, en segundo lugar, las circunstancias concretas y las personales del imputado (STC 61/2001).

Por lo demás, debe subrayarse que el supremo intérprete de la Constitución exige, en el momento de resolver sobre la situación personal del imputado, la ponderación de las circunstancias particulares de los hechos y las personales de su presunto autor, rechazando las motivaciones genéricas, vagas y estereotipadas, inaceptables si se parte del valor fundamental y del rigor exigible para la motivación de las medidas que la restrinjan. Y ello hasta el punto de que la omisión del análisis de las circunstancias del caso concreto determina la estimación del recurso de amparo y la nulidad de los autos impugnados (véanse en tal sentido las SSTC 29/2001, 61/2001, 94/2001, 8/2002, 23/2002, 138/2002, 142/2002 y 22/2004).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las exigencias en la motivación la ha plasmado el legislador en el art. 506.1 LECr.: *«Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto a los fines que justifican su adopción»*.

Por lo tanto, se impone la exigencia procesal de acordar la medida cautelar en forma de auto. Con todo, no han de seguirse criterios excesivamente formalistas cuando se pretenda anular una resolución por razones de la forma en que ha sido adoptada y ha de acudir más bien al criterio sustantivo de la existencia o no de motivación. Pues el Tribunal Constitucional, en sentencia 41/1996, aunque anuló la denegación de la libertad provisional acordada mediante providencia, ello se debió a la inmotivación de la resolución judicial y no a que no hubiera adoptado la forma de auto.

El legislador hace una especial referencia a la transcripción en el auto de los motivos que justifiquen que la medida adoptada es proporcionada en el caso concreto. Proporcionalidad que impone tanto un sentido amplio, desde la dimensión de la *necesidad* de la prisión preventiva por no concurrir otras opciones menos gravosas para el imputa-

do, como desde la perspectiva del principio de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, de que en el caso concreto el sacrificio de los derechos fundamentales a que aboca la medida (privación de libertad, presunción de inocencia y derecho de defensa) queda justificado por los fines que debe cumplimentar la prisión provisional en el proceso.

En el apartado 2 del art. 506 se resuelve ahora la problemática que suscitaba en la regulación anterior los procedimientos penales declarados secretos. El hecho de que en los procesos de notoria relevancia y de una compleja instrucción se decrete lo que se denomina el secreto interno del sumario —el externo rige siempre— implica que las partes personadas, con la excepción del Ministerio Fiscal, no puedan conocer las actuaciones.

La situación procesal así creada —según expusimos en su día en un trabajo sobre la materia— daba lugar a una limitación evidente del derecho de defensa del imputado, que veía así mermadas sus posibilidades de contradecir e impugnar su prisión provisional. Este cercenamiento, que había sido adverbado por el propio Tribunal Constitucional cuando se cumplimentaban los fines de la prisión provisional (STC 273/1993, que a su vez se remite a las SSTC 128/1993, 129/1993 y 152/1993), hacía imprescindible compatibilizar en la medida de lo posible las necesidades de la investigación sumarial con el derecho de defensa del imputado. De modo que —decíamos— en la motivación del auto de prisión se recogieran los indicios incriminatorios esenciales, aunque sin una exposición fáctica exhaustiva que desactivara los efectos de la declaración del secreto del sumario.

Pues bien, con el fin de solventar todo este cúmulo de cuestiones y conflictos de intereses, el nuevo art. 506.2 dispone lo siguiente: «*Si la causa hubiere sido declarada secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación de una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el art. 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado.*»

El legislador ha resuelto el dilema que se le suscitaba ordenando que en estos casos se dicten dos resoluciones. Una íntegra en la que se motivará *in extenso* la medida cautelar y en la que además se especificarán los particulares que no han de ser notificados provisionalmente al imputado; y otra en la que se recogerán los extremos notificables del auto, que siempre han de comprender una sucinta relación de los hechos y los fines que persigue la medida preventiva.

Por último, la nueva norma, en la línea marcada por las nuevas corrientes de política criminal tendentes a la protección de las víctimas, impone (art. 506.3 LECr) que «*los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución*».

2. Tramitación

A) EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y EL DE CONTRADICCIÓN

La disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, reformada por Ley Orgánica 8/1995, de 22 de noviembre, incorporó el art. 504 bis 2 a la LECr y modificó el art. 539 del mismo texto legal, implantando una nueva tramitación para acordar la prisión provisional.

La novedad que aportó tal modificación se cifró, esencialmente, en convocar para una audiencia judicial al detenido, nada más ser puesto a disposición del juez, citándose también al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. En esta audiencia podían hacer las alegaciones que estimaran pertinentes con respecto a la prisión y a la libertad provisional del imputado, así como proponer para su práctica los medios de prueba realizables en un tiempo que no podía rebasar las 72 horas. Ejecutado este trámite, el juez decidiría sobre la prisión o la libertad provisional del imputado. Pero —y aquí está la mayor innovación de ese texto— el juez o tribunal no podía decretar la prisión provisional si ninguna de las partes lo instaba.

La exposición de motivos de la Ley fundamentaba la reforma en el principio acusatorio, y agregaba que, de esta forma, «la limitación de la iniciativa judicial se equilibraba con la instauración de los beneficios del contradictorio».

El legislador asumió, por tanto, la limitación de las facultades del juez de instrucción y lo justificó en virtud de la acentuación o potenciación del principio acusatorio. No obstante, y sin que quepa cuestionar el lado positivo desde la perspectiva de las garantías del justiciable, el nuevo sistema, como ya expusimos en su momento, a pesar de que tiene ya un precedente en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que modifica el procedimiento de los Juzgados de Menores, generaba también algunas consecuencias no siempre favorables para el buen hacer en la investigación judicial, al ocasionar distorsiones que lastraban las mejoras que se pretendían implantar en el ámbito de la imparcialidad del acuerdo de la prisión provisional.

La reforma de la prisión provisional por LL OO 13 y 15/2003 ha dado una nueva redacción a esa materia, sustituyendo el art. 504 bis.2 LECr por el art. 505 y modificando también lo dispuesto en el art. 539 de LECr.

En lo que respecta a las exigencias del principio acusatorio y del de contradicción para poder acordar la prisión provisional, el nuevo art. 505 aporta mayor claridad en la previsión de los supuestos en que se requiere instancia de parte acusadora para privar cautelarmente de libertad a los imputados. Y así, tanto de ese precepto como de los art. 539 y 529 LECr, se colige que la petición de parte sólo será imperativa para poder acordar la prisión provisional sin fianza o la libertad provisional con fianza.

En la regulación anterior, al disponer el párrafo segundo del art. 539 de la LECr que para acordar la prisión o la libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada se requería la solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, se generaba la duda de si también las libertades provisionales sin fianza pero con la obligación *apud acta* de comparecer ante el juzgado hacían precisa la solicitud de las acusaciones. Pues bien, ahora, con la nueva normativa, es claro que la solicitud de parte sólo se precisa para la prisión provisional y para la libertad provisional con fianza, pero no para aquellas que no se acuerden bajo fianza.

Así se constata en la nueva redacción del párrafo tercero del art. 539 de la LECr (que ha de ponerse en relación con el art. 505): *«Para acordar la prisión o libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 505.»*

Según el legislador, en principio, sólo se precisará pues la instancia de parte para acordar la prisión provisional y la libertad provisional con fianza. Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa dictar de plano auto de prisión provisional sin instancia de parte. Tal posibilidad queda abierta en el último párrafo del art. 539 LECr, que permite acordar de oficio la prisión provisional del imputado, si se hallare en libertad, cuando a juicio del juez o tribunal *concurrieren los presupuestos del art. 503*. Pero, eso sí, debe convocarse para las 72 horas siguientes la práctica de la comparecencia en la que deberá legitimarse la situación con arreglo a los principios acusatorio y de contradicción.

En la redacción derogada del art. 539 de LECr se admitía también esa posibilidad pero sólo para cuando *concurriera riesgo de fuga*. Aho-

ra, en cambio, la facultad se extiende también a los restantes fines de la prisión provisional que se prevén en el art. 503 de la Ley Procesal Penal.

Por lo demás, cabría asimismo acordar de oficio la libertad provisional con fianza sin que lo hubieran solicitado las acusaciones, pero sólo en los casos en que el imputado se hallare en prisión provisional sin fianza, pues en tales supuestos la decisión, aunque en abstracto limite el derecho a la libertad, favorece al reo en el caso concreto al hacer menos gravosa su situación personal.

Según Marchena Gómez, se precisa instancia de parte también para acordar la llamada prisión atenuada (art. 508.1 LECr) y el internamiento sustitutivo en centro de desintoxicación (art. 508.2 LECr), puesto que se trata de privaciones de libertad que sustituyen en el modo de ejecución a la prisión provisional. En cambio no se requiere instancia de parte para acordar las comparecencias *apud acta*, la retención del pasaporte ni otras medidas cautelares restrictivas de libertad (medidas de alejamiento y prohibiciones de residir en determinados lugares).

Ello es, en efecto, lo que parece desprenderse de una interpretación sistemática de la regulación de las medidas cautelares restrictivas de libertad, a tenor del dato significativo de que no se prevea específicamente por el legislador la solicitud de parte en los casos expuestos *supra*. Tanto en lo que atañe a las medidas restrictivas comprendidas dentro del marco normativo específico de la prisión provisional, como en el ámbito de las medidas cautelares relativas a la violencia doméstica.

A este respecto, el art. 544 bis LECr no exige la solicitud de las acusaciones para que el juez acuerde la prohibición de residir en un determinado lugar ni tampoco para prohibir que el imputado acuda o se aproxime a zonas vinculadas a la presunta víctima.

No obstante, el último párrafo de ese precepto ha generado dudas sobre la posibilidad de acordar de oficio las medidas cautelares meramente restrictivas de libertad, ya que en la norma se impone una comparecencia previa para poder reconvertir en prisión provisional una de las medidas meramente restrictivas, pero añadiendo en el precepto —y ello es lo que ha suscitado incertidumbre— que la comparecencia también será necesaria para adoptar «*otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal*».

A pesar de los interrogantes que introduce esa expresión, tanto Marchena Gómez como Delgado Martín parecen sostener que las medidas restrictivas de libertad podrán ser acordadas de oficio. A favor de esa opción puede aducirse que, al margen de que en ningún apartado específico de la ley se requiere específicamente para ellas instancia de parte, lo cierto es que la imposición de una vista previa sólo habría de

entenderse como una exigencia propia de la prisión provisional o de la libertad provisional bajo fianza, que ha de asimilarse a la anterior. Por lo demás, el hecho de que se celebre una vista oral con la aplicación del principio contradictorio y del derecho de defensa del imputado no quiere decir que, una vez escuchadas las partes acusadoras, y aunque ninguna de éstas solicitare la adopción de la medida, el juez no pueda adoptar medidas meramente restrictivas de la libertad del encausado para proteger a las víctimas. Quedarían exceptuadas, insistimos, las distintas modalidades de prisión provisional y la libertad bajo fianza.

La normativa legal también deja abierto otro interrogante: el relativo a si cabe acordar por el juez la prisión provisional a ejecutar en centro penitenciario cuando las acusaciones sólo instan la prisión domiciliar o el internamiento en un centro de desintoxicación. Si sopesamos la mayor gravosidad de la primera alternativa con respecto a estas dos últimas, parece que la respuesta debiera ser negativa, al menos desde una perspectiva purista del principio acusatorio o de instancia de parte. Sin embargo, si ponderamos que la decisión sustancial ha de ser la que recaiga sobre si se aplica o no la prisión provisional, pasando el régimen de ejecución de la medida cautelar a un segundo plano, la decisión final sobre este último extremo quedaría en manos del juez.

Aplicando analógicamente la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre las peticiones de pena, todo indica que el juez tendría facultades para decidir sobre la forma en que se aplicaría la medida cautelar, una vez que ésta es instada. Porque si no se vulnera el principio acusatorio por el hecho de que el juez condene al acusado con una pena mayor a la solicitada, una vez que ésta es sometida a debate y motivada en la sentencia (SSTC 17/1988, 43/1997, 59/2000, 122/2000, 20/2003 y 136/2003; y SSTs 17-IX-1992, 11-VI-1994 y 22-IV-1999), parece que la misma tesis habría de seguirse para decidir la severidad del régimen de cumplimiento de la prisión provisional.

Una cuestión muy similar a la anterior, centrada también en la aplicación del principio acusatorio, es la relativa a la determinación de la cuantía y de la naturaleza de la fianza. En principio, y siempre que las acusaciones soliciten la libertad provisional bajo fianza o la prisión provisional eludible mediante fianza sin especificar la cuantía y naturaleza de ésta, será el juez el que las determine.

Ahora bien, los problemas surgen cuando el fiscal o las restantes acusaciones postulan una fianza concreta o cuando no la determinan en su petición pero consideran que la fijada por el juez es excesiva.

Ante situaciones de esa índole, el dejar en manos del juez la determinación de la cuantía y naturaleza de la fianza puede derivar en la

desvirtuación del principio acusatorio. Pues si el juez no estuviera muy de acuerdo con la situación de libertad del imputado le bastaría con fijar una fianza de una cuantía elevada para que *de facto* se impusiera la situación de prisión provisional.

La solución a adoptar parece que ha de ser similar a la que acaba de exponerse en cuanto al modelo de cumplimiento de la prisión provisional. Ahora bien, en el caso de que la fianza exigida por el juez resultara notablemente superior a la que las acusaciones consideran procedente, podríamos estar ante una vulneración fraudulenta del principio acusatorio. Para evitar problemas de esa naturaleza, y con el fin de respetar al máximo el principio acusatorio implantado por el legislador y el derecho de defensa del imputado, lo razonable es que el juez les plante a las partes en la vista oral la inadecuación de la cuantía de la fianza para que rectificaran su petición. Pero en el caso de que no asumieran las sugerencias del juez, no parece congruente con el principio acusatorio que éste incremente de forma sustancial la cuantía de la fianza solicitada por las acusaciones, pues ello podría equivaler a la imposición de una prisión provisional de oficio, obviando así fraudulentamente la aplicación del referido principio.

B) CUESTIONES QUE SUSCITA LA COMPARECENCIA COMO TRÁMITE PREVIO A DICTAR LA PRISIÓN PROVISIONAL

La celebración de la comparecencia implantada en el art. 504 bis 2 a) LECr por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, reformada por Ley Orgánica 8/1995, de 22 de noviembre, suscitó diferentes cuestiones de índole práctica, muchas de las cuales han sido tratadas en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado.

Los problemas, según se ha podido ver en los años posteriores a la publicación de esa ley, surgían fundamentalmente cuando el detenido era puesto a disposición de un juez distinto al que debía de conocer de la causa. Y, fundamentalmente, si el procedimiento ya estaba iniciado, pues entonces ese juez no era el asignado por la ley para acordar la prisión provisional ni tenía tampoco a su disposición las actuaciones para poder decidir con fundamento sobre la medida cautelar.

En esos casos, aunque lo más razonable era que fuera el juez competente para conocer de la causa el que resolviera sobre la libertad o la prisión provisional, sin embargo, al no tener en su presencia al detenido y no contar tampoco con la posibilidad de un traslado inmediato cuando se hallaba en territorio alejado de su jurisdicción, era evidente que no podía escucharle personalmente en la comparecencia previa. Ante

esta situación se optaba por alguna de estas opciones: primera, celebrar la comparecencia ante el juez no competente para conocer de la causa a cuya presencia fue llevado el detenido, que tenía el inconveniente de que el instructor desconocía las diligencias en trámite con base a las cuales había sido detenido; segunda, que se celebrara ante el competente pero rompiéndose la unidad de acto, pues el imputado ha de ser escuchado por el juez que no conoce de la causa, quien remitirá las alegaciones al competente; y, por último, prorrogar sucesivamente los periodos de tres días hasta que el imputado sea trasladado al juzgado competente, opción que vulneraba sustancialmente el espíritu de la ley, al prorrogarse la situación de prisión por un periodo dilatado de tiempo sin la previa celebración de la comparecencia.

El nuevo texto legal da respuesta a esa laguna legal en el art. 505.6 de LECr: *«Cuando el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda.»*

De la lectura del precepto parece deducirse que el legislador pretende que, una vez que haya sido legalizada la situación del imputado por parte del juez no competente para conocer de la causa, se repita la comparecencia ante el juez competente o natural del proceso, con el fin de que éste, cumplimentando los principios de inmediación, oralidad y contradicción, adopte una resolución fundada sobre la situación personal del encausado.

Esa es la interpretación que más se ajusta a la dicción del precepto y, desde luego, es la más adecuada cuando la causa se inicia con la presentación del detenido y el atestado ante un juez no competente para tramitarla, al ser éste el único que conoce las actuaciones. Sin embargo presenta el inconveniente de que el juez que adopta esa decisión interinamente desconoce, en los casos en que el procedimiento ya lo está tramitando realmente otro instructor, el contenido de las diligencias, por lo que su intervención puede carecer de una fundamentación adecuada. Y lo mismo cabe decir con respecto al Fiscal y al letrado que interviene en esa vista oral en defensa del imputado, ya que seguramente tampoco éstos conocerán los entresijos del proceso con cuyo motivo se practicó la detención.

Esos inconvenientes pudieran evitarse en la práctica si se celebra la comparecencia ante el juez competente para conocer de la causa, acudiendo para ello a la videoconferencia, tal como permite y prevé el

art. 306 de la Ley Procesal Penal (en relación con el art. 229 de LOPJ) para la comparecencia prevista en el art. 505 del mismo texto legal.

De modo que, una vez que es detenido el imputado y puesto a disposición del juzgado no competente, entendemos que podría celebrarse una comparecencia ante el juez competente, en la que estarían presentes las acusaciones y la defensa del imputado, mientras que éste sería escuchado mediante el procedimiento de la videoconferencia. Con este procedimiento sería el juez natural el que legalizara la situación personal ya desde un primer momento y con mayor conocimiento de causa, pues es él quien instruye las diligencias contra el imputado detenido o preso.

En el supuesto de que no pudiera acudir al sistema de la videoconferencia y que hubiera de celebrarse una segunda comparecencia ante el juez competente de la causa, el texto legal especifica que en esta segunda comparecencia el juez o tribunal de la causa *«oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda»*.

Como puede apreciarse, no se expresa en la norma que deban ser citadas a la vista la acusación pública ni las particulares. Ante tal omisión, Marchena Gómez argumenta que la reforma no se inclina por una nueva audiencia de contenido bilateral, puesto que no menciona de forma expresa al Ministerio Fiscal, por lo que todo parece indicar que se dibuja un acto procesal de ratificación o revocación del criterio expresado por el juez inicialmente receptor del imputado.

Sin embargo, estimamos que esa omisión del legislador de toda referencia a la intervención del Ministerio Público en esa segunda vista no puede interpretarse en el sentido de que no haya de intervenir imperativamente solicitando la opción que estime pertinente. Pues, al margen de que la defensa que interviene en esa vista —o más bien vistilla— tiene derecho a conocer las imputaciones y argumentos que la acusación considera justificadores de la prisión provisional, los datos incriminatorios pueden haberse difuminado o volatilizado en los días posteriores a la primera vista, de forma que no concurren ya o no tengan la misma fuerza inculpatoria los indicios que sirvieron en un primer momento para acordar la prisión provisional. A lo que ha de sumarse que el Fiscal que está adscrito al juzgado que instruye la causa es quien tiene un conocimiento de primera mano de los datos relevantes para formular una pretensión acorde con los indicios incriminatorios y exculpatorios que figuran en el proceso.

Así las cosas, estimamos que el silencio del legislador en lo que respecta al último inciso del art. 505.6 de la Ley Procesal Penal ha de interpretarse en el sentido más favorable a la protección eficaz de las ga-

rantías del derecho fundamental a la libertad del imputado. Con base a ello, se considera que sigue siendo imperativa la intervención del Ministerio Público en esa vista oral y también la exigencia de una postulación expresa de la prisión provisional para poder acordarla.

En lo que se refiere al **acto de la comparecencia**, ha de celebrarse cuanto antes, procurando que no se dilate hasta el límite final de las 72 horas. Y así lo recuerda el nuevo texto legal cuando dispone que «deberá celebrarse *en el plazo más breve posible* dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial» (art. 505.2 LECr).

El cómputo de las 72 horas ha de iniciarse a partir de que el detenido es puesto a disposición del órgano judicial, ya sea éste el competente para conocer de la causa, ya el del lugar de la detención. Por lo tanto, las dilaciones y disfunciones que pudieran producirse entre los diferentes órganos judiciales no perjudicarán en ningún caso al detenido, que tiene derecho a que se celebre la comparecencia en el curso de las 72 horas siguientes a su puesta a disposición judicial.

En el caso de que el juez considere procedente la libertad provisional sin fianza, la acordará de inmediato, excluyéndose así la práctica de la comparecencia. Y también se evitará su práctica, evidentemente, cuando el Fiscal, siendo la única parte acusadora, ponga de manifiesto, una vez examinadas las actuaciones, que procede acordar la libertad provisional sin fianza, ya que en este supuesto no cabe acordar la prisión provisional al no concurrir parte acusadora que la inste.

Pueden suscitarse dudas sobre la celebración de la comparecencia cuando el proceso haya sido declarado secreto. Aunque la ley no dice nada al respecto, coincidimos con Marchena Gómez cuando afirma que se trata de una garantía del imputado que no puede excluirse sin que lo diga expresamente la ley. Por lo tanto, aunque la vista tenga que celebrarse en unas condiciones de debate notablemente precarias, ello no excluye que se celebre y que se examinen los puntos sustanciales en los que se apoye la solicitud de las acusaciones en relación con los fines de la medida cautelar.

Es imprescindible que asista a la comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del detenido. Si éste no se presentara, siempre podría asignarse al imputado para este acto un letrado de oficio. El derogado art. 504 bis 2 LECr recordaba expresamente la obligación de comparecer del Ministerio Fiscal y del letrado de la defensa, recordatorio que ha desaparecido de la actual redacción del art. 505 LECr. Esta omisión puede deberse a que el legislador estimara que el recordatorio era innecesario o a que no se quisiera imponer la obligación de *comparecer* con el fin de no contradecirse con los supuestos en que se practica una comparecencia meramente virtual a través de la videoconferencia.

La incomparecencia de las acusaciones particular y popular no determinará la suspensión del acto. De modo que en el caso de que el Ministerio Fiscal solicitara la libertad del imputado y las restantes acusaciones no comparecieran sólo cabría acordar la libertad provisional sin fianza. Ello sin perjuicio, claro está, de que si la acusación particular o popular justificaran su inasistencia o acreditaran que se debió a una negligencia o disfunción del órgano jurisdiccional se señale una nueva comparecencia para decidir sobre la prisión provisional, pero manteniéndose entretanto la situación de libertad provisional sin fianza del imputado.

Si por cualquier razón no pudiera celebrarse la comparecencia, el nuevo texto legal permite acordar lo que se ha denominado prisión *provisionalísima*, que también había sido prevista en el texto derogado. De modo que el juez o tribunal podrá acordar la prisión provisional si concurrieren los presupuestos del art. 503 LECr o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas el juez o tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera (art. 505.5 LECr).

A diferencia del texto anterior, en el que sólo se preveía como supuesto legitimador para acordar la prisión en estos casos el evitar el riesgo de fuga, ahora se extiende esta medida cautelar *provisionalísima* también a los restantes fines del art. 503 LECr, es decir, a cuando hay peligro de manipulación de pruebas y a cuando hay riesgo de reiteración delictiva.

En la hipótesis poco probable de que tuviera que suspenderse también la segunda comparecencia, parece razonable aceptar, como reseña la Circular de Fiscalía, una tercera. Si bien sería contrario al espíritu de la ley la suspensión en cadena de sucesivas comparecencias y el mantenimiento en el ínterin de la situación de prisión provisional.

A este respecto, es importante advertir que el Tribunal Constitucional tiene declarado que la comparecencia previa no constituye una garantía directamente exigida por la Constitución, por lo que su omisión integraría, según palabras del mismo tribunal, una *irregularidad procesal* que no provocaría indefensión constitucionalmente relevante, al poder ser subsanada mediante la correspondiente impugnación del auto que acuerda la medida cautelar (SSTC 108/1997 y 22/2004).

Si los detenidos son varios es razonable que se celebre una misma comparecencia para todos ellos. De este modo se consigue que el juez se forme una convicción más fundamentada y completa sobre los indicios concurrentes y la conexión de las diferentes conductas, favoreciéndose además el principio de economía procesal. Aunque si alguno de

los imputados no pudiera estar presente o no compareciera su letrado, la vista, indudablemente, se celebraría para los restantes.

Con respecto a la práctica de **la prueba** nada nuevo añade el nuevo texto legal al anterior. Ha de limitarse, pues, a hechos relevantes y puntuales que resultaren determinantes para decidir sobre la situación personal del imputado, sin que pueda convertirse la comparecencia en un acto similar a una vista oral de un juicio, con pruebas complejas e interminables alegaciones. Parece, pues, razonable aplicar un criterio restrictivo, circunscribiendo la práctica de prueba a las diligencias sencillas (declaración de algún testigo muy relevante, prueba documental o incluso algún reconocimiento en rueda) de indiscutible trascendencia para decidir acerca de la libertad o prisión del imputado.

VII. Recursos contra el auto de prisión provisional

La normativa anterior a la reforma de las LL OO 13/2003 y 15/2003 incurría en una censurable dispersión en materia de recursos contra las medidas cautelares personales, defecto al que se sumaban las incongruencias y antinomias que evidenciaba sobre la materia el procedimiento abreviado.

En el procedimiento ordinario, contra el auto de prisión provisional y las restantes resoluciones del juez de instrucción sobre la medida cautelar personal cabía recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, con sólo efecto devolutivo, previa interposición imperativa del recurso de reforma (art. 504 bis 2, último párrafo y art. 222 de la LECr).

En el procedimiento abreviado no cabía en cambio interponer recurso de apelación, pues el procedente era el de queja (art. 787 LECr, derogado por reforma Ley 38/2002), con la obligación de interponer previamente el recurso de reforma. Sin embargo, un sector minoritario mantenía la tesis de la interponibilidad del recurso de apelación, con lo cual, finalmente, se acababan admitiendo por los tribunales las dos clases de recurso (el de queja y el de apelación). Ello unido a las deficiencias que presentaba el recurso de queja en su tramitación y en cuanto a las garantías del derecho de defensa y de contradicción de las distintas partes procesales, acababa generando un sistema de impugnación en la materia algo caótico y desconcertante.

La Ley Orgánica 13/2003 ha reordenado todo el tema de recursos en el art. 507 LECr mediante la generalización del recurso de apelación previsto en el art. 766 LECr, según redacción de Ley 38/2002. Con lo cual se ha conseguido, tal como señala García Pérez, la simplificación, unificación y clarificación del régimen de recursos en el ámbito de la

justicia cautelar personal del proceso penal, adquiriendo así una mayor certeza y seguridad.

El nuevo artículo 507 dispone que *«contra los recursos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el art. 766, que gozará de tramitación preferente. El recurso contra el auto de prisión deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días.»*

Se implanta así el régimen de impugnación del procedimiento abreviado para los recursos contra los autos relativos a la situación personal de los imputados en todos los procedimientos (común u ordinario, del tribunal del jurado y enjuiciamiento rápido).

Por consiguiente, y a tenor de lo dispuesto en el art. 766 LECr, contra los autos de prisión podrá interponerse el recurso de reforma y el de apelación, que en principio no tendrán carácter suspensivo. El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, pero sin que sea imperativa la interposición del de reforma para presentar el de apelación, exigencia que sí impone para los restantes supuestos diferentes a la prisión provisional el procedimiento ordinario (art. 222 LECr).

Los plazos serán el de cinco días para la interposición del recurso de apelación computados desde la última notificación del auto recurrido o, en su caso, del que resuelve el recurso de reforma (éste habrá de interponerse en tres días y ser resuelto en otros dos: art. 222 LECr), con un periodo común de otros cinco días para que las demás partes personadas aleguen por escrito lo que estimen pertinente. Finalizado este plazo se remitirán los correspondientes testimonios a la Sala en un periodo de dos días, debiendo resolver el recurso el tribunal en un término de cinco días. En el supuesto de que el recurso de apelación se interpusiere subsidiariamente con el de reforma y éste fuere parcial o totalmente desestimado, se dará un trámite para alegaciones al recurrente por cinco días, antes del traslado a las restantes partes personadas (art. 766.4 LECr).

Como singularidad propia del recurso de apelación cuando tiene por objeto la impugnación de la prisión provisional, señala el apartado 5 del art. 766 LECr que podrá el apelante solicitar la celebración de vista oral, que acordará la Audiencia respectiva. Sin embargo, este carácter imperativo de la vista oral solicitada por la parte desaparece cuando se trate de impugnar otros pronunciamientos sobre medidas cautelares diferentes a la prisión provisional. La vista deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en la Audiencia.

El cómputo del plazo máximo de los 30 días que establece el art. 507.1 LECr para la resolución de los recursos de apelación entendemos que ha de computarse a partir de la interposición del recurso, pues de hacerlo desde la llegada del testimonio a la Audiencia la celeridad no sería tal, por cuanto a ese periodo habría de sumarse el del trámite ante el juzgado y la remisión al tribunal, con lo cual el plazo final estaría aproximándose a los dos meses.

Por lo demás, ese plazo máximo de los 30 días evidencia las dificultades de adecuar la regulación del art. 766 al procedimiento de juicios rápidos, a pesar de la expresa remisión del legislador (art. 798.3 LECr), pues carece de sentido la asignación de tal plazo para unos juicios que están previstos que se celebren en los quince días siguientes al auto de prisión (art. 800.3 LECr). En estos casos lo más probable, dada la extensión de los plazos, es que la revisión de la prisión provisional se dilucide en Audiencia al mismo tiempo que la sentencia condenatoria (en caso de que fuera absolutoria el imputado ya estaría en libertad), pudiéndose dar la situación curiosa pero kafkiana de que al mismo tiempo que una Sala de la Audiencia ratifica la prisión provisional otra revoca la sentencia y absuelve al acusado.

El nuevo texto legal contempla específicamente la cuestión relativa a los recursos contra el auto de prisión provisional en los procedimientos que han sido declarados secretos. La constitucionalidad de la tramitación de los recursos de apelación contra los autos de prisión provisional en esos procedimientos había quedado en cuestión después de la sentencia del TEDH de 30-III-1989 («caso Lamy»), al considerar el Tribunal vulnerado el art. 5.4 del Convenio por no haberse dado al demandante la posibilidad de impugnar adecuadamente los motivos de la prisión provisional. Esa imposibilidad provenía de que el demandante no había tenido a su disposición las actuaciones declaradas secretas.

Sobre este particular, el art. 507.2 preceptúa que *«cuando en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior no se hubiere notificado íntegramente el auto de prisión al imputado, éste también podrá recurrir el auto íntegro cuando sea notificado, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.»*

A tenor de esta nueva norma, no sólo cabe el recurso de apelación contra el auto que primero decreta la prisión provisional y que se notifica sólo en extracto, sino que cabe también después contra el auto íntegro, una vez que se notifica en su redacción completa al imputado cuando se levanta el secreto del sumario.

La decisión legislativa resulta razonable. Sin embargo, carece de una especial relevancia y operatividad. En primer lugar, porque el imputado puede solicitar (y de hecho la solicita en la práctica) su libertad

provisional cuantas veces considere pertinente e interponer, ante la negativa, el correspondiente recurso de apelación. Y, en segundo lugar, porque el secreto sumarial se suele dilatar en exceso en los procedimientos en que se acuerda, lo que significa que cuando se notifica íntegramente el auto de prisión ya aporta pocas novedades para potenciar el recurso de apelación de la defensa.

La reforma legal ha mantenido la particularidad de los recursos contra el auto de prisión de que pueda impugnarlo el propio imputado, quien puede pedir incluso de palabra que se deje sin efecto (art. 501 de LECr). Estamos por tanto, al no requerirse la asistencia de letrado para formular esta pretensión, ante un ejercicio singular del derecho de autodefensa.

Tras la interposición de los recursos ordinarios contra el auto de prisión, cabría el remedio extraordinario del *recurso de amparo*, que, dado su carácter subsidiario, sólo podrá interponerse una vez agotada la tramitación de aquéllos (STC 148/2003).

El Tribunal Constitucional ha establecido como línea divisoria para entrar a conocer de la demanda de amparo la distinción entre el control interno, atribuible a la jurisdicción ordinaria: si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la medida; y el control externo, competencia de la jurisdicción constitucional: que la resolución sea fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. No obstante, esos límites no son claros, pues dentro del concepto de «fines de la institución» cabe albergar muchos parámetros de diverso alcance (examínense al respecto comparativamente las SSTC 128/1995 y 14/1996).

VIII. Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Presunción de inocencia y prisión sin condena», *Cuadernos de Derecho Judicial, Detención y Prisión Provisional*, CGPJ Editor, Madrid, 1996.
- ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Edit. Cívitas, Madrid, 1987.
- BARALLAT LÓPEZ, Juan, «Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional», AAVV, *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones*, Edit., McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La posición de la víctima ante la prisión provisional», *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, «Detención y prisión provisional», *Jornadas sobre*

- privaciones de libertad y derechos humanos*, organizadas por «Jueces para la Democracia», Edit. Hacer, Barcelona, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción: Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés, Edit. Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto, «Los recursos en materia de prisión provisional», AA.VV., *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, Vicente, «La necesaria reforma de la prisión provisional», *La Ley*, n.º 5411, 5-XI-2001.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *La prisión provisional*, Edit. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- HEINZ MATTES, *La prisión preventiva en España*, Edit. Servicio de Publicaciones del CEU, Madrid, 1975.
- JORGE BARREIRO, Alberto, «La prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Cuadernos de Derecho Judicial, Detención y Prisión Provisional*, CGPJ Editor, Madrid, 1996.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Fines legítimos de la prisión provisional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional (RATC)*, n.º 12, 2000.
- MAIA COSTA, EDUARDO, «Prisión Preventiva: medida cautelar o pena anticipada», *Revista do Ministério Público*, n.º 96, 2003.
- MAGRO SERVET, VICENTE, «Régimen jurídico penitenciario de la prisión», *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «Prisión provisional y principio acusatorio», *Régimen jurídico de la prisión provisional*, varios autores, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- MÉNDEZ ESTRELLA, Alvaro, «La reforma y la 'contrarreforma' de la prisión provisional», *La Ley*, n.º 5998, 16-IV-2004.
- MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1996.
- ODONE SANGUINÉ, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «Límites temporales de la prisión provisional», AA.VV., *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Edit. Sepín, Madrid, 2004.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo, «Presupuestos y fines de la prisión provisional», AA.VV., *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Edit. Sepín, Madrid, 2004.

Las reformas en materia de penas: algunas cuestiones

Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003*

José Cid Moliné
Profesor Titular de Derecho penal.
Universidad Autónoma de Barcelona

1. Introducción

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor a partir del 1 de octubre del 2004, introduce algunas modificaciones de importancia en el diseño de penas alternativas a la prisión establecido por el Código penal (CP) de 1995. Entre ellas destacan: el mayor ámbito de aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, la eliminación del arresto de fin de semana y su sustitución por prisión o localización permanente, los nuevos criterios para conceder la suspensión de la ejecución de la pena y la ampliación, en el caso de los drogodependientes, de esta institución.

En este trabajo se pretende examinar si las reformas que introduce la citada ley pueden servir para resolver los problemas que ha revelado la aplicación del sistema de sanciones no privativas de libertad del CP 1995. Como se verá, del análisis que realizo se desprende que las penas alternativas pueden ocupar un espacio que hoy en día acoge la pena de prisión; es por ello que empiezo justificando brevemente el punto de partida de esta creencia.

* Este trabajo se integra en el proyecto de investigación: «Protección de la víctima y rehabilitación de los delincuentes en libertad (violencia doméstica, violencia sexual, violencia racista)», subvencionado por la CICYT (BJU 2001-2075). Agradezco a Ester Blay, Elena Larrauri y Daniel Varona, que me hicieran ver aspectos que me habían pasado desapercibidos de la reforma penal.

2. Justificación de las penas alternativas a la prisión

Un sistema racional de penas alternativas debería estar basado en la idea de que una infracción penal debe ser sancionada con una de estas sanciones cuando ésta tiene capacidad de satisfacer los fines que justifican la imposición de una pena a una persona.

Existen tres preguntas que, si son contestadas positivamente, nos deberían llevar a imponer una pena alternativa: a) ¿Expresa la necesaria desaprobación que requiere el hecho cometido?; b) ¿Afronta las —en su caso— necesidades de rehabilitación del infractor-a? y c) ¿Neutraliza el —en su caso— peligro de comisión de nuevos delitos durante su cumplimiento?¹

Creo que la anterior concepción encuentra un perfecto acomodo en la Constitución española, pues en la decisión sobre la pena a imponer están en juego, principalmente, la libertad personal del infractor-a y las necesidades de protección de la colectividad. Desde tal punto de vista, la opción por la pena privativa de libertad —y, por tanto, el sacrificio de la libertad personal— carecerá de justificación cuando con la imposición de una sanción no privativa de libertad esté en condiciones de cumplir los fines anteriormente señalados y, por tanto, de proteger adecuadamente a la sociedad².

Del esquema anterior también se deriva unos criterios para decidir las competencias en la decisión de imponer penas alternativas entre el legislador y el juez. El legislador debería limitarse a excluir la posibilidad de pena alternativa en aquellas infracciones de una gravedad tal que sólo la pena de prisión pudiera expresar la reprobación requerida por el acto realizado, lo cual sólo sucede en la delincuencia grave. En el resto de supuestos, la ley debería o bien imponer directamente la sanción alternativa o bien permitir que el aplicador del derecho —tras realizar la ponderación propia del caso concreto— la imponga.

Creo que, pese a su brevedad, las indicaciones acabadas de realizar pueden ayudar a comprender tanto los problemas detectados en el sistema de penas del CP de 1995 como la valoración que se realiza de las modificaciones de la ley 15/2003.

¹ Esta idea de que las penas alternativas deben imponerse cuando pueden satisfacer los diversos fines del castigo está elaborada en Cid-Larrauri (2004), a donde me remito para su justificación y para la cita de la bibliografía relativa.

² Hemos desarrollado la cuestión de los fines constitucionales que deben guiar la opción entre prisión y pena no privativa de libertad en Cachón-Cid (2003, II: 4-5).

3. El sistema de penas alternativas del código penal de 1995

3.1. Clases de penas alternativas³

A) PRINCIPALES

Las penas alternativas principales son las que están establecidas por el propio legislador para el delito o falta de que se trate. En el CP existen tres supuestos de esta modalidad:

a) *Pena alternativa obligatoria*

La infracción está castigada exclusivamente con una sanción privativa de libertad. Esta modalidad es muy poco habitual en el CP, siendo sólo utilizada para algunas faltas (contra la libertad, por ejemplo) y en algunos delitos⁴ que no incluyen los de más frecuente comisión (delitos contra la propiedad, alcoholemias y tráfico de drogas).

b) *Pena alternativa opcional*

El legislador sanciona la infracción con la disyuntiva entre pena privativa de libertad y multa y obliga al aplicador del derecho a decidirse por una de ellas. Se trata de la forma de penalidad más utilizada en las faltas y también encuentra un cierto uso entre los delitos, si bien de entre los de más frecuente comisión sólo se utiliza en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, siendo inexistente en el tráfico de drogas y esporádica en delitos contra la propiedad (hurto de uso, por ejemplo).

c) *Sustitución obligatoria de las penas de prisión inferiores a 6 meses*

La infracción base ha sido castigada con pena privativa de libertad pero las reglas de determinación de la pena llevan al aplicador del derecho a disminuir la pena hasta un punto inferior a los 6 meses que, por mandato del artículo 71.2 del Código penal, debe sustituirse por multa o arresto de fin de semana. Por tanto, aunque de manera indirecta, se

³ Debe matizarse que excluimos del concepto de pena alternativa al arresto de fin de semana, por el hecho que, de acuerdo a la regulación del Código penal de 1995, se debe cumplir en centro penitenciario o en depósito municipal. Para mayor argumentación de que, en atención a su régimen de ejecución, el arresto de fin de semana no puede ser considerada como una alternativa a la prisión, puede verse Varona (1997: 154-160).

⁴ Por ejemplo, usurpación, omisión del deber de socorro, defraudación de fluido eléctrico, falsificación de certificados, quebrantamiento de condenas no privativas de libertad.

llega a una situación semejante a la de la pena alternativa opcional. Esta forma de penalidad se producirá principalmente en supuestos en que, en razón de la imperfecta ejecución del hecho, de ser la persona sólo cómplice o por entrar en juego circunstancias atenuantes de determinada entidad, se deba imponer pena inferior en grado a la prevista por la ley. Su ámbito más importante se produce con las tentativas de delitos leves contra la propiedad.

B) SUSPENSIÓN O SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Las penas alternativas sustitutivas se producen en aquellos casos en que la infracción está castigada con pena privativa de libertad y la pena impuesta en la sentencia no supere los dos años de prisión⁵, con la condición de que la persona condenada no sea delincuente habitual.

En estos casos, es el juez quien debe decidir si procede a suspender o sustituir la pena de prisión impuesta. En el bien entendido que la suspensión ordinaria sólo será posible si se carecen de antecedentes vivos. Si, por el contrario, la persona dispone de historial delictivo, las únicas posibilidades de pena alternativa serán, si la persona es drogodependiente, la suspensión especial, y, si no se da esta situación, la sustitución de la pena privativa de libertad por multa o, siendo aquélla arresto de fin de semana, por multa o trabajo en beneficio de la comunidad.

El ámbito de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad alcanza a delitos de frecuente comisión, incluyendo una parte de las infracciones contra la propiedad, el tráfico de drogas blandas y las lesiones.

3.2. *Datos sobre su aplicación*

El cuadro siguiente —realizado sobre la base el estudio coordinado por Cid-Larrauri (2002) sobre la aplicación de las penas alternativas a la prisión en los juzgados de lo penal— refleja la actuación de los aplicadores del derecho en aquellos casos en que tienen discrecionalidad para imponer pena alternativa, bien porque ésta ha sido establecida por el legislador —de manera opcional a una pena privativa de libertad— (Supuestos 1 y 2 del gráfico) o bien porque se trata de un supuesto en que la infracción está castigada con pena privativa de libertad, la condena no supera los dos años y la persona condenada no es habitual (Supuestos 3, 4 y 5 del gráfico).

⁵ Tres años en el supuesto de que el delincuente sea drogodependiente.

Aplicación penas alternativas en supuestos de discrecionalidad

Origen discrecionalidad	N.º casos	Penal privativa de libertad	Penal alternativa
1. Pena alternativa opcional directa	577	2,5% (15)	97,5% (562)
2. Sustitución pena prisión Impuesta por Ley (art. 71.2 CP)	88	2,5% (2)	97,5% (86)
3. Pena privativa de libertad que admite suspensión o sustitución (infractor sin antecedentes vivos)	374	16% (59)	84% (315)
4. Pena privativa de libertad que admite suspensión especial drogodependientes (infractor con antecedentes vivos y con drogodependencia documentada)	34	62% (21)	38% (13)
5. Pena privativa de libertad que sólo admite sustitución (infractor con antecedentes vivos)	96	87,5% (84)	12,5% (12)

Fuente: Cid-Larrauri, coords. (2002: 58).

Los datos anteriores pueden sintetizarse en las tres ideas siguientes:

- a) Cuando legislador ha establecido la pena alternativa como pena principal —como pena opcional o por la vía de la sustitución obligatoria de la pena de prisión inferior a 6 meses— los aplicadores del derecho se deciden de una manera abrumadora por esta sanción.
- b) Ante una pena privativa de libertad impuesta a una persona que carece de antecedentes vivos, y por tanto cabe la suspensión o la sustitución de la pena, los jueces tienden de una manera muy mayoritaria a imponer la pena alternativa (la suspensión de la ejecución de la pena).
- c) Ante una pena privativa de libertad impuesta a una persona que dispone de antecedentes vivos y que por tanto las únicas opciones para evitar la entrada en la prisión son la sustitución de la pena o, en su caso, la suspensión especial para drogodependientes, los jueces tienden de una manera mayoritaria a ejecutar la pena de prisión.

3.3. Problemas

Tomando como fuente principal el estudio que hemos realizado sobre la aplicación de las penas alternativas en los juzgados de lo penal (Cid-Larrauri, coords., 2002), podemos destacar los siguientes problemas.

3.3.1. PENAS ALTERNATIVAS PRINCIPALES (MULTA)

3.3.1.1. *Determinación de la capacidad económica*

Como es sabido, una de las reformas de importancia del Código penal de 1995 fue incorporar el sistema de días-multa como forma de determinación del valor de las multas. Este modelo, en que el valor de cada cuota se fija sobre la base exclusiva de la capacidad económica del condenado, debe hacer posible que la gravedad de la pena dependa del delito cometido y no de las condiciones económicas del condenado. Así se consigue que la pena sea una respuesta proporcional al delito cometido, satisfaciendo el primer fin del castigo.

El Código penal de 1995, como ha destacado la doctrina, incurrió en el defecto de no prever las dificultades que podían tener los aplicadores del derecho para ejecutar correctamente este sistema, que requería disponer de información de calidad sobre la capacidad económica del condenado, antes de determinar el valor de las cuotas. Ni siquiera se estableció qué órgano judicial —el juez de instrucción o el juez o tribunal sentenciador— debía realizar la investigación de la capacidad económica. Tampoco se reformó la ley procesal para establecer el momento en que debía procederse a tal investigación (Cachón, 2002).

Si a todo lo anterior se le suma el retraso importante que ya acumulaban los juzgados y tribunales penales españoles se entenderá que, en la práctica, la determinación de las cuotas se realice, en la gran mayoría de casos, sin una previa investigación de la capacidad económica del condenado (Cid-Larrauri, coords. 2002: 27).

Si las cuotas se imponen en atención a la clase de infracción cometida, o a indicios relativos a la capacidad económica del culpable, tendiéndose a multas intermedias —por ej. 6 × día— entonces ello puede llevar a no realizar el principio de proporcionalidad en referencia a personas con rentas muy bajas o con rentas elevadas, que era el problema tradicional de la pena de multa.

3.3.1.2. *Respuesta a los infractores-as necesitados de rehabilitación*

La pena de multa tiene pleno sentido para infractores-as en que la delincuencia puede ser vista como hecho ocasional y en la que cabe pensar que la imposición de esta sanción —sobre todo si fuera adaptada a la capacidad económica— ya tendrá efectos intimidatorios sobre la persona, que no querrá volver a experimentar la sanción.

No obstante, en aquellos casos —seguramente minoritarios— de personas en que la actividad delictiva se haya producido con reiteración y existen factores criminógenos que implican un riesgo de repetición, la

imposición de la pena de multa no será la sanción más apropiada, pues con ella no se pretende intervenir en los citados factores criminógenos. En tales casos, la pena alternativa más adecuada debería ser una que exigiera del condenado una participación en actividades de rehabilitación.

El Código penal español de 1995 no da solución a estos casos. Nada puede, obviamente, hacer el aplicador del derecho cuando la multa es la pena obligatoria. En los casos en que la pena alternativa es opcional, los jueces tendrían la posibilidad de imponer la pena privativa de libertad y suspenderla o sustituirla, estableciendo como condición la obligación de participar en un programa de tratamiento, de los establecidos en el art. 83 del Código penal. Pero existen dos obstáculos para llevar a la práctica esta solución. El primero es de carácter legal, pues extrañamente el Código penal no permite que cuando la pena suspendida o sustituida sea el Arresto de fin de semana el juez pueda imponer las obligaciones o reglas de conducta establecidas en el art. 83. El segundo es material, pues para que los jueces puedan determinar la necesidad de tratamiento necesitan contar con un informe psico-social que lo acredite, que no está previsto como base para la condena en nuestro sistema procesal.

3.3.1.3. *Reacción en casos de impago de multas*

Como es sabido, una de las críticas tradicionales a la pena de multa es que se establecía el arresto sustitutivo en caso de impago, lo cual se objetaba tanto porque suponía castigar la pobreza —si las multas no se imponen en atención a la capacidad económica de la persona— como porque no tenía en cuenta la posibilidad de garantizar el pago de las multas con medios menos coactivos (Jareño, 1994: 194, 214).

En principio, el Código penal de 1995 da solución a los dos problemas anteriores, pues, por una parte, al establecer el sistema de días-multa busca que las multas se adecuen a la capacidad económica y, por otra, establece que en caso de impago no sólo puede recurrirse a la privación de libertad sino también al trabajo en beneficio de la comunidad.

No obstante, en la práctica los problemas clásicos de la multa han persistido. En los supuestos en que se ha impuesto una multa como pena principal y ésta ha resultado impagada, los jueces, de acuerdo a los datos del estudio coordinado por Cid-Larrauri (2002: 85-112) han actuado de acuerdo al siguiente criterio: si el infractor-a carece de antecedentes entonces los jueces han decretado la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, impuesta como responsabilidad penal subsidiaria; pero, en caso de disponer de antecedentes han procedido a imponer prisión

como responsabilidad personal subsidiaria, desconsiderando el trabajo en beneficio de la comunidad.

Son muchas las razones que pueden haber contribuido a esta inaplicación del trabajo en beneficio de la comunidad: desde razones culturales —pensar que las alternativas no son reacciones idóneas para infractores-as con antecedentes— hasta razones materiales, pues la imposición de un trabajo en beneficio de la comunidad es mucho más laborioso que la ejecución de una pena de prisión, sin que los juzgados hayan sido dotados de medios para llevar a cabo la nueva tarea.

3.3.2. SUSPENSIÓN O SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

3.3.2.1. *Respuesta a infractores-as con antecedentes penales*

Como se pone de manifiesto en el gráfico anteriormente expuesto, la reacción de los jueces en los supuestos en que en la sentencia han impuesto una condena a pena de prisión que no supera los dos años tiene principalmente en cuenta la cuestión de los antecedentes penales. Si la persona carece de antecedentes penales entonces la suspensión se concede y si, por el contrario, la persona dispone de antecedentes penales —y entonces la suspensión ordinaria no es legalmente posible— la respuesta mayoritaria de los jueces es ejecutar la pena de prisión⁶.

Los anteriores datos muestran que el sistema de alternativas del CP de 1995 ha tenido un relativo fracaso si se le juzga desde el prisma de que se debía dar respuestas distintas a la prisión para autores de delitos no graves que, sin ser habituales, tuvieran un historial delictivo a sus espaldas.

En nuestro estudio sobre la aplicación de las penas alternativas a la prisión en los juzgados de lo penal (Cid-Larrauri, coords., 2002: 107-108) hemos sugerido tres razones que podrían explicar este fracaso:

- a) la carencia de penas alternativas específicas para estos infractores-as, pues el Código penal de 1995 ha excluido que las penas de prisión, impuestas a personas con antecedentes, puedan ser suspendidas con obligación de participar en programas de tratamiento o con supervisión, previendo sólo la vía de la sustitución de la pena de prisión por multa, que podrá ser inadecuada para muchos infractores-as;
- b) una cierta concepción cultural, de la que participan jueces y fiscales españoles, que considera que las penas alternativas sólo tienen sentido frente a delinquentes primerizos;

⁶ Para una exposición detallada y con todos los matices necesarios puede verse: Cid-Larrauri, coord., 2002: 66-74 y 81-84.

- c) una falta de dotación de medios materiales y personales, para facilitar la tarea de imponer penas alternativas (cuya ejecución supone más esfuerzo para las oficinas judiciales que la ejecución de la pena de prisión).

Puede concluirse, por ello, que uno de los principales problemas del sistema de penas alternativas del Código penal de 1995 consiste en la efectiva carencia de respuestas intermedias —esto es, más intensivas que la suspensión condicional pero no privativas de libertad— para delincuentes que han cometido delitos leves pero que requieren de una respuesta rehabilitadora.

4. **Modificaciones de la ley 15/2003 en el sistema de penas alternativas**

4.1. *Penas alternativas principales*

4.1.1. LA SUPRESIÓN DEL ARRESTO DE FIN DE SEMANA

El gran cambio que introduce en el Código la ley 15/2003 consiste en la supresión de la pena de arresto de fin de semana.

En los casos de delito en que el arresto de fin de semana configuraba una pena opcional a la multa⁷, la pena introducida por la reforma del Código penal consiste en sustituir el arresto de fin de semana por la prisión, quedando penas opcionales entre prisión y multa. En todo caso, el cambio ha supuesto un notable incremento de penalidad, tanto en la pena privativa de libertad —donde el incremento es extraordinario⁸— como en la pena de multa (Varona, 2004: 23).

En los casos de falta en que el arresto de fin de semana se configuraba como opcional a la pena de multa⁹, el arresto ha sido sustituido por localización permanente, con lo cual la pena resultante de la refor-

⁷ Ejemplos: Lesiones dolosas leves (147 CP); Acoso sexual (184 CP); Impedir el ejercicio de las libertades de reunión o manifestación (514 CP), Profanación de cadáveres (526); Desórdenes públicos (558).

⁸ Valga como ejemplo el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: en el Código penal de 1995 la pena de arresto de fin de semana tiene un mínimo de 8 arrestos (es decir, con la equivalencia de 2 días por arresto, 16 días de privación de libertad). En cambio, con la regulación de la ley 15/2003, la pena de prisión tiene un mínimo de 3 meses, esto es 90 días de prisión. Lo que equivale a que el legislador ha subido la pena privativa de libertad en un 562%.

⁹ Falta de lesiones (617 CP); Falta de omisión de entrega de menor abandonado (618 CP); Faltas contra la propiedad (623 CP), Daños (625 CP), Expendición de moneda falsa (630 CP), Abandono de jeringuillas (630 CP); Utilización ilegítima de insignias (637).

ma consiste en la opción localización permanente o multa, sin que en este caso se haya producido el incremento punitivo que se da con los delitos.

¿Cuál es la valoración que se puede hacer de esta reforma?

1. Si bien el legislador en la exposición de motivos de la ley 15/2003 alude a que la aplicación práctica de la pena de arresto de fin de semana «no ha sido satisfactoria» no se sabe qué problema exactamente se pretende solucionar introduciendo en lugar del arresto de fin de semana la pena de prisión o, en el caso de las faltas, la pena de localización permanente¹⁰.
2. Si el legislador hubiera querido solventar el problema, anteriormente aludido, de que en los casos de pena opcional multa-arresto de fin de semana no se daba una adecuada respuesta legal a los supuestos —minoritarios, según creo— en los que hubiera necesidad de tratamiento (por el hecho de que no fuera posible llegar a la imposición de reglas de conducta), le bastaba introducir la reforma pertinente en la regulación de la suspensión y sustitución de la pena.
3. Es más razonable pensar que el legislador está movido por un interés exclusivo de incrementar el castigo para los supuestos de delito anteriormente regulados con pena opcional arresto de fin de semana-multa. Si éste fuera el caso, la motivación sería a mi juicio censurable, pues razones de proporcionalidad no parecen justificar incrementos punitivos en estos delitos.
4. Si bien indudablemente la reforma tendrá consecuencias de incremento de penalidad, no creo que lleve a variar la pauta de los jueces de optar por la multa en casos de pena opcional. Al contrario, el hecho de poner como alternativa a la multa una pena de prisión de un duración importante —como son tres meses de prisión— seguramente reforzará la pauta de optar por la multa, pues será aún más difícil justificar la opción por la prisión en vez de la multa.
5. Por lo que hace a las faltas, la substitución de la pena de arresto de fin de semana por la pena de localización permanente, la reforma merece una valoración positiva desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues evitará la entrada en prisión por con-

¹⁰ Así se señala en Varona (2004: 24), en cuyo análisis sobre el sentido de la reforma nos basamos y quien considera que: «... la motivación de la reforma no es avanzar en el sistema de penas alternativas a la prisión, sino en la retórica de la prevención general para aumentar sistemáticamente las penas» (*ibidem*).

ductas constitutivas de falta. No obstante, tampoco esta modificación solventa la respuesta a infractores que, como pueden mostrar sus antecedentes, estén necesitados de rehabilitación, pues ni la multa ni la localización permanente persiguen una finalidad rehabilitadora.

4.1.2. REDUCCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN OBLIGATORIA

El Código penal de 1995 establecía, con la pretensión de reducir las penas cortas de prisión, que las penas de prisión inferiores a 6 meses serían obligatoriamente sustituidas por arresto de fin de semana o por multa. A penas inferiores a 6 meses se podía llegar en supuestos de tentativas o complicidades o atenuantes que comportaban reducción de la pena en grado con referencia normalmente a delitos cuya pena mínima no superaba el año de prisión.

La ley orgánica 15/2003 elimina la pena de arresto de fin de semana y, normalmente, sustituye esta pena por la de prisión desde tres meses. Ello ha comportado una reforma en el sistema de sustitución obligatoria de la pena establecido por el artículo 71.2 del Código penal: si antes la sustitución obligatoria era para penas de prisión inferiores a 6 meses ahora sólo alcanzará a penas de prisión inferiores a tres meses.

Por otra parte, en la medida en que se ha procedido a reformar el sistema de sustitución de la pena, previsto en el artículo 88 CP, resulta que si bien antes el aplicador del derecho debía optar, al sustituir una pena de prisión inferior a 6 meses, entre multa o arresto de fin de semana, ahora su opción se debe producir entre penas alternativas: o multa o trabajo en beneficio de la comunidad, pudiendo en ambos casos añadir obligaciones de conducta.

¿Qué valoración merece esta reforma?

1. En primer lugar, debe señalarse que esta reforma podrá tener como consecuencia un incremento de las entradas en prisión por delitos leves¹¹. En los casos en que los jueces concreten la pena entre 3 y 6 meses de prisión y que, de acuerdo a la aplicación antes señalada, eran casi automáticamente sustituidas por multa, ahora sólo podrán gozar de la suspensión o de la sustitución de la pena. Y para los casos en que las personas tengan antece-

¹¹ Del estudio citado coordinado por Cid-Larrauri (2002) puede derivarse que —cuando la competencia de los juzgados de lo penal incluía delitos castigados con pena de prisión de hasta tres años— los casos de sustitución de pena de prisión obligatoria suponían el 6% del total.

dentes penales ya sabemos que la respuesta mayoritaria de los jueces era ejecutar la pena de prisión.

Lógicamente, queda en manos de jueces y fiscales, evitar estas entradas en prisión que no se justificarán por razones ni de proporcionalidad ni de rehabilitación, pues deberán preferir antes respuestas rehabilitadoras en libertad. Para ello deberán recurrir a las nuevas posibilidades que permite la sustitución facultativa de la pena de prisión.

2. En cambio, merece una valoración positiva que la sustitución obligatoria sólo pueda ser por multa o por trabajo en beneficio de la comunidad. Si bien parece razonable que la multa siga siendo la opción más utilizada, en aquellos casos en que los jueces adviertan necesidades de rehabilitación podrán optar bien por el trabajo en beneficio de la comunidad, bien por la imposición junto a la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, de alguna de las obligaciones de conducta, previstas en el artículo 83 CP.

No obstante, esta valoración positiva debe matizarse, como después comentaré, por los rígidos criterios de conversión de la sustitución, que puede llevar a penas alternativas excesivas de cara a la proporcionalidad e innecesarias desde el punto de vista de la rehabilitación.

4.1.3. TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD COMO PENA OPCIONAL

La ley orgánica 15/2003, y ya con anterioridad la ley orgánica 11/2003, han dado a la pena de Trabajo en beneficio de la comunidad un papel de pena opcional, en algunas infracciones, de la que antes carecía. Este nuevo papel de pena opcional, va acompañada de una reforma de esta pena que incluye expresamente una posible dimensión rehabilitadora, como se advierte de la nueva redacción del artículo 49 CP:

«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. (...)» (énfasis añadido).

El trabajo en beneficio de la comunidad ha sido acogido como pena principal, entre otras¹², en algunas infracciones de frecuente comisión,

¹² En concreto, los casos en que el trabajo en beneficio de la comunidad aparece como pena opcional son los siguientes: a) delito de malos tratos en el ámbito doméstico (artículo 153 CP): pena opcional entre prisión, de 3 meses a 1 año, o trabajo en benefi-

como son la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (artículo 379 CP), el hurto de uso de vehículo de motor (artículo 244 CP) o el nuevo delito de malos tratos domésticos (artículo 153 CP).

¿Qué valoración merece esta reforma?

1. En principio, que para infracciones que antes se preveía la opción pena privativa de libertad-multa, ahora se incluya entre las opciones el trabajo en beneficio de la comunidad debe merecer una valoración positiva pues ésta pena puede ser una alternativa más indicada que la multa en casos en que existan necesidades de rehabilitación afrontables con esta pena o cuando se advierta la imposibilidad de la persona de hacer pago a la multa. Así, por ejemplo, en el caso de las alcoholemias, el trabajo en beneficio de la comunidad podrá ser una vía de que infractores recalci-trantes se confronten con consecuencias de las conductas imprudentes en la carretera, pudiendo llegar a desistir de su realización;
2. Ahora bien, el legislador carece de un criterio racional para incluir el trabajo en beneficio de la comunidad como pena opcional. En la alcoholemia (artículo 379 CP), sólo se puede imponer el Trabajo en beneficio a la comunidad de manera añadida a la multa cuando creo que debería ser opcional a ésta. En el nuevo delito de malos tratos domésticos (artículo 153 CP) se establece la opción prisión-TBC, cuando la pena alternativa más adecuada en estos casos sería la obligación de participar en el tratamiento.

cio de la comunidad, de 31 a 80 días; b) delito de hurto de uso de vehículo de motor (art. 244 CP): pena opcional entre multa, de 6 a 12 meses, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 31 a 90 días; c) delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (artículo 379 CP): pena opcional entre prisión, de 3 a 6 meses, o multa, de 6 a 12 meses, permitiendo al juez que, en caso de optar por la multa, imponga además trabajo en beneficio por la comunidad, de 31 a 90 días; d) delito de quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima impuesta en delitos relativos a la violencia doméstica (artículo 468.2 CP): pena opcional de prisión, de 3 meses a 1 año, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 90 a 180 días; e) falta de incumplimiento de obligaciones familiares en supuestos de separación y otros (artículo 618.2 CP): pena opcional entre multa, de 10 días a 2 meses, o trabajo en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días; f) falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas en el ámbito doméstico (artículo 620 CP): pena opcional de localización permanente, de 4 a 8 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 5 a 10 días; g) falta de deslucimiento de bienes (artículo 626 CP): pena opcional entre localización permanente, de 2 a 6 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 3 a 9 días; h) falta contra la flora (632. 1 CP): pena opcional entre multa, de 10 a 30 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 10 a 20 días; i) falta de maltrato de animales (artículo 632.2 CP): pena opcional entre multa, de 20 a 60 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 20 a 30 días.

En la utilización ilegítima de vehículo de motor (artículo 244 CP) se establece la opción multa-trabajo en beneficio de la comunidad, pero la imposición de esta última pena quedará dificultada por la exigencia de consentimiento.

3. Por último, el problema principal que tiene la reforma, al que luego me referiré con más extensión, es que la opción por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad podrá exigir de una ayuda al juez, tanto para adoptar la decisión como para gestionar su ejecución, que no se ha previsto por el legislador. Es indudable que ello obstaculizará que las penas de trabajo en beneficio de la comunidad se impongan en los casos adecuados y se ejecuten de acuerdo a sus finalidades.

4.1.4. CONCLUSIONES

La cuestión que debemos contestar es si las citadas reformas en el sistema de penas alternativas opcionales pueden ser vistas como una solución a los problemas detectados o, por el contrario, están alejadas de la racionalidad que debería guiar la imposición y ejecución de las penas alternativas. Tomando como punto de referencia los tres problemas de aplicación de las penas alternativas que hemos detectado, podemos realizar las siguientes valoraciones:

1. No se ha dado ninguna solución al problema detectado de que los jueces impongan las multas sin una previa determinación de la capacidad económica de la persona.
2. Tampoco se ha solventado el problema de la respuesta frente al impago de multas, que hubiera requerido una reforma legal estableciendo el carácter preferente de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como respuesta al impago y que, a su vez, hubiera exigido una adecuada dotación de medios personales y materiales para la correcta ejecución de esta pena.
3. La respuesta a infractores necesitados de rehabilitación ha sido solventada en los casos de sustitución obligatoria de penas inferiores a tres meses, pues en ellas se podrá imponer el trabajo en beneficio de la comunidad y las obligaciones de conducta¹³. En los casos de pena opcional directa, el problema sólo ha recibido solución en los pocos casos en que se ha establecido el trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal opcional. Una

¹³ No obstante esta valoración positiva, si no se quiere llegar a penas desorbitadas se debería dar discrecionalidad al juez para decidir los criterios de conversión entre penas.

- solución más global hubiera requerido establecer que, en todos los casos de pena opcional, no sólo el trabajo en beneficio de la comunidad sino también determinadas obligaciones de participación en programas de tratamiento o control en la comunidad pudieran ser alternativas decididas por el juez.
4. La reforma es especialmente censurable en los incrementos de penalidad que ha establecido en aquellos casos en que se sustituye la pena opcional de arresto de fin de semana por pena de prisión y en el hecho de que las penas de prisión que obligatoriamente deben ser sustituidas son sólo las inferiores a 3 meses. Ambas reformas, pero especialmente la segunda, comportarán un incremento tanto de las entradas como de la duración de la pena privativa de libertad que en absoluto carecen de justificación por razones de proporcionalidad y que se impondrán a personas que, en caso de estar necesitadas de rehabilitación, podrían serlo en libertad.

4.2. *Suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad*

Las reformas más relevantes en el régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad son las siguientes¹⁴:

¹⁴ Además de las reformas que comento en el texto deben destacarse las siguientes: a) se solventa en sentido afirmativo la duda que podía existir en el Código penal de 1995 acerca de si las penas de 2 años de prisión son objeto de suspensión (artículo 80. 1 CP). Sobre la discusión del problema en el Código Penal de 1995, véase: González Zorrilla (1997: 70); b) se establece, como había indicado la jurisprudencia, que la existencia de una responsabilidad personal subsidiaria no debe ser computada para determinar los 2 años de prisión (artículo 81 CP). Sobre la discusión de este problema en el Código penal de 1995, véase: González Zorrilla (1997: 70-71); c) Nueva regulación de los antecedentes penales, eliminándose el régimen especial de suspensión previsto en el Código penal de 1995, en base al cual, durante el período de suspensión, los antecedentes de la persona figuraban en un registro especial del que sólo se daba cuenta a los jueces y, además, finalizado el plazo de suspensión sin revocación, este antecedente se cancelaba. En la nueva regulación, la persona con condena suspendida dispone de antecedentes penales a todos los efectos y éstos no se cancelan cuando la suspensión se cumple con éxito, sino que deben pasar los plazos y condiciones generales de la rehabilitación (con la única peculiaridad que los plazos empiezan a contar desde que se hubiese cumplido la pena caso de no haber habido suspensión) (artículos 82, 85 y 136.3 CP); d) Supuestos de suspensión con reglas de conducta obligatorias en delitos relativos a la violencia doméstica: en los casos de condena por malos tratos en el ámbito doméstico (artículos. 153 y 173.2 CP) la suspensión exige obligatoriamente la imposición de la prohibición de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse a la víctima (artículo 83.1 CP) y en caso de incumplimiento comporta revocación obligatoria de la suspensión (artículo 84.3 CP); e) Supuestos de sustitución exclusiva por trabajo en beneficio de la comunidad con obli-

4.2.1. NUEVOS CRITERIOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

La nueva regulación del artículo 80 del Código penal establece que la decisión sobre la concesión de la suspensión deberá tomar en consideración no sólo la peligrosidad criminal de la persona sino además «la existencia de otros procedimientos penales» contra ella.

Es posible que con esta reforma el legislador quiera evitar la aplicación de la suspensión en casos de personas que, sin disponer de antecedentes penales por no haber sido condenados, están incurso en otros procedimientos penales.

Aun admitiendo que el legislador puede estar movido por una pretensión razonable, cual es que se tome en cuenta la situación de la persona a la hora de decidir sobre la respuesta al delito, pues obviamente no es lo mismo quien está incurso en una única causa penal que quien lo está en varias, lo cierto es que se trata de una reforma que no afronta el problema de raíz y que está sometida a un importante riesgo de uso arbitrario.

Respecto de lo primero, es cierto que una decisión razonable sobre la suspensión debería tomar en consideración la situación de la persona, incluyendo entre ello las causas penales abiertas, pero lo que no resulta procedente es que se tome sólo un aspecto de esta situación y que no pondere adecuadamente con otros factores. Para que hubiera una consideración adecuada de la situación de la persona el juez debería contar con un informe psico-social sobre el infractor, que la reforma del Código penal omite incluir. Lógicamente, además, este informe no debería ser relevante solamente para decidir si se concede o no la suspensión sino, principalmente, para que el juez decidiera si concede la suspensión ordinaria o con determinadas obligaciones dirigidas a la rehabilitación o supervisión de la persona.

Respecto de la posibilidad de uso arbitrario debe tomarse en consideración el problema detectado en la práctica relativo a las personas con antecedentes cancelados o posteriores que, si bien no impiden la suspensión, dan lugar a respuestas dispares de los jueces, sin que esta disparidad aparezca justificada en un juicio individual de peligrosidad. (Cid-Larrauri, coords., 2002: 68, 104-105). El haber incluido expresamente esta referencia legal tiene el peligro de que fiscales y jueces puedan considerar que su existencia es suficiente para motivar una denegación

gatoriedad de control y tratamiento en delitos relativos a la violencia doméstica, lo que se establece, por parte del art. 88, para el caso de condena por el artículo 172.2. Resulta poco coherente que, en el caso de la suspensión, la imposición de tratamiento obligatorio sea facultativa para el juez y para el caso de la sustitución sea obligatoria.

de la suspensión de la pena, lo cual a mi juicio entraría en contradicción con la obligación de que la denegación de la suspensión condicional de la ejecución se base en un juicio individualizado que acredite no sólo la peligrosidad del infractor-a sino además que esta peligrosidad no puede ser adecuadamente tratada con las obligaciones de conducta previstas en el artículo 83 CP (Cachón-Cid, 2003; II: 5).

4.2.2. AMPLIACIÓN DE LA SUSPENSIÓN ESPECIAL PARA DROGODEPENDIENTES A PENAS DE HASTA CINCO AÑOS DE PRISIÓN

La ley 15/2003 modifica el artículo 87 del Código penal, estableciendo que la modalidad de suspensión especial relativa a los que han delinquido a causa de su drogodependencia se amplía hasta penas de cinco años de prisión y se elimina la prohibición de aplicar esta modalidad de suspensión si el delincuente fuera habitual.

En realidad, esta reforma creo que está inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, sobre la base del artículo 25.2 de la Constitución, ha considerado que las medidas de seguridad previstas por el legislador para personas que han delinquido en situación de imputabilidad o semi-imputabilidad, a causa de su drogodependencia, también son aplicables, pese a que la ley no lo prevea, a quienes se les aplica la atenuante de haber actuado a causa de su adicción a las drogas¹⁵. No obstante, a partir de la reforma seguirá existiendo, por parte de los tribunales, la doble opción de acudir a la medida de seguridad (impuesta de acuerdo al criterio previsto en el artículo 99 CP) o bien proceder a la suspensión de la ejecución de la pena. Debe tenerse en cuenta, además, que por la vía de la medida de seguridad se podrán sustituir penas superiores a 5 años de prisión.

La reforma que comentamos del Código penal tiene la virtualidad de abrir el debate sobre el ámbito que pueden ocupar las penas alternativas. Por una parte el legislador admite que las penas alternativas con contenido rehabilitador —como el la participación en un programa de deshabituación para drogodependientes— tienen un papel que jugar incluso en delitos de gravedad intermedia, como pueden ser los castigados con penas de entre tres y cinco años de prisión, realizados por personas con antecedentes penales. A partir de este reconocimiento, la cuestión que se plantea —que suscitó González Zorrilla (1997:85) en referencia al Código penal de 1995— es por qué esta ampliación

¹⁵ Sobre esta cuestión, véase STS 11 abril 2000 (RA 2000/2699) y el comentario y las referencias doctrinales que realiza: Sanz (2003: 212-215).

del ámbito de las penas alternativas no puede hacerse extensiva a todas las penas de hasta cinco años de prisión, siempre que lógicamente existan garantías que las necesidades reeducativas de la persona puedan ser adecuadamente tratadas en libertad. En este sentido, una ampliación de la suspensión de la ejecución de la pena hasta penas de 5 años de prisión, que pudiera aplicarse a personas con antecedentes, requeriría una apuesta decidida por desarrollar los programas de tratamiento en libertad vigilada.

4.2.3. SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN POR LA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Uno de los principales problemas de la regulación de las alternativas por parte del Código penal de 1995 consiste, como antes hemos indicado, en la carencia de respuestas adecuadas para los-as delincuentes con antecedentes penales pues, para ellos, se excluye la suspensión de la pena con obligaciones de conducta y se deja como única posibilidad la sustitución de la pena de prisión por multa (con posibilidad de añadir obligaciones de conducta) que ha sido escasamente aplicada por los jueces.

Lo que debemos plantearnos es si la ley 15/2003 —en la medida en que permite al juez a sustituir las penas de prisión de hasta 1 año por multa o trabajo en beneficio de la comunidad y penas de prisión de entre 1-2 años por multa y trabajo en beneficio de la comunidad— puede llevar a un mayor uso de la sustitución¹⁶. Existen dos razones para pensar que ello pueda producirse:

- 1.^a Que uno de los motivos de la escasa aplicación de la sustitución fuera el que los jueces consideraran que la multa no era una respuesta creíble en los casos en que el infractor era de escasos recursos económicos. Frente a ellos ahora podrán adoptar el trabajo en beneficio de la comunidad.
- 2.^a Que, además, los jueces no sustituyeran la prisión por multa, por considerar que esta sanción no podía cumplir funciones de rehabilitación, frente a delincuentes necesitados de ella. Quizá el trabajo en beneficio de la comunidad pueda ser visto —sobre todo cuando suponga, de acuerdo a su nueva definición legal,

¹⁶ Anteriormente se habían realizado propuestas interpretativas para dar lugar a esta solución sugeridas por C. González Zorrilla y recogidas por Larrauri (1996: 55, n. 17) y por Cid (1997: 111, N. 34 y 116) y, también, propuestas legislativas en el sentido de la reforma del 2003 (Cid-Larrauri, coords. 2002: 118, n. 135 y Brandáriz, 2002: 146).

una confrontación del delito cometido— como una sanción más rehabilitadora y por ello más creíble para los jueces¹⁷.

No obstante, siguen existiendo importantes deficiencias legales para la aplicación del TBC, siendo la principal de ellas que no se permita al juez determinar discrecionalmente, dentro de un determinado marco, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, pues los criterios de conversión establecidos por el legislador darán lugar a penas absolutamente desorbitadas para satisfacer las exigencias de proporcionalidad e innecesarias en caso de que se impongan con finalidades rehabilitadoras (Cid-Larrauri, coords., 2002: 118-119).

Además, no puede caerse en la ingenuidad de pensar que sólo han sido cuestiones legales las que han llevado a su escasa consideración por parte de los jueces. Como hemos defendido en otro lugar (Cid-Larrauri, coords., 2002: 120-122), si el legislador quiere realmente que se sustituyan penas de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad debe dotar a los juzgados —tanto al juez que decide la pena como al juez que controla la ejecución (el juzgado de vigilancia penitenciaria)— de personal especializado en la emisión de informes sobre la idoneidad de esta pena y que controle su ejecución, sirviendo de puente entre el juez y la entidad donde se realice el trabajo. Sólo en la medida en que los jueces puedan ver que ésta es una pena impuesta cuando existen garantías de cumplimiento por el infractor-a y cuya ejecución está sometida a un control por personal de su confianza, podrán vencerse las lógicas resistencias, que provienen de la falta de tradición en la aplicación de penas alternativas a infractores-as con antecedentes.

4.2.4. CONCLUSIONES

La cuestión que debemos contestar es si las reformas en el sistema de suspensión y sustitución de la pena de prisión dan solución al problema de la escasa capacidad del sistema de penas alternativas diseñado por el Código penal de 1995 de dar una respuesta alternativa a la prisión a los infractores-as con antecedentes penales. Del desarrollo que se acaba de realizar puede concluirse lo siguiente:

1. La facultad atribuida a jueces y tribunales de sustituir las penas no superiores a dos años no sólo por multa —como en el Cód-

¹⁷ En realidad, de acuerdo al Código penal de 1995, los jueces, de existir necesidad de rehabilitación, podían sustituir la pena de prisión por una multa y añadirle obligaciones de conducta rehabilitadoras, una posibilidad que, de acuerdo a nuestros datos, los jueces no consideran (Cid-Larrauri, coords., 2002: 72).

go penal de 1995—, sino también por trabajo en beneficio de la comunidad, puede posibilitar un mayor uso de la sustitución, pues el trabajo en beneficio de la comunidad es una pena de aplicación más universal que la multa y, además, se la puede dotar de un contenido rehabilitador.

2. No obstante, si el objetivo del legislador fuera dotar a jueces y tribunales de respuestas alternativas a cada caso concreto, la reforma es incompleta, pues resultan necesarias, por lo menos, dos reformas legales: a) admitir que la suspensión —con obligaciones de conducta— pueda imponerse a personas con antecedentes penales y b) atribuir discrecionalidad a jueces y tribunales para individualizar la respuesta alternativa, evitando criterios rígidos de conversión entre penas.
3. Pero la experiencia práctica demuestra que las reformas penales son insuficientes para conseguir los fines perseguidos. Por tradición cultural los jueces españoles son, en su mayoría, reticentes a imponer penas alternativas a delincuentes con antecedentes penales y además las penas con contenido rehabilitador —como la suspensión con obligaciones de conducta o el trabajo en beneficio de la comunidad— son de ejecución complicada. Para tratar de superar estos dos obstáculos a la aplicación de respuestas alternativas se requiere, entre otras cosas, una adecuada dotación de medios personales especializados de confianza de los jueces que les ayuden en su imposición y ejecución.
4. Por otra parte, la reforma relativa a los criterios para conceder la suspensión de la pena, que incluye la existencia de otros procedimientos penales, tiene el peligro de que lleve a entradas en prisión de personas que, en atención al delito cometido y a su peligrosidad, podrían ser adecuadamente tratadas con alguna de las obligaciones de conducta previstas en el artículo 83 del Código penal. Lógicamente este peligro puede ser neutralizado por jueces y fiscales si aplican la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo a su sentido constitucional.

5. Bibliografía

- BRANDÁRIZ, J.A. (2002): *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CACHÓN, M. (2001): «La pena de días multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del condenado», en J. PICÓ (dctor): *Problemas básicos de la justicia penal*. Barcelona: J.M. Bosch.

- CACHÓN, M.-CID, J. (2003): «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos», *La ley*, n. 5819-5820, 8-9 julio 2003.
- CID, J. (1997): «El trabajo en beneficio de la comunidad», *Penas alternativas a la prisión*, J. CID-E. LARRAURI (coords.), Barcelona: Bosch, 91-118.
- CID, J.-LARRAURI, E. (1997): «Introducción», en J. CID-E. LARRAURI (coords.): *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, pp. 11-35.
- CID, J. (coord.), LARRAURI, E. (coord.), ESCOBAR, G., LAHOZ, J., LÓPEZ I FERRER, M., TÉBAR, B., VARONA, D. (2002): *Jueces penales y penas en España. (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C. (1997): «Suspensión de la pena y probation», en J. CID-E. LARRAURI (coords.): *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, pp. 59-89.
- JAREÑO, A. (1994): *La pena privativa de libertad por impago*. Madrid: Cívitas.
- LARRAURI, E. (1996): «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», *Jueces para la democracia*, 25: 53-56.
- SANZ, A. (2003): *Las medidas de seguridad y corrección en el Derecho penal*. Valladolid: Lex Nova.
- VARONA GÓMEZ, D. (1997): «El arresto de fin de semana: ¿alternativa a la prisión o prisión atenuada?», en J. CID-E. LARRAURI, (coords.): *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.
- VARONA GÓMEZ, D. (2004): «El arresto de fin de semana: lecciones a aprender de su breve historia (Sobre las razones y excusas para su reforma)», en curso de publicación en *Revista de Derecho penal y Criminología*.

Novedades introducidas en el artículo 66 del Código Penal por la Ley de 29 de septiembre de 2003

José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Abogado. Profesor de Derecho penal. Universidad de Deusto

Mi exposición se va a centrar en el examen y crítica de las novedades introducidas en el art. 66 del Código Penal por la Ley de 29 de septiembre de 2003, es decir, en la individualización judicial de la pena en función de la concurrencia, o no concurrencia, de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal.

La primera novedad que se introduce en el art. 66 del Código Penal es la de restringir su alcance a los delitos dolosos; tratándose de delitos imprudentes se establece que el Juzgador aplicará las penas según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las normas generales del art. 66.

Con ello no se hace otra cosa que volver al régimen penal anterior a la reforma del Código Penal de 1995.

Bien es verdad que la mayor parte de las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal tienen su razón de ser en los delitos dolosos y no en los culposos. Ello no obstante, no se comprende muy bien que la atenuante de «reparación del daño», aplicable al delito doloso (art. 21-5.º del Código Penal) no lo sea a su homólogo culposo.

Es decir, si quien causa unas lesiones dolosas y repara el daño se hace creador a una circunstancia atenuante, ¿por qué no otorgar el mismo beneficio al autor de unas lesiones culposas que indemniza a su víctima?

Por un lado, no parece que deba darse el mismo trato penal a quien indemniza que a quien no lo hace, pudiendo hacerlo. Por otro, si de lo que se trata es de motivar al delincuente para que resarza a la víctima de los perjuicios sufridos, el infractor culposo siempre se sentirá más estimulado a reparar el daño causado si sabe que ello le reporta un beneficio penal.

Otra novedad de la Ley de 29 de septiembre de 2003 es la de haber suprimido la necesidad de razonar la pena específica cuando por la

no concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, ésta puede imponerse en toda su extensión (regla sexta).

Si lo que el Legislador ha pretendido es liberar a los Jueces de la obligación de motivar la pena concreta, pudiendo guardarse «in pectore» las razones por las cuales se impone una determinada pena, no parece que lo haya conseguido por las siguientes razones:

Porque, a pesar de tal supresión, el art. 66-6.º del Código Penal establece que habrán de tenerse en cuenta «las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho» en el momento de la individualización judicial de la pena, lo que es tanto como decir que los Jueces habrán de valorar y explicitar en su sentencia qué circunstancias del delincuente y del hecho han tomado en consideración que les conduzcan a imponer la pena concreta. Libre arbitrio judicial no equivale a arbitrariedad, ni a puro decisionismo.

Porque la necesidad de motivar las sentencias nace del art. 73-3.º de la Constitución Española y del principio de interdicción de la arbitrariedad, recogido en el art. 6-3.º de la Carta Magna. Y en una sentencia penal, lo más importante de ella y lo más necesitado de motivación es precisamente el fallo. El condenado tiene derecho a saber por qué se le condena a cuatro años de prisión y no a dos.

Tal razonamiento de la pena concreta se hace particularmente necesario en supuestos específicos como los siguientes:

- Cuando el Juzgador imponga una pena mayor que la solicitada por las partes acusadoras.
- Cuando imponga penas desiguales a reos distintos, por el mismo delito, con igual participación.
- Cuando el Tribunal sentenciador puede optar entre imponer la pena inferior en uno o dos grados, o esté facultado para imponer la pena superior en grado.
- En caso de que la Ley establezca para el delito penas alternativas (privación de libertad o multa, por ejemplo).

En conclusión, a pesar de la eliminación en el art. 66-6.º de la necesidad de razonar la pena debe entenderse subsistente tal obligación, siguiendo vigente, en consecuencia, toda la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en esta materia.

Necesidad de razonar la pena concreta que, por cierto, reaparece en la reforma del Código Penal de 25 de noviembre de 2003, cuando en el art. 72 se establece lo siguiente:

«Los Jueces o Tribunales, en la aplicación de la pena con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

Novedad legislativa la constituye también la regla cuarta del art. 66, a cuyo tenor: «cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior».

Obviamente, a los efectos de este apartado, no podrán tomarse en cuenta, por aplicación de la doctrina de la inherencia recogida en el art. 67 del Código Penal:

- Los elementos constitutivos del tipo, como por ejemplo, la alevosía en el delito de asesinato.
- Las circunstancias cualificativas específicas que dan lugar a subtipos cualificados agravados en determinados delitos, por ejemplo, el uso de armas en el robo con violencia o intimidación a las personas o las cualificativas de los arts. 235 y 250 en los delitos de hurto, robo, estafa y apropiación indebida.

Así centrada la cuestión, la experiencia diaria enseña que los delitos en que concurren tres o más agravantes genéricas, sin atenuante alguna, son auténticos «rara avis» que el Legislador se plantea como hipótesis de trabajo pero que, «de facto» no se ven en los Tribunales.

Si a ello se añade el carácter meramente facultativo del ascenso de la pena se llega a la conclusión de que sobra esta regla de aplicación de penas, que más parece guiada de dar sensación de dureza represiva que de vocación de aplicación real.

Siguiendo en el paroxismo de la agravación de las penas, la Ley de 29 de septiembre de 2003 establece en el art. 66 una regla quinta del siguiente tenor: «Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

Comencemos por deslindar el alcance de este precepto:

- Para su aplicación no basta la pluridelincuencia, es necesario, además, que medie la agravante de reincidencia en sentido estricto (art. 22-8.º del Código Penal).
- No es necesaria la multireincidencia; basta una reincidencia simple seguida a la condena por tres delitos del mismo título y naturaleza.

—Tampoco se trata de un supuesto de habitualidad por cuanto ésta requiere la plural comisión de delitos en un período de tiempo más o menos próximo (véanse, por ejemplo, los arts. 94 y 173-3.º del Código Penal), circunstancia que no exige la regla que examinamos.

Se trata, en definitiva, de una mezcla híbrida de reincidencia y pluri-delincuencia con efectos particularmente agravatorios de la pena, si quiera sea facultativamente.

De aquí a la famosa y terrorífica agravante de multirreincidencia de la época franquista no hay más que un paso.

(Art. 61-6.º del Código Penal de 1944).

Si lo que se pretende es hacer frente al delincuente habitual, para ello en la dogmática jurídico penal lo que se propugna es la combinación de pena y medidas de seguridad, no la exacerbación de la pena. El Legislador Español, por el contrario, ha optado por el camino del endurecimiento de la represión penal; buena prueba de ello son este precepto y los arts. 147 y 234 del Código Penal que elevan a la categoría de delito la cuarta falta de lesiones o de hurto cometidas en el plazo de un año; o la conversión en delito de violencia familiar (art. 153) conductas que, en sí mismas, constituirían una simple falta de lesiones, agresiones no lesivas o amenazas.

En pocas palabras, una lectura conjunta de la reforma del Código Penal operada por la Ley de 29 de septiembre de 2003 da la sensación de que el Legislador español todo pretende arreglarlo «dando más caña».

Merece en cambio aplauso, a nuestro juicio, la regla séptima del art. 66 que, tras establecer que cuando concurren atenuantes y agravantes los Tribunales las compensarán racionalmente, añade como novedad que «en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación, aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior».

Finalmente, la regla octava del art. 66 no hace otra cosa que convertir en precepto legal una doctrina ya tradicional en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: «cuando los Jueces y Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado, podrán hacerlo en toda su extensión».

Sin embargo esta regla puede resultar cuestionable desde la lógica jurídica y para ello pongamos un ejemplo:

Imaginemos al autor de un delito de homicidio consumado en el que concurre la circunstancia atenuante primera del art. 21 —eximente incompleta de enajenación— y al mismo tiempo la agravante de abuso de superioridad.

Si el Tribunal sentenciador, en base a lo dispuesto en el art. 68 del Código Penal, decide reducir la pena sólo en un grado, habrá de hacer entrar en juego la agravante y condenar al culpable a una pena de siete años y seis meses a diez años.

Si por el contrario el Tribunal opta por bajar la pena en dos grados, la regla octava del art. 66 y el art. 68 facultan al Tribunal a imponer esta pena rebajada en dos grados en toda su extensión, a pesar de que concurre una agravante; por lo tanto el Tribunal, en este caso, podría imponer una pena de dos años y seis meses a cinco años.

Parece lógico que si el Tribunal baja la pena en dos grados por aplicación de una eximente incompleta, a pesar de que concurra una atenuante genérica adicional, puede imponer esta pena rebajada en dos grados en toda su extensión; bastante favor ha hecho al delincuente reduciéndole la pena en dos grados.

Pero si lo que concurre es una eximente incompleta con una agravante genérica y el Tribunal decide bajar la pena en dos grados, lo razonable es que en tal caso, dentro de ese segundo grado inferior la pena se impusiese en su mitad superior; en nuestro ejemplo: si, a pesar de concurrir una agravante genérica el Tribunal reduce la pena en dos grados, por la aplicación de una eximente incompleta, lo menos que habrá de hacer es tener en cuenta la agravante e imponer la pena rebajada en dos grados en su mitad superior.

En pocas palabras, no es lo mismo cometer un delito concurriendo una eximente incompleta con una atenuante genérica que cometerlo con una eximente incompleta y una agravante genérica. Diferenciación de circunstancias que debe conducir a una diferenciación de penas, por una cuestión de justicia comparativa.

En suma, la reforma del art. 66 del Código Penal por la Ley de 29 de septiembre de 2003 tiene luces y sombras. Que cada cual juzgue si predominan las luces sobre las sombras o las sombras sobre las luces. Puede que la respuesta esté en el talante de cada uno.

Finalmente una reflexión: el aumento en la casuística de las reglas de determinación de la pena no se sabe muy bien si obedece al deseo de facilitar la individualización judicial de la sanción o a una desconfianza del legislador en el buen hacer de los Jueces.

Quizás haya que recordar la frase de un clásico: «el Código Penal parece concebido para obtener sentencias medianamente justas con Jueces medianamente inteligentes».

La expulsión de extranjeros

Luis Lafont Nicuesa
Abogado Fiscal. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

I. Introducción

Una realidad criminal vinculada a la existencia de numerosos delitos¹ cometidos por extranjeros hacía necesaria una reforma legal que generalizara y flexibilizara los mecanismos de expulsión de los extranjeros como sustitución a las penas privativas de libertad.

En esta pretensión de política legislativa no debe verse una insolidaridad internacional en que lo único que se desea es quitarse de encima al delincuente, traspasando el problema a otro país; por el contrario el fin principal de la expulsión es satisfacer una legítima expectativa de la sociedad de acabar con el crimen; de lograr a través de la expulsión reforzar un fin de prevención especial de la pena sustituida aunque se renuncie a una finalidad de reinserción social. La expulsión responde además a un principio de igualdad material en sentido amplio, evitando agravios comparativos de forma que al extranjero que ha venido a nuestro país huyendo de la miseria y se encuentra entre nosotros sin cometer un delito y respetando las reglas de convivencia se le expulsa por estar en una situación de irregularidad administrativa y por el contrario que quien delinque habitualmente y se limita a causar daño no pueda ser expulsado. Que el delito se convierta en una causa de permanencia en nuestro país y se utilice por el extranjero con esta finalidad es algo inadmisibles y cualquier medida legislativa que respetando unas garantías básicas venga a poner fin a esta situación debe ser bienvenida; no obstante no pueden dejar de valorarse los peligros que una generalización de la expulsión puede tener como premio para el crimi-

¹ En el año 1982 de una población reclusa de 21.942 personas, 2.324 eran extranjeras (10,59%); en el año 2001 de 47.571 personas internas en centros penitenciarios, 11.095 son extranjeras (23,32%) según datos aportados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, incluyendo a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

nal extranjero que no tiene que cumplir una pena de prisión que se le impone y que puede ser grave, sustituyéndosela por una medida como la expulsión a la que los condenados españoles no tienen acceso.

El objeto del presente trabajo es analizar las principales novedades que la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros ha supuesto en el ámbito de la expulsión de los extranjeros y algunos de los problemas interpretativos que puede presentar.

II. El artículo 89 del Código Penal

1. Principales novedades de la reforma legal

A) LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA O SU DENEGACIÓN DEBE REALIZARSE EN SENTENCIA

No obstante, aunque los términos de la ley son taxativos, creo que podría acordarse en sede de ejecución si los derechos del extranjero no se lesionan. Estos derechos serían básicamente que se respetara un principio de contradicción de forma que el extranjero pueda alegar todo lo que a su derecho convenga y asimismo debe tener la posibilidad de recurrir la resolución de expulsión. Asimismo la pena no tiene que haberse empezado a ejecutar de forma que el extranjero esté en prisión ya que siguiendo la doctrina de la STS de 21 de enero de 2002 la decisión sobre la expulsión no puede aplazarse si el condenado se encuentra privado de libertad ya que se podría producir que la sustitución de la pena se convirtiera en una pena añadida.

Esta interpretación amplia sobre el momento de acordar la expulsión entiendo que es la más coherente con el espíritu de la ley ya que no resulta compatible con una pretensión de generalización de la expulsión anticipar un momento preclusivo fuera del cual no cabe la expulsión cuando los derechos del extranjero no van a resultar lesionados.

La Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 25-2-2004 no se pronuncia sobre la petición de expulsión efectuada por el Ministerio Fiscal «habida cuenta de la gravedad del delito por el que ha sido el acusado condenado, por un lado y, toda vez, que por otro lado, tampoco se le ha dado un trámite para que alegue lo que considere oportuno en ese sentido y aporte la prueba necesaria, puesto que únicamente en el acto del juicio oral tuvo ocasión de manifestar a este Tribunal que mantenía una relación sentimental estable con una ciudadana española, que se encontraría actualmente embarazada, es por lo que la Sala no va a efectuar, de momento, pronunciamiento alguno

en ese sentido hasta tanto en cuanto en ejecución de sentencia se determine, a la vista de las alegaciones que efectúe y de la documentación que nos aporte, si concurren o no los requisitos para atender a la solicitud de la Acusación Pública sobre la expulsión del mismo».

Contra la decisión de expulsión si se acuerda en Sentencia podrá interponerse los mismos recursos que contra la Sentencia: apelación si se acuerda por el Juzgado de lo Penal y casación si la expulsión se acuerda por la Audiencia Provincial. Si la expulsión se establece en resolución posterior, los recursos serán los procedentes contra los autos dictados en ejecución de sentencia. Ahora bien creo que no es desproporcionado recurrir al recurso de aclaración cuando la Sentencia omita cualquier referencia a la expulsión (bien acordándola, denegándola o difiriéndola a sede de ejecución) para que se efectúe un pronunciamiento expreso, pudiendo integrarse la falta de pronunciamiento en una omisión derivada de un error que puede corregirse por vía de aclaración.

B) LA EXPULSIÓN ES LA REGLA GENERAL Y LA NO EXPULSIÓN DEBE SER LA EXCEPCIÓN

Esto supone que se reduce la intensidad de la motivación, bastando con aludir en la sentencia a la duración de la pena impuesta y a la situación de no residencia legal del extranjero, debiendo motivarse solamente la razón por la que, en su caso, no se concede la expulsión.

Para González Campos² la reforma plasma «con singular energía una vocación generalizadora de la implantación de la medida de expulsión como alternativa natural y lógica al proceso penal y de la correlativa reducción del albedrío jurisdiccional al reconducirlo a una discrecionalidad reglada, de segundo grado, en la que el contenido de la decisión a adoptar favorable a la expulsión viene predeterminado por la Ley y la exigibilidad de la responsabilidad penal se convierte en excepcional, lo que imprime un giro copernicano al desarrollo de legislativo en esta materia consideradas las premisas de las que partieron ambos institutos, inicialmente tan respetuosos del decisionismo judicial y conformes con la prioridad del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo sancionador. La respuesta administrativa al conflicto creado por el extranjero no residente legalmente en España adquiere de este modo un papel tan relevante que acaba relativizando la necesidad del proceso y de

² GONZÁLEZ CAMPOS, E., en la ponencia presentada en el marco de los cursos de formación del Ministerio Fiscal (en prensa) «La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España introducida por la LO 11/2003 de 29 de septiembre», Madrid, año 2003, p. 5.

la pena en unos términos hasta ahora desconocidos y generando un desequilibrio manifiesto en el ámbito del Derecho Sancionador del Estado».

C) CAUSAS DE NO EXPULSIÓN

a) *Legal: la naturaleza del delito*

La redacción del art. 89 del Código Penal (CP) sólo alude expresamente a la naturaleza del delito como motivo para no acordar la expulsión. Resulta indicativo en este punto el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto «El art. 89.4 CP en su anterior redacción excluía de la aplicación de lo establecido en los apartados anteriores a los extranjeros condenados por la comisión de delitos de los arts. 312, 318 bis), 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal. La falta expresa de referencia a los mismos nos lleva a pensar que la voluntad del legislador es que no existan excepciones salvo aquellas que puedan tener entrada a través de la decisión motivada del Juez o Tribunal en las sentencias teniendo en cuenta la naturaleza del delito, tal y como prevé el párrafo primero del apartado 1 del artículo, pero no hay que olvidar que la expulsión de los delitos citados no hace sino favorecer al delincuente que a través de esta medida puede reiniciar su actividad encaminada al tráfico ilegal de personas, por lo que este Consejo General del Poder Judicial estima conveniente el conservar al apartado 4 del art. 89 CP en su actual redacción, en concordancia con lo establecido en el art. 57.8 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

Efectivamente el concepto de naturaleza del delito debe integrar aquellos tipos penales como el de explotación laboral de extranjero o tráfico de inmigrantes en que la expulsión suponga un beneficio para el extranjero o refuerce las posibilidades de comisión del delito en un futuro; por el contrario no creo que la ofensa a bienes jurídicos eminentemente personales o la alarma social que el crimen haya producido sean elementos que deban integrarse en la naturaleza del delito para evitar la expulsión.

b) *El arraigo del extranjero*

Aunque el art. 89 CP no incluya expresamente el arraigo del extranjero como causa para no acordar la expulsión, los vínculos familiares del extranjero en nuestro país no pueden ignorarse a la hora de acordar la expulsión, configurando tales vínculos excepciones a la expulsión de los extranjeros en virtud de exigencias básicas de los dere-

chos humanos. Nuevamente puede acudir al informe del CGPJ «el párrafo primero del precepto, al permitir que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refiere a la naturaleza del delito, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir, y a las que alude el art. 57.5 de la LO 4/2000, que aunque regula la expulsión como sanción administrativa, no puede ser despreciado si tenemos en consideración que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias como las de 18-9-95, 19-9-95, 4-10-96, 4-11-96, 13-12-98, 26-5-98, 9-2-99, 4-10-99, 15-11-99, 18-7-00, 25-11-00, etc. y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia del arraigo, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión». El informe del Consejo recuerda asimismo «la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, en su art. 3.2 obliga a los Estados miembros a aplicar la Directiva respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales».

El arraigo consiste en aquellos vínculos familiares, laborales del extranjero en España que hacen presumir una permanencia estable del extranjero en nuestro país, su integración en la sociedad española y simultáneamente una menor vinculación con su país de origen.

El arraigo como causa que evite la expulsión del extranjero debe ser interpretado de forma más restrictiva en la expulsión penal que en la administrativa y ser valorada teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Desde este punto de vista, la integración laboral del extranjero o que tenga un domicilio puede ser bastante para evitar la expulsión administrativa pero no la penal. Ante un hecho tan grave como la comisión de una infracción penal sólo podrá tomarse en consideración el arraigo familiar.

Por tanto debe ponderarse la gravedad de la conducta delictiva y apreciarse cierta intensidad que permita afirmar la existencia de un grupo familiar consolidado en España que la expulsión destruiría. En particular el tiempo de unión, que existan hijos menores de edad y que las personas que componen el núcleo familiar sean españolas de forma que la expulsión les imponga la desproporcionada alternativa de soportar la separación por diez años o su desplazamiento a un país extraño.

No parece bastante para evitar la expulsión la existencia de tíos, primos o cuñados. El arraigo debe reducirse a la familia nuclear integrada por la mujer, los hijos y en su caso los padres, valorándose la dependencia económica de estos respecto al expulsado o la asistencia material que les pueda prestar.

Al matrimonio debe equipararse a los efectos del arraigo los vínculos afectivos y de convivencia derivados de la unión de hecho estable. Por último debe señalarse que tales vínculos familiares deben acreditarse, ya en la audiencia específica que debe celebrarse al efecto o en otro momento.

También cabría la expulsión en el caso de falta ya que el art. 57.7 de la Ley de Extranjería 8/2000 (LE) permite expresamente la autorización de la expulsión en el caso de faltas y no hay razón de fondo que en la expulsión del art. 89 CP justifique un trato distinto.

c) *La audiencia sobre el arraigo*

Es necesario cumplir un trámite audiencia al extranjero antes de la expulsión a los efectos de verificar si concurre o no una situación de arraigo. Así, la STC 242/1994 señala «Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los requisitos que autorizan su aplicación —se refiere a la posibilidad de sustitución citada— que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible del artículo 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no ocasión de defenderse al respecto)».

Tal audiencia puede ser oral o escrita (aunque la oral con un interrogatorio específico sobre las circunstancias concretas de su situación de arraigo creo que será más completa desde la perspectiva de las garantías del extranjero que la presentación y lectura de un escrito); no es nece-

saría la intervención del Fiscal ya que la Ley sólo prevé su audiencia cuando el órgano judicial considere que no procede la expulsión por la naturaleza del delito y sí es necesaria la intervención de letrado ya que la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la STC 203/1997 de 25 de noviembre sobre la ausencia de indefensión por la no intervención de letrado partía de un supuesto muy concreto como era una solicitud del propio penado, estando integrado en el derecho a la defensa y a la no indefensión la asistencia del letrado al extranjero en el trámite de audiencia. La STS 17/2002, de 21 de enero de 2002 considera necesaria la presencia de letrado.

La audiencia no será necesaria si el extranjero consiente la expulsión ya que en tal caso la STC 242/1994 considera que estaríamos ante un beneficio consistente en eludir la privación de la libertad y no en una medida restrictiva de sus derechos.

Por último creo conveniente separar la audiencia como acto procesal específico del acto del juicio sin que se mezcle la culpabilidad o inocencia con una cuestión tan distinta como la expulsión con exigencias de alegación y probatorias distintas.

2. *Requisitos de la expulsión*

A) EL EXTRANJERO NO DEBE RESIDIR LEGALMENTE EN ESPAÑA

Debe excluirse a los nacionales de la Unión Europea y a los del Convenio Schengen (Todos los de la Unión Europea, con la excepción del Reino Unido e Irlanda, más Liechtenstein, Noruega e Islandia). Por residente ilegal debe entenderse todos aquellos supuestos en que el extranjero no tenga un permiso de residencia permanente o temporal. El art. 53.a) LE en la redacción dada por la LO 14/2003 de 20 de noviembre considera sancionable el «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Las situaciones intermedias entre la residencia y la ilegalidad como la estancia o los estudiantes, no son de residencia legal, figura que responde a un concepto administrativo muy preciso diferenciado de otros supuesto de permanencia regular en nuestro país.

Por último tal situación debe estar debidamente acreditada conforme a la STS n.º 919/1999, de dos de junio, no pudiendo expulsarse en caso contrario.

B) LA PENA DEBE SER

a) *Privativa de libertad*

A diferencia del art. 57.7 LE 8/2000 la expulsión se restringe exclusivamente a las penas privativas de libertad. Esto puede plantear algún problema en la pena de prisión e inhabilitación, o alguna privación de derechos en que sólo podría sustituirse la pena privativa de libertad y no la otra. Además no se advierte ninguna razón de fondo para que la expulsión del art. 89 CP deba tener un tratamiento diferente al art. 57.7 LE. Frente al argumento que considera excesiva la expulsión por una pena no privativa de libertad cabe oponer que si la expulsión no se estima desproporcionada como sanción por una irregularidad administrativa, difícilmente lo será como sustitutiva de una pena impuesta por una conducta más grave como es la comisión de una infracción penal.

En consecuencia no veo problema en que pueda expulsarse en el supuesto de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta en caso de impago de multa del art. 53 CP aunque la pena inicialmente impuesta no sea privativa de libertad; por el contrario no cabría la expulsión en el supuesto de sustitución de la pena por la vía del art. 88 CP ya que no cabe sustituir una pena sustituida; entiendo que sí cabe expulsar en el supuesto del art. 71.2 CP que sustituye imperativamente las penas que no excedan de seis meses de prisión por arresto de fin de semana o multa ya que en tal caso el arresto de fin de semana o la multa no es en sentido estricto una sustitución sino una pena impuesta por ministerio de ley.

b) *Inferior a seis años*

Como señala la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado «la expulsión puede acordarse no sólo en sustitución de penas privativas de libertad impuestas por la comisión de delitos menos graves, sino también por delitos graves que tengan prevista pena de prisión inferior a seis años, e incluso por delitos que teniendo prevista pena igual o superior a seis años, hayan conducido en función del grado de desarrollo, participación o concurrencia de eximentes incompletas o atenuantes a la imposición en sentencia de una pena de prisión de menos de seis años de duración».

En consecuencia la expulsión procederá cuando la pena concreta impuesta al extranjero sea inferior a seis años de prisión o cuando la pena en abstracto³ iguale o sea superior a los seis años de prisión, siempre que la pena impuesta sea inferior a seis años.

³ Como el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud.

Si en la misma sentencia se imponen varias penas inferiores a seis años por varios delitos y en conjunto superan los seis años, creo que no hay obstáculo para la expulsión ya que si varias penas inferiores a seis años impuestas en distintas sentencias no impiden la expulsión no existe ninguna razón de fondo que justifique la no expulsión cuando esas mismas penas se impongan en una misma sentencia

Creo que esta interpretación es la adecuada al espíritu de la ley favorable a la generalización de la expulsión. Aunque no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo en la materia, se pueden consultar, como señalan Aguelo Navarro y Rodríguez Candela⁴, el ATC 106/1997, de 17 de abril y SSTs de 11 de septiembre de 2000, 2 de junio de 1999 y 3 de marzo de 1998.

3. Efectos

La Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible, y en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

La reforma del art. 89 CP establece que el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de la expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena y que el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Esta regulación se completa con la modificación del apartado 4 del art. 57 LE al que se añade un último párrafo en el que se prevé que la

⁴ AGUELO NAVARRO, P., RODRÍGUEZ CANDELA, J.I., «Comentarios al proyecto de ley orgánica en materia de extranjería», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, edit. Lex Nova, n.º 3, Valladolid, julio de 2003, p. 120.

expulsión del extranjero no residente legalmente en España, condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años o a pena superior, cuando acceda al tercer grado penitenciario o una vez que entiendan cumplidas las tres cuartas partes de condena, llevará consigo «el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España».

La pena se suspende por un período de diez años archivándose provisionalmente la causa una vez practicadas, para el caso de que la expulsión no pueda materializarse, las diligencias urgentes que no pudieran practicarse con posterioridad.

Transcurrido el período de suspensión, la ejecutoria será archivada definitivamente, debiendo continuar la ejecución respecto de las responsabilidades civiles si hubiese. A este respecto la Circular 3/2001 señala «En lo que respecta a los pronunciamientos civiles de la sentencia, la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. En este sentido se ha de recordar que el archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia».

4. *Referencia a la expulsión cuando la pena de prisión impuesta sea igual o superior a seis años*

El art. 89 CP señala que igualmente, los jueces y tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a penas de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o que se entiendan cumplidas las tres partes de la condena.

Al igual que cuando la pena es inferior a seis años se generaliza la expulsión, siendo aplicable lo dicho supra sobre la audiencia y los efectos de la expulsión. En este caso la expulsión no es una medida legal que el Juez deba acordar de oficio sino algo que debe ser instado exclusivamente por el Ministerio Fiscal cuando considere que no concurre alguna excepción para acordar la expulsión. Aunque no opere como momento preclusivo, pudiendo solicitarse con posterioridad, el momento en el que debe plantearse la solicitud es el de formulación de la calificación provisional en que el Ministerio Público ya fija la concreta pena que va a solicitar para el acusado.

Como señala González Campos⁵ la expulsión tal y como ha quedado redactada tras la reforma legal «bloquearía el acceso de los extranjeros no residentes legalmente en España a la libertad condicional ordinaria, pues la opción por la expulsión en el último cuarto de condena efectuada por el tribunal sentenciador vinculará al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que no podrá aprobar en su día una propuesta de libertad condicional basada en el consentimiento del propio penado para regresar a su país de origen, como prevé el art. 197 del Reglamento Penitenciario, ni mucho menos otorgar la libertad condicional para que el penado permanezca en España durante el último cuarto de condena».

III. El art. 57.7 de la Ley de Extranjería 8/2000

Este precepto prevé dos figuras jurídicas distintas:

1. *La salida del extranjero*

Pueden destacarse cuatro aspectos:

- A) El presupuesto es una petición voluntaria del extranjero para abandonar España teniendo un proceso penal pendiente.
- B) El art. 785.8.ª h) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) prevé la autorización judicial para la salida voluntaria del territorio nacional, también previa audiencia del Fiscal, reduciéndola a los imputados por delitos derivados del uso y circulación de vehículos a motor, lo que hace también la nueva redacción de la LECrim, según la Ley 38/2002, de 24 de octubre que se refiere en el artículo 765.2 a los mismos delitos; no obstante, la salida en el art. 57.7 LE debe entenderse que se extiende a todo tipo de delitos (salvo los del punto F) ya que establece límites sólo por la entidad de la pena.
- C) La remisión expresa del art. 57.7 LE a la LECrim en cuanto a los requisitos a cumplir serían: que el sujeto no esté en situación de prisión preventiva, que tuviera su domicilio o residencia habitual en el extranjero, que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible y que designe persona con domicilio fijo en España para recibir notificaciones, citaciones y emplazamientos dirigidos al inculcado o procesado. Como señala Colmenero, en este aspecto habrá de ha-

⁵ *Op.cit.*, p. 29.

cerse al extranjero la prevención del art. 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia (cuando el citado en el lugar o en la persona designados la pena solicitada fuera de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, no superior a seis años, y si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o parte acusadora entiende que existen elementos para el enjuiciamiento, art. 775 en relación con el art. 786) y que presten caución no personal, salvo cuando esté acordada fianza de la misma clase.

- D) La salida no implica una renuncia del Estado al «ius puniendi» por lo que el procedimiento debe seguir tramitándose.
- E) Si el extranjero no vuelve se adjudicaría al Estado la caución y se le declararía en rebeldía.
- F) No es aplicable a delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 CP.

2. *La autorización de expulsión*

2.1. REQUISITOS

A) La pena debe ser inferior a seis años de prisión además, pudiendo ser de naturaleza distinta a la privativa de libertad.

B) El extranjero cuya autorización se expulsa debe ser inculpado o procesado. Sobre este extremo la Circular FGE 1/1994 señala que sólo una vez que el extranjero sea oído en declaración de imputado, se interesará, ponderando todas las circunstancias concurrentes, la autorización de expulsión del extranjero. Para fijar tal momento procesal, se parte por la Circular de la necesaria correlación subjetiva entre imputación y acusación, siendo en consecuencia necesario cumplir las exigencias fijadas en la doctrina de la STC 273/1993, de 20 de septiembre con relación a que «nadie puede ser acusado sin haber sido oído por Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las Diligencias Previas». Asimismo el art. 100.2.c) del Real Decreto 864/2001 de 20 de julio establece «Si el extranjero contra el que se hubiera adoptado la resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional se encontrase inculpado en proceso penal, por un delito castigado con penas privativas de libertad inferiores a seis años, una vez que haya sido oído en su condición de tal, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes, y en especial la satisfacción de los intereses generales, la autorización de la expulsión del territorio español de dicho extranjero. La autoridad judicial podrá autorizar su expulsión la que se ejecutará conforme el procedimiento administrativo que se hubiese seguido».

C) No existe un momento preclusivo para solicitar la autorización de expulsión, pudiendo instarse la misma hasta que la Sentencia alcance firmeza. Tal y como señala la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona «formulando una interpretación gramatical de este precepto, apartado tercero del art. 3 del Código Civil, no podemos encontrar que señale la existencia de este momento preclusivo». El precepto hace referencia al extranjero que se encuentre procesado o inculcado. «Prima facie» debemos advertir que dichos términos son lo suficientemente amplios para referirse al sujeto pasivo de la acción penal a lo largo del proceso, hasta que recaiga Sentencia firme, ya que si bien «strictu sensu» procesado es aquel sujeto contra el que existen indicios racionales de criminalidad y contra el que se dicta un Auto de procesamiento en el Proceso Ordinario, art. 384 LECrim, inculcado es un sustantivo con un contenido lo suficientemente amplio para abarcar cualquier momento procesal hasta que recaiga Sentencia firme».

D) Al igual que en la salida la autorización no podrá concederse es cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 CP.

E) No es necesaria la audiencia del extranjero ya que no es el Juez de Instrucción el que expulsa, sino la autoridad administrativa por lo que el extranjero en el marco del procedimiento administrativo de expulsión y posteriormente, en su caso, ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa podrá alegar cuanto estime conveniente para evitar la expulsión

2.2. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA REFORMA

A) Se extiende expresamente, como señalaba antes, a penas de distinta naturaleza a las privativas de libertad.

B) La regla general viene a ser la expulsión salvo que, de forma motivada, el órgano judicial aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. Puede reproducirse lo dicho anteriormente sobre la naturaleza del delito y el arraigo en el art. 89 CP.

C) Aparentemente ya no es necesario un procedimiento administrativo que haya finalizado con una resolución administrativa de expulsión y que deba aportarse al procedimiento para que el órgano judicial pueda fiscalizar que se hayan respetado los derechos del extranjero⁶, pareciendo reconducirse tal control a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁶ En concreto, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (STC n.º 24/2000, de 31 de enero).

D) Se impone al órgano judicial resolver en «el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días su expulsión».

E) La autorización se puede solicitar también en las faltas. Para que pueda producirse la expulsión es necesario que el denunciado adquiera la condición de inculpado o procesado. Partiendo de la doctrina fijada por las SSTC 56/94, de 24 de febrero, y 115/1994, de 14 de abril, cabe afirmar que sólo la citación con la completa relación de los hechos y la completa lectura de la denuncia o querrela al comienzo del juicio permite fijar una imputación que garantice el derecho constitucional a ser informado de la acusación y permita desplegar plenamente el ejercicio del derecho de defensa.

F) Por último con respecto a los efectos conforme a la Circular 3/2001 la autorización de expulsión implica que el Juez debe proceder al «archivo provisional de la causa penal notificando dicha decisión a las partes y a los perjudicados por el delito. El archivo de la causa devendrá definitivo una vez que haya transcurrido el período de prohibición de regreso a España impuesto al extranjero en el acuerdo gubernativo de conformidad con el art. 58.1 LE».

IV. Referencia a la expulsión como sustitución de una medida de seguridad privativa de libertad aplicable de acuerdo con el art. 108 del Código Penal. Principales novedades de la reforma

A) Generaliza la expulsión salvo que se aprecie motivadamente que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la pena en España. Deberán ponderarse otros factores como el arraigo familiar para no acordar la expulsión, con la particularidad de que en este caso la Ley sí prevé expresamente un trámite de audiencia al extranjero. Es fundamental, dado que la sustitución opera sobre inimputables o semi-imputables (a los que se les habrá apreciado una eximente completa o incompleta del art. 20.1.2 y 3 CP) denegar la expulsión si esta supone un riesgo probable para la salud, integridad física o seguridad del extranjero.

B) Debe acordarse en Sentencia. Al igual que señalaba antes no creo que haya problema en acordarlo en ejecución si por ejemplo el requisito de la no residencia no está acreditado.

C) Se establece un plazo general de duración de la expulsión de diez años frente a la indefinición temporal de la regulación previa.

Ejecución de la responsabilidad civil

María Jesús Erroba Zubeldia
Presidente de la Sección 2.^a. Audiencia Provincial de Vizcaya

1. Introducción

Las consecuencias del delito o la falta no terminan con la pena y las medidas de seguridad. De acuerdo con el artículo 109 del Código Penal, la responsabilidad civil será también consecuencia del delito o falta cuando se hayan producido daños o perjuicios.

El proceso penal español presenta como especialidad el ejercicio conjunto en un mismo proceso de las acciones civil y penal. En el caso del perjudicado se trata de una opción puesto que puede reservar la primera para ejercerla ante la jurisdicción civil (párrafo segundo artículo 109 del Código Penal y artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), mientras que el Ministerio Fiscal estará obligado a su ejercicio en tanto no conste la renuncia del ofendido (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En el marco de las recientes reformas penales, incluida la contemplada por la Ley Orgánica 15/2003, 25 de noviembre que, entrará en vigor el 1 de octubre de 2004 por la que se modifica el Código Penal de 1995, no sufren alteración los preceptos que este cuerpo legal dedica a regular la llamada responsabilidad civil «ex delicto» en sus artículos 109 a 122 y 125. Si se ha considerado oportuno dedicar unas breves reflexiones a la ejecución de la responsabilidad civil es debido a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que exige la satisfacción de las responsabilidades civiles como condición de acceso a la libertad condicional o para la clasificación o progresión al tercer grado penitenciario (artículo 90 del Código Penal y artículo 72 de la Ley General Penitenciaria) y la posibilidad, a partir de su entrada en vigor, de solicitar la ejecución provisional de los pronunciamientos civiles de las sentencias de condena recaídas en los procesos penales (artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2. Pena y reparación civil

Dispone el artículo 109 del Código Penal que «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados». A su vez, el artículo 116, mejorando la técnica de redacción del Código Penal de 1973 (artículo 19), dispone que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hechos se derivan daños o perjuicios». Y es que, en realidad, la responsabilidad civil no deriva del delito o la falta sino del hecho ilícito siempre que se hayan causado daños o perjuicios. Es la existencia del daño o perjuicio la que obliga al responsable a la reparación por alguno de los medios que dispone la Ley: la restitución del bien dañado, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales (artículo 110). Como bien dice el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del delito o la falta nace la acción penal y puede nacer también la acción civil si se ha causado daño o perjuicio. De ahí, entonces, que no todos los delitos den lugar a responsabilidad civil. Puede haber delito y no haberse producido daños y perjuicios en cuyo caso no nacerá la obligación civil de reparar.

Pena y reparación civil tienen presupuestos diversos: la pena la culpabilidad, la reparación civil el daño causado por el hecho ilícito con independencia de que el autor sea declarado exento de responsabilidad criminal (supuestos previstos por el artículo 118 del Código Penal).

La pena es personalísima mientras la reparación civil puede satisfacerse por terceros e incluso con carácter solidario.

Finalmente la pena persigue proteger a la sociedad frente a los ataques más graves a determinados bienes jurídicos, la reparación civil protege intereses particulares.

3. La reparación a la víctima

En sentido lato, reparar el mal causado por el delito o la falta comprendería la pena y la responsabilidad civil; la primera significa una reparación simbólica entre la víctima y la sociedad y la segunda se refiere a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima (artículos 109.1 y 110 del Código Penal).

Un sector amplio de la doctrina española y alemana niega que la reparación opere como una tercera vía y como sustitutivo de la pena, le reconocen efectos de atenuación de la pena bajo determinadas condiciones pero no pueden configurarse como sustitutivo de la pena (Cerezo Mir, Gracia Martín y Pérez Sanzberro). Sin embargo, el Código Penal

de 1995 admite la sustitución de penas cortas privativas de libertad por multa o arresto de fin de semana, en caso de delinquentes no habituales, siempre que el reo haya demostrado un esfuerzo serio en reparar el daño (artículo 88).

La reparación no opera correctamente como función preventiva general negativa, ya que, no intimida, carece de capacidad disuasoria, pero sí tiene la función de resocializar a través de la responsabilidad por el hecho (Silva Sánchez). Tiene un efecto preventivo general positivo cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito. Este aspecto de restauración de la paz jurídica le corresponde a la reparación, una tarea que ni la pena o la medida de seguridad puede cumplir de igual forma. Con el castigo del delincuente la perturbación social no desaparece mientras persiste el perjuicio a la víctima, sólo cuando ésta es repuesta en sus derechos dentro de lo posible, ella misma y la comunidad dirán que el conflicto social se ha resuelto y el delito puede considerarse eliminado (Roxin).

Otros efectos de la reparación son de índole preventivo especial en vista de que se dirige a la satisfacción de la víctima concreta, en este mismo sentido se dirige a resocializar al delincuente, sensibilizándole con los actos de reparación, que en algunos casos no necesariamente tienen que ser actos concretos de reparación sino sólo con las simples disculpas y dispensas al ofendido, bastará en algunos supuestos para la satisfacción de la víctima.

La reparación, si se utiliza como reconciliación entre delincuente y víctima, motiva al delincuente a enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales. Esta aprende a admitir como justa la reparación y ve en ello una prestación socialmente constructiva.

Como es natural, la exención de la ejecución de la pena privativa de libertad sólo puede ser considerada en los delitos de pequeña o mediana entidad, pero la inmensa mayoría de las penas privativas de libertad se imponen en este ámbito (Roxin).

Razones de política criminal abogan por relacionar la reparación civil con la pena, de suerte que, el esfuerzo real y serio desplegado por el autor del hecho ilícito por intentar dar satisfacción a la víctima o perjudicado reparando el daño y perjuicio causados tenga efectos penales.

4. Código penal de 1995

El Código Penal de 1995, en palabras de Silva Sánchez, permite advertir un desencanto frente a las posibilidades de obtener la resocialización del reo en condiciones de privación de libertad —lo contrario al

sentido que parece tener la futura reforma que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004 (Ley Orgánica 11/2003, de 25 de noviembre)—. Así se explicaría la supresión de las penas inferiores a seis meses de prisión, la ampliación de los ámbitos de aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, o la introducción de la institución de la sustitución. Al tiempo que se incluye la reparación a la víctima como factor a tener en consideración en la individualización y ejecución de la pena. Y ello, aunque, es de reconocer, se introduce con limitaciones temporales.

En la recomendación 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, se pedía a los Gobiernos de los Estados miembros revisar su legislación y su práctica respetando entre otras líneas directrices las siguientes: «12. Todas las informaciones útiles sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima deberían ser sometidas a la jurisdicción para que pudiera, en el momento de fijar la naturaleza y el quantum de la sanción, tomar en consideración: la necesidad de reparación del perjuicio sufrido por la víctima; cualquier acto de reparación o de restitución efectuado por el delincuente o cualquier esfuerzo sincero del mismo en este sentido.13. Debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar». Asimismo se recomendaba a los estados examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación, y promover y estimular las investigaciones sobre la eficacia de las disposiciones relativas a las víctimas.

En el Código Penal español la reparación civil tiene un efecto atenuatorio de la pena como atenuante genérica prevista en el artículo 21.5: «la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.» Ya no exige, como lo hacía el Código Penal de 1973, que el agente obre por impulsos de arrepentimiento espontáneo al omitir cualquier referencia a la voluntad o motivos del sujeto. Cabe entonces que proceda impulsado por un tercero o que, simplemente, decida reparar a la víctima con el fin de obtener un beneficio penológico. Además, amplía el tiempo en que será posible la reparación ya que podrá hacerlo en cualquier momento del procedimiento, antes de la celebración del juicio oral. Tiene, también, carácter de atenuante muy cualificada para determinados delitos como ocurre con los delitos contra el medio ambiente (artículo 340) en que si el culpable procede voluntariamente a reparar el daño se le

impondrá la pena inferior en grado, o como eximente en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social (artículos 305.4, artículo 307.3 y artículo 308.4) en los que queda exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, o ante la Seguridad Social o reintegre las cantidades que recibió en concepto de subvención, desgravación o ayuda falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido.

Además de actuar como un factor de individualización de la pena en los casos indicados, la reparación civil en el Código Penal de 1995 es condición exigida para la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a dos años y de hasta tres años en el caso de drogo-dependientes (artículos 81.3 y 87); para la sustitución de las penas de prisión que no excedan de un año, y excepcionalmente de dos años, a los reos no habituales (artículo 88); y lo mismo para la cancelación de antecedentes penales (artículo 136.2.1.º).

No obstante en los supuestos de insolvencia total o parcial declarada por el juez, salvo que el reo viniere a mejor fortuna, la falta de reparación no será óbice para alcanzar la suspensión de la pena o la cancelación de antecedentes penales. No ocurre lo mismo con la sustitución de la pena privativa de libertad que, en buena lógica, no podrá sustituirse por la pena de multa pues, acreditada la insolvencia del reo, no será admisible al conocerse de antemano que no va a poder cumplirla con lo que al final la conducta ilícita quedaría impune; sí podrá sustituirse por la pena de arresto de fin de semana, aunque una vez entre en vigor la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre la sustitución sólo podrá efectuarse por pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad al desaparecer del catálogo de penas el arresto de fin de semana.

5. Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio

Ahora nos encontramos con que en la reciente reforma operada por la ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el legislador contempla la reparación civil del daño a la víctima, no como factor de individualización de la pena, pero sí con efectos en orden al acceso a la libertad condicional y a la clasificación y progresión a tercer grado penitenciario.

Dispone el artículo 90 del Código Penal en relación con el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en la nueva redacción dada por esta Ley a ambos preceptos, como presupuesto necesario para acceder a la libertad condicional, además de encontrarse el reo en tercer grado de cumplimiento penitenciario, haber extinguido las tres cuartas

partes de la condena, o en su caso la mitad de la pena impuesta para el caso de penas superiores a cinco años de prisión (artículo 36 del Código Penal tras la reforma operada por la misma Ley 7/2003), y observado buena conducta y tener un buen pronóstico de reinserción social, que tenga satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito, de suerte que, si no hubiera satisfecho esta responsabilidad no se entiende cumplida la circunstancia de reinserción social.

Por el legislador se ha pretendido vincular el patrimonio presente o futuro del penado con la reparación a la víctima y esto en principio puede interpretarse en sentido positivo pues supone tener en cuenta a la víctima a la que puede decirse que, durante los últimos años, se le ha habido tenido marginada por haberse centrado más el derecho penal en el delincuente, dispensándole todo tipo de garantías, no mostrando el sistema legal preocupación similar por las víctimas.

Ciertamente la experiencia había demostrado que no puede dejarse en manos de la víctima y sus allegados la respuesta del agresor. La justicia primitiva, talional del ojo por ojo y diente por diente, en realidad promovía la venganza y al asentarse el Derecho penal como derecho Público es cuando se produjo la marginación de la víctima. Curiosamente el Estado Social de Derecho abandonó a la víctima y la consecuencia ha sido muy negativa. Por un lado el delincuente considera que ante quien debe responder es, únicamente, ante el sistema legal y la víctima no cuenta. Por otro lado, la víctima percibe el sistema legal como algo formal que utiliza un lenguaje incomprensible para ella, y se siente nuevamente agredida injustamente; percibe insensibilidad, desinterés y burocracia. No se siente como sujeto de derechos sino como objeto y la reparación del daño por ella sufrido es algo que no se tiene en cuenta a la hora de individualizar la pena, mientras que el proceso penal su papel se relega al de testigo, un medio más de prueba, de investigación del hecho ilícito.

La victimología ha destacado la necesidad de diseñar programas de reparación y compensación de la víctima del delito mediante el pago de una cantidad de dinero, de realización de una determinada actividad o de la prestación de ciertos servicios por el delincuente en favor de la víctima.

Asimismo, sugiere la oportunidad de articular unos fondos de carácter público con los que ofrecer indemnizaciones o seguros a las víctimas de determinados delitos con el fin de satisfacer parte de los costes que para ella implica el delito. En este sentido en el ordenamiento jurídico español existen la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de 1995 sobre Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y la Ley 32/1999, de 8 de octubre de 1999 de Solidaridad con la Víctimas del Terrorismo.

Por otra parte, esta vinculación, que el legislador pretende establecer, del patrimonio presente o futuro del penado con la reparación a la víctima, en cuanto que persigue la resocialización del reo, responsabilizándose del daño causado a su víctima, implica que se le exija despliegue y demuestre esfuerzos reales y serios por reparar los daños y perjuicios causados. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en trámite de informe del anteproyecto de esta Ley Orgánica 7/2003, aprobado en sesión extraordinaria por Acuerdo adoptado el día 4 de febrero de 2003, señalaba que «el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el Juez. Es más, consideraba «que este requisito es susceptible de ser explicado desde un punto preventivo general, en el sentido de que la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho». Por el contrario, «el acceso a la libertad condicional en casos de insolvencia no hace que se resienta el sentimiento de vigencia de la norma.» En consecuencia la vinculación que quiere establecerse entre patrimonio presente y futuro del penado y la reparación de la víctima es en principio positiva, contemplada tanto desde la perspectiva del interés de la víctima como de la resocialización del penado. Ahora bien, el riesgo se encuentra en las posibles desigualdades que se pueden crear en la medida que el penado cuente, o por el contrario, carezca de recursos económicos con los cuales poder satisfacer las responsabilidades civiles a las que hubiere resultado condenado. Esto es, se puede ver afectado el derecho a la igualdad ante la ley pues no todos los penados van a tener una capacidad económica que les permita saldar las responsabilidades civiles.

Conforme al artículo 72.5 los criterios que deberán tenerse en cuenta en orden a determinar si se ha cumplido esta nueva condición que introduce el legislador, relativa a la clasificación o progresión al tercer grado, así como, al acceso a la libertad condicional, son los siguientes: 1. pago efectivo de la responsabilidad civil 2. una conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales 3. las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera 4. las garantías que permiten asegurar la satisfacción futura 5. la es-

timación del enriquecimiento que hubiera obtenido por la comisión del delito, y en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

El Consejo General del Poder Judicial criticaba esta redacción porque consideraba, y así es, no distingue entre circunstancias que denotan una voluntad reparadora del recluso y lo que son consecuencias perjudiciales derivadas del delito (la estimación del enriquecimiento que hubiera obtenido por la comisión del delito, y en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición), que ya han sido tenidas en cuenta para la individualización de la pena y la determinación de la responsabilidad civil, y por referirse al hecho y no al sujeto deben dejarse al margen a la hora de valorar el pronóstico de reinserción social del penado. Por ello sugería en su informe una redacción similar a la contenida en los artículos 81 y 88 vigentes del Código Penal, que a su entender presentan el problema de una forma más precisa que el artículo 72.5, sin embargo, la sugerencia no ha sido acogida y se ha aprobado el texto legal tal cual aparecía en el anteproyecto.

Lo cierto es que la ausencia de recursos con los que satisfacer las responsabilidades civiles no puede conllevar la denegación del tercer grado o del otorgamiento de la libertad condicional. Además de vulnerar el principio de igualdad significaría la prisión por deudas. Por ello la interpretación más correcta en cuanto a la exigencia del cumplimiento de esta nueva condición de acceso al tercer grado o a la libertad condicional, tener satisfechas las responsabilidades civiles, será el indicado de exigir que el penado haya realizado esfuerzos serios en satisfacer dichas responsabilidades.

Por otra parte, el pago de las cantidades a las cuales hubiere sido condenado el reo en concepto de responsabilidad civil debe relacionarse con el artículo 125 del Código Penal que introdujo el fraccionamiento en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable. Una práctica que venía produciéndose en los tribunales pero que, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, no recogía la norma aunque sí preveía el pago fraccionado de la multa (artículo 90 del Código Penal de 1973). Se trata de una facultad discrecional, puesto que, el órgano judicial la adopta según su prudente arbitrio, si bien, sujeta a la condición de que los bienes del penado no sean suficientes para el pago de una vez de la responsabilidad civil, y con audiencia previa del perjudicado.

En orden a emitir un pronóstico de resocialización del penado deberá, pues, tenerse en cuenta su disposición a satisfacer las responsabi-

lidades civiles mediante el pago fraccionado, el importe ofrecido, el plazo y las garantías que ofrezca de continuar satisfaciendo las cantidades en un futuro hasta su total pago. De la propuesta que el penado realice en este sentido ha de darse traslado al perjudicado.

Salvo este primer criterio, el del pago, que es objetivo y de sencilla comprobación, el resto exigen ser valorados lo que en un primer término harán las Juntas de Tratamiento Penitenciario y después el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyas resoluciones serán revisadas vía recurso de apelación por el órgano sentenciador.

La Instrucción 9/2003, de 25 de julio de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias establece las indicaciones para el procedimiento que deberán seguir las Juntas de Tratamiento en tanto no se apruebe el correspondiente reglamento que lo desarrolle. Y así indica que a todas las propuestas de tercer grado se adjunte copia del fallo de la sentencia y cuando incluya pronunciamiento de condena a satisfacer responsabilidades civiles, se recabe del Tribunal sentenciador la pieza de responsabilidad civil o informe que acredite la satisfacción o no de la misma. Pero no siempre será suficiente la copia del fallo para conocer las responsabilidades civiles a las que ha podido ser condenado el reo. No es infrecuente que se deje para ejecución de sentencia la determinación de algunas cantidades por lo que en tal caso deberá remitirse, también, copia del correspondiente Auto en el que se determinan. Por otra parte, no se considera procedente la remisión de la pieza de responsabilidad civil al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ya que al formar parte de la causa debe estar unida a la misma y en poder del órgano sentenciador, sí en cambio podrá remitirse una copia. No se puede olvidar tampoco que no en pocos casos la pieza se recibe en el órgano sentenciador una vez dictada sentencia y declarada, incluso, la firmeza. Habida cuenta que resulta un elemento esencial para conocer la situación económica del penado, será preciso que las piezas se concluyan antes de este momento, lo que exigirá se acelere su tramitación que deberá además ser lo más completa posible.

La Instrucción indica que la Junta de Tratamiento elaborará un informe valorando la actitud y comportamiento efectivo del interno tendente a resarcir el daño ocasionado por el delito, si se encuentra en disposición de poder hacerlo y las condiciones que acepta se lleven a cabo en un futuro durante el cumplimiento de la condena. Este informe lo remitirá el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se pronunciará sobre sí, a la vista del mismo, resulta satisfactorio el comportamiento y disposición del penado para hacer frente a su responsabilidad civil, de forma que posibilite la propuesta del tercer grado, quedando a lo que disponga dicho juzgado. Sin embargo, no parece suficiente con que se

remita al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, únicamente, el informe elaborado por la Junta de Tratamiento; deberá remitirse, también, el informe o la copia de la pieza de responsabilidad civil que el órgano sentenciador hubiera enviado al Centro Penitenciario a fin que pueda tomar un conocimiento directo del mismo.

Estas condiciones son exigidas con carácter general cualquiera que sea el delito cometido, pero son particularmente exigidas, según dispone el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en su apartado 6, para los siguientes delitos: contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; contra los derechos de los trabajadores; terrorismo; contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del Título XIX del Libro II del Código Penal (delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función).

Con la determinación de los criterios que establece este artículo se pretende limitar la discrecionalidad de la que disfrutaba el Juez de Vigilancia Penitenciaria en relación con el pronóstico de resocialización del penado y consiguiente clasificación de grado y acceso a la libertad condicional. Su exigencia será de aplicación a las decisiones que al respecto deban tomarse tras la entrada en vigor de la reforma, el 2 de julio de 2003, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 7/2003.

6. Ejecución provisional de los pronunciamientos civiles de las sentencias penales

La Ley Orgánica 7/2003 reforma finalmente el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y establece en su primer párrafo que los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El precepto en realidad era innecesario puesto que estas obligaciones no dejan de tener naturaleza civil por el hecho de que sean acordadas en el proceso penal y, en consecuencia, en lo no previsto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en este caso, los artículos 524 a 537 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Así, resulta que todas las sentencias de condena no firmes por encontrarse recurridas, en apelación o casación, son susceptibles de ejecución provisional en lo que a la responsabilidad civil se refiere.

Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exigen para acordar la ejecución provisional de las sentencias no firmes la prestación de fianza.

Sin duda el legislador es consciente del riesgo que entraña establecer esta regla general pero se considera conjurado en razón de la oposición y del establecimiento del procedimiento de apremio para la devolución de lo indebidamente percibido.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 789 dispone que los jueces o tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales la investigación del patrimonio de los penados en orden a ejecutar la responsabilidad civil derivado, dice el precepto, del delito o la falta.

Los tribunales ya dirigían en la vía de apremio sus oficios a los organismos públicos en averiguación del patrimonio de los condenados, la novedad estriba en que ahora el órgano judicial podrá encomendar a las haciendas (estatal, autonómica o foral) que sean ellas las que realicen la investigación, lo cual significa, como señala el citado informe de Consejo General del Poder Judicial, que se pone al servicio de la Administración de Justicia a los Servicios de Inspección de la Administración tributaria.

7. Conclusiones

De lo expuesto se extraen las siguientes conclusiones:

- Resulta positiva la vinculación que establece el legislador entre el patrimonio presente y futuro del penado con la reparación de la víctima tanto en orden a satisfacer los daños y perjuicios causados por el ilícito penal como a los fines de resocialización del penado mediante la satisfacción de las responsabilidades civiles contraídas con la víctima.
- Sin embargo los criterios determinados por el legislador en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para comprobar la disposición del penado a cumplir sus responsabilidades civiles, en orden a establecer un pronóstico de resocialización, resultan confusos cuando lo más fácil hubiera sido una regulación similar a la prevista en los artículos 81 y 88 del Código Penal.
- El cumplimiento de esta nueva condición debe entenderse como exigencia al penado para que realice esfuerzos reales, serios y sinceros de satisfacer la responsabilidad civil. Por ello si pese a

todo se declara en situación de insolvencia, esto no puede significar la denegación del tercer grado o del otorgamiento de la libertad condicional, lo contrario supondría la vulneración del principio de igualdad y una especie de prisión por deudas.

- Por último es positivo que se ponga al servicio de la Administración de Justicia a los Servicios de Inspección de la Administración tributaria para que sean éstos quienes investiguen el patrimonio del penado.

8. Bibliografía

- ALSTUEY DOBÓN, M.C. (1996): La responsabilidad civil y las costas procesales, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA (1985): Recomendaciones 11, 12 y 13 adoptadas el 28 de junio de 1985.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2003): Informe aprobado en el acuerdo adoptado por la Sesión Extraordinaria del día 4 de febrero de 2003.
- DELGADO CRUCES, J.S. (2003): «La ejecución provisional», en *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Cuadernos de Derecho Judicial. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- GARCÍA VICENTE, F., DE LAMO RUBIO, J., SOTO NIETO, F. y GILLÉN SORIA, J.M. (1998): *Responsabilidad civil. Consecuencias accesorias y Costas procesales. Extinción de la Responsabilidad Criminal*. Ed. Bosch. Barcelona.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2002): «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en *La responsabilidad Civil «Ex Delicto»*. Ed. Aranzadi. A Thomson Company. Navarra.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a (2001): *La expansión del derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas. Madrid.

Cuestiones relativas a la violencia doméstica

La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos

María Naredo Molero
Amnistía Internacional

1. La violencia contra las mujeres: un escándalo universal de derechos humanos

La violencia contra las mujeres es uno de los mayores desafíos para los derechos humanos de nuestra época, además de por lo universal del fenómeno, por la falta de compromiso real de las autoridades con su eliminación. El 5 de marzo de 2004 Amnistía Internacional ha emprendido una campaña mundial de dos años de duración para contribuir a la eliminación de la violencia contra las mujeres. Los interlocutores principales de la campaña serán los Estados, a los que la organización instará a cumplir con los mandatos del derecho internacional de derechos humanos que les confiere una responsabilidad decisiva para garantizar que los derechos humanos sean una realidad para millones de mujeres en el mundo. (Más información de la campaña «No más violencia contra las mujeres» en www.actuaconamnistia.org)

La violencia contra las mujeres es probablemente la violación de los derechos humanos más universal de cuantas se producen en la actualidad. Está presente en todas las sociedades del mundo, sea cual sea su sistema político o económico. No diferencia culturas, religiones, clases sociales o etnias. Las estadísticas muestran que en ningún rincón del planeta los derechos humanos de las mujeres son garantizados plenamente.

Se calcula que una de cada tres mujeres en el mundo ha sido golpeada, obligada a mantener relaciones sexuales o sometida a algún otro tipo de abusos a lo largo de su vida.

La violencia contra las mujeres se produce en la familia y en la comunidad, en tiempos de guerra y de paz. Sin embargo, de todas las formas de violencia hacia las mujeres, la cometida en el entorno fami-

liar es la más habitual y generalmente la más impune. Las mujeres de todo el mundo tienen mayor probabilidad de ser lastimadas, violadas o asesinadas por su compañero actual o anterior que por otra persona. La familia y el domicilio privado, considerados míticamente «santuarios» de tranquilidad y referentes de seguridad, son para millones de mujeres un lugar de sufrimiento, donde reciben maltrato, tortura e incluso la muerte¹.

El Consejo de Europa ha concluido que entre el 20 y el 50 % de las mujeres en Europa son víctimas de violencia a manos de su compañero o marido.

Pero además de universal, la violencia contra las mujeres es la violación de derechos humanos más oculta e impune de cuantas Amnistía Internacional viene documentando. Sólo se conoce y se registra una pequeña parte de los abusos producidos, ya que las víctimas no informan de ello, a menudo por vergüenza o porque temen que la reacción sea de escepticismo, o incluso de más violencia.

2. La violencia contra las mujeres en el entorno familiar en España

En 1999 el Comité de vigilancia de la Convención para la Eliminación de la Discriminación hacia las Mujeres de la ONU (en adelante Comité de la CEDAW), con ocasión del 3.º y 4.º informes periódicos de España, expresó al gobierno su preocupación por «el aumento manifiesto de la violencia en el hogar»². En España, según datos del Instituto de la Mujer, más de dos millones de mujeres sufren violencia física y/o psíquica a manos de su pareja³.

Según datos del Observatorio de la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, entre el año 2002 y el 2003, el número de mujeres asesinadas en el ámbito familiar experimentó un incremento del 59 %, lo cual pone de manifiesto que lejos de ir en el buen camino, las políticas públicas contra la violencia hacia las mujeres deberían ser replanteadas.

Por otra parte, según datos oficiales (Macroencuesta del Instituto de la Mujer y datos de denuncias del Ministerio del Interior), el 97 %

¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2002): *No hay Excusa. Violencia de género en el ámbito familiar y protección de los derechos humanos de las mujeres en España*.

² COMITÉ CEDAW (1999): *Observaciones finales del Comité al Estado español (Spain. 01/07/99.A/54/38, paras. 236/277)*.

³ Macroencuesta Instituto de la Mujer (2002) y estadísticas de denuncias del Ministerio del Interior (2003).

de las mujeres que sufren violencia a manos de su pareja en España no denuncia los hechos. Este altísimo índice violencia oculta propicia que muy a menudo quede impune y que las autoridades, la sociedad en general y los particulares hagan caso omiso de sus responsabilidades.

El Comité de la CEDAW en su recomendación general 19 reconoce la existencia de tres colectivos de mujeres especialmente expuestos y vulnerables ante la violencia de género, cuya protección por parte del Estado debe intensificarse. Se trata de las inmigrantes clandestinas, las solicitantes de asilo y las mujeres rurales. También la Plataforma para la Acción de Beijing reconoce «la vulnerabilidad frente a la violencia y otras agresiones de las mujeres migrantes» (par. 125 c), y para paliar esta situación insta a los Estados a establecer servicios lingüística y culturalmente accesibles para atender a estas mujeres.

En 1999, el citado organismo internacional comunicó expresamente al gobierno español su preocupación en este mismo sentido⁴. Sin embargo, a pesar de que desde la fecha en que el Comité realiza estas observaciones el Instituto de la Mujer ha aprobado dos importantes instrumentos de planificación ejecutiva en este ámbito (el II Plan Integral contra la violencia doméstica y IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres), en ninguno de dichos documentos se hace mención alguna a las necesidades específicas de estos tres colectivos de mujeres, ni se prevén medidas específicas para paliar su situación de vulnerabilidad.

El Quinto Informe periódico de España se encuentra en la actualidad pendiente de su examen por el Comité de la CEDAW en el mes de julio de 2004 y el Gobierno español no ha dado muestras hasta el momento de atender a dicha observación ni ha demostrado voluntad política para hacer frente a esas posibles situaciones de desprotección, especialmente en lo relativo a las mujeres migrantes en situación administrativa irregular, víctimas de la violencia de género. Es más, como denuncia Amnistía Internacional en el informe *Mujeres invisibles*, abusos impunes⁵, la situación de desprotección de estas mujeres, derivada de su cada vez mayor «invisibilidad administrativa», contraviene los principales compromisos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por España.

⁴ COMITÉ CEDAW (1999): *Observaciones finales del Comité al Estado español* (Spain. 01/07/99.A/54/38, paras. 236/277).

⁵ *Mujeres invisibles, abusos impunes. Mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar*, Sección Española de Amnistía Internacional. Julio 2003.

3. Alcance de la responsabilidad de los Estados ante la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar: el principio de la «diligencia debida»

«Aplicar las normas internacionales de derechos humanos sin comprender la responsabilidad que incumbe al Estado respecto a los abusos que cometen estos “agentes privados” sencillamente roba a las mujeres la protección y el resarcimiento ante la mayoría de los abusos a los que se enfrentan. Las normas de derechos humanos no guardan silencio respecto a estos abusos. Señalan claramente la responsabilidad directa del Estado. Pero esta responsabilidad se ha pasado por alto con demasiada frecuencia, o se ha interpretado erróneamente o, sencillamente, no se ha hecho cumplir. Y, sin embargo, esa responsabilidad constituye una parte esencial de la protección que se supone debe brindar a las mujeres el sistema de derechos humanos»⁶.

El marco internacional de defensa de los derechos humanos de las mujeres se caracteriza por un factor importante: los principales autores de las violaciones de derechos humanos de las mujeres no son agentes estatales, son particulares, en general miembros de la propia familia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 exige a los Estados respetar y proteger, entre otros, el derecho a la vida, el derecho de toda persona a no ser torturada ni ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la seguridad personal. Sin embargo, «en el pasado y debido a una interpretación estrecha de la protección internacional de los derechos humanos, no se tuvo en cuenta la cuestión de la inacción del Estado que no previene ni castiga las violaciones cometidas por individuos»⁷.

A lo largo de la década de los noventa, una serie de acontecimientos en derecho internacional eclipsaron las posibles dudas sobre la responsabilidad de los Estados por los actos de violencia hacia las mujeres perpetrados por personas particulares. En 1992, el Comité de vigilancia de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres⁸ (en adelante Comité de la CEDAW), en su Re-

⁶ «Respetar, proteger, observar... los derechos humanos de la mujer. La responsabilidad del Estado en los abusos cometidos por “agentes no estatales”». *Indice AI: IOR 50/01/00/s*; p. 5.

⁷ La Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres relata la evolución de la interpretación del Derecho Internacional respecto a las violaciones de derechos humanos producidas por particulares. (EC/N 4./1996).

⁸ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180 de 18 de diciembre de 1979.

comendación General 19 sobre violencia contra las mujeres, afirmaba que la violencia hacia las mujeres se enmarca dentro de la discriminación por razón de sexo y constituye una violación de los derechos humanos, y subraya que «los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización»⁹.

Un año después, en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres instaba a los Estados a:

«Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.»¹⁰

El concepto de diligencia debida es un modo de describir el esfuerzo que debe realizar un Estado para cumplir con su deber de proteger a las personas contra el abuso de sus derechos. «Conforme a esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y castigar los actos que menoscaben cualquiera de los derechos reconocidos en virtud de las normas internacionales de derechos humanos. Además, de ser posible, deben tratar de restaurar el derecho violado y ofrecer una compensación adecuada por los daños resultantes»¹¹.

Este principio básico de derecho internacional, es la clave que explica el alcance de la responsabilidad de los Estados, no sólo por los actos de violencia cometidos por los agentes estatales sino también por los abusos de derechos humanos cometidos por particulares.

Al respecto debe tenerse presente que los tratados de derechos humanos establecen obligaciones de parte de los Estados que incluyen¹²:

- Promover los derechos reconocidos convencionalmente.
- Asegurar tales derechos para todas las personas y traducirlos en políticas y estrategias.

⁹ 11.º período de sesiones, recomendación general N.º 19, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 38 (A/47/38)*, cap. I.

¹⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993.

¹¹ «Respetar, proteger, observar... los derechos humanos de la mujer. La responsabilidad del Estado en los abusos cometidos por "agentes no estatales"». *Indice AI: IOR 50/01/00/s*.

¹² AMNESTY INTERNATIONAL, «Respect, protect, fulfil-Women's human rights. State responsibility for abuses by "non-state actors"». *AI Index: IOR 50/01/00*, September 2000.

- Prevenir las violaciones de tales derechos, y
- Proveer remedios efectivos a las víctimas cuyos derechos fueran violados.

A la luz de las disposiciones internacionales y de las interpretaciones que de ellas hacen los principales organismos competentes en esta materia, se puede afirmar que la vulneración de la obligación de los gobiernos de actuar con la debida diligencia puede revestir tres formas distintas de inacción:

La primera: no arbitrar leyes contra la violencia de género en el hogar. Es decir, no actuar en el plano legislativo a través de sanciones, mecanismos de protección y de reparación.

La segunda: no desarrollar mecanismos para el cumplimiento efectivo de las leyes;

La tercera: no evaluar la efectividad de esas medidas para lograr el resultado que se pretende.

4. El Estado español ante la violencia contra las mujeres cometida por particulares

España ha suscrito y ratificado uno de los principales tratados que emanan de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como su Protocolo Facultativo.

Los tratados de derechos humanos, además de ser un contrato entre Estados, «ofrecen un marco de derechos que las personas pueden exigir legítimamente en la esfera nacional, y en algunos casos en la esfera internacional. Estos tratados especifican minuciosamente las obligaciones que el Estado se compromete a cumplir cuando ratifica el tratado en cuestión (o lo acepta como vinculante)»¹³.

Los tratados internacionales pasan, desde el momento de su ratificación por España, a formar parte del ordenamiento jurídico español, con la consiguiente obligación por parte del Estado del cumplimiento de lo establecido por ellos, sin que pueda prevalecer sobre esto ninguna norma, nacional, autonómica o local que entre en contradicción con lo ratificado a nivel internacional.

¹³ «Respetar, proteger, observar... los derechos humanos de la mujer. La responsabilidad del Estado en los abusos cometidos por "agentes no estatales"». *Indice AI: IOR 50/01/00/s*.

Por otra parte, la Constitución Española de 1978, establece en su artículo 10.2, contenido en el Título I. De los derechos y deberes fundamentales que:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

Entre estos derechos se encuentran, entre otros, el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por motivo de sexo y «el derecho a la vida y a la integridad física y moral», sin que, en ningún caso, se pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, cuya vulneración se evidencia en los casos de violencia de género.

El Estado y las Administraciones Públicas españolas serían por tanto responsables de las vulneraciones de derechos humanos cometidas por particulares si no actuaran con todos los medios a su alcance para su prevención, sanción y reparación de las víctimas, situación que, según ha constatado la Sección Española de Amnistía Internacional y denunciado a través de diversos informes¹⁴, continúa repitiéndose en todo el territorio español.

Amnistía Internacional muestra preocupación por la falta de conocimiento y aplicación del estándar de la «diligencia debida» por parte de las autoridades políticas y judiciales españolas. El alcance de la responsabilidad del Estado español por la violencia contra las mujeres cometida por particulares se viene interpretando sólo desde el derecho interno, lo cual implica una interpretación estrecha y no coherente con los compromisos de derecho internacional adquiridos por España.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo¹⁵ pone de relieve esta interpretación estrecha, basada únicamente en la legislación penal sobre responsabilidad civil, y que olvida la normativa de derecho internacional de derechos humanos, de directa aplicación en España.

Otro ejemplo de falta de reconocimiento de la responsabilidad del Estado, ante un caso de asesinato de una mujer a manos de su marido, en el cual se ha probado que la víctima pidió ayuda y protección, que nunca

¹⁴ *No hay Excusa* (noviembre 2002). *Protección efectiva, ¡Ya!* Análisis de las reformas legislativas propuestas por el Gobierno Español sobre violencia contra las mujeres (marzo 2003). *Mujeres invisibles, abusos impunes*. Mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar (julio 2003).

¹⁵ Caso Mar Herrero: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) n.º 780/2003, de 29 de mayo.

llegó, es el caso de Alicia Arístegui, cuya familia continúa sin recibir resarcimiento económico y moral por parte del Estado que no previno la violencia. En julio de 2003, el Consejo General del Poder Judicial respaldó la actuación del juez encargado de este caso, al considerar que «la coordinación de los diferentes cuerpos policiales no compete al Poder Judicial».

5. Principales retos de la campaña «No más violencia contra las mujeres» de Amnistía Internacional

A través de la campaña «No más violencia contra las mujeres» el movimiento mundial de Amnistía Internacional pretende lograr avances significativos en el marco de protección de los derechos de las mujeres, así como en su aplicación efectiva por parte de las autoridades estatales y locales. Uno de los retos más importantes de la campaña es precisamente lograr que los Estados asuman plenamente las responsabilidades que el derecho internacional les adjudica en los casos de violencia contra las mujeres cometidos por particulares.

La campaña abarca todos los escenarios y formas de violencia contra las mujeres englobadas en la definición de Naciones Unidas¹⁶. Sin embargo, Amnistía Internacional va a centrar su trabajo en dos ámbitos en los que es especialmente necesaria la «visibilización» de las violaciones de derechos humanos sufridas por las mujeres y en los que la protección del Estado debe ser urgentemente reforzada: la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar y en contextos de conflicto y pos-conflicto armado.

La violencia contra las mujeres en contextos de conflicto y pos-conflicto armado excede del ámbito de la presente ponencia, por lo que presentamos en la misma únicamente los objetivos de la campaña relativos a la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar.

En el ámbito internacional, la organización se propone contribuir decisivamente con la campaña a:

La adopción de Resoluciones clave en el ámbito internacional sobre violencia contra las mujeres, responsabilidad estatal frente a la violencia

¹⁶ La Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993 define la violencia contra las mujeres como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer». Así mismo, el Comité de la CEADW en su recomendación general 19 ya citada, define la violencia de género como «la violencia dirigida a la mujeres por ser mujer o porque le afecta de forma desproporcionada».

perpetrada por particulares y promoción de los derechos humanos de las mujeres.

El fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos de humanos de las mujeres de ámbito regional y verificar su incorporación a la legislación de ámbito estatal.

La abolición de normas discriminatorias hacia las mujeres y a la retirada de reservas a la CEDAW por parte de los países que contengan reservas.

En el ámbito español (estatal, autonómico y local), Amnistía Internacional pretende lograr que las autoridades públicas adecuen su legislación y prácticas administrativas a los compromisos internacionales vinculantes en esta materia, y especialmente que den respuesta a las Observaciones realizadas por el Comité de la CEDAW en 1999. Más concretamente se pretende:

- Lograr que el gobierno español y los gobiernos autonómicos y municipales en el marco de sus competencias, reconozcan la especial vulnerabilidad de las migrantes indocumentadas, las mujeres del medio rural, y las solicitantes de asilo frente a la violencia en el ámbito familiar, y elaboren diagnósticos específicos sobre protección de los derechos humanos de estos colectivos.
- Lograr reformas normativas y directrices de índole administrativo, destinadas a garantizar que las mujeres migrantes, regulares e indocumentadas, tengan las mismas oportunidades de protección frente a los abusos contra los derechos humanos que las mujeres españolas.
- Lograr la revisión de la legislación de reparación a víctimas de delitos violentos, para que se garantice una reparación adecuada a las mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito familiar, así como a otras víctimas de violencia de género.
- Lograr la implantación de mejoras en la coordinación de las medidas en diferentes autonomías y en la previsión de unos estándares mínimos de protección atención, protección y reparación a las víctimas.
- Lograr mejoras en los recursos de protección (centros de acogida), apoyo integral y asesoramiento que actualmente no se adecuan a las necesidades específicas de las mujeres que sufren violencia.
- Lograr mejoras en la recogida de datos de las mujeres asesinadas por parte de las instituciones públicas y la presentación de los mismos al público, así como en la investigación del fenómeno de la violencia y en la adecuación de las medias implantadas por las instituciones públicas.

Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre

Adela Asúa Batarrita
Catedrática de Derecho penal. Universidad del País Vasco

I. Introducción: violencia contra la mujer en la pareja y violencia doméstica

En la aproximación al análisis de las nuevas figuras penales relativas al maltrato en el ámbito doméstico emerge constantemente una especie de paradoja respecto a los fundamentos que las informan. Es evidente que el impulso de las reformas procede de la conmoción social ante asesinatos de mujeres a manos de sus parejas y por la progresiva concienciación sobre el significado social de la violencia de género, pero las nuevas formulaciones parecen dirigidas a solventar lagunas que se alejan de aquel contexto, en una progresiva ampliación del campo de incriminación bajo el nombre de «violencia doméstica», o podríamos decir «supuestos asimilados».

Es un hecho incontestable que las iniciativas legislativas de carácter penal en materia de violencia doméstica, desde la primera de 1989 que otorgó nombre y autonomía como delito específico al «maltrato habitual»¹,

¹ LO 3/1989 de 21 de junio de *Actualización del código penal*. Debe hacerse notar que entre los motivos de la necesidad de «actualización» no se encontraba la preocupación por la violencia doméstica; el Proyecto de ley no incluía la creación de un delito de «maltrato habitual», propuesta que surge durante la tramitación legislativa en un momento tardío, en el Senado, a través de una enmienda del Grupo socialista. Este «olvido» inicial, luego subsanado, no deja de ser chocante ya que precisamente dos meses antes en el Boletín de las Cortes Generales se hacía público un excelente y documentado Informe presentado por la *Ponencia de Investigación de Malos Tratos a Mujeres*, en cumplimiento del encargo efectuado en 1986 por la Comisión de Derechos Humanos del Senado (Cfr.: *Informe de la Comisión de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargados del estudio de la mujer maltratada*, en el BOCG, Senado, III Legislatura, Serie I, n. 313, 12 de mayo 1989). Para más referencias sobre el Informe y sobre los primeros estudios sobre esta cuestión en España, MEDINA, J.J., *Violencia*

surgieron por el impulso y las demandas formuladas inicialmente por Asociaciones de Mujeres que exigían a los poderes públicos y al sistema de justicia una intervención efectiva y adecuada para atajar las extendidas prácticas de violencia en la pareja².

Conforme se incrementa el número de denuncias, emerge a la vez la visibilidad del maltrato en el matrimonio y en la pareja y se constatan las deficiencias de las previsiones penales y procesales, y los efectos de la victimización secundaria y disfuncionalidades del sistema para atender a las necesidades de protección y de asistencia que las víctimas requieren. Se constatan progresivamente los factores y circunstancias que se repiten en todas las latitudes en la fenomenología de la violencia en la pareja: la situación crítica de especial riesgo en procesos de separación, el peligro de escalada de la violencia, los celos de las víctimas para acudir al sistema penal y las dificultades de coordinar instituciones y recursos para que la intervención penal no resulte torpe o meramente simbólica. La ampliación de la definición legal del maltrato —incluyendo la violencia psíquica, extendiendo su campo a las ex parejas y con la reforma actual también a relaciones de noviazgo— permitirá el ajuste de la ley a las manifestaciones empíricas de este fenómeno. La importante reforma operada por la LO 14/1999 de modificación del código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de víctimas de malos tratos marcó un momento decisivo en la línea correcta³, después de haberse desaprovechado la ocasión para esa necesaria adecuación al aprobarse el código penal de 1995 que prácticamente reprodujo la antigua descripción típica del maltrato habitual constreñido a los acometimientos físicos⁴.

contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España, Valencia 2002, pp. 32 ss.

² Como recuerda PINEDA, E., «Algunas reflexiones acerca de la violencia», en GARCÍA MINA, A./CARRASCO, M.³J., *Violencia y Género*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2003, p. 14: ahora que se discute sobre la paternidad de las reformas en este materia, «vale la pena recordar que ninguna de sus señorías habían caído en la cuenta de la necesidad de aquella reforma urgente llegara también a estos asuntos. Si no llega a ser por la presión feminista, que convergenció a las senadoras socialistas, a saber dónde estaríamos ahora».

³ Sin embargo todavía se manifestaban reticencias a las reformas por considerar que el código penal ya ofrecía suficiente protección a las víctimas del maltrato, opiniones vertidas desde Asociaciones de Jueces y de Fiscales. Cfr. MADINA, J., *Violencia contra la mujer en la pareja*, cit. pp. 39 s. y n. 12, donde —aunque con algún error de fechas—, remite a la reseña del diario *El País* que reproducía las manifestaciones en tal sentido del portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura, Jose Luis Requero, poco después del asesinato de Ana Orantes.

⁴ Las propuestas de incluir la violencia psíquica y las situaciones de separación de la pareja, aspectos de tan evidente incidencia en el fenómeno del maltrato, fueron rechazadas en la

La reciente reforma operada por la LO 11/2003, y las que la LO 15/2003 introduce en materia de penas para los delitos de violencia doméstica, pretenden responder también a la necesidad de ulteriores ajustes. De forma más evidente con la instauración de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica por la Ley 27/2003 se aborda una de las necesidades más acuciantes en este ámbito.

Sin embargo, y aquí se encuentra la paradoja, el legislador elude una delimitación de la especificidad del fenómeno de la violencia respecto a las mujeres, situándolo junto a manifestaciones de maltrato a menores, incapaces u otras personas de «especial vulnerabilidad». Parece como si un filtro del entendimiento, impidiera reconocer que la mujer, esposa o pareja, no pertenecen al mismo grupo de los «menores, discapacitados, sometidos a tutela». En éstos la vulnerabilidad y el sometimiento frente a quien le maltrata proviene de su «natural posición de dependencia» (por edad, por enfermedad o discapacidad). Quien le maltrata es precisamente quien tiene la obligación de garantizar su desarrollo equilibrado en el proceso de maduración, o de garantizar su bienestar y su seguridad. Respecto a la mujer, no existe una posición de «inferioridad natural» o una necesaria relación de dependencia, sino que es precisamente la práctica del maltrato la que actúa como el mecanismo dirigido a obtener o a mantener el acatamiento y sumisión a la voluntad del varón. La equiparación de ambos grupos de supuestos responde al modelo avalado hasta hace pocos años en el propio ordenamiento jurídico, conforme al cual la «obediencia» de la esposa formaba parte de la distribución de roles familiares⁵.

Es indudable que la decisión de elevar a delito el «maltrato habitual» y de dotarle de nombre y de autonomía respecto a otras figuras delicti-

tramitación legislativa del código. Cfr. sobre este proceso, MAQUEDA ABREU, M.L., «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1516 s.

⁵ Ha habido que esperar al año 1999 para que se derogara el inciso art. 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecía que «en las faltas consistentes en [...] malos tratos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquellos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto a sus padres, o de los pupilos respecto a sus tutores, y en injurias leves, sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes». La derogación de este inciso se produce por la LO 114/1999, en cuya Exposición de motivos se reconoce el carácter obsoleto de la referencia a la «desobediencia de las mujeres respecto a sus maridos o de los hijos respecto a sus padres». Ciertamente obsoleta la referencia a la desobediencia de las mujeres, pero no equiparable a la expectativas de «respeto y sumisión» que constituyen la contrapartida necesaria de los deberes de educación y custodia de los padres lógicamente en el marco del ejercicio adecuado de tales deberes.

vas constituyó un avance, pero el sustrato del modelo tradicional de agrupamiento de los «desórdenes» en el ámbito doméstico va a condicionar en buena medida las sucesivas ampliaciones del precepto. Se difuminaba el carácter reivindicativo de las demandas de las asociaciones feministas que reclamaban sacar a la luz la violencia contra las mujeres como una práctica injusta, extendida y oculta, minimizada en su gravedad por el arraigo histórico de concepciones de género construidas y avaladas por leyes y religiones a lo largo de la historia⁶.

La Exposición de Motivos de la LO 3/1989 fundamentaba la creación de la nueva figura delictiva en la necesidad de corregir «la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo». El motivo declarado del legislador era pues, proteger a los «débiles» —mujeres, menores, incapaces— si bien la definición generalizadora de la ley no nombre a la mujer sino al «cónyuge» o a la pareja. El proceder jurídico abstracto y formalista, satisface así el presupuesto teórico de la igualdad para no dejar vacíos en la previsión de las conductas que se prohíben como «maltrato habitual». No importa que la realidad discurra de otra manera; en el nivel conceptual-deductivo la técnica legal garantiza la tutela igual de eventuales víctimas aunque con ello quede desdibujado el significado de las conductas que motivaron la necesidad de crear un tipo específico. Se diluye así el contexto y la realidad criminológica y el desvalor específico de la injusticia del maltrato a la mujer en relación con la pareja.

A efectos prácticos, puede en principio resultar indiferente la opción por el modelo de agrupación de las diversas modalidades de «maltrato doméstico». No hay duda de que el maltrato a menores o a personas sometidas a tutela o custodia presenta rasgos análogos en su forma de manifestación, no hay duda de que valorativamente su gravedad es equiparable, y de que la realidad muestra que la dimensión de estas prácticas es importante. Y además no es infrecuente que el maltrato a los hijos o la amenaza de causarles daño forme parte de la estrategia de amenaza o «castigo» a la mujer, por lo que también este dato debe tenerse en cuenta al establecer las medidas de intervención res-

⁶ Como explica Mercedes Navarro, Dra. en Teología y Psicología, «las grandes religiones han sido y son fieles aliadas de la sociedad patriarcal. Entre otras cosas han sido fundamentales para interiorizar y reforzar la legitimación y pervivencia interesada del reparto sexista de responsabilidades entre el mundo privado y el público, en función de las competencias presuntamente naturales de cada sexo... Las religiones históricas han sido el caldo de cultivo de la violencia de género, en especial de la violencia doméstica» (NAVARRO, M., «Violencia sexista, cultura y religión: legitimaciones y justificaciones», en *ANDRA*, abril 2003, p. 13).

pecto a la violencia contra la mujer. Sin embargo el supuesto de maltrato habitual en el hogar contra los hijos, por sus padres o cuidadores, remite a otra constelación de casos que efectivamente requieren un tratamiento también específico bajo la óptica de las peculiaridades de los derechos y necesidades del menor. Una buena técnica legislativa debe procurar diferenciar grupos de casos en función de los modos de comisión, en función de la posición del sujeto activo respecto a la víctima, en función de los diferentes planos de afección al bien jurídico, y atendiendo a la necesidad de respuestas diferenciadas cuando así resulta aconsejable, aunque compartan ciertos rasgos comunes entre sí⁷.

A la postre, la estadística confirma la realidad criminológica del maltrato habitual como fenómeno que tiene fundamentalmente a las mujeres como víctimas y en menor medida a hijos o a otros miembros de la familia, y en definitiva lo importante es que la previsión legal pueda satisfacer la necesidad de acabar con la impunidad de una conducta intolerable, aunque la formulación sea confusa.

El modelo «familiar» en que se inspira el diseño legal (penal) de la figura del «maltrato habitual» va a condicionar el discurso jurídico penal que, en su desarrollo conforme a patrones deductivos y de lógica formal, con frecuencia tiende a discurrir de espaldas a la realidad. Y, como veremos, afincados en la imagen de la «violencia familiar» el análisis formal descubre «lagunas» en el «concepto» de lo que derivan las propuestas de extender el ámbito de lo punible a otras situaciones análogas a la convivencia familiar porque «también» se trata de personas vulnerables «sometidas» a la autoridad de quien tiene el deber de cuidar o proteger o educarles. La mujer se mantiene en el imaginario del orden familiar junto al grupo de los «vulnerables».

Pese a ello, la singularidad de los rasgos que definen la violencia contra la mujer en este ámbito, la secular tolerancia —o incluso históricamente el aval cultural y jurídico de ciertas prácticas— y la persistencia en la actualidad, constituyen hoy el motivo básico de preocupación y de atención de la mayoría de la sociedad y el motivo de las reformas en materia de la genéricamente denominada «violencia familiar» o «vio-

⁷ Salvando las distancias, por poner un ejemplo, también la estafa y la apropiación indebida se equiparan en gravedad y penalidad, y sin embargo nunca se ha dudado de la procedencia de una previsión diferenciada, acuñada históricamente. Pero nos encontramos hasta conductas que sólo recientemente han pasado a ser consideradas como gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales, y la referencia histórica se encuentra en las «faltas» de maltrato familiar diseñadas conforme a coordenadas culturales incompatibles con la consideración de la mujer como persona con autonomía de decisión. Sobre los antecedentes históricos en la codificación penal, ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 23 ss.

lencia doméstica». El fenómeno del maltrato de las mujeres por sus parejas o ex parejas ostenta rasgos específicos bien conocidos a los que la ley debe prestar atención si pretende captar adecuadamente la realidad que somete a valoración. No sólo por la exigencia de congruencia de la descripción típica con el sustrato fáctico que pretende recoger, sino también por la fuerza comunicativa de los discursos que genera y que inciden en las representaciones sociales de los significados.

Por ello no pueden ignorarse los rasgos básicos que permiten deslindar la singularidad de la violencia que padecen las mujeres víctimas de la violencia «doméstica». En primer lugar la clase de relación entre el agresor y la víctima; relación sentimental o de convivencia, actual o de pasado reciente, con o sin hijos. Relación de intimidad afectiva y sexual entre dos personas adultas, no asimilable a otras «relaciones familiares», con su propia dinámica de interacción. En ella se proyectan de forma singular las representaciones sobre la propia identidad y las expectativas donde los roles de género, culturalmente aprendidos juegan un papel decisivo. Las expectativas de acatamiento y sumisión de la mujer en esa relación se encuentran en la base de la violencia instrumental que reclama el efectivo sometimiento; a la vez el replegamiento de la mujer ante el hostigamiento, y los intentos no irrazonables de «salvar» la relación y frecuentemente para evitar los traumas de una ruptura para los hijos comunes, no es ajeno a su socialización en el modelo de género, pero tampoco es ajeno a una lógica ponderación de costes y de valoración de afectos que no puede tacharse de irracional⁸. El proceso de ruptura requiere un tiempo de maduración y de asunción de las consecuencias, lo que explica en muchas ocasiones el titubeo o la tardanza en la adopción de ciertas decisiones, o en denunciar los hechos cuando la situación ya resulta explosiva.

Y de ello derivan dos características del maltrato a la mujer en la pareja que deben tenerse en cuenta en el diseño de medidas de prevención extrapenales —esa ley integral pendiente— y en las pautas político criminales. La entidad del maltrato toma cuerpo en las manifestaciones de violencia física, coacciones y amenazas que se insertan en la dinámica de control de la conducta de la mujer para imponer o mantener su sometimiento a la voluntad del agresor. En la realidad de la variaciones casuísticas, la agresión física o la presión psicológica ejercida puede alcanzar cotas de grave vejación y humillación, o bien mantenerse en un nivel de episodios de hostigamiento y atemorización que tal

⁸ Cfr. LA LARRAURI PIJOÁN, E., «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 12, 2003, pp. 271 ss.

vez muchos considerarían «soportable» («mi marido me pega lo normal») hasta que en un momento se recrudece la tensión⁹. La traducción a parámetros jurídicos del significado lesivo remite a la referencia a los bienes jurídicos afectados, —libertad, salud, integridad moral— cuya tutela fundamenta la intervención penal dirigida a exigir responsabilidad al agresor por el mal causado. Pero además, el maltrato habitual presagia un riesgo de escalada o de continuación en la agresión que nos reconduce al terreno de la «peligrosidad» delictiva¹⁰. Por ello en la mayoría de los casos, cuando la víctima acude al Juzgado busca ante todo protección e intervención para que cesen las agresiones. Y aquí es donde el sistema penal se encuentra con dificultades para responder a la demanda principal de la denunciante. Es obvio que las medidas cautelares y la «orden de protección» de urgencia —un avance que se hizo esperar hasta el año pasado— resultan decisivas, así como la pena de alejamiento. Un «alejamiento» que sin embargo conceptualizado como «pena» ha comenzado a plantear problemas por su rigidez para adaptarse a las peculiaridades de aquellas situaciones en que la pareja reanuda la convivencia, o cuando deja de ser necesario mantener una prohibición y la víctima o los familiares solicitan su flexibilización.

⁹ Las formas de manifestación, el desarrollo de las dinámicas de agresión, la interacción entre agresor y víctima presentan lógicamente numerosas variantes dentro de un patrón común. Me remito al espléndido estudio de MEDINA, J.J., *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia 2002, donde se recoge con ponderación y matices los resultados de numerosas investigaciones sobre esta cuestión realizados en otros países y más recientemente en el nuestro. En síntesis, no hay una foto fija de maltrato a la mujer sobre la que podamos deducir causas y factores desencadenantes, ni una receta mágica de soluciones y respuestas eficaces. Pero a estas alturas la experiencia acumulada en otros países y lo que vamos aprendiendo con tropiezos en el nuestro, indican un camino por donde avanzar. Sobra decir que el papel de la justicia penal en este camino es limitado, pero imprescindible para modificar la conciencia de impunidad, y la falta de conciencia de la intolerabilidad del maltrato que hasta ahora han permitido su pervivencia bajo el manto de la privacidad.

¹⁰ La necesidad de atajar un desenlace mortal explica en gran medida la atención que ha comenzado a prestarse a las situaciones de maltrato continuado porque en muchos de los casos conocidos las víctimas lo venían padeciendo tiempo antes de su muerte a manos de su pareja. El asesinato de Ana Orantes en diciembre de 1997, separada de su marido pero con el que compartía, por decisión judicial, la vivienda en el mismo chalet, víctima durante largos años de maltrato y finalmente asesinada cruelmente, actuó como detonador en la conciencia social y desde entonces las noticias de asesinatos de mujeres han pasado de las páginas secundarias de sucesos a las portadas de los diarios. Aunque la opinión pública sobre el maltrato habitual es más ambigua, a partir de esa fecha es constatable la mayor preocupación que suscita, lo que se plasma en la multitud de Estudios e informes encargados por diversas Instituciones Públicas y la difusión que reciben en los medios.

Peculiaridades asociadas a las vicisitudes de la relación de pareja, ámbito que no es compatible con la imposición por ley de una ruptura no deseada, lo cual genera un problema de difícil resolución desde los parámetros estrictamente punitivos. Esta peculiaridad obliga a reflexionar sobre la necesidad de una mejor adaptación del sistema de respuesta penal que permita captar la distinta gravedad y el grado de peligrosidad que contienen las concretas prácticas de maltrato que llegan a los Juzgados, dada la complejidad que presenta el ámbito de las relaciones de pareja y su proyección familiar. Ese componente de «peligro» de repetición o de incremento de la violencia, debe valorarse de acuerdo con los procedimientos del diagnóstico de «peligrosidad» del agresor, que en esta materia presenta connotaciones diferentes respecto al concepto general de «peligrosidad delictiva». El «peligro de repetición» no es indeterminado en cuanto a eventuales víctimas o en cuanto a la ocasión o el lugar, puesto que la «peligrosidad» del agresor aparece claramente perfilada en su dirección —fundamentalmente la mujer ya victimizada, los hijos o determinados allegados— y bastante previsible en cuanto a la clase de agresión que puede temerse.

Puede en principio resultar más sencillo interponer obstáculos para que el peligro no se materialice, y mantenerle la prohibición a «fecha fija». Pero si el fundamento reside en razones de prevención especial sobre la base de la «peligrosidad delictiva», es ineludible operar conforme a un diagnóstico riguroso fundado en los factores de predicción suficientemente constatados¹¹. La consecuencia sería lógicamente la adopción de una medida de seguridad adecuada a la situación que, como «medida» puede modularse en función de los diagnósticos sucesivos de «peligrosidad» durante un tiempo, con la correspondiente prolongación o cesación del «tratamiento» o de la medida de aseguramiento. Modulación que sin embargo está vedada cuando se trata de una «pena», como formalmente lo es la prohibición de aproximación a la víctima prevista como consecuencia punitiva para estos delitos y ahora prolongada en su duración (cuando entre en vigor la LO 15/2003). Únicamente cabe una modulación en función del desarrollo de las circunstancias, después de la sentencia, cuando el alejamiento se decreta como «medida de seguridad», lo cual hoy sólo es factible si el agresor fuera declarado inimputable o semi-imputable.

¹¹ Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *El homicidio en pareja: Tratamiento criminológico*, Valencia, 2000, pp. 423 ss.

II. La nueva sistemática en la regulación penal de la violencia doméstica

La LO 11/2003 de 29 de septiembre denominada de «medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» introduce una modificación de gran alcance en la reestructuración de las conductas típicas de violencia doméstica que ahora se sitúan, por orden de gravedad, en tres preceptos:

- Maltrato habitual: delito contra la integridad moral, con importante ampliación del círculo de sujetos pasivos, art. 173,2.
- Maltrato ocasional: lesiones físicas o psíquicas de carácter leve, maltrato de obra, amenaza leves con arma: art. 153. Convierte en «delito» las conductas hasta ahora tipificadas como faltas del art. 617,1 y 2 y 620,1 cuando el sujeto pasivo pertenece al círculo de personas enunciadas en el art. 173.
- «Falta» de amenazas leves sin arma, coacciones o vejaciones leves: art. 620.

Además se amplía la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 para incluir en su ámbito a los ex cónyuges o ex parejas, y a los ascendientes, descendientes o hermanos de éstos, rectificando así el criterio jurisprudencial adoptado en los años 90 que excluía la agravación cuando la relación conyugal estuviera «de hecho» destruida¹². (Esta modificación implica una consecuencia que probablemente no estaba en la mente del legislador, que en delitos patrimoniales ese «parentesco ampliado» puede operar como atenuante).

En el frenesí de lo que constituye la «contrarreforma» continuada del código penal vigente¹³, dos meses después de promulgación de la Ley 11/2003 se introducen por LO 15/2003 de 25 de noviembre modi-

¹² Recordemos que *por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* de la Sala del TS de 18 de febrero de 1994, se asumió el criterio de excluir la estimación del parentesco en los homicidios entre cónyuges cuando la relación matrimonial estuviera «de hecho» manifiestamente destruida, a efectos de evitar la tipificación como parricidio; la interpretación restrictiva se extendía al parentesco como agravante, criterio también propugnado por la doctrina. En esos años el número de homicidios entre cónyuges, no era menor que el actual: 115 en el año 1993, 114 en el año 1994 (según datos recogidos por CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. *El homicidio en pareja*, cit., p. 177), lo que revela el retraso en la toma de conciencia sobre el significado de la «violencia doméstica».

¹³ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Xuridica Galega*, n.º 38, 2003, pp. 13 ss.; SANZ MORÁN, A., «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 11, 2004, pp. 11 ss.

ficaciones en las penas y medidas aplicables en caso de violencia doméstica, que entrarán en vigor el 1 de octubre de 2004: ampliación de las penas accesorias específicas (patria potestad, régimen de visitas) y de la duración de la pena de «alejamiento» (prohibición de aproximación o de comunicación), adición de requisitos para la concesión de la suspensión condicional de la pena, para la sustitución de la pena y para el acceso a la libertad condicional y otras modificaciones.

Como aspectos más destacados de la reforma interesa subrayar las consecuencias derivadas de la creación de dos figuras de violencia doméstica, dislocadas en su ubicación sistemática. Como elemento común a ambas, el amplio círculo de sujetos que definen lo «doméstico», y las nuevas cualificaciones como subtipos agravados.

1. *El delito de maltrato habitual del art. 173.2*

Reproduzco el texto actual del art. 173 subrayando las modificaciones en lo relativo a la «violencia doméstica» respecto al antiguo art. 153.

«1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligado a él de forma estable por 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, sobre los menores o incapaces 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las

contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»

Tres aspectos constituyen novedad respecto a la configuración típica anterior, que provenía de la importante reforma de 1999. En primer lugar la consideración de que se trata de un delito contra la integridad moral, en segundo lugar la ampliación de los sujetos y en tercer lugar las cualificaciones que agravan el tipo básico.

A) LA INTEGRIDAD MORAL COMO OBJETO DE TUTELA: A LA BÚSQUEDA DEL SIGNIFICADO LESIVO DEL MALTRATO HABITUAL

Cuando en el año 1989 se «reconoce» la importancia del maltrato habitual al fijar sus contornos en un tipo específico, se ubica en el marco de los delitos de lesiones. La conducta típica queda cifrada sobre el aspecto físico del maltrato, lo que pronto se constató como insuficiente para dar cuenta de su fenomenología en cuanto formas de manifestarse y de su desvalor específico. Las posteriores reformas han ido precisando la definición en un proceso de ajuste de las percepciones sobre la trascendencia de estos hechos, que discurre en paralelo a la emergente conciencia social en el descubrimiento de un fenómeno hasta entonces esquivo a la mirada pública. La iluminación de esa zona de penumbras fue inicialmente paulatina, hasta que al final de los años 90 la avalancha de información y la mejora de las previsiones legales en la definición de esta figura, dieron paso al incremento de denuncias. Aunque sabemos que éstas representan únicamente un segmento mínimo de la dimensión del maltrato doméstico sobre todo en relaciones de pareja¹⁴, los casos que se amontonaban en los Juzgados demandaban una intervención adecuada a las particularidades de estas infracciones y de las situaciones de las víctimas.

¹⁴ El CGPJ en su *Informe sobre la Violencia Doméstica* de 21 de marzo de 2001 reconoce que según los datos de los expertos sólo entre un 5% y un 10% de las agresiones producidas en el ámbito familiar son denunciadas. en procedimientos penales durante 1999 (cifra que ha de analizarse con cautela, habida cuenta de que los expertos apuntan a que sólo entre un 5% y un 10% de las agresiones producidas en el ámbito familiar son denunciadas).

La interacción entre el mundo de la realidad y el mundo jurídico que se produce en la recíproca alimentación de significados, se revela en esta materia de forma patente. Las primeras definiciones jurídicas del maltrato habitual (antiguo art. 425 creado en la reforma de 1989, y posteriormente el art. 153 en el código de 1995) se corresponden con las explicaciones predominantes que cifran en la integridad física el bien jurídico protegido, sea como lesión de la salud o como conducta de peligro abstracto¹⁵ o concreto¹⁶ para la salud física y psíquica. No obstante también se subraya la insuficiencia de esta perspectiva y la necesidad de enfocar el significado disvalioso de la conducta desde la afectación de la dignidad, la libertad, el «bienestar personal», la indemnidad personal, el honor o la integridad moral¹⁷. En particular a partir de la reforma de 1999, la explícita mención a la violencia psíquica va a propiciar el desplazamiento del acento hacia la consideración de la autonomía de decisión y de la integridad moral como núcleo de tutela. Por otro lado, atendiendo al círculo de sujetos pasivos que comprende la descripción típica, algunos comentaristas sitúan el significado lesivo en la lesión a la «paz familiar», a las condiciones de convivencia en el espacio familiar que deben respetar la dignidad y el desarrollo personal de sus integrantes¹⁸.

De forma similar discurre la argumentación en la jurisprudencia. La casuística que llega a los tribunales muestra con crudeza la estrechez de las explicaciones basadas en la referencia a la afectación de la integridad física. De forma creciente, las resoluciones judiciales definen el

¹⁵ Peligro abstracto para la salud o la integridad física, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, p. 124.; GRACIA MARTÍN, L. en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al código penal. Parte Especial I*, Valencia 1997, p. 425.

¹⁶ MAQUEDA ABREU, «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1528 s.; LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en *Boletín de Información y análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, n.º 14, diciembre 2003, p. 6: «riesgo cierto y directo».

¹⁷ Ya desde los inicios QUINTERO OLIVARES, G., «Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de julio», en *ADPCP* 1989, pp. 915-45. A partir de 1995, TAMARIT SUMALLA, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona 1996, pp. 744 s. No puede aquí darse cuenta de la abundante bibliografía sobre esta cuestión, por lo que me remito a una de las más recientes contribuciones sobre el bien jurídico en esta materia, que recoge las distintas posiciones doctrinales: CASTELLO NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid 2002, pp. 53 ss.

¹⁸ ALCALÉ, SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 133 ss. Ulteriores referencias, en CASTELLÓ NICÁS, N. «Problemática sobre...», *cit.* pp. 58 ss.

maltrato como «aquél que genera un clima permanente de temor y hostigamiento, una situación de dominio de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes», y que convierte el espacio doméstico en un «microcosmos regido por el miedo y la dominación»¹⁹. En algunas sentencias encontramos ulteriores explicaciones con remisión a un amplio elenco de normativa internacional sobre derechos humanos, declaraciones de organismos internacionales, Decisiones de las Comunidades Europeas, etc., con un expreso énfasis en el trasfondo cultural de la violencia de género²⁰.

La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1998 sobre la Intervención del ministerio fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar indicaba la insatisfacción y confusión que producían la ubicación del maltrato habitual en el marco de los delitos de lesiones porque,

¹⁹ STS 24.6.2000 (Ref. Ar. 5792), a la que remiten de forma reiterada numerosas sentencias posteriores.

Aunque no es la primera que presenta esta argumentación, cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencia*, Barcelona 2001, pp. 96 ss.

²⁰ Así en la sentencia de la AP Barcelona (sección 3.ª) de 12.7.2001 se argumenta que:

«En el art. 153 Código Penal el bien jurídico protegido no es la integridad física, es mucho más amplio y comprende los valores propios de nuestra sociedad; es necesario asegurar la igualdad entre marido y mujer, proclamada en el art. 14 C.E., y la integridad moral de la mujer, que se ve vulnerada cuando es sometida a una situación de maltrato dentro del ámbito familiar. Por ello lo importante no es que queden probados actos individualizados de violencia, sino que lo importante, es que se constate que en el desarrollo de la vida diaria la mujer es sometida a un trato degradante por parte de su pareja y esta situación ha quedado probada en el presente caso.»

La sentencia de la AP de Córdoba de 26.11. 2001 en la misma línea:

«[...]es preciso, a la hora de hacer cualquier valoración de la prueba, tener como criterio rector que en el caso del maltrato familiar *el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la simple integridad personal, puesto que atenta a valores constitucionalmente considerados de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona o al libre desarrollo de su personalidad* (art. 10 de la Constitución Española) que como correlato supone el derecho a la integridad física y moral con interdicción de tratos inhumanos o degradantes (art. 15) y el derecho a la seguridad (art. 17); siendo, por tanto la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo distinta de los concretos actos de violencia.

Y esto no es una “moda”, sino una exigencia de una sociedad democrática avanzada a la que le repugna el maltrato familiar, y cuando la cuestión principal subyacente a la problemática de los malos tratos en familia consiste en la existencia de un encubrimiento cultural de tales hechos, lo cual precisa ser contrarrestado con otra clase de medidas, educativas o tendentes a modificar la actitud de los órganos encargados de la persecución de tales hechos...» Y a continuación la amplia cita de documentos internacionales.

«Debe repararse, pese a dicha sistemática, en que el art. 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15), así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar (art. 39).»

Desde esta perspectiva se reformulan los criterios de interpretación de la «habitualidad» requerida en la descripción típica, que en definitiva deben servir para acreditar la creación de un clima de violencia sistemática que constituye el sentido de lo que el legislador pretende reprimir. Por lo que, incluso «cabría dar por acreditada dicha habitualidad si a consecuencia de un dictamen pericial médico se evidenciaran resultados lesivos que por su diferente evolución hubieran necesariamente de haber sido causados en distintas y repetidas ocasiones».

La reconducción del significado del delito de maltrato habitual hacia la creación de un «clima permanente» viene a reconocer la real entidad de las situaciones objeto de enjuiciamiento. Pero además, la insatisfacción por la ubicación del delito en el título de las lesiones proviene de las dificultades de interpretación de los problemas concursales. A juicio de la Fiscalía, y de algunos comentaristas, el traslado del delito de maltrato habitual a otro título del código facilitaría un mejor entendimiento para la aplicación de las reglas del «concurso de delitos»²¹. Por de pronto no habría que acudir a adicionar un delito contra la integridad moral cuando determinadas prácticas de maltrato constituyeran un patente trato vejatorio y denigrante, que como la fiscalía propugnaba y de hecho la jurisprudencia venía aplicando²², debieran dar entrada al concurso de delitos con el maltrato habitual del art. 153.

²¹ Como señala SANZ MORÁN, A., «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», *cit.*, p. 32, esta suposición no deja de ser «voluntarista».

²² Especial notoriedad alcanzó la sentencia de la AP de Barcelona de 17.4.200 referida a la vejación consistente en obligar a la mujer a meter cabeza en el water, y que condenó al agresor por una falta de maltrato y por delito contra la integridad moral del art. 173. En esta sentencia se subraya que «en todo supuesto de malos tratos en parejas lo que en realidad se constata es un desprecio a la mujer a la que se considera inferior al hombre y por tanto obligada a someterse a los dictados de éste, lo que se busca con el maltrato físico o psíquico es humillar a la mujer para formar su voluntad y conseguir su sometimiento por medio del miedo y ello evidentemente encaja en lo que se define como violación de la integridad moral. La mujer mediante los malos tratos a que le somete su pareja resulta degradada vejada y humillada».

El legislador contaba por tanto con argumentos para proceder al peregrinaje del delito de maltrato, en búsqueda de un mejor acomodo conforme a su contenido lesivo. La decisión de situarlo entre los «delitos contra la integridad moral» parece en principio adecuada, pero también plantea otros problemas. Por un lado por la naturaleza plurifacética de la lesión a la «integridad moral»²³ que afecta a planos de la libertad que colindan con los delitos de coacciones y amenazas. Dada la regla concursal explícita repetida en el n. 2 del actual art. 173, no desaparecen los problemas de interpretación sobre la necesidad de condenar también por las amenazas o coacciones individualizables. El problema reside en la resistencia a superar la lógica formal empeñada en sumar infracciones, incluso cuando éstas no alcanzan una gravedad suficiente que pueda traducirse en un «plus» significativo sobre la gravedad inherente al maltrato habitual²⁴. El juego del principio de consunción debe mantener su operatividad, pese a la dicción del último párrafo del art. 153. Al igual que ocurre respecto de otras infracciones, la cláusula «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica», no puede derogar las principios materiales que sustentan las reglas del concurso de leyes²⁵.

La adopción de la perspectiva de la «integridad moral» se corresponde con la representación prototípica del maltrato a las mujeres en la pareja, que opera como «imagen» de referencia para el legislador. Pero a partir de ahí surgirán problemas en la interpretación de la intensidad que debe presentar el maltrato para subsumirse como agresión a la integridad moral. El criterio legal que remite «número de actos de

²³ La pretensión de «aislar» la «integridad moral» para fijar fronteras nítidas respecto a otros bienes personalísimos no puede prosperar porque estamos en un campo de confluencias recíprocas. Como señala GARCÍA ARÁN, M., «La Protección penal de la integridad moral», en *La ciencia penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Cerezo*, Granada 2002, p. 1243, «nos encontramos ante el mismísimo núcleo de los derechos de la personalidad en el que no cabe sino partir de un concepto de persona como realidad compleja, especialmente en cuanto a titular de derechos se refiere. En otras palabras, la personalidad no es la suma de derechos aislados, sino la posibilidad de su ejercicio conjunto e insoluble de forma que lesionándose uno de ellos afecta a todo el conjunto. A mi juicio, derechos fundamentales como la integridad física, la libertad o la integridad moral no pueden reducirse a ámbitos estancos perfectamente delimitados.»

²⁴ En este sentido MAQUEDA ABREU, M.L., «La violencia habitual en el ámbito familiar...», *cit.*, pp. 1529 s.

²⁵ Cfr. Sobre esta problemática SANZ MORAN, A., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el código penal de 1995», en *El nuevo código penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Angel Torio Lopez*, Granada 1999, pp. 505 ss. y GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona 1995, pp. 357 ss.

violencia» y a su «proximidad» probablemente será sometido a reinterpretación para dejar fuera del ámbito de esta figura los casos en los que sólo resultan acreditados tres episodios de maltrato o coacción leve que no deriven en un «clima» de atemorización y vejación²⁶. O bien se aceptará que en todo caso la repetición —aunque fueran tres episodios leves— supone afectación a la integridad moral de la víctima. Y de nuevo en este punto nos encontramos con la paradoja de las representaciones entrecruzadas de lo que es la violencia contra la mujer por su pareja que le impone acatamiento o le humilla, y otros supuestos de «violencia doméstica y asimilados». Concretamente pensemos en el padre o la madre que tiene la mala costumbre de pegar cachetes a sus hijos; o en dos cuñados enfrentados que llegan a las manos en varias ocasiones: ¿puede predicarse en estos casos la presencia del desvalor material de la que inspira la figura de violencia doméstica habitual?

No han faltado propuestas que señalan como bien jurídico en este delito la «paz familiar»²⁷, y otras que propugnan la conveniencia de situar este delito en un título de «delitos contra la familia»²⁸, modelo que encontramos en códigos penales de otros países²⁹. La Circular 1/1998

²⁶ Apunta a este problema MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en Díez Ripollés, J.L. y Romeo Casabona, C. (ed.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial II*, Valencia 2004, pp. 81 s.

²⁷ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos*, cit., pp. 133 s. MOLINA, p. 60: «los malos tratos lesionan bienes personalísimos, pero además ponen en peligro la salud y el equilibrio psíquico, la seguridad y la dignidad de todo el que conviven con ellos, sea su víctima directa o no». Por ello considera que «el bien jurídico protegido es la seguridad en la convivencia familiar y que sistemáticamente debiera ubicarse entre los delitos contra las relaciones familiares.»

²⁸ Ilustrativa la postura del Fiscal del TS DEL MORAL GARCÍA, A., «El delito de violencia habitual en el ámbito familiar», en CGPJ, *Delitos contra las personas. Manuales de formación*, Madrid 1999, p. 314: «pienso que situar el objeto de protección en el ámbito familiar, como bien supraindividual, es la tesis que *permitirá resolver satisfactoriamente los problemas concursales* y que propiciará otorgar un espacio definido a esta figura penal. Esta posición se vería favorecida si el legislador hubiese optado por otra ubicación sistemática. Y desde luego queda entorpecida tanto por la equiparación de las uniones de hecho, como por la última modificación que contempla también los ataques provenientes de personas con las que ha cesado esa relación marital (lo que parece responder más a razones de política criminal más que a motivos dogmáticos que justifiquen esa cualificación) [sic]. *Sólo en esa necesidad de protección de la institución familiar (art. 39 de la Constitución) puede encontrarse un fundamento sobre el que asentar sólidamente la doble sanción en casos de habitualidad*. En estos supuestos no sólo se está violentando el bien jurídico integridad física, sino también un auténtico deber jurídico afirmado por el art. 67 del código civil, por los *deberes especiales frente a parientes*. *Cuando esto se enturbia comienzan los problemas*, las divergencias doctrinales y la imposibilidad de encontrar acomodo claro para este tipo.» [Subrayados añadidos].

²⁹ Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, jurídico y de derecho comparado*, Granada 2001, pp. 153 ss.

de la Fiscalía ya señalaba que la lesividad de estas conductas remite a la necesidad de tutela de «la paz y el orden familiar». Numerosas sentencias repiten de forma prácticamente estereotipada la referencia al doble plano lesivo: integridad moral y paz familiar, junto al «clima de sometimiento y de atemorización»³⁰. La técnica de agrupación indistinta de las relaciones conyugales o de pareja y las relaciones familiares respecto a hijos o a otros parientes, conduce a esta asociación de ideas. Sin embargo, el amplio círculo de sujetos pasivos incluido en el ámbito típico no es compatible con la consideración de la «familia» como criterio rector de la tipificación. En cuanto a la consideración de la «paz o el orden familiar» como bien jurídico, de carácter institucional supraindividual, resulta ciertamente perturbador por las evocaciones que contiene de la imagen tradicional de la familia como ente al que quedan supeditado la individualidad y autonomía de sus integrantes. La afectación concreta de bienes personalísimos de la víctima pasaría a diluirse en la tutela de ese abstracto concepto de la «paz familiar» difícilmente operativo en su aplicación práctica³¹.

Por otro lado, con la nueva ubicación la característica del «peligro» de incremento de la violencia en las relaciones de pareja, especialmente en situaciones ruptura, parece pasar a un segundo plano, si bien este aspecto está presente en la precisión de la pena de alejamiento que volverá a ser modificada y ampliada por LO 15/2003.

B) LA AMPLIACIÓN DEL CÍRCULO DE SUJETOS PASIVOS

La inclusión como sujeto pasivo de «persona que esté o haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad aun sin convivencia» responde a los casos conocidos de novias asesinadas por su pareja o ex novio que revelan la permanencia del acoso después de la ruptura. Como señala Lorenzo, la pretensión de dominio y de subordinación que fragua explosiones de violencia no es privativa de si-

³⁰ La referencia a la STS 24.6.2000 (Ref. Ar. 5792) es constante, en particular a la siguiente fundamentación: «Lo relevante es constatar si en el *factum* se describe una conducta atribuida al recurrente que atente contra la *paz familiar* y se demuestre en agresiones que dibujen ese *ambiente de dominación y temor* sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de la *habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen las dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal*».

³¹ Con atinadas críticas a esta propuesta, CASTELLÓ NICÁS, N., «Problemática sobre...», *cit.*, pp. 63 ss., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica, cit.*, pp. 177 ss., MUÑOZ SÁNCHEZ, J. en *Comentarios al Código penal*, II, *cit.*, pp. 94 s.

tuaciones de convivencia, pues se constata en fases previas como el noviazgo, y en relaciones estables con una segunda mujer fuera del matrimonio. Por ello los recelos sobre la inseguridad jurídica que puede originar la no exigencia de «convivencia» pueden superarse con una interpretación teleológica que atienda a la consistencia o estabilidad de la relación —actual o de pasado— que es la que permite constatar la creación del clima de dominación y subordinación que caracteriza la violencia de género³².

En cuanto a la ampliación de sujetos más allá de la relación de pareja, (nietos, abuelos, hermanos o cuñados del agresor o de la pareja, o respeto a otras personas integradas en el núcleo familiar), resultará necesario asimismo una interpretación restrictiva conforme al sentido material de la valoración típica de la «habitualidad» y de su idoneidad para generar un clima de sistemática vejación.

Esta ampliación del círculo abona aún más la improcedencia de considerar como presupuesto definitorio del delito «la relación de dominio y de poder» derivada de una relación jurídica o familiar³³, o de una «posición de deber»³⁴ que sólo concurre respecto a los hijos o a las personas sometidas a tutela o custodia. Y por supuesto nunca respecto a los cónyuges, pareja o ex parejas porque precisamente en este ámbito la «posición de dominio» y de sometimiento de la voluntad no es el presupuesto sino el resultado pretendido o la motivación explícito o implícita de las agresiones. No se ignora que la dependencia económica y sentimental pueden suponer una relación fáctica de vulnerabilidad, pero no es una situación equiparable a la «dependencia» derivada por la «naturaleza» de la relación sino por la patología de la relación.

Pese a la heterogeneidad de los supuestos agrupados en la descripción típica, la óptica de la «relación de dependencia» o de «abuso de la situación de poder» conduce a parte de la doctrina a descubrir «lagunas de punición» y a proponer la extensión del ámbito típico incluso

³² LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica», *cit.*, p. 7.

³³ En el más reciente comentario sobre el actual art. 173 MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en *Comentarios al Código penal*, II, *cit.*, pp. 88 s. y 101, se adhiere a la posición de GRACIA MARTÍN y de otros autores (en su referencia en n. 166) y mantiene que lo determinante para la realización del tipo es «la relación de dominio y de poder que proporciona esa relación jurídica que deja a la víctima en una situación de indefensión», aunque matiza que «esta situación de indefensión o de dependencia de la víctima puede estar basada en razones afectivas, psicológicas o económicas que anulan o dificultan la capacidad de defensa de la víctima».

³⁴ Una acertada crítica al entendimiento de este delito bajo el presupuesto de «posiciones de deber», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La violencia doméstica*, *cit.*, pp. 179 ss.

a espacios militares o penitenciarios³⁵. El legislador no ha ido tan lejos, pero ha recogido la idea para incluir a las «personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados»³⁶. Con ello cada vez se difumina más, en la dicción legal, el significado genuino de la violencia de género en el ámbito de la pareja, convirtiéndose la figura del «maltrato habitual» en una especie de híbrido de supuestos asimilados a la «violencia doméstica»³⁷ dando entrada tanto los abusos y tratos vejatorios en las residencias de tercera edad, como en ámbitos escolares y hospitalarios. En derecho comparado pueden encontrarse numerosos ejemplos de formulaciones de este amplio tenor³⁸, que ciertamente sitúan el acento en la «vulnerabilidad» de las eventuales víctimas, lo cual, a mi juicio, no es un argumento para justificar la imitación. Claro que si se toma la opción de configurar un tipo enfocado desde el prisma de las relaciones de sujeción y vulnerabilidad, lo equivocado no es la ampliación del elenco de sujetos pasivos, sino el mantenimiento bajo tales parámetros de lo que constituye violencia y maltrato contra las mujeres en la convivencia de pareja o después de haber cesado ésta. Pero entonces lo que resulta engañoso es presentar las reformas como forma de respuesta al preocupante fenómeno de la «violencia doméstica», en el que el 90 % de los casos lo constituyen agresiones en la pareja con una incidencia importante de situaciones de ruptura de la convivencia.

C) SUBTIPOS AGRAVADOS

La precipitación de la reforma se deja sentir en el elenco de calificaciones que parecen responder a una improvisación poco meditada, pero casi la totalidad de ellas se ajusta a las circunstancias que con mayor frecuencia se presentan en la práctica de violencia contra las mujeres en este ámbito:

- a) Cuando alguno de los actos de violencia tenga lugar en presencia de menores: agravación que encuentra su fundamento

³⁵ Así GRACIA MARTÍN en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al código penal. Parte Especial I*, cit., pp. 444 ss.

³⁶ GARCÍA ALVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia 2000, pp. 59 ss., consideraban que estas relaciones quedaban incluidas en el ámbito del antiguo art. 153 propugnando una interpretación amplia de las relaciones de «acogimiento y guarda de hecho». También GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (ed.) *et alter, Addenda al Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid 1999, p. 16.

³⁷ En este sentido LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica...», cit., p. 8.

³⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *La violencia doméstica*, cit., pp. 273 ss.

razonable en el daño indirecto para los hijos que presencian el maltrato, incluido el peligro de que resulten también víctimas de éste. Si bien cuando son ellos mismo las víctimas directas del maltrato habitual no es aplicable el subtipo agravado. Como señala la Circular 3/2004 de la Fiscalía, no tiene sentido apreciar la agravación cuando se perpetre ante menores que no tengan vinculación alguna con el agresor o el agredido, citando como ejemplo agresiones entre cónyuges en la vía pública que puedan presenciar menores ajenos.

- b) Cuando tengan lugar en el domicilio común: cualificación insólita porque es el lugar donde casi por definición se produce el «maltrato doméstico». No parece que sea de menor gravedad golpear a la esposa en plena calle o insultarle por teléfono, o hacerlo dentro de la vivienda. En los demás casos de «relación asimilada» a la doméstica, no procede hablar de «domicilio común» o cuando así sea —director de residencia que vive en ella— tampoco es plausible el sentido de la agravación.
- c) Cuando tengan lugar en el domicilio de la víctima. Circunstancia que presupone que no hay convivencia. El supuesto de hecho que inspira esta cualificación es sin duda el de la pareja divorciada o separada, en el que tiene sentido tomar en cuenta el «plus» que representa lo que constituye una especie de persecución contra la víctima, en flagrante resistencia a aceptar su decisión de romper la relación con el agresor. Puede concurrir con el delito de allanamiento de morada (en concurso ideal) aunque no siempre, ya que la entrada en el domicilio ha podido ser consentida sin que llegue a formularse la negativa a que permanezca en él.
- d) Cuando se utilizaran armas. Cualificación aplicable a cualquiera de los supuestos de maltrato, que tiene su fundamento en la peligrosidad objetiva de su uso. Lo que resulta criticable que no se extienda al uso de «otros medios o formas concretamente peligrosos», fórmula usual en la técnica de subtipos agravados por esta circunstancia en otros delitos³⁹. La prohibición de «bis in idem» entrará en juego cuando el uso de armas coincida con la causación de un delito de lesiones que permita la aplicación de la agravación del art. 148,1. Si el uso de armas tiene lugar en otras ocasiones distintas a aquellas en las que se produjeron le-

³⁹ La Circular 3/2004 de la Fiscalía meramente constata esta diferente formulación que «suscita la duda» de si debe extenderse a la utilización de otros medios peligrosos, duda que resuelve en sentido negativo apelando al principio de legalidad.

- siones, podría mantenerse la cualificación en el delito de maltrato habitual, en concurrencia con el delito agravado de lesiones.
- e) Cuando la realización de alguno de los actos de violencia tengan lugar quebrantando la prohibición de aproximarse o de comunicación con la víctima, impuesta como pena contemplada en el art. 48 de este código o como medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. Sin duda responde a la comprobación de la frecuencia con que se produce el quebrantamiento de tales prohibiciones, que en numerosos casos precisamente tiene lugar para continuar con la violencia o para incrementar la escalada de agresiones en reacción vindicativa por la denuncia ante los tribunales. La necesidad de impedir tales incumplimientos requiere fundamentalmente y con urgencia la articulación de recursos que aseguren el cumplimiento de la prohibición de alejamiento, objetivo que no puede confiarse a la agravación de la conminación penal⁴⁰. La concurrencia con el delito de quebrantamiento de pena o medida (art. 468 afectado por la reforma de la LO 15/2003 por la que el quebrantamiento del alejamiento en esta clase delitos se penaliza con prisión de tres meses a un año o trabajos en servicio de la comunidad) remite de nuevo a las reglas concursales, que en este caso deben operar a mi juicio conforme a los principios del concurso de normas, con la consecuencia de excluir la apreciación del delito de quebrantamiento, a favor de la aplicación preferente de la cualificación en el delito de maltrato del art. 173.2. El «plus» de gravedad de la conducta realizada en tales circunstancias no deriva de la mayor intensidad lesiva respecto a la víctima, sino del significado del propio quebrantamiento de la restricción impuesta, que es sobre el que podría predicarse una mayor gravedad en cuanto que la «desobediencia» se dirige a frustrar la contención del peligro que constituye el fundamento de la orden de alejamiento.

En este elenco de subtipos agravados se echa en falta la previsión de un dato que ciertamente resulta indicador de la intensidad de la lesión a la autonomía moral de la víctima, que reside en la larga duración de las prácticas de maltrato. Observando la casuística de los hechos que reflejan las sentencias, es notable la presencia de situaciones de

⁴⁰ Como subraya LAURENZO, «Los nuevos delitos de violencia doméstica...», *cit.*, p. 11, refiriéndose asimismo a la previsión del uso de dispositivos electrónicos, contemplada en la LO15/2003 (respecto al art. 48,3 c.p) de la que es de esperar que permita incrementar la eficacia en la supervisión de las ordenes de alejamiento.

maltrato mantenido durante bastantes años, en ocasiones durante una larga convivencia matrimonial cuya ruptura se produce cuando los hijos se independizan del hogar materno. Esta circunstancia, que criminológicamente aparece bien documentada en las modalidades de violencia contra la mujer, constituye de forma indubitada la expresión de una intensidad cualificada del efecto de sometimiento y de anulación de la víctima derivado de las prácticas de agresión física o psíquica.

2. *El nuevo delito de maltrato doméstico leve y ocasional: art. 153*

Reproduzco el nuevo texto del art. 153:

«El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otros sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses* a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días* y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.»

La transformación en «delito» de las faltas de lesión, maltrato y amenaza con armas cuando se produzca contra alguna de las personas del amplio círculo descrito en el art. 173,2 constituye una novedad importante de dudosa justificación desde criterios de proporcionalidad, adecuación y necesidad⁴¹. La precipitación y la impaciencia inciden en esta decisión que venía proponiéndose desde distintos foros por motivos

* Incongruencias técnicas: la prisión de tres meses no está prevista en el código actual, pero sí en la LO15/2003 que entrará en vigor en octubre. Los trabajos en beneficio de la comunidad se miden en horas en el código actual; el cambio a su medición en «días» se producirá con la entrada en vigor de la LO 15/2004.

⁴¹ Cfr. La acertada crítica de LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica...», *cit.*, pp. 9 s.

pragmáticos. En la base se encuentra la insatisfacción por las deficiencias del antiguo art. 153, que antes de la reforma del año 1999 restringía la aplicación del «delito» de violencia doméstica a los actos de acometimiento físico. Con lo cual la constatación de la «habitualidad» presentaba grandes dificultades. A la vez, los esfuerzos de indagación de la «habitualidad» no parece que fueran considerables, constatándose la tendencia a despachar las denuncias por la reconducción casi automática a las faltas. El procedimiento de enjuiciamiento de las faltas se corresponde con un altísimo porcentaje de absoluciones por falta de prueba. Hasta la reforma del año 1999 la prohibición de aproximación a la víctima quedaban excluidas para las «faltas». Las medidas cautelares quedan fuera de las decisiones que podían adoptarse en estos casos. También era patente, la tendencia de instructores y juzgadores a considerar meras «faltas» cualquier amenaza o coacción en el ámbito familiar o de pareja, aun cuando una relectura de los hechos permitía diagnosticar la presencia de ese «clima de peligro» y de «atemorización» que ahora se reclama como definitorio de la violencia doméstica. Es conocido que la «primera denuncia» en la mayoría de los casos de violencia contra las mujeres no se corresponde con la «primera agresión», por lo que el formalismo burocrático y la falta de sensibilidad sobre este tema explican la ligereza con que se confunden ambas cosas. En definitiva, inadecuación de las previsiones legales, sustanciales y procesales, y, como subraya LAURENZO, malas prácticas, se unían en el panorama de incertidumbre que para las denunciantes suponía acudir a la justicia. Este puede ser el diagnóstico del panorama básicamente hasta el año 2000, diagnóstico reflejado en la contundencia de los datos recogidos en el Estudio encargado por el CGPJ sobre El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de Justicia⁴². Dicho estudio, que analiza la actividad judicial en esta materia se circunscribe a las sentencias y procedimientos sobre violencia doméstica producidos durante el año 1999. La publicación de los resultados tiene lugar en el año 2001, cuando ya había entrado en vigor la reforma del año 1999. Sin esperar a una segunda evaluación de la situación, que claramente ha variado desde aquella reforma⁴³, se anuncia y se aprueba la nueva regulación que ahora examinamos. Modificaciones que en concreto respecto a la nueva figura del art. 153 parecen responder a aquel conjunto de deficiencias y malas prácticas.

⁴² GARCÍA CALVO, M. (coord.), *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003.

⁴³ Según reseña difundida por la Agencia EFE, el 2.2.2004, el 48,8% de las denuncias por violencia doméstica registradas en el año 2002 se referían a casos de «malos tratos habituales»; es decir, delitos.

El estudio analiza cerca de 5000 resoluciones dictadas en el citado año, y recoge asimismo los datos de la Investigación realizada (por encargo del CGPJ y del Gobierno Vasco) sobre la totalidad de las sentencias dictadas en el territorio de Bizkaia durante ese mismo año 1999. En este apartado, se constata que el 96,5 % de las sentencias por violencia doméstica se refieren a juicios de faltas, y en el conjunto el índice de absoluciones en los enjuiciamientos por «falta» es del 73 % mientras que en los procedimientos por delito ante los Juzgados de lo Penal la absoluciones se restringen al 15 % de los casos⁴⁴. Se constata asimismo que en el 59 % de los casos denunciados hubo violencias anteriores a la primera denuncia (si bien, observando otros factores, el dato real de la violencia anterior estima el Estudio que puede cifrarse en un 72 %). La impresión de impunidad, y de lenidad en el tratamiento de las faltas era patente, así como la ligereza con que se encarrilaban las denuncias de forma casi sistemática por esa vía.

De ahí que el propio Estudio proponga que las agresiones de cierta entidad en el ámbito familiar sean tramitadas como delito y reciban una respuesta adecuada a su gravedad⁴⁵, propuesta que coincide con la formulada por el CGPJ en su Acuerdo del Pleno de 21 marzo 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica⁴⁶. Por su parte la Fiscalía en su Circular 1/1998 propugnaba atender a la gravedad de los actos violentos o intimidatorios y a su repetición para su calificación como delito contra la integridad moral conforme al art. 173, ya que entonces no entraban en el ámbito típico de la violencia doméstica —maltrato físico habitual— del art. 153.

La Asociación de Mujeres Juristas THEMIS, junto con otras Asociaciones de Mujeres, ante las deficientes prácticas que conducían a minimizar la entidad del fenómeno del maltrato, solicitaba que todos los actos de reiteración o en que la víctima denunciante exprese su temor fundando a la reiteración se instruyan siempre por delito del art. 153 a efectos de garantizar su correcta calificación y permitir la adopción de

⁴⁴ GARCÍA CALVO, M. (coord.), *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, cit., p. 63.

⁴⁵ GARCÍA CALVO, M. (coord.), *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, cit., p. 67.

⁴⁶ El Informe «Acuerda oportuno proponer la reforma del Cp para que todas las agresiones que se produzcan en el seno familiar que alcancen la entidad suficiente para merecer una respuesta penal sean enjuiciadas como delito». Pero asimismo en el siguiente apartado propone que los casos de menor entidad sean objeto de tratamiento en el ámbito del Juez de Familia que conozca el proceso de separación, nulidad o divorcio donde se pueden adoptar medidas más eficaces para proteger a la víctima.

las medidas cautelares del art. 544 bis de le LECr⁴⁷. Lo cual resulta adecuado para facilitar la pertinente indagación y la preparación del material probatorio, tareas difíciles de desarrollar en los juicios de faltas, y tampoco facilitadas en un procedimiento de «juicio rápido» aunque éste ciertamente resulte apropiado cuando las pruebas son patentes⁴⁸.

El actual art. 153 parece pretender dar respuesta a aquella situación, que sin embargo, tres años después, cuando se emprende el proyecto de reforma, ya no era la misma.

El mantenimiento de la antigua ubicación junto con los delitos de lesiones distorsiona seriamente la interpretación de la relación entre los dos delitos de «violencia doméstica». El bien intencionado propósito de otorgar un tratamiento riguroso a este fenómeno se plasma con desacierto en la formulación que ofrece en varios planos:

- La escisión valorativa de las manifestaciones de violencia doméstica.
- La vinculación con el art. 173 en la demarcación del círculo de sujetos pasivos conduce a dotar de una amplitud al ámbito típico que poco tiene que ver con el significado de la violencia doméstica. Una riña entre cuñados, un cachete esporádico a un hijo, pasa a constituir delito, lo que además se castigará con la pena en su mitad superior cuando concurren los subtipos agravados que se conforman de la misma manera que en art. 173.
- La reproducción de las mismas cualificaciones previstas para el delito de maltrato habitual del art. 173.
- La desproporción punitiva a que conduce ese conjunto de factores. El Informe del CGPJ sobre el Proyecto de Reforma advertía sobre este extremo, recomendando que el artículo 153 «debería configurarse de tal manera que en casos de escasa relevancia pudiera el Juez o Tribunal imponer una pena inferior en grado»⁴⁹.

⁴⁷ *Réplica al Informe del CGPJ sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*, donde entre otras propuestas se critica duramente la sugerencia del CGPJ de remitir las faltas leves de maltrato a la jurisdicción civil (Obtenido en www.nodo50.org/mujeresred/violencia-contra_informe)

⁴⁸ MAGRO SERVET, V., «El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica», *La ley*, 4 diciembre 2003.

⁴⁹ CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Medidas Concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, 26 de febrero de 2003, p. 36.

A nivel de aplicación se suscitarán ahora nuevos problemas de interpretación en materia de concursos con el maltrato habitual del art. 173.2, pues si se entiende que cada falta de maltrato leve individualizable debe dar lugar al concurso de infracciones con el delito de maltrato permanente contra la «integridad moral» habrá que cuidar con atención los problemas de doble valoración⁵⁰.

Pero sobre todo lo que expresa el actual tenor típico del art. 153 es la confusión señalada de criterios en la opción por la consideración conjunta de violencia doméstica específica contra las mujeres y los demás supuestos de violencia doméstica. En la Exposición de motivos de la Ley, explícitamente se declara que se trata de «abrir la posibilidad de imponer la pena de prisión» a las faltas de lesiones, y de privar del permiso de armas en el caso de amenazas leves. Criterio instrumental que no justifica el proceder elegido⁵¹. La imposición de la pena de prisión habrá de fundamentarse en la gravedad objetiva de las conductas; y si por ejemplo la amenaza leve con armas (que ciertamente sólo podrá considerarse leve en pocos supuestos⁵²) puede merecer una especial atención en el contexto doméstico, no puede equipararse a cualquier otro acometimiento leve en un momento de irritación explosiva⁵³.

Un maltrato aislado meramente ocasional no puede traducirse sistemáticamente en síntoma de inicio de un posible maltrato permanente. Cuando efectivamente se comprueben indicios de que esta es la situación y que el maltrato se orienta a generar la vulnerabilidad de la víctima, sí resulta procedente una valoración de este «plus» de incidencia en la autonomía del sujeto pasivo que debe valorarse conforme a los síntomas conocidos de esta clase de violencia.

La figura del art. 153 podría ser adecuada para recoger aquellos casos en los que no puede constarse suficientemente la presencia de un

⁵⁰ Cfr. Circular 4/2003 de la FGE, pp. 9 s. sobre la problemática derivada de los subtipos agravados que operan en ambos preceptos. La solución congruente, efectivamente debe conducir a apreciar la cualificación únicamente en la condena por el art. 173.2. Aunque a mi juicio en esos casos deben entrar en juego los criterios de ponderación de la entidad de las infracciones implicadas y su conexión conforme al principio de consunción.

⁵¹ Cfr. LAURENZO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica...», *cit.*, p. 10.

⁵² La práctica de los tribunales es prudentemente restrictiva en la ponderación de la gravedad de las amenazas, pero no justifica la lenidad que atribuye a patentes amenazas graves en contextos de violencia doméstica contra mujeres.

⁵³ Sobre las diferentes manifestaciones de violencia según se trate de «violencia expresiva» o de «violencia instrumental». Cfr. MADINA SALUSTIANO, J., «Perfil psicológico del maltratador y estrategias de intervención», en GARCÍA MINA, A./CARRASCO, M.J., *Violencia y Género 2003*, pp. 26 ss.

clima manifiesto de hostigamiento cifrado en la repetición mantenida de actos que requiere la confirmación de la «habitualidad». El tenor legal del actual art. 153 elude esa necesaria diferenciación, lo que va a producir otra clase de «insatisfacción», que se plasmará en las críticas, fundadas, al exceso punitivo respecto a disputas o acometimientos leves que suceden en ocasiones determinadas de la vida cotidiana en la proximidad de las relaciones domésticas, sin ulteriores consecuencias. Y contemplaremos el procesamiento de la madre que pierde los nervios y propina un bofetón a su hijo, en el «domicilio común» (¡!), a la que tendrá que imponerse una pena de prisión como mínimo de 7 meses y medio —que obviamente podrá suspenderse, pero lo que es más grave, a la que acompañará la pena obligatoria de «alejamiento» durante, al menos, 1 año y 7 meses y medio (art. 57 y art. 48 reformados por LO 15/2003). Un despropósito manifiesto.

No es un despropósito atender a los síntomas de peligrosidad y ofrecer respuestas adecuadas a un diagnóstico basado en los informes pertinentes. Lo cual remite a la problemática de la doble vía en la adopción de «medidas de seguridad». No pude abordarse aquí esta cuestión, que constituye una asignatura pendiente necesitada de mayor reflexión. Las críticas fundadas al «fraude de etiquetas» que acompaña a la experiencia histórica del «derecho de medidas» creo que pueden volverse en sentido opuesto: imposición de restricciones de derechos bajo el rótulo de «penas» cuando propiamente constituyen «medidas de seguridad»⁵⁴. Y se imponen con base en una presunción legal de peligro, sobre el que no se requiere ulteriores comprobaciones, y se impone como respuesta fija de duración pre-determinada, sea o no pertinente el mantenimiento de las restricciones.

Anexo: textos de las modificaciones del Código Penal en materia de «violencia doméstica» en el año 2003

[Se subrayan en negrilla las modificaciones introducidas respecto al tenor anterior de los preceptos afectados por las reformas].

⁵⁴ Cfr. SANZ MORÁN, A., *Las medidas de seguridad y corrección en el derecho penal*, Madrid 2003, pp. 235 s., y LEAL MEDINA, J., «La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, media cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de penas privativas e libertad», *La ley*, 1 de noviembre de 2001, pp. 1 ss.

TEXTOS DE LOS ARTÍCULOS MODIFICADOS POR LA REFORMA

Art. 173: Delito contra la integridad moral

«1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligado a él de forma estable por 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, **sobre los menores o incapaces 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**, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, **privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio del a patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años**, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»

Art. 153: Delito de maltrato leve no permanente

«El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como deli-

to en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otros sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses* a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días* y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.»

Art. 617: **se modifica por la LO 15/2003** que suprime el último párrafo referido al maltrato doméstico, que implícitamente quedaba fuera de aplicación después de la LO 11/2003.

Art. 620: Mantiene la «falta» de amenazas leves sin arma, coacciones, injurias o vejaciones leves con la cualificación por la relación «familiar» con la víctima. Por **LO 15/2003 se modifica** para corregir la incongruencia técnica de la redacción mediante la sustitución de la referencia al círculo de sujetos pasivos por la contemplada en el art. 173.

Art. 23:

«Es circunstancia que sirve para atenuar o para agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos de este delito, ser o **haber sido** el agraviado cónyuge o persona que esté o **haya estado** ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción, del ofensor o **de su cónyuge o conviviente.**»

* Incongruencias técnicas: la prisión de tres meses no está prevista en el código actual, pero sí en la LO15/2003 que entrará en vigor en octubre. Los trabajos en beneficio de la comunidad se miden en horas en el código actual; el cambio a su medición en «días» se producirá con la entrada en vigor de la LO 15/2004].

TEXTO DE LOS ARTÍCULOS REFORMADOS

Art. 46.

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. **El Juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto a de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, atendiendo a las circunstancias del caso.»**

Art. 48:

«1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, **quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.**

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.»

Art. 57

«1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, **por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.**

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo *superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave.* En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado 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 incapaces 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 su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.»

Art. 83.

«1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1.^a Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.^a Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

3.^a Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4.ª Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª de este apartado.»

Art. 84, 3

«3. En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de **prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.»**

Art. 88

«1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente. 3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.»

Art. 468

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, **salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.»**

Respuesta institucional a la violencia contra las mujeres en la CAPV

Miren Ortubay Fuentes
Asesora Jurídica del Ararteko. Profesora Titular de Derecho penal.
Universidad del País Vasco

Me alegra y, al mismo tiempo, me conmueve profundamente participar en estas Jornadas, que —en palabras de su codirector, Juan Echano— pretenden mantener viva la memoria de José María Lidón y vigente la denuncia de la injusticia que supuso su asesinato. Aunque este acto de «memoria activa» me ha hecho volver a sentir el dolor por el zarpazo asesino que nos arrebató al amigo —dolor agudizado, si cabe, por la terrible coincidencia con la masacre ocurrida el 11 de marzo—, creo que tenemos la obligación de seguir realizando nuestra pequeña aportación al esfuerzo de erradicar —o, al menos, reducir— las manifestaciones de la fuerza bruta y de la injusticia en nuestra sociedad. Por eso, no nos queda más remedio que seguir hablando y reflexionando sobre el comportamiento violento.

Entre esas manifestaciones de violencia, la que se ejerce contra las mujeres por el hecho de serlo —denominada violencia de género—, constituye una grave vulneración de los derechos humanos; quizás la que con mayor frecuencia e impunidad se da en nuestro entorno social. Ningún poder público, pero mucho menos una institución de defensa de los derechos de la ciudadanía, puede permanecer al margen de la lucha por eliminarla. Por ese motivo, la Ararteko ha realizado un informe monográfico sobre la *Respuesta institucional a la violencia contra las mujeres en la CAPV*.

Como el título indica, la perspectiva de análisis adoptada es la que corresponde a las funciones de la institución, es decir, la del control de las actuaciones llevadas a cabo por las administraciones públicas del País Vasco. Se trata de exigir el cumplimiento, por parte de los poderes públicos, de su deber de prevenir y, en su caso, atender a las necesidades de las mujeres que han visto vulnerado su derecho a la integridad —física o moral—, a la libertad, a la vida en muchos casos, y el respeto a su dignidad en todos.

La Ararteko ha pretendido, en definitiva, exigir la puesta en marcha de políticas serias, eficaces y coherentes con la gravedad del problema. Debe quedar claro, por tanto, que se ha llevado a cabo un análisis de la respuesta articulada por las administraciones públicas y no del fenómeno de la violencia de género, ni siquiera del más restringido de la violencia surgida en el marco de una relación afectiva. De cualquier modo, no se trata de resumir aquí el informe que, por otra parte, se encuentra a la total disposición del público¹. Por ese motivo, me limitaré en esta mesa redonda a exponer algunas reflexiones con el ánimo de suscitar el debate.

1. Abordaré, en primer lugar lo que, a mi entender, constituyen tres **condiciones básicas para lograr una respuesta congruente** con la naturaleza del fenómeno:

1.1. La única forma eficaz de prevenir la violencia contra las mujeres consiste en avanzar hacia la igualdad real entre todas las personas.

La violencia de género hunde sus raíces en las desigualdades sociales existentes entre hombres y mujeres. Se trata, por tanto, de un problema estructural, directamente vinculado al diferente reparto de roles y al consecuente desequilibrio en las situaciones de poder que las personas ocupan por razón de su género. La violencia es un abuso de la posición preponderante de los varones y, en esa medida, constituye al mismo tiempo una manifestación y un instrumento para mantener la discriminación de las mujeres.

En consecuencia, si se pretende enfrentar las causas de la violencia sexista y no conformarse con actuar sobre los síntomas, no resulta suficiente con intervenciones dirigidas a erradicar las discriminaciones más evidentes, sino que se requiere tener en cuenta, en todas las decisiones políticas y prácticas administrativas, las diferentes situaciones, intereses y necesidades de mujeres y hombres. Además de las políticas específicas de igualdad que se han desarrollado, es preciso que la perspectiva de género² oriente todas las políticas y áreas de actuación de las administraciones públicas.

¹ El informe se encuentra disponible, en euskara y castellano, tanto en formato de libro como en la página web www.ararteko.net.

² En el informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* del Consejo de Europa, se define el *mainstreaming* de género como «*la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los "actores" normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas*». Cfr. *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, p. 26.

En esta línea, a pesar de los avances producidos, sigue siendo necesario reforzar el principio de igualdad de género como eje orientador de todas las políticas, puesto que en cualquier ámbito de la vida las mujeres se encuentran en peores condiciones que la población masculina. La conciencia de esa desigualdad de base ha de iluminar cualquier actuación o decisión política en materia de vivienda, trabajo, educación, sanidad, agricultura, ayudas sociales, fiscalidad, etc. En todos los campos de la intervención institucional cabe trabajar a favor de la igualdad o, lo que es lo mismo, en la prevención de la violencia. La autonomía personal de las mujeres constituye la defensa más eficaz frente al abuso de la fuerza. Por eso, no hay que esperar a que la violencia se produzca, sino apoyar a la mujer para que corte los lazos de dependencia con su pareja desde que aparecen las primeras manifestaciones de desigualdad.

La convicción de que la lucha frente a la violencia contra las mujeres ha de incardinarse en la lucha por la igualdad no constituye sólo un planteamiento a largo plazo. Por el contrario, es preciso controlar desde el inicio los posibles efectos perversos de una respuesta centrada en la manifestación del problema y no en su origen. Así, por ejemplo, hay que ser consciente de que si únicamente se proporcionan ayudas económicas a mujeres que ya han sufrido maltrato, se está induciendo a muchas a soportar una situación de riesgo hasta que éste se materialice en una agresión demostrable. Dicho de otro modo, tendría mayor eficacia preventiva la creación de un fondo de garantía para el impago de pensiones en casos de ruptura familiar, o garantizar una renta básica a todas las personas, que establecer ayudas económicas para las mujeres maltratadas, con independencia de que tal medida pueda resultar imprescindible cuando el daño ya se ha producido. Y lo mismo cabe afirmar respecto a la política de vivienda o de inserción laboral...

1.2. Resulta imprescindible abordar el fenómeno de la violencia de género de forma integral.

Las afirmaciones vertidas en el apartado anterior no significan que no haya que dar una respuesta eficaz a las manifestaciones concretas y actualizadas de la violencia contra las mujeres. Y, puesto que se trata de un problema social complejo, que presenta múltiples dimensiones, exige, asimismo, una respuesta global y diversificada, de carácter multidisciplinar.

Sin embargo, hasta ahora se ha producido cierto abuso de las medidas punitivas en el tratamiento de la violencia de género, ignorando que la capacidad del sistema penal para resolver una situación tan com-

pleja es muy limitada. Se han obviado, incluso, los efectos negativos que el sometimiento del conflicto a la vía punitiva ha tenido para la propia mujer.

Parece evidente que la modificación de las leyes penales constituye la intervención más rápida y la menos costosa para los poderes públicos, pero no siempre la más eficaz para proteger la indemnidad de las mujeres. Por supuesto, la tutela penal resulta imprescindible. No es posible renunciar a su función simbólica y de pedagogía social: la criminalización de la violencia contra las mujeres supone una «declaración de principios» insustituible. Al calificarla como un delito se demuestra su carácter de comportamiento intolerable y radicalmente contrario a los principios democráticos, lo que implica el rechazo frontal de unas conductas que, hasta hace pocos años, se asumían como normales.

Pero, dicho esto, también hay que ser consciente de que el Derecho penal a menudo llega tarde, carece de cualquier eficacia reparadora y posee una limitada potencialidad preventiva. Es más, históricamente, el sistema penal no ha sido un buen aliado de las mujeres: Por un lado, los procedimientos penales carecen de momentos y espacios para que las víctimas —de cualquier tipo de delito— expresen sus necesidades y demandas, pero es que, además, el sistema en general —como el resto de la sociedad— ha desconfiado de las acusaciones de las mujeres, considerando que, casi siempre, éstas mentían, exageraban o eran incapaces de ofrecer un testimonio congruente y digno de ser tenido en cuenta.

Hasta hace pocos años, la ley establecía el deber de la mujer de obedecer al marido y se reconocía, asimismo, el derecho de éste a corregir a la esposa, incluso aplicando la fuerza física. Y ese modo de pensar no desaparece con la misma facilidad con la que se cambian las leyes. No podemos ignorar que, durante mucho tiempo, la mujer que se atrevía a denunciar una agresión física o sexual se sometía a un escrutinio sobre su conducta y sobre su vida en general, destinado a decidir si era «merecedora» de la tutela penal.

Por otra parte, el fin principal del sistema penal sigue siendo el castigo de las conductas prohibidas y, como comentaremos a continuación, no siempre coincide con el objetivo de las mujeres que denuncian sufrir violencia. Con frecuencia ellas desean algo, tan sencillo y a la vez tan difícil, como retomar las riendas de su vida y liberarse del maltrato. No sienten que ello tenga que pasar necesariamente por hacer daño al hombre con quien han mantenido una relación afectiva, o por estigmatizar como delincuente al padre de sus hijas e hijos. En otras ocasiones tienen miedo —absolutamente fundado en experiencias previas— de las posibles reacciones del agresor ante la denuncia penal y descon-

fían de la capacidad del estado de proteger de modo constante y eficaz su indemnidad³.

Podrían analizarse otros muchos aspectos, tanto del Derecho penal sustantivo como del procesal, que restan virtualidad a la respuesta punitiva frente a la violencia de género. Pensemos, por ejemplo, en el principio básico «responsabilidad por el hecho», que impide castigar a una persona por el modo de ser, de pensar o de vivir y sólo admite como base de la sanción la comisión de un hecho ilícito, individualizado y plenamente acreditado. Pues bien, esta garantía irrenunciable en un sistema penal democrático se concilia difícilmente con la punición de una relación interpersonal mantenida en el tiempo, asentada sobre el principio cultural de la subordinación de la mujer, y que se manifiesta en una constante posición de poder del varón, de la que a menudo abusa y que, en algunos momentos, cabe encuadrar en la definición de un tipo penal. La violencia puede llegar a impregnar toda la relación de una pareja, se mezcla con los afectos, se convierte en la atmósfera que la rodea y que la mantiene... en definitiva, en algo demasiado sutil y complejo como para tratar de enjuiciarlo como un simple «hecho ilícito», aunque sea el de «violencia habitual»⁴.

Desde el punto de vista procesal, también habría que pensar sobre la apropiación del conflicto que realiza el sistema penal, modificando absolutamente la naturaleza de aquél y privando a sus protagonistas de cualquier posibilidad de reconducirlo o resolverlo por sus propios medios. La definición de los delitos contra las mujeres como delitos públicos y perseguibles de oficio conlleva ventajas indiscutibles, pero también una merma de la capacidad de gestionar los propios conflictos interpersonales sobre la que quizás no hemos reflexionado suficientemente.

En conclusión, no siempre las medidas penales representan la mejor solución para tratar de paliar la violencia contra las mujeres. En muchos casos resultan insustituibles, no sólo por su valor simbólico, sino sobre todo cuando es preciso adoptar medidas cautelares ante situaciones de grave peligro para la integridad de la mujer. Pero hay que admitir las limitaciones de la respuesta penal e insistir en que ésta nunca puede ser la única reacción de los poderes públicos ante la violencia de género.

³ Desarrolla brillantemente estas y otras ideas Elena LARRAURI en su artículo «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12 (2003), pp. 271-307.

⁴ Expuse mis reflexiones sobre estas cuestiones en la ponencia que presenté en las Jornadas Feministas celebradas en Córdoba (7-10 de diciembre de 2000), de la que se recogen diversas síntesis en las revistas *Página abierta*, n.º 112, feb. 2001, pp. 8-10, y *UD Revista de actualidad Universitaria*, n.º 70, abr-jun. 2001, p. 21. Cfr. también la obra colectiva *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.

Desde esta perspectiva, la ley reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica (Ley 27/2003, de 31 de julio), supone un notable avance al combinar medidas cautelares de naturaleza penal (orden de alejamiento, por ejemplo) y civil (atribución de la custodia de la prole, del domicilio familiar, etc.). No obstante, quizás constituya un error el hecho de que la única puerta de acceso a esas medidas sea la vía penal. Es evidente que las medidas cautelares que restringen la libertad del acusado de maltrato sólo pueden acordarse en esa jurisdicción, pero ¿no hubiese sido más eficaz establecer un sistema de juicios rápidos, con adopción inmediata de medidas provisionales, en todos los procedimientos de separación conyugal? ¿Por qué tratar de modo diferente a la mujer que para evitar el maltrato decide separarse ante las primeras vejaciones?

Para terminar este apartado, conviene poner de relieve que, en las entrevistas realizadas para el informe de la institución del Ararteko, las mujeres que habían sufrido maltrato demandaban, por supuesto, protección y seguridad durante el proceso de separación, pero también condiciones para llevar en el futuro una vida autónoma (vivienda, puesto de trabajo, independencia económica, etc.). En definitiva, exigen una respuesta global a un problema que tiene raíces estructurales.

1.3. La tercera condición —íntimamente relacionada con las anteriores— de una respuesta institucional adecuada consiste en **definir con claridad el objetivo de los servicios** de atención a las mujeres que han sufrido violencia.

La finalidad última de todos los recursos de atención a mujeres que se han visto afectadas por la violencia de género se cifra en conseguir que aquéllas recuperen su autoestima, su libertad y su capacidad para vivir de modo independiente. A corto plazo, el objetivo consiste en garantizarles la seguridad durante ese proceso de cambio personal, siempre complejo y, a menudo, no lineal.

Aunque dichos fines parecen claros en un plano teórico, en la práctica resulta palpable la frustración de las y los profesionales que atienden a las mujeres cuando éstas deciden volver a convivir con quien les ha maltratado o cuando optan por retirar la denuncia interpuesta. Sin embargo, hay que entender que la denuncia no representa un objetivo en sí misma, sino una herramienta más al alcance de las mujeres; no la única, ni la más eficaz. Se trata, en todo caso, de devolver el protagonismo a las mujeres, posibilitándoles la adopción de decisiones que incrementen su autonomía⁵.

⁵ Cfr. E. LARRAURI, *ob. cit.*, p. 273.

Entre las múltiples manifestaciones de la violencia de género, quizás la más difícil de abordar sea la que surge en el seno de una relación de afectividad. Superar los lazos de dependencia y subordinación, a menudo sentidos como manifestaciones de cariño o de entrega amorosa, implica un cambio total de vida, una ruptura de roles profundamente interiorizados..., en definitiva, supone asumir un fracaso personal y vital, lo que requiere un proceso complejo, con avances y retrocesos.

Por eso, la respuesta a la violencia sexista tiene que ser no sólo integral, con recursos de distinta naturaleza coordinados entre sí, sino, sobre todo, mantenida en el tiempo, de modo paralelo al proceso de cambio vital que debe realizar la mujer afectada. En este sentido, considero que en el pasado se ha cometido con frecuencia el error de animar a formular la denuncia, proporcionando incluso un asesoramiento jurídico inicial, pero sin realizar un seguimiento del proceso, ni coordinar debidamente las actuaciones penales y civiles. En la actualidad, se ha pretendido paliar esas deficiencias mediante la puesta en marcha en la Comunidad Autónoma de un nuevo servicio de asistencia jurídica, gratuito y permanente, en el que además de asistir a la víctima en el momento de solicitar la Orden de protección, el abogado o abogada que ha intervenido asume la defensa de sus intereses en todos los ámbitos judiciales, si la mujer lo desea o tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita.

También en relación con los servicios de alojamiento se percibe el problema de las ayudas puntuales y no mantenidas en el tiempo: En general, los recursos de acogida para situaciones de urgencia —pisos vacíos o, a menudo, habitaciones de hotel o de pensión, que incrementan la sensación de desamparo y soledad de las mujeres— resultan inadecuados, lo que acorta notablemente los plazos de utilización. Del mismo modo, a la necesariamente limitada duración de la estancia en pisos de acogida, se une la dificultad de recuperar el uso pacífico de la vivienda conyugal o, cuando ello no es posible, la imposibilidad de encontrar nuevas viviendas.

En otros casos, el apoyo que debe mantenerse durante todo el tiempo que dure el proceso de emancipación de la mujer que se ha visto envuelta en una relación violenta es el de tipo psicológico.

Se trata, en definitiva, de asumir que la ruptura con una situación de maltrato en el seno de la pareja es un proceso dialéctico en el que se va gestando la decisión de iniciar una nueva vida. Muy pocas veces ocurre a la inversa: una decisión irrevocable, a partir de la cual se va produciendo el cambio vital. Por ello, la respuesta institucional debe estar presente a lo largo de ese proceso y asumir sus dificultades.

Una consecuencia práctica de este planteamiento es la inadecuación y falta de fundamento de la exigencia de denuncia penal para ac-

ceder a la utilización de algunos recursos. El informe de la Ararteko refleja que algunas administraciones —normalmente sin ninguna argumentación que lo sustente— incorporan ese requisito, cuya eliminación resulta aconsejable, tanto desde un punto de vista de concepción global de la respuesta, como para facilitar el acceso a determinados servicios.

2. Señaladas las anteriores condiciones, voy a mencionar algunos de los **principales problemas observados en la respuesta que las instituciones vascas ofrecen** a las mujeres que han sufrido violencia de género.

2.1. La ausencia de una respuesta planificada, de una atención integral ajustada a las necesidades y a la gravedad del problema.

El informe pone de manifiesto cómo, en los últimos años, dependiendo de la mayor o menor sensibilidad, implicación o recursos disponibles de cada administración, han ido surgiendo una serie de servicios hasta llegar a configurar un determinado «mapa» de prestaciones. Un mapa que se va modificando sobre la marcha y que parece responder a iniciativas puntuales, necesidades inmediatas o presiones mediáticas, más que a una planificación global o a criterios de eficacia.

Esta forma de actuar explica, en gran medida, las importantes diferencias observadas en cuanto a la atención a las mujeres que han sufrido violencia de género. Diferencias que afectan a todo tipo de prestaciones: a las posibilidades de alojamiento, a la proximidad geográfica de los servicios, a los tiempos de espera, a la «intensidad» de la atención (por ejemplo, número de sesiones de asistencia psicológica), a la cuantía de las ayudas, al nivel de protección policial...

No parece que esta diversidad sea compatible con la gravedad del problema. Con frecuencia, lo que está en riesgo es la propia vida de la mujer amenazada o maltratada. Y la defensa de su dignidad y de su derecho a la vida y a la integridad no puede quedar al albur de que en su localidad exista o no exista tal o cual servicio. No es serio. Con ningún derecho social básico y consolidado sucede así: toda persona tiene derecho a un puesto escolar o a una atención sanitaria de urgencia, independientemente de dónde viva o de su situación administrativa.

Dada la gravedad del problema, los riesgos y los derechos en juego, parece de todo punto necesario garantizar en todos los casos, al margen de cuál sea la situación personal o el lugar de residencia, una serie de prestaciones mínimas a las que cualquier persona que sufra violencia de género tiene derecho. Ello exige analizar las necesidades globales, apostar por una atención integral y, consecuentemente, planificar los recursos y prever los medios personales y económicos necesarios.

2.2. La insuficiencia de datos que permitan un conocimiento ajustado de la realidad.

Llaman la atención las dificultades encontradas para obtener datos fiables sobre la realidad de la violencia contra las mujeres, así como la ausencia o la disparidad de criterios a la hora de recogerlos, explotarlos y hacerlos públicos. La consecuencia es que no sólo no se sabe la incidencia real del problema en nuestra sociedad —cuestión muy frecuente en este tipo de realidades semiocultas— sino que, incluso, resulta imposible conocer de modo fiable la demanda formulada, las denuncias presentadas, la atención ofrecida, la evolución experimentada...

Dada la dispersión de administraciones o servicios que son fuente de datos (Ertzaintza, diferentes policías locales, servicios sociales especializados, servicios sanitarios, judiciales...) resulta necesario establecer criterios comunes que faciliten la homogeneidad y las posibilidades de comparación entre los datos. El informe pone de manifiesto la gran disparidad de criterios existente y la dificultad de obtener visiones globales. Así, por ejemplo, las diferencias a la hora de registrar los datos, se perciben entre los cuerpos policiales (entre las policías locales, y entre éstas y la Ertzaintza), pero también entre los distintos servicios sociales. Todo ello hace imposible sumar datos parciales y obtener así visiones globales de la realidad. Por supuesto, no existen bases de datos comunes y, frecuentemente, los datos se refieren a «denuncias» (o consultas), no a «mujeres denunciantes», lo que dificulta el seguimiento sobre las personas afectadas por el maltrato.

Los datos deben permitir conocer mejor la realidad del problema, su extensión y evolución, elementos necesarios para poder intervenir adecuadamente, garantizando en todo caso la confidencialidad de la información. La mejora en este campo vendría, simplemente, de aplicar el mandato de la Unión Europea a sus países miembros para que recojan, elaboren y publiquen anualmente los datos sobre la violencia contra las mujeres. También el Defensor del Pueblo, en su informe sobre «*La violencia doméstica contra las mujeres*», recomienda un esfuerzo para que las estadísticas oficiales reflejen fielmente el número de casos denunciados.

La correcta aplicación de esta recomendación exigirá, seguramente, compartir y confrontar entre diferentes servicios los diferentes criterios y clasificaciones actualmente utilizados por cada uno de ellos, buscando la homogeneidad o complementariedad. Por otra parte, sería necesario que alguna institución —tal vez Emakunde, de acuerdo con sus funciones— recopilara periódicamente todos los datos dispersos y los diera a conocer.

De cualquier modo, quiero introducir otra reflexión. Considero que la falta de criterios homogéneos para tratar los datos referentes a la

violencia contra las mujeres no reflejan sólo la falta de coordinación entre las diferentes instituciones o servicios. A mi entender es consecuencia de una deficiente elaboración conceptual.

Saliendo del ámbito del País Vasco —lamentablemente, el problema es general—, fijémonos, por ejemplo, en los intentos de cuantificación de las muertes acaecidas durante el año 2003 por violencia de género, asumiendo que dichas muertes constituyen la manifestación más grave, pero que no dan idea de la extensión real de la violencia sexista. Pues bien, se observa un escandaloso baile de cifras, incluso en datos oficiales. Las divergencias se explican por diversas causas: en general, no se analiza la violencia de género en su conjunto; así, muertes que son consecuencia de una situación de prostitución forzada, de trata de mujeres o, incluso, de una agresión sexual, no se contabilizan. Los datos suelen referirse a una parte del fenómeno, que es la llamada «violencia doméstica», término absolutamente ambiguo en el que cabe incluir todas las agresiones que acaezcan en el seno de la convivencia familiar (entre ascendientes y descendientes, entre hermanos, etc.) y, al mismo tiempo, puede dejar fuera ataques violentos a mujeres en relaciones de pareja en las que todavía no hay convivencia (noviazgo, encuentros esporádicos, etc.) o en las que ésta ha terminado hace mucho tiempo.

Como adelantaba, creo que la inexistencia de datos fiables refleja no sólo la falta de criterios claros a la hora de contabilizar los ataques a la integridad de las mujeres sino, sobre todo, la falta de precisión en los conceptos o, lo que es más grave, la intención —consciente o no— de difuminar la perspectiva de género en este fenómeno. Da la sensación de que no interesa poner de relieve el origen último de la violencia contra las mujeres, ya que éste —de naturaleza estructural— cuestiona los fundamentos de nuestro sistema social, hondamente arraigado en la cultura patriarcal.

2.3. La existencia de colectivos de mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad y que, sin embargo, no pueden acceder a determinados servicios.

El informe de la Ararteko muestra las limitaciones que algunos sectores de la población, en situaciones especialmente vulnerables, encuentran a la hora de acceder a determinadas prestaciones o servicios. De acuerdo con la información recogida las limitaciones afectan, en mayor o menor grado, al menos a los siguientes sectores: mujeres inmigrantes; con discapacidad física, psíquica o sensorial; con enfermedad mental crónica; con problemas de toxicomanía.

Por lo que se refiere a las mujeres con discapacidad, se han elaborado en la Unión Europea documentados estudios que demuestran la

mayor vulnerabilidad de estas personas frente a la violencia de género y, en particular, frente a la que es ejercida por los varones del entorno próximo, a menudo, por la misma persona de quien aquélla depende. La vulnerabilidad deriva no sólo de la menor capacidad de autodefensa o, en su caso, de las mayores dificultades para denunciar o pedir ayuda; el problema es que, en muchos casos, la mujer con discapacidad no es consciente de que está siendo víctima de un abuso: el maltrato se entreteje de tal modo con el cuidado que se llegan a confundir⁶.

Pero incluso si una mujer con discapacidad se decide a denunciar una situación de violencia, resulta muy probable que no pueda acceder a los servicios de atención (barreras urbanísticas, inexistencia de intérpretes del lenguaje de signos, etc.). Por su parte, los alojamientos de acogida, están pensados para atender sólo a mujeres que presentan una total autonomía funcional, y no a quienes tienen otro tipo de problemáticas asociadas. Así, las mujeres con problemas de toxicomanía, de enfermedad mental o con discapacidad física, psíquica o sensorial, cuando son víctimas de una situación de abuso y violencia doméstica, no pueden acceder a estos recursos. Muchos de los pisos de acogida ni siquiera están preparados para que puedan ser utilizados por personas con problemas de movilidad (situados en pisos altos, sin ascensor...).

En el caso de las mujeres inmigrantes, su situación de mayor vulnerabilidad no parece surgir tanto de un mayor riesgo de sufrir maltrato, como del aislamiento social, de la inexistencia de una red de relaciones que pueda prestar una ayuda informal. Hay numerosos factores cuya combinación puede dar lugar a que la mujer inmigrante dependa absolutamente del hombre con quien convive (regulación del «reagrupamiento familiar», falta de documentación propia y/o en regla, carencia de ingresos...).

Por lo que se refiere a su posibilidad de acceso a los recursos, en particular a los de alojamiento, la situación parece haber mejorado en los últimos años⁷: en la mayor parte de los municipios son admitidas aun cuando no se encuentren en situación administrativa regular, si bien su acogida suele condicionarse a la inscripción en el padrón y, en algún caso excepcional, a un tiempo mínimo de empadronamiento en

⁶ Para los próximos días 7 y 8 de mayo de 2004, se ha programado la celebración de un Seminario sobre «Violencia de género y discapacidades», organizado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, con asistencia de los principales expertos en la materia y cuyas ponencias serán publicadas.

⁷ Cfr. *Informe anual del Ararteko al Parlamento Vasco* correspondiente al año 1998, que incluía una recomendación general sobre «Asistencia social a las mujeres inmigrantes maltratadas», pp. 464-477.

el municipio. En este sentido, no debe ignorarse que es justo en ese trámite cuando las mujeres sin documentación en regla encuentran los mayores problemas, que se están viendo agravados a partir de la entrada en vigor de la última reforma en materia de extranjería.

Por otra parte, la agudización en este colectivo de los problemas de acceso a la vivienda y al empleo, dificultan más, si cabe, la emancipación de estas mujeres respecto de los servicios de atención a víctimas de la violencia de género.

En definitiva, las circunstancias en que se encuentran determinados colectivos de mujeres influyen en todo el proceso de superación de una situación de maltrato, por lo que deben ser tenidas en cuenta en todas las fases, desde la formulación de la demanda de atención (necesidad de intérpretes, tanto de idiomas extranjeros como del lenguaje de signos; ubicación física de los diferentes servicios, etc.), como en la planificación del final de la intervención institucional. Es, asimismo, preciso revisar los criterios de acceso a los recursos existentes, modificar las condiciones y adaptarlas a las necesidades de estas personas cuando sea necesario (por ejemplo, suprimiendo barreras), y tener en cuenta estas necesidades a la hora de planificar o poner en marcha nuevos recursos.

Se trata, en todo caso, de poner los medios necesarios para poder ofrecer una especial atención a estos colectivos más vulnerables, tanto para llegar a ellos mediante los servicios sociales, como para ofrecer una respuesta adecuada a sus necesidades.

2.4. La inadecuación y falta de condiciones de muchos de los recursos de alojamiento utilizados

Según el informe elaborado por la institución del Ararteko, la «red» de pisos de acogida está formada básicamente por 38 pisos, con una disponibilidad de 234 plazas en el momento de recogida de datos (enero 2003). A esto se pueden añadir otros recursos que, aunque no son específicos para este tipo de situaciones, se utilizan de hecho o pueden ser utilizados en casos de necesidad. En todo caso, llama la atención que algunos municipios de más de 20.000 habitantes carezcan, a pesar de la reiterada recomendación de la Unión Europea, de recursos específicos de alojamiento (Barakaldo, Durango, Erandio, Getxo, Leioa, Portugalete...).

Los datos recogidos apuntan a que los recursos disponibles parecen suficientes para atender a las peticiones de ayuda de las personas que cumplen las condiciones exigidas. Pero, al mismo tiempo, ponen de manifiesto sus limitaciones para adecuarse a las necesidades reales de las mujeres atendidas, o la escasa «calidad» de la respuesta ofrecida:

Prácticamente, ningún piso dispone de protección y son pocos los que cuentan con apoyo y acompañamiento personal. Sólo uno, concertado, dispone de personal permanente. Tampoco están dotados de sistemas de seguridad y la mayoría no dispone de teléfono. Ello obliga o aconseja a utilizar otros recursos igualmente inadecuados, como las plazas hoteleras, ante situaciones de urgencia y riesgo. Por otra parte, como en general la utilización de los pisos de acogida tiene lugar en situaciones de peligro grave para las mujeres, resulta crucial que la ubicación de aquéllos permanezca oculta. En la práctica ello significa, entre otras cosas, que las usuarias no pueden recibir visitas de amigos o familiares.

Las consecuencias negativas de estas limitaciones, en cuanto a garantía de seguridad, apoyo personal, posibilidad de contactos con el exterior y mantenimiento del anonimato se agravan aún más cuando la permanencia en el piso se prolonga en el tiempo; una situación que, como reflejan los datos del informe, puede durar muchos meses.

3. Aunque quedan sin mencionar muchos de los problemas detectados y de las recomendaciones efectuadas por la Ararteko, podemos establecer unas breves **conclusiones**.

La violencia ejercida contra las mujeres constituye un preocupante fenómeno, amplio y multiforme, que, a su vez, no representa más que una manifestación de las múltiples discriminaciones e injusticias que las mujeres sufren por el hecho de serlo. La persistencia de la violencia de género en todas las sociedades, en todas las culturas, en todos los sistemas políticos, demuestra que la igualdad entre mujeres y hombres no se ha alcanzado en ningún lugar del mundo, a pesar de las evidentes diferencias en el grado de respeto a los derechos de las mujeres logrado por los distintos países.

En el otro lado de la balanza, resulta, asimismo, innegable el cambio de actitud social frente a un problema que, hasta hace poco tiempo, permanecía invisible, oculto en el ámbito privado. Como consecuencia de ese cambio, ha surgido una progresiva exigencia de implicación de los poderes públicos, sobre quienes pesa la obligación de proteger la vida y los derechos de toda la ciudadanía. Sin embargo, aunque las instituciones han modificado su discurso para rechazar de modo contundente la violencia contra las mujeres y han comenzado a prestar atención a las afectadas, lo cierto es que todavía no han asumido el carácter estructural de la violencia de género, ni abordan sus consecuencias como el grave problema de seguridad y salud pública que realmente significa. En realidad, la discriminación que sufre el colectivo femenino —y su secuela de violencia— supone una importante laguna en la vigencia efectiva del sistema democrático para la mitad de la población.

En este contexto, la eficacia en la reacción institucional frente a la violencia de género depende en gran medida de factores como:

- el conocimiento del fenómeno, de su extensión y de su evolución, para lo que se requieren investigaciones rigurosas, así como un tratamiento cabal de los datos referidos a la demanda de atención. Ello exige una urgente unificación de criterios entre las distintas instituciones.
- la articulación de una respuesta planificada y dotada de los necesarios recursos presupuestarios, en coherencia con la gravedad del problema. Ello permitiría la unificación de las prestaciones o, al menos, garantizar en todos los casos, independientemente de cuál sea la situación personal o el lugar de residencia, una serie de prestaciones mínimas a las que cualquier mujer que sufra violencia de género tiene derecho.
- la permanente evaluación de los servicios: No basta con adoptar medidas contra la violencia sexista, es preciso conocer los resultados obtenidos, así como la adecuación de los sistemas de coordinación implantados, de modo que sea posible corregir los errores o los efectos indeseados de la atención prestada a las mujeres. En esta línea, el Lobby Europeo de Mujeres ha desarrollado una tabla de indicadores que permiten evaluar el progreso en la lucha contra la violencia de género en muchos campos (planes de acción, presupuestos, sistema de justicia penal y civil, formación de profesionales, diversidad de las mujeres atendidas, etc.) y que podría adoptarse como modelo⁸.
- la agilidad de la respuesta: Una de las condiciones esenciales de la reacción institucional ante el maltrato es la rapidez, la inmediatez. Sin embargo, a menudo se comprueba que la obtención de determinados recursos básicos —como la renta básica o las ayudas de emergencia social— suponen, casi siempre, meses de trámites hasta poder disponer de ellos, lo que condiciona totalmente las posibilidades de decisión y de autonomía de la mujer afectada.

Las reflexiones anteriores se han centrado en la respuesta de los poderes públicos frente a la violencia de género ya desatada, pero, para terminar, conviene recordar que la labor de prevención, más lenta aunque, a la larga, más eficaz, resulta de todo punto imprescindible. La actuación de las instituciones nunca será suficiente si no promueve un cambio de actitudes y de comportamientos culturalmente arraigados. Se trata, en definitiva, de una tarea larga y costosa en la que se halla implicada toda la sociedad.

⁸ Cfr. www.womenlobby.org y www.observatorioviolencia.org

La violencia doméstica desde la perspectiva médico-forense

Guillermo Portero Lazcano

Médico Forense. Jefe del Servicio Clínico. Instituto Vasco de Medicina Legal de Euskadi

1. Introducción

La violencia doméstica es, en la actualidad, una de las conductas criminales que más atención requiere de los juzgados de guardia por su elevada incidencia. Estamos asistiendo a un progresivo aumento de denuncias de este tipo delictivo en los tres o cuatro últimos años. Este delito es tan antiguo como lo es el ser humano y, por lo tanto, ha existido siempre; sin embargo, el número de víctimas, sobre todo, las que son asesinadas, está aumentando año a año, a pesar de que en el momento actual, existe una mayor concienciación social, se han arbitrado más medios para intentar atajar esta lacra, se ha legislado más que nunca, etc., lo cual nos debería hacer reflexionar sobre este fenómeno.

No cabe duda que las víctimas ahora acuden con más frecuencia a los Tribunales de Justicia. Las campañas de difusión y concienciación están calando en las víctimas, pero sin embargo, parece estar ocurriendo el fenómeno inverso al que se persigue. ¿Tendrá algo que ver en todo ello los medios de comunicación? Será un tema a estudiar por sociólogos, psicólogos y otros estudiosos.

Con independencia de las causas del aumento que estamos observando en este tipo de delitos, y que sería muy importante conocer, la génesis del mismo está en los modelos y roles de género que existen no sólo en nuestra cultura, sino en todas ellas y a través de toda la historia. Como dice Marvin Harris, antropólogo de reconocido prestigio, no ha existido ni una sola sociedad que pudiera ser etiquetada de matriarcal, en el sentido amplio del término.

Dejando al margen estas reflexiones, en este trabajo, iré abordando la actividad médico forense, desde que una víctima pone una denuncia en el juzgado de guardia hasta que concluye nuestra intervención en el

juicio oral. He de advertir previamente, que aunque sólo me referiré a la víctima, el estudio médico legal en los casos de violencia doméstica tiene que abarcar también al del presunto agresor, ya que de lo contrario, sería un abordaje sesgado. Por último, me referiré con mayor extensión a la violencia psíquica ya que ofrece mayores dificultades.

2. Intervención en el juzgado de guardia

Justificar la intervención del médico forense ante un caso de violencia doméstica es una obviedad si tenemos en cuenta que nosotros, los médicos forenses, somos peritos al servicio de la Administración de Justicia a las órdenes de Jueces, Magistrados y Ministerio Fiscal. (Art. 479.2.3 de la LOPJ).

El resultado de la violencia son las lesiones y éstas deben de ser peritadas —valoradas— por un experto, que en estos casos, al tener una base médica, serán los profesionales de esta disciplina los que llevarán a cabo dicha valoración. En España y desde que se funda el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses en el año 1915 (aunque toma forma legal con la Ley Orgánica de 17 de julio de 1947) somos los médicos forenses, los peritos encargados de intervenir en todos aquellos aspectos técnicos que tienen relación con la medicina.

Cuando una víctima (generalmente una mujer) acude al Juzgado de Guardia a interponer una denuncia por malos tratos en el ámbito familiar, podemos encontrarnos con las siguientes eventualidades:

A) Es el primer episodio de violencia. La víctima presenta lesiones de tipo físico, en general y afortunadamente, suelen ser de carácter leve: contusiones, erosiones, heridas superficiales, etc. Habitualmente estas lesiones se acompañan de una alteración del estado psíquico, reactivo a la situación violenta vivida.

Cuando son lesiones de escasa entidad, el médico forense hará una evaluación de las mismas emitiendo un juicio pronóstico, en el que figurará si la víctima sólo requiere de una asistencia facultativa o, si además, necesitará de un tratamiento médico o quirúrgico. Todo ello en aras a celebrar un juicio rápido, por ser uno de los delitos contemplados en la LECr. (Ley Orgánica 38/2002 art. 795.2) A este respecto, ya hemos tenido la oportunidad de expresar nuestra opinión, advirtiendo del riesgo, que en algunos casos, supone emitir juicios apriorísticos.

Se podría llevar por juicio rápido, cuando se reúnen las condiciones siguientes: se trata de un episodio único de violencia, sin otros antecedentes previos y sólo se requiere de una asistencia facultativa, pudien-

do descartarse «a priori» la necesidad del tratamiento médico. Estos casos serían los contemplados en el actual art. 153 del CP.¹ (Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre).

Este primer episodio de violencia podría no ser de tipo físico sino psicológico: amenazas, insultos, vejaciones, etc. Hay que recordar que la Reforma del Código Penal del año 1999, ya incluyó la violencia psicológica en su art. 153 (equivalente pero modificado en el actual 173.2). En estos casos, si no existen antecedentes de otras violencias, la peritación médica se circunscribe al estado puntual que presente la víctima. Es de esperar que si se aprecia alguna alteración psicológica: ansiedad, irritabilidad, etc. sea de tipo transitoria. Hay que reconocer que este caso hipotético planteado (episodio único de violencia psíquica) no se presenta en la práctica diaria.

Otra eventualidad posible es que el episodio violento haya sido una agresión de tipo sexual. Como episodio aislado, es infrecuente ya que se suele acompañar de otras violencias y de otros antecedentes previos. En todo caso, ante esta eventualidad, se sigue el protocolo específico para las agresiones/abusos sexuales.

B) No es el primer episodio de violencia. La víctima, en general, acude denunciando un hecho puntual violento y reciente, pero a través de su historia, se deducen otros antecedentes violentos: físicos, psíquicos, sexuales o de cualquier otro tipo, que pueden haber sido denunciados o no.

Este caso es el más frecuente. La función del médico forense de guardia es una valoración puntual del hecho concreto denunciado: lesiones que presente y una valoración inicial de la historia del maltrato. La peritación de la violencia puntual sigue los mismos criterios que los expuestos para el episodio único, pero la valoración global del maltra-

¹ Artículo 153.

«El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

to (sobre todo el estado psicológico) requiere de una investigación más profunda y demorada en el tiempo —que abordaremos posteriormente— y que no puede realizarse en el juzgado de guardia.

Así pues, la violencia continuada, a mi juicio, no es posible llevarla por juicio rápido, toda vez que no conoceremos las consecuencias de un maltrato habitual con un sólo reconocimiento médico puntual realizado en el período de la guardia o incluso en los siguientes días inmediatos.

Antes de pasar a desarrollar nuestra actividad en una fase ulterior (cuando se trata de violencia habitual contemplada en el art. 173.2 del CP.²), haré referencias a un concepto introducido en el vigente art. 153 del CP. Me refiero a los términos «menoscabo psíquico» que tanta incertidumbre está creando en medios jurídicos. ¿Qué es el menoscabo psíquico?, ¿es equivalente a lesión psíquica?, ¿es lo mismo que trastorno psíquico? Son preguntas que frecuentemente nos plantean los jueces y fiscales en las guardias ante las denuncias de las víctimas.

Desde mi punto de vista, menoscabo psíquico es equivalente a «lesión psíquica» y baso esta afirmación en el contenido del propio art. 147 del CP. cuando especifica: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental...».

Ahora bien, el quid de la cuestión desde mi punto de vista, se ha de trasladar a otro concepto apuntado en el mencionado artículo 147 y que no es definido y sobre el que tampoco existe un consenso en el ámbito médico. Es el concepto de «salud». La OMS ha venido definiendo

² «2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre 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 incapaces 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.»

do a la salud como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de molestias o enfermedades». A mi juicio, es una definición un tanto utópica puesto que el bienestar absoluto no existe, al menos como un estado dotado de cierta estabilidad. Sin embargo, sí se intuye que la salud es algo más que la mera ausencia de enfermedad aunque no sepamos bien cuál es ese «plus».

Desde el punto de vista psíquico, todas las personas habitualmente presentamos episodios de malestar subjetivo: ansiedad, insomnio, irritabilidad, decaimiento, etc., ante eventos displacenteros: una discusión, una ofensa, una frustración, etc. Sin embargo, esos episodios, que suelen pertenecer a la esfera afectiva, no tienen inicialmente el estatus de «trastorno mental», sino que son reacciones normales ante acontecimientos negativos, aversivos o estresantes. Lo anormal, incluso, sería no presentarlos. Si admitimos que la salud es algo más que la ausencia de enfermedad, aspecto sobre el que habría que llegar a un consenso, deberíamos consecuentemente admitir también, que esos episodios transitorios antes aludidos, perturbadores del estado de ánimo, supondrían un menoscabo a la salud. Podríamos concluir entonces, que un menoscabo a la salud y, por lo tanto, una lesión psíquica, sería tanto una disfunción psíquica (episodio reactivo a una situación estresante) como un auténtico trastorno mental.

Trasladando lo anterior a la conceptualización jurídica de lesión (art. 147) ahora el problema es diferenciar entre una falta y un delito de lesiones. El propio art. 147 nos lo resuelve cuando establece para el delito de lesiones: «... siempre que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.» Por exclusión, será una falta de lesiones si no cumple los requisitos anteriores.

En mi opinión, estaremos ante un delito de lesiones cuando lo que presente la víctima es un trastorno mental «sensu estricto» y ello en virtud de los requisitos ya aludidos del art. 147 y ante una falta de lesiones en los casos de disfunción psíquica no patológica. Dado que con la nueva reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica (Ley Orgánica 11/2003) se han desplazado las antiguas faltas al delito del art. 153, cuando exista una lesión psíquica —menoscabo psíquico— pero que no requiere tratamiento médico (disfunción psíquica no patológica), estaremos, también, ante un delito de lesiones pero del art. 153 y no del art. 147. Por último, si la lesión psíquica tiene el estatus de «trastorno mental» y es consecuencia de una reiteración del maltrato (habitualidad) se debiera encuadrar en el art. 173 puntos 2 y 3 y concomitantemente en un delito del art. 147.

Antes de acabar este apartado, la violencia doméstica en el juzgado de guardia puede provenir del resultado de la muerte de la víctima. En estos casos se procede del mismo modo que ante cualquier otra muerte de tipo violento mediante el levantamiento del cadáver y su correspondiente ulterior autopsia.

3. Intervención durante la fase de instrucción en la violencia habitual

Dado que no es posible emitir un juicio sobre lesiones, sobre todo, cuando son de carácter psíquico, o físico si éstas son de cierta consideración, y por lo tanto, no susceptibles de llevarlas por juicio rápido, es preciso proceder a una investigación médica lo más exhaustiva posible.

La necesidad de este estudio viene determinada porque el art. 173.2 prevé la concurrencia de penas: por un lado, la correspondiente a la conducta típica del mencionado artículo y, por otro, las que correspondieran a las lesiones derivadas de los episodios de violencia.

En los casos de violencia física exclusivamente, eventualidad extraña, la investigación no ofrecería grandes dificultades y bastaría con contabilizar los episodios violentos si estos estuvieran documentados médicamente, para acreditar la habitualidad y proceder a emitir una valoración médico forense sobre las lesiones. Diferente es el caso de las lesiones psíquicas, o lo más frecuente, la concurrencia de ambos tipos (lesiones físicas y psicológicas).

La acreditación de una lesión psíquica requiere, como ya hemos apuntado anteriormente, diferenciar entre una disfunción psíquica no patológica (la reacción psíquica ante un evento estresante) y un auténtico trastorno mental, ya que su encuadre jurídico sería totalmente diferente. A este respecto, y complementando a lo dicho hasta ahora, habría que matizar que para que una lesión psíquica tenga el estatus de trastorno mental se requieren tres requisitos fundamentales (criterios de APA —Asociación de Psiquiatría Americana—):

Criterio de contenido. Se debe reunir un número mínimo de síntomas, conductas o características específicas determinantes para cada tipo de trastorno del que se trate. Este número mínimo y los síntomas específicos vienen determinados en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV-TR).

Criterio de temporalidad. Para la mayoría de los trastornos mentales se especifica un período mínimo de tiempo de persistencia de los síntomas, conductas o características específicas, necesario para que se pueda emitir el diagnóstico correspondiente. También suelen apare-

cer puntos de corte temporales para determinar el criterio de cronicidad, que nos puede orientar en el esclarecimiento del concepto de secuela.

Criterio de funcionalidad. Los trastornos mentales deben producir un malestar clínicamente significativo, deterioro de las funciones sociales, laborales, escolares, etc.

Como se puede apreciar, el mero criterio temporal, como más significativo, aunque no el único, implica la imposibilidad de emitir un diagnóstico con un solo reconocimiento en el juzgado de guardia cuando las lesiones son recientes. De ahí, las reiteradas críticas a llevar por juicio rápido la violencia doméstica habitual.

Pero además de lo anterior, existen otras razones técnicas de fondo. Dado que no existen trastornos psíquicos específicos de la violencia doméstica, si una víctima presenta una depresión, un trastorno de ansiedad, etc., debemos, en primer lugar, descartar que sea debido a otras causas diferentes al presunto maltrato o incluso si eran preexistentes al mismo. Para poder hablar de lesión psíquica debe existir una relación de causalidad entre el maltrato y el trastorno psíquico, lo que exige un estudio minucioso de la causalidad, circunstancia que requiere tiempo y que no es posible llevarlo a cabo en el juzgado de guardia.

Así pues y en cuanto a las lesiones psíquicas, como resumen de la actuación médico forense en esta fase, señalamos las siguientes:

- Diferenciación entre un verdadero trastorno mental y las disfunciones psíquicas que no alcanzan el estatus de patológicas.
- Si se llega a un diagnóstico de trastorno mental: determinar.
- Que éste no sea preexistente y, por lo tanto, no derivado del maltrato. En este caso no hay relación de causalidad y consiguientemente, no habría lesión.
- Si el maltrato ha agravado o descompensado un trastorno previo que había remitido total o parcialmente.
- La vulnerabilidad psíquica de la víctima. Hay personas muy vulnerables que se descompensan ante mínimos estímulos aversivos.
- Tanto en esta eventualidad como en la anterior, cabría hablar de concausalidad. La causa desencadenante sería la conducta violenta y la concausa el estado previo
- Que el maltrato sea el causante único y determinante del trastorno mental.

Para acreditar todos los puntos anteriores serán necesarios:

- Exploración psicopatológica exhaustiva con utilización de medios complementarios.

- Historia clínica completa, recabando todos los antecedentes, sobre todo, los de tipo psiquiátrico.
- Exploración de la personalidad de la víctima con utilización de medios complementarios.
- Descartar todo tipo de eventos psicotraumáticos que pudieran determinar un trastorno mental.
- Recabar información por fuentes indirectas: familiares, amigos, vecinos, etc.
- Valoración del testimonio.
- Contrastar la información con la proveniente del presunto agresor.
- Realizados todos los estudios pertinentes según el esquema anterior y si se llega a la conclusión de que existe una lesión psíquica, la última actuación médico forense es la plasmación de todo ello en el correspondiente informe pericial.

El informe médico pericial debe contener una serie de apartados que reflejen toda la actividad realizada. Sin extenderme en demasía sobre el mismo, constaría de las siguientes partes:

- Datos identificativos de la causa judicial, del órgano judicial que demanda la pericial, del perito, de la víctima, fecha, etc.
- Elementos de los que se ha dispuesto para elaborar el informe.
- Entrevistas clínicas (número de ellas).
- Pruebas complementarias: analíticas, tests, pruebas de neuroimagen.
- Documental de carácter médico/psicológico.
- Documental y testificales aportados a la causa.
- Informaciones de terceras personas.
- Cuerpo del informe: resumen de la historia clínica de la víctima.
- Apartado de «Exploración». Descripción detallada de las alteraciones del psiquismo: inteligencia, memoria, orientación, afectividad, pensamiento, percepción, etc.
- Apartado de «Consideraciones médico legales». Discusión científica del caso: valoración de la causalidad, diagnósticos diferenciales, juicios pronósticos o cualquier otra cuestión que se considere relevante.
- Apartado de «Conclusiones». Hay que definir los siguientes puntos:
 - Diagnóstico, si existe, específico del trastorno mental que presenta con su correspondiente clasificación según las clasificaciones mundialmente admitidas (DSM-IV y CIE-10).
 - Tiempo invertido en la curación y tiempo de incapacidad, tanto si es parcial como total a efectos de determinar la responsabilidad civil.

- Necesidad de una asistencia facultativa o si por el contrario, ha sido necesario un tratamiento médico.
- Especificar las secuelas.

En relación a estas últimas cuestiones haré alguna reflexión al respecto. Mucho se ha discutido y aún se sigue discutiendo si el perito médico debe o no definirse sobre la cuestión de la «primera asistencia facultativa» y sobre «el tratamiento médico». Es indudable que estos términos que proceden del ámbito médico, han sido dotados de unas connotaciones jurídicas que son diferentes de su significación original.

Sin entrar en un análisis profundo de estos conceptos, en mi opinión, y con carácter general, no olvidando que cada caso debe ser analizado de forma específica, cuando estemos ante un trastorno mental *sensu stricto*, sería necesario un tratamiento médico, toda vez que el trastorno mental suele requerir de cambios en las dosis de los fármacos, cambios de fármacos, combinaciones de otros tipos de terapias, etc. además de las frecuentes recaídas. Todo ello, excede el criterio de la primera asistencia facultativa.

Otra cuestión relacionada con el tratamiento médico es si el tratamiento psicológico es equiparable al tratamiento médico. Hay trastornos mentales, no todos evidentemente, en los que el tratamiento psicológico es tan efectivo o más que el tratamiento médico-farmacológico, como por ejemplo, el de las fobias específicas, distimias, etc. En estos casos, ambos tipos de tratamientos serían igualmente válidos. Para que un tratamiento psicológico pueda ser equiparado a un tratamiento médico, se deberían cumplir los siguientes requisitos:

- Que exista un trastorno mental de los incluidos en las clasificaciones mundialmente admitidas.
- Que el tratamiento psicológico esté indicado.
- Que el tratamiento psicológico sea eficaz para ese trastorno.
- Que esté dispensado por un profesional de la psicología.

Por último, también haré alguna reflexión sobre las diferencias entre los conceptos de lesión y secuela.

La diferencia que existe entre el concepto de lesión y de secuela es aplicable tanto a la medicina somática como a la psiquiátrica. El problema, radica a mi modo de ver, en que en psiquiatría, no disponemos de nombres específicos y diferentes para designar a las secuelas con respecto a las lesiones. En traumatología, por ejemplo, tenemos un diagnóstico de fractura de meseta tibial (lesión) y tras el tratamiento oportuno le residúa, una limitación de la flexión de rodilla de 30.º (secuela). En este caso, el nombre de la lesión (fractura) es diferente de la secuela

(limitación de la flexión). En psiquiatría, por el contrario, tenemos, por ejemplo, un diagnóstico de depresión como lesión y tras el tratamiento oportuno, le residúa una depresión (secuela). Tanto la lesión como la secuela coinciden en el nombre. Esto, puede producir cierta perplejidad y confusión a los profanos, sin embargo, conceptualmente no hay diferencias entre lo somático y lo psiquiátrico.

El concepto de lesión hace referencia a una alteración en la salud física o psíquica. A esta alteración se le aplica el tratamiento oportuno y adecuado con el fin de obtener la curación (*restitutio ad integrum*). Sin embargo, no siempre se consigue el retorno al estado previo de salud que tenía el lesionado/a, a pesar de haber invertido todas las técnicas y medios que se conocen en la medicina. Cuando esto ocurre, estamos, ante lo que se conoce en Medicina Legal, como «estabilización lesional» y, aquello que le residúa al lesionado, pasa a ser considerado como una secuela. Estos criterios conceptuales, son pues, aplicables a cualquier ámbito de la medicina, incluida la psiquiatría.

De este modo, si por ejemplo, como consecuencia de un agente vulnerante físico o psíquico, se produce en la persona que lo recibe, un cuadro de depresión reactiva, estaremos ante una lesión. Esta depresión, debe de ser tratada con todos los medios conocidos, que se saben son efectivos para este trastorno, cuando transcurrido un tiempo suficiente (aspecto dotado de cierta subjetividad), no se consigue obtener mejorías significativas, se debe detener el contaje del llamado período de curación, porque razonablemente y, a la luz de los conocimientos científicos del momento, no es esperable un progreso hacia la curación. A partir de esa finalización del período de curación, todo lo que queda funcional o estructuralmente afectado, pasa a ser una secuela. En el caso del ejemplo, el nombre de la secuela, muy probablemente coincidirá con el de la lesión, le quedará, una depresión de características crónicas, residuales, etc.

Apuntes sobre el orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

Juan Delgado Cánovas
Magistrado-Juez de Instrucción n.º 10 de Bilbao

1. Antecedentes

Tras su tramitación parlamentaria por el trámite de urgencia, el viernes 1 de agosto de 2003 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, entrando en vigor al día siguiente. Se continúa con ello la línea emprendida con la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que constituyó un auténtico hito en el establecimiento de instrumentos penales y procesales, útiles y eficaces, en esta lucha¹.

Las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/1999 se concretaron, a los efectos que nos interesan respecto al tema del presente artículo, en los siguientes aspectos:

1.^a La inclusión como pena accesoria de determinados delitos (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la inte-

¹ Como pone de manifiesto la profesora ARANGÜENA FANO, dicha Ley vino a incidir sobre cuestiones y preceptos que habían sido objeto de reforma por otra Ley Orgánica, la 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, cuya vigencia databa de tan sólo veinte días antes de la entrada en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la 14/1999 objeto de nuestro estudio: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del artículo 544 bis», *Actualidad Penal*, 2000, Ref.º XI, p. 237, Tomo 1. Sobre la mencionada Ley, véase también el estudio de MONSERRAT COMAS DE ARGEMIR CENDRA, «Novedades legislativas introducidas por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares», en VV.AA., *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*. Cuadernos de Derecho Judicial 2001, V, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial.

gridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, según se prevé en el artículo 57) pero también de determinadas faltas [aquellas contra las personas de los artículos 617 (lesiones y malos tratos) y 620 (amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas)], de la privativa de derechos (artículo 39 f) consistente en la prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal o de comunicarse con ellos con el contenido y limitaciones previstos en el artículo 48 del Código Penal².

En función del tiempo por el que se acuerde, que en ningún caso podrá superar los cinco años (artículo 57), la referida pena tendrá la consideración de grave (si el tiempo es superior a tres años en atención al artículo 33.2 g) menos grave (si lo fuera por un período de entre seis meses y tres años, de conformidad con el artículo 33.3 f) o leve (si fuera inferior a seis meses según el artículo 33.4 b. bis), pudiendo funcionar igualmente dicha sanción como obligación o deber condicionante de la suspensión de la ejecución de una pena de prisión (artículo 83 en su nuevo subapartado 1.º bis) y como medida de seguridad (artículo 105.1 en su nueva letra g).

2.ª La modificación del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el aseguramiento de la comunicación a la víctima de la adopción de medidas adoptadas contra el agresor. El Informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha 21 de octubre de 1998 al Anteproyecto advertía de la necesidad de prever una aplica-

² Constata Arangüena Fano que algunos extremos de los mencionados ya se habían producido como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999, tales como la previsión de la señalada pena accesoria para los delitos de referencia, si bien con la nueva Ley Orgánica se corrigió el defecto padecido por la anterior de no incluir las prohibiciones de comunicación y aproximación en la clasificación de penas del artículo 33, ni en la enumeración de penas privativas de derechos del artículo 39 ni en la explicación que del contenido de tales prohibiciones se efectúa en el artículo 48. Además se aprovechó para modificar el ámbito subjetivo de las personas con quienes se prohíbe al imputado comunicarse o aproximarse que se extiende de la víctima y familiares a aquellas otras personas que determine el Juez o Tribunal y para clarificar que éste podrá acordar una o varias medidas de las referidas cumulativamente, toda vez que no resultan en modo alguno incompatibles entre sí. También resultó novedoso el hecho de que para acordar las referidas prohibiciones el órgano jurisdiccional deberá justificar su decisión bien en la gravedad de los hechos, bien en el peligro que el delincuente represente, minorándose, por tanto, las iniciales exigencias de la precedente reforma de la Ley Orgánica 11/1999 que exigía la concurrencia de ambas circunstancias (gravedad y peligro) no bastando una de ellas. Por último novedad total constituyó el hecho de la extensión de la posibilidad de acordar las referidas prohibiciones a las faltas mencionadas, puesto que ninguna previsión al respecto se contenía en la precedente Ley Orgánica.

ción concreta de la regla general del artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³, de forma que los autos en los que se adopten medidas cautelares se notifiquen a las víctimas de los delitos mediante el traslado del oportuno testimonio, aun cuando éstas no estén personadas en la causa. Haciéndose eco de la propuesta del Consejo, el legislador introdujo un último párrafo en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde puede leerse que «en cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad» siendo la ubicación oportuna habida cuenta de que el artículo en cuestión es uno de los dedicados al ofrecimiento de acciones, y el nuevo párrafo se sitúa inmediatamente a continuación del que se encarga de advertir de que fuera del citado ofrecimiento no se efectuará ya posteriormente a los ofendidos notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente. Pese a no mencionarlo expresamente la Ley, una interpretación lógico-sistemática del precepto debe conducir a establecer la misma exigencia de comunicación a los familiares u otras personas relacionadas con la víctima respecto de las que se haya establecido como protección la medida cautelar sobre el imputado.

3.ª La reforma del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la introducción del artículo 544 bis del citado texto legal.

La reforma del artículo 13 de la Ley ritualaria procesal penal introdujo la posibilidad de adoptar las medidas cautelares del artículo 544 bis en las primeras diligencias, incluyendo entre ellas la de «... proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (por el delito), a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente ley».

El contenido del nuevo artículo 544 bis fue el siguiente: «En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

³ «Las resoluciones dictadas por jueces y tribunales, así como las que lo sean por secretarios judiciales en el ejercicio de las funciones que le son propias, se notificarán a todos los que sean parte en el pleito, causa o expediente, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley» (Redacción según Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta 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.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

2. Concepto y características de la orden de protección

La orden de protección es una medida cautelar adoptada en el proceso penal cuya finalidad es la protección de las víctimas de la violencia doméstica. Se trata de un instrumento que permite, desde un primer momento, amparar, tutelar, informar y ayudar a las víctimas activando la acción penal, acordando medidas inmediatas de carácter procesal, civil y de atención especializada, medidas todas ellas dirigidas a perfeccionar la respuesta que debe brindar el sistema penal a este fenómeno unificando, a partir de una sola solicitud, los diferentes instrumentos de protección de la víctima previstos por el ordenamiento jurídico, a saber, penales y civiles, así como de protección y asistencia social.

Las características que definen la orden de protección, tal y como ha sido regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son las siguientes:

a) Jurisdiccionalidad y aplicación general: La orden de protección se puede dictar en el marco de un procedimiento penal por delitos o faltas. Los delitos son los contemplados en los siguientes apartados del Código Penal vigente:

—Delitos contra la vida:

- Título I del Libro II («Del homicidio y sus formas», artículos 138-143).
- Título II del Libro II («Del aborto», artículos 144-146).

—Delitos contra la integridad física o moral:

- Título III del Libro II («De las lesiones», artículos 147-156).
- Título IV del Libro II («De las lesiones al feto», artículos 157-158).
- Título V del Libro II («Delitos relativos a la manipulación genética», artículos 159-162).

—Delitos contra la libertad y seguridad:

- Título VI del Libro II («Delitos contra la libertad», artículos 163-172).
 - Capítulo 1.º: («De las detenciones ilegales y secuestros», artículos 163-168).
 - Capítulo 2.º: («De las amenazas», artículos 169-171).
 - Capítulo 3.º: («De las coacciones», artículo 172).
- Título VII del Libro II («De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», artículos 173-177).

—Delitos contra la libertad sexual:

- Título VIII del Libro II («Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», artículos 178-194).
 - Capítulo 1.º: («De las agresiones sexuales», artículos 178-180).
 - Capítulo 2.º: («De los abusos sexuales», artículos 181-183).
 - Capítulo 3.º: («Del acoso sexual», artículo 184).
 - Capítulo 4.º: («De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual», artículos 185-186).
 - Capítulo 5.º: («De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores», artículos 187-190).

En teoría, las faltas cuya presunta comisión harían posible que el Juez instructor dictase una orden de alejamiento serían las tipificadas en los artículos 617 al 622 del Código Penal vigente, puesto que en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se realiza una referencia genérica a los presuntos autores de faltas «contra la vida, integridad física y moral, libertad o seguridad de algunas de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal». Sin embargo, a efectos de aplicación de la citada norma resulta un criterio válido el contenido en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, en el cual se estipula que también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el mismo (de aproximación y comunicación con la víctima de los delitos que en su párrafo primero se mencionan, así como la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o acudir a aquél en que resida la víctima y su familia si fuesen distintos) por la comisión de una infracción

calificada como falta contra las personas de los artículos 617.1.º y 2.º, así como del artículo 620.1.º del Código Penal vigente. Si bien se trata de supuestos distintos, puesto que en el artículo 57 se hace referencia a medidas definitivas de protección de violencia doméstica susceptibles de resultar impuestas en sentencia condenatoria mientras que el artículo 544 ter regula unas medidas provisionales aplicables de forma cautelar, la modificación de los artículos 153 y 173 del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, supone «de facto» la casi total desaparición de las infracciones leves en materia de violencia doméstica habida cuenta de que con la reforma mencionada se elevan a la categoría de delito sendas conductas que estaban contempladas como faltas en la regulación anterior cuando se cometan los hechos tipificados en los artículos 617.1.º, 2.º y 620 del Código Penal vigente contra alguna de las personas que se citan en el artículo 173.2.º, antes recogidos en el artículos 153 del citado texto legal, permaneciendo únicamente como falta en los casos de violencia doméstica la contemplada en el artículo 620.2, párrafo 2.º, según el cual serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:... 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.»⁴

b) Urgencia y provisionalidad: La orden de protección ha de dictarse y ejecutarse con la mayor celeridad posible, sin menoscabo de las debidas garantías procesales ni del principio de proporcionalidad, debiendo articularse un procedimiento sumario que permita la más exacta verificación judicial de las circunstancias de hecho y medidas de aplicación más adecuadas al mismo. La razón de ser de esta característica radica en la necesidad de adoptar una medida que permita garantizar de forma inmediata la integridad física y psíquica de las víctimas de la violencia doméstica, no existiendo impedimento alguno para dejarla sin efecto en el momento en que el Juez de instrucción estime que ha desaparecido la situación de riesgo que justificó la adopción de la medida.

⁴ Establece el mencionado artículo como condición objetiva de procedibilidad que «Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal», requisito que viene matizado en el párrafo siguiente cuando se trate de víctimas de violencia doméstica: «en los supuestos del apartado segundo de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos, no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

c) Heterogeneidad: El elenco de medidas de que dispone el órgano judicial abarcan desde la mera ocultación de datos de localización de la víctima que debe declarar como testigo (contempladas en la Ley Orgánica 14/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales) hasta la prisión provisional.

d) «Fumus boni iuris»: La adopción de la orden de protección exige la verificación por el Juez de Instrucción de la concurrencia de elementos suficientes en el plano indiciario de la comisión de alguna de las infracciones penales anteriormente mencionadas.

e) «Periculum in libertatis»: Se concreta en los riesgos o peligros que para la víctima pueden derivarse de la no adopción de la medida cautelar de protección frente al imputado, exigiendo a tal efecto el propio artículo 544 ter 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la concurrencia de «una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo»⁵.

f) Amplia legitimación activa: Del contenido del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende que el juez de instrucción podrá dictar la orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica:

—De oficio.

—A instancia del Ministerio Fiscal.

—A instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones de parentesco o afectividad indicadas en el artículo 153 del Código Penal vigente, a saber:

- cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia,
- descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente,
- menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente,

⁵ En definitiva, como afirma DELGADO MARTÍN, nos encontramos ante un juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro que ha de evaluar el riesgo o peligro concreto de que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima, no tratándose de una medida destinada a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de una eventual sentencia condenatoria puesto que de ser así se actuaría en torno al «periculum in mora», lo que no es el caso («La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 2, año 1, febrero 2004, pp. 40-59).

- 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,
- sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a instancia de cualquier entidad u organismo asistencial, público o privado, que tuviera conocimiento de alguno de los hechos que fundamentan la orden de protección, los cuales tiene el deber de ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de Guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

g) Amplitud del concepto de «víctima»: El párrafo 1.º del artículo 544 ter menciona a las «víctimas de la violencia doméstica», entendiéndose por tales «las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal». En el momento de la promulgación de la Ley Orgánica 27/2003, de 31 de junio, el citado artículo del Código Penal, redactado conforme a la Ley 14/1999, de 9 de junio, contemplaba como víctimas de la violencia doméstica:

- a la persona que fuese o hubiese sido cónyuge del sujeto activo del delito o a la persona que estuviese o hubiese estado ligada a aquél de forma estable por análoga relación de afectividad;
- a los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que conviviesen con el agresor o que se hallasen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del sujeto activo del delito o su cónyuge.

Como se puso de relieve en el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999, a pesar del indudable avance que implicó la Ley Orgánica 14/1999, se detectaban en el tipo «omisiones y asimetrías en la enunciación de los miembros del grupo familiar susceptibles de protección reforzada que no parecen estar suficientemente justificadas». Ello imposibilitaba su aplicación a personas objetivamente acreedoras de una similar protección. Tras la reforma de los tipos penales contemplados en los artículos 153 y 173 del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, el elenco de personas que han de ser legalmente con-

sideradas como víctimas de la violencia doméstica ha pasado a recogerse en el artículo 173.2 del Código Penal, efectuándose una modificación sistemática en el texto punitivo bajo la que subyace un nuevo enfoque conceptual del tipo penal otrora regulado en el artículo 153⁶, considerando el artículo 173.2 como sujeto activo de la violencia doméstica a quien ejerza habitualmente violencia psíquica o física sobre:

- quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad sobre la víctima aun sin convivencia,
- los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge 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 del cónyuge o conviviente,
- sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,
- sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

De la enumeración que efectúa el legislador destaca como novedad el incluir como ofendidos por los malos tratos:

- al cónyuge o a quienes hubieren mantenido con el agresor relación estable de afectividad análoga pese a que no existiese convivencia, lo que permite incluir en este apartado a las víctimas que mantuviesen una relación de noviazgo, superando la situación anterior en la que dichas relaciones se consideraban excluidas al no ser susceptibles de ser englobadas por la expresión que emplea el precepto de «relaciones de afectividad estable análoga a la conyugal» que parecía reducirse a las situaciones de convivencia o parejas de hecho;
- a los descendientes del agresor o conviviente,

⁶ Frente a la criticada ubicación del contenido del anterior artículo 153 del Código Penal entre los delitos de lesiones, la reforma llevada a cabo opta por ubicar el delito de ejercicio habitual de la violencia doméstica entre los delitos contra la integridad moral, concretamente tipificando la conducta como un nuevo apartado segundo del artículo 173. Aunque lógicamente la decisión pudiera haber recaído en favor de otras posibilidades, la opción puede estimarse acertada, pues conecta el hecho con la esencia de una manifestación directa de la dignidad humana, confirmando legislativamente la conexión del tipo con los artículos 10 y 15 de la Constitución, a la que aludió la pionera Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996, recibiendo de esta forma el bien jurídicamente protegido un mejor tratamiento sistemático.

- la inclusión de los menores y de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,
- a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

3. Tramitación de la orden de protección

a) *Solicitud de la orden de protección*

Establece el apartado 3.º del artículo 544 ter que la orden de protección podrá solicitarse:

- directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal,
- ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,
- las oficinas de protección a la víctima,
- los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas,
- los servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata ante el Juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente. Sobre este punto, se plantea en alguna ocasión en la práctica de los partidos judiciales, cuyos Juzgados de Instrucción efectúan guardas de permanencia de 24 horas, la remisión por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de atestados para tramitar como diligencias urgentes de las reguladas en el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 795-803)⁷ fundamentalmente por conductas indiciariamente incardinables en el artículo 173.2 o 153 del Código Penal vigente, en los que concurre una solicitud por la víctima de una orden de protección, resultando ser la competencia de los órganos judiciales con jurisdicción en otro partido judicial por haberse cometido los hechos en su territorio, o simplemente la presentación de una denuncia acompañada de la petición de una orden de protección ante un Juzgado de Instrucción territorialmente incompetente. En ambos casos, tal y como dispone la Ley, en consonancia con lo dispuesto

⁷ Introducida mediante reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectuada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre y Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre.

en el artículo 40 del Reglamento 5/1995, del Consejo General del Poder Judicial, se efectúan las primeras diligencias por el Juzgado destinatario del atestado o denuncia habiendo de resolver sobre la solicitud de la orden de protección presentada y remitiendo a continuación los autos al Juez competente tras dictar el correspondiente auto de inhibición. Si bien dicho «modus operandi» presenta la virtud de aportar una respuesta inmediata ante una situación de urgencia, un uso inadecuado de la misma puede dar lugar a un fenómeno de «forum shopping» que sobrecargue de trabajo a Juzgados de Instrucción con servicio de guardia permanente de 24 horas, dotados de un mayor número de medios, y que origine una peregrinación en busca del Juez que logre dar satisfacción a las pretensiones de aquellos solicitantes que hayan visto rechazada previamente su petición, suponiendo por otra parte la presentación de una orden de protección la derogación tácita de las normas de reparto establecidas en numerosos partidos judiciales con el fin de otorgar una respuesta ágil y efectiva a los problemas de violencia doméstica.

Las formas de presentación de la orden de protección son de gran simplicidad y fácil accesibilidad, consistiendo básicamente en los siguientes cauces:

En aquellos supuestos en que la solicitud se presente ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, éstos realizarán el correspondiente atestado para la averiguación y esclarecimiento de los hechos con el fin de facilitar al Juez de Instrucción los elementos probatorios necesarios para resolver sobre la solicitud y agilizando al mismo tiempo la tramitación del proceso, posibilitando en su caso la celebración de los «juicios rápidos» implantados mediante la Ley Orgánica 38/2002.

Cuando la solicitud se presente ante el Ministerio Fiscal, éste podrá proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 773.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, practicando él mismo u ordenando a la Policía Judicial que practique las diligencias que estimen pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo, remitiendo a continuación las actuaciones al Juez de Instrucción, no pareciendo pertinente en dicho supuesto el uso por el Ministerio Público de la potestad de archivo de la causa puesto que ello entraría en contradicción con el contenido del artículo 544 ter que exige una decisión judicial motivada sobre la solicitud de la orden de protección.

Cuando la orden de protección se presente ante cualquier otro organismo (servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas o en los servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados), la solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente sin más trámite, quien podrá requerir

a la Policía Judicial la práctica de aquellas diligencias que resulten necesarias para resolver sobre la adopción o no de la orden de protección.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

Establece el párrafo 2.º del apartado 4.º del artículo 544 ter que cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso, la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud. Las posibles disfunciones que dicha regulación podría ocasionar en caso de concurrir dicho supuesto en los servicios de guardia de permanencia de 24 horas y en las solicitudes presentadas en los servicios de guardia de disponibilidad con más de un Juzgado de Instrucción en un plazo inferior a las 72 horas previas a la finalización del turno de guardia parecen quedar zanjadas al afirmar el legislador que corresponde en todo caso resolver al Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud, si bien la propia dinámica de la oficina judicial y la agilidad que ofrece el servicio de guardia quedaría reducida al finalizar aquél, lo que no ha de ser óbice para acordar preferencia a la resolución de las ordenes de protección solicitadas habilitando los mecanismos necesarios a tal fin.

b) *Adopción de la orden de protección*

La orden de protección podrá dictarse de oficio o a instancia de parte. Si bien en la mayor parte de los casos dicha medida se adopta a instancia de parte, establece el apartado 11.º del artículo 544 ter que en aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

Cuando el Juzgado de Guardia recibe una solicitud de orden de protección, si no existe proceso penal abierto sobre los hechos en que se fundamenta, pueden producirse las siguientes situaciones⁸:

⁸ *Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, Comisión de seguimiento para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, 2003, p. 10.

Cuando los hechos sean constitutivos de falta, a saber, las conductas tipificadas en el artículo 620.2.º del Código Penal vigente, varios son los supuestos que pueden surgir:

Por un lado, el artículo 964.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la celebración del juicio de faltas de forma inmediata, pudiendo, en el marco del plenario, realizarse la audiencia de la orden de protección (artículo 544 ter, apartado 4.º, párrafo 2.º). Los apartados 5.º y 6.º del artículo 544 ter hacen referencia a medidas cautelares penales cuya posible adopción viene derivada de la presentación de la solicitud de la orden de protección de tal forma que parece un contrasentido que a resultas de la celebración del juicio de faltas se adopten medidas cautelares cuando el devenir del plenario ha de ser una sentencia en la que se adopten medidas definitivas, no resolviendo el legislador sobre la forma en que se han de adoptar dichas medidas cautelares puesto que dos serían las posibles opciones: o bien adoptar tanto las medidas cautelares civiles, penales y asistenciales en sentencia o bien adoptar dichas medidas mediante auto y dilucidando sobre el objeto del procedimiento en sentencia, resultando ésta la solución más respetuosa con la tutela de la víctima al otorgar una protección inmediata y permanente hasta la celebración del juicio oral.

Por otra parte, de no resultar posible la inmediata celebración del juicio de faltas, cuando el Juez de guardia estime que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a un Juzgado de otro partido judicial o a algún Juzgado de Paz del partido, al propio Juzgado de Instrucción del que es titular o a otro Juzgado de Instrucción del mismo partido, sin perjuicio de proceder de conformidad con lo estipulado en el artículo 965 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la remisión de las actuaciones al órgano judicial competente, resolverá sobre la solicitud de orden de protección con el fin de garantizar la integridad y seguridad de la víctima hasta el momento de la adopción de medidas definitivas.

Cuando los hechos sean constitutivos de delito, el Juez convocará la audiencia para resolver sobre la solicitud de orden de protección presentada, ordenando las citaciones que sean necesarias para garantizar la presencia de la víctima, del imputado y demás personas que deban ser convocadas. Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando su convocatoria fuera procedente, o con la audiencia regulada en el artículo 789 del citado texto legal en aquellas causas que se tramiten por el procedimiento de «juicios rápidos». Cuando excepcionalmente no fuera posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de cele-

brarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud⁹.

En ambos casos, durante la audiencia el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado (artículo 544 ter, 4.º, III), debiendo establecerse las condiciones para garantizar la asistencia letrada tanto al imputado como a la víctima en aras de la efectividad del derecho a la defensa y a un proceso justo preceptuados por los artículos 24 de la Constitución y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis (artículo 544 ter, 4.º, IV). Dicho inciso es importante y permite dar solu-

⁹ Como certeramente ha constatado DELGADO MARTÍN, en la práctica de nuestros órganos judiciales se ha constatado la frecuente falta de comparecencia del denunciado a la audiencia, debiendo en tal supuesto tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

—Si la persona denunciada se encuentra correctamente citada para la audiencia, ésta puede celebrarse sin que resulte vulnerado su derecho a la defensa.

—Si el denunciado no está debidamente citado, el Juez de Instrucción podrá dictar aquellas medidas de carácter penal pertinentes para la protección de la víctima (siendo la más adecuada la de alejamiento del artículo 544 bis, para lo cual ha de tenerse en cuenta la mención expresa a dicho proceder que efectúa el último inciso del párrafo 4.º del apartado 4.º del artículo 544 ter), aquellas medidas civiles que sean necesarias para la protección del menor de edad en aplicación del artículo 158 del Código Civil (igualmente referida en el apartado 7.º del artículo 544 ter), así como otras medidas civiles en aplicación del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o analógica de las medidas *inaudita parte* previstas en el artículo 771.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(*Op. cit.*, *vid. supra*, nota 5, p. 48).

¹⁰ Especialmente relevante resulta dicha garantía en aquellos supuestos en los que una de las partes solicite la adopción de medidas civiles en el seno de la orden de protección, estableciendo el Protocolo de Coordinación entre los Ordenes Jurisdiccionales Penal y civil (aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación en su reunión de 18 de diciembre de 2003) tres criterios para contribuir a la efectividad del derecho de defensa: la especialización en materia de familia del Letrado que asiste a la víctima de violencia doméstica, de conformidad con lo establecido en los apartados 40 y 41 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos, la asistencia de Letrado a la víctima durante el desarrollo de la audiencia relativa a la orden de protección, especialmente cuando se van a solicitar medidas de carácter civil y que el Letrado interviniente en la audiencia para dictar la orden de protección sea el mismo que asistirá a las partes en posteriores actuaciones ante la jurisdicción civil, tanto durante la fase declarativa como de ejecución y eventualmente incidental.

ción a los supuestos en los que, mediando la solicitud de una orden de protección, no resulte posible por cualquier motivo la celebración de la preceptiva audiencia ni siquiera en el plazo extendido de 72 horas desde su presentación, otorgando la posibilidad de acordar medidas cautelares penales prácticamente semejantes a las contempladas en el artículo 544 ter cuya infracción, como veremos más adelante, origina consecuencias jurídicas similares, suponiendo de hecho la medida de alejamiento sobre el presunto agresor la atribución a la víctima de la vivienda, la cual dispone en todo caso de la posibilidad de incoar el correspondiente proceso de familia y resultando conveniente que desde el Juzgado de Instrucción que acuerda la medida se de traslado de la misma a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier índole, tal y como dispone el apartado 8.º del artículo 544 ter, no apreciándose obstáculo legal para proceder de tal forma. Por otra parte, la medida de alejamiento se puede hacer extensiva no sólo a las personas contempladas en el artículo 173.2.º sino a aquellas que indique la víctima y acceda el Juez de Instrucción a ampliar el ámbito de protección.

En el supuesto de que exista un procedimiento penal en curso, si bien el apartado 11.º del artículo 544 ter faculta al Juez o Tribunal que conozca de la causa para la adopción de la orden de protección cuando constate una situación de riesgo para la víctima, nada obsta para que dicha medida sea adoptada a instancia de parte en dicho momento procesal o que el propio Juez de Guardia ponga en marcha el proceso para la adopción de una orden de protección cuando perciba la existencia de dicha situación de riesgo derivada de un atestado policial o de una denuncia presentada sin que medie solicitud de orden de protección, todo ello con base en una interpretación garantista y de protección integral de los derechos de la víctima de violencia doméstica de conformidad con el espíritu que preside la Ley 27/2003, de 31 de julio.

c) Notificación y ejecución de la orden de protección

Tal y como dispone el apartado 8.º del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de es-

tas comunicaciones, resultando útiles a tal efecto los trabajos de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, así como los Protocolos de Colaboración en el ámbito de Comunidad Autónoma, provincial y de partido judicial. Así pues, la orden de protección deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento de las siguientes personas e instituciones:

- Al Ministerio Fiscal y partes personadas mediante el cauce ordinario.
- A la víctima, aunque no ostente la condición de parte, mediante entrega del testimonio íntegro del auto, comunicación que habrá de ser realizada por el Juzgado de Instrucción que lo dicte o por el Servicio Común destinado al efecto, sin perjuicio del papel relevante de la Oficina de Atención a la Víctima.
- Al Servicio de Atención a la Víctima.
- Al Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.
- A las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que velen por su cumplimiento, resultando importante a tal fin el establecimiento de un sistema ágil y eficaz de comunicación de la orden de protección entre el Juzgado de Instrucción que la dicte y la Policía Judicial para garantizar su efectividad.
- A un punto único en cada territorio que la derivará al organismo u organismos competentes para la prestación de los correspondientes servicios sociales.

La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor, dándose cuenta a tal fin de la orden de protección a la Administración penitenciaria e inscribiéndose en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica¹¹.

¹¹ Conforme al Protocolo de Coordinación entre los Ordenes Jurisdiccionales Penal y civil, en cumplimiento de la recomendación 2002/5 del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre protección de las mujeres contra la violencia, las Oficinas de Atención a la Víctima habrán de desempeñar una tarea decisiva en su labor de informar permanentemente a la víctima sobre los extremos mencionados. Respecto al Registro Central para la protección de víctimas de la violencia doméstica, en desarrollo de la disposición adicional 1.º de la Ley 27/2003, de 31 de julio, según la cual el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a su organización y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mis-

Aunque la víctima no esté personada en el procedimiento se le deberá informar del estado del mismo, así como sobre si el agresor ingresado en prisión va a ser puesto en libertad provisional o sobre si el penado va a disfrutar del algún permiso de salida.

4. Medidas de protección

a) *Medidas penales*

Conforme al apartado 5.º del artículo 544 ter, las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal, siendo sus requisitos, contenido y vigencia los establecidos con carácter general en dicho texto legal, con las adaptaciones pertinentes a criterio del Juez instructor atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

La primera de dichas medidas y la más gravosa desde la perspectiva de la restricción de derechos es la de prisión provisional para el imputado de alguno de los delitos contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad en los que la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2.º del Código Penal vigente, sin que en todos los supuestos resulte necesaria la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para la misma puesto que concurren otros requisitos que la posibilitarían independientemente de la concurrencia de aquél, pero resultando un elemento adicional a los criterios que fundamentan la adopción por el Juez de Instrucción de dicha medida cautelar contemplados en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tal y como ha quedado redactado tras la reforma del citado texto legal en materia de prisión provisional por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre¹².

mo, asegurando en todo caso su confidencialidad. El Real Decreto que establece su regulación fue aprobado en Consejo de Ministros de fecha 5 de marzo de 2004 para su entrada en vigor en breve plazo, definiéndolo como un sistema de información cuya finalidad exclusiva será facilitar información precisa para la tramitación de las causas penales y civiles y para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de las medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica, dependiendo orgánicamente del Ministerio de Justicia, que deberá garantizar la integridad de los datos relativos a las sentencias y medidas de seguridad impuestas por delitos y faltas de violencia doméstica que se produzcan en el futuro o las ya dictadas en forma de orden de protección o medida de alejamiento, información únicamente accesible por órganos judiciales, Ministerio Fiscal y Policía Judicial.

¹² En síntesis, los requisitos que exige el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para decretar la prisión provisional son los siguientes:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de

Los delitos por cuya presunta comisión se solicita por parte de las víctimas en la mayor parte de las ocasiones que se dicte una orden de protección son los tipificados en los artículos 153 del Código Penal vigente, castigado con una pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, con una agravación de imposición en su mitad superior para el supuesto de que el hecho se verifique en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común de agresor y víctima, en el de la víctima o quebrantando una de las medidas contempladas en el artículo 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, castigando por su parte el artículo 173 del mencionado texto punitivo su infracción con la pena de prisión de 6 meses a 3 años. Por consiguiente, resulta posible la adopción de la medida cautelar de prisión provisional para los presuntos autores de delitos de violencia doméstica en ambos casos, si bien con menores exigencias ex artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los supuestos del artículo 173 del Código Penal al no exigir en tal caso que el imputado tenga antecedentes penales no cancelados o susceptibles de cancelación procedentes de delito doloso. Si bien es posible entender, con base en lo dispuesto en el apartado c) de ordinal 3.º del artículo 503 de la Ley rituarial penal que introduce como criterio de referencia a la hora de adoptar la prisión provisional la

prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

4.º También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º de apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

(Un análisis detallado de la reforma ha sido realizado por Carmen-Paloma GONZÁLEZ PASTOR, «La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, lunes 15 de septiembre de 2003, n.º 5.849, pp. 1-6 y FARALDO CABANA, Patricia, «El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional», *Actualidad Penal*, semana 16, 22 junio, 2003, Ref.º XXIV, pp. 635 ss., tomo 2).

de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, no siendo aplicable en dichos casos el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º del artículo 503, que la diferente gradación respecto a la concurrencia de requisitos exigibles para la adopción de la medida cautelar referida ha quedado prácticamente difuminada en supuestos de violencia doméstica con independencia del tipo penal imputado.

En lo que se refiere al plazo máximo de duración de la prisión provisional cuando se adopte en supuestos de comisión por el imputado en un proceso penal de un delito de violencia doméstica, establece el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su apartado 2.º que cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en las letras a) o c) del ordinal 3.º del apartado 1 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a 3 años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera pena señalada igual o inferior a tres años. De ello se desprende que si se adoptase la medida de prisión provisional para evitar que el imputado reitere una conducta de agresión a la víctima, es decir, el supuesto contemplado en la letra c) del ordinal 3.º del apartado 1 del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los límites se sitúan en un año si la pena privativa de libertad aparejada el delito fuera igual o inferior a tres años, o de dos si fuera superior a tres años.

Otras medidas aplicables son las contempladas en el artículo 57 consistentes en la prohibición al agresor de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal o la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos; suponiendo el contenido del artículo 544 ter una restricción «de facto» del elenco de infracciones penales en las que es posible su adopción puesto que el artículo 57 las posibilita en los supuestos de delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

b) *Medidas civiles*

Conforme al apartado 7.º del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

Como se observa, las medidas civiles pueden interesarse en la misma solicitud o modelo protocolizado únicamente por la víctima, su representante legal o el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, de lo que se desprende, como apunta MAGRO SERVET, que las personas relacionadas con la víctima no pueden demandar la adopción de medidas civiles sino únicamente interesar la orden¹³. Por otra parte, se ha de constatar la existencia de una limitación expresa a las facultades del Juez de Instrucción para la adopción de este tipo de medidas consistente en la inexistencia de pronunciamientos anteriores sobre dicho objeto por un órgano de la jurisdicción civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil vigente. Esto supone que el Juez de Instrucción no puede modificar medidas adoptadas previamente por un órgano jurisdiccional civil sino que la parte interesada en la modificación deberá instarla ante el Juez de Primera Instancia que las haya dictado, lo que no es óbice en todo caso para la adopción por el órgano judicial penal de las medidas innominadas de protección del menor contempladas en el artículo 158 del Código Civil, cuyo contenido ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 9/2002, rela-

¹³ «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *Actualidad Penal*, n.º 5914, martes 16 de diciembre de 2003, pp. 1-9 (7).

tiva a la sustracción de menores. El Protocolo de Coordinación entre los Ordenes Jurisdiccionales Penal y Civil recientemente aprobado regula en su apartado 7.º los dos supuestos que pueden surgir respecto a la cuestión que acabamos de exponer:

Modificación de medidas previamente acordadas por órgano judicial civil: El órgano judicial que dicte la orden de protección deberá remitir de oficio al órgano jurisdiccional civil que conozca del asunto testimonio de la solicitud de orden de protección, del auto de orden de protección, de la diligencia de notificación del auto a la víctima con indicación del día que tuvo lugar y de cuantos extremos considere necesarios, con un signo distintivo claramente visible en el que figure la expresión «urgente: violencia doméstica». El mencionado testimonio deberá ser recibido en el órgano civil dentro del día hábil siguiente a aquél en el que se dictó el auto de protección. Cuando ello resulte imposible, ya sea por encontrarse el Juzgado en otro partido judicial o por otras circunstancias concurrentes, el órgano penal lo remitirá en todo caso por fax o por vía telemática, sin perjuicio de enviar asimismo el testimonio por vía ordinaria. Una vez recibido el testimonio por el órgano judicial civil que conozca del asunto, éste lo pondrá en el día siguiente hábil en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal, quienes podrán instar las actuaciones procesales que consideren oportunas, sin perjuicio de la propia actuación de oficio por parte del órgano penal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil.

En los supuestos de inexistencia de un proceso civil anterior, la demanda solicitando la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles podrá presentarse en el Decanato u otro Servicio Común creado para la agilización de la tramitación de los juicios civiles. En aquellos partidos judiciales en los que existan Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, las normas de reparto podrán atribuir la competencia para la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles al Juzgado que dictó la orden de protección al encontrarse en servicio de guardia. El Decanato, así como el Servicio Común que pueda crearse para la agilización de la tramitación de los juicios civiles, practicarán de forma urgente y preferente las actuaciones con relación a este tipo de asuntos. En el procedimiento figurará un signo distintivo claramente visible con la expresión «urgente: violencia doméstica». Los jueces civiles deberán dar preferencia a la tramitación de estos asuntos, con estricto sometimiento a los plazos previstos por la legislación, incoando el procedimiento cautelar previo o simultáneo al pleito principal civil que corresponda una vez recibida la demanda referida a la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles dictadas en el seno de la orden de protección. Ahora bien, como indica el Protocolo de Coor-

dinación, si por razones excepcionales el Juzgado de Primera Instancia no pudiese dictar la correspondiente resolución dentro del plazo de 30 días desde la presentación de la demanda, podrá hacer uso de la posibilidad de dictar medidas «inaudita parte» si concurren los requisitos exigidos por el artículo 771.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procediendo a señalar la correspondiente comparecencia a la que se refiere el artículo 771.2.1.º del citado texto legal.

c) *Medidas asistenciales y sociales*

En consonancia con la «ratio» que impregna la Ley 27/2003, de 31 de julio, la orden de protección confiere un estatuto integral de protección que junto con las medidas cautelares de orden civil y penal comprende aquéllas medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. El apartado 8.º del artículo 544 ter dispone que se establecerá mediante un reglamento general, que podrá ser desarrollado en cada Comunidad Autónoma, un sistema integrado de coordinación administrativa que, con la finalidad de garantizar la agilidad de las comunicaciones interorgánicas, girará en torno a los siguientes ejes¹⁴:

- 1.º Se establecerá un punto de coordinación al que el Juez remitirá la orden de protección y desde el que se posibilitarán las ayudas que sean solicitadas por la víctima o que resulten necesarias, contempladas por el ordenamiento jurídico.
- 2.º Se establecerá asimismo un sistema de comunicación, preferentemente telemático, que permita la rápida remisión de la orden de protección desde el Juzgado de Guardia al Centro de Coordinación correspondiente.
- 3.º El punto de coordinación asignará la asistencia y protección adecuadas a las necesidades de la víctima facilitando el acceso en tiempo real a las ayudas que soliciten las víctimas.

De forma transitoria, hasta el establecimiento definitivo del sistema integrado de coordinación administrativa, el Juez de Instrucción comunicará la orden de protección al órgano competente en materia de asistencia social de la Comunidad Autónoma correspondiente.

La orden de protección emitida por el Juez confiere a la víctima, como se ha mencionado anteriormente, un estatuto integral de protección que incorpora un título habilitante para acceder a las medidas de asistencia social establecidas por el ordenamiento jurídico y, en particu-

¹⁴ *Protocolo para la implantación de la orden de protección... vid. supra*, nota 11.

lar, la renta activa de inserción social regulada en el artículo 2.2 c) del Real Decreto 945/2003, de 18 de julio, la asistencia jurídica gratuita y especializada y cualquier otra asistencia o medida de protección que prevean las leyes.

La duración, contenido, alcance y vigencia de las ayudas concedidas se fijarán en función de los criterios establecidos por cada Administración dependiendo siempre de las necesidades de la víctima y de las circunstancias de su entorno familiar.

5. Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la orden de alejamiento

El incumplimiento de las medidas adoptadas en una orden de protección supondría para el infractor la comisión de un delito de incumplimiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal vigente, según el cual «los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos». Por tanto, en los supuestos de incumplimiento de las medidas estipuladas en el artículo 57.2 del Código Penal vigente con relación al artículo 48 del citado texto legal, la pena sería la de multa cuando el imputado se encontrase en libertad, lo que origina el problema relativo a cómo decretar la prisión provisional por incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento adoptada mediante orden de protección habida cuenta que la pena aparejada es la de multa. En este sentido, la disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece en su apartado j) que el último párrafo del artículo 544 bis quedará redactado del siguiente modo «en caso de incumplimiento por parte del inculpaado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar», lo que posibilita la adopción de la medida de prisión provisional por el Juez de Instrucción en aplicación de lo dispuesto en el artículo 503.1.3.º.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformado tanto por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de

octubre, de reforma del código procesal penal como por la introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, pese a que en sentencia el acusado de un quebrantamiento de medida cautelar que se encontrase en libertad únicamente pueda ser condenado a pena de multa¹⁵.

6. Régimen de recursos contra la orden de alejamiento

La reforma del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectuada mediante la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial del citado texto legal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento, vigente a partir del 28 de abril de 2003, modificó el sistema de recursos en el seno del procedimiento abreviado al disponer el artículo 766 en su apartado primero que contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación, añadiendo a continuación que salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento. En cuanto a la forma de interposición de aquellos, el apartado segundo dispone que el recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, no siendo en ningún caso necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación. El régimen de recursos establecido mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal asimila el establecido en sede de procedimiento ordinario y abreviado, siendo en el marco de este último donde en la

¹⁵ En la reforma del Código Penal se recoge la nueva redacción del artículo 468, según la cual:

1.º *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.*

2.º *En los demás supuestos, se impondrá pena de multa de doce a veinticuatro meses, salvo que se quebrantaren las prohibiciones a que se refiere el apartado segundo del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad, de noventa a ciento ochenta días.*

Como advierte MAGRO SERVET, la redacción literal del artículo 468.2 del Código Penal tras la reforma de noviembre de 2003 tampoco permite aplicar la pena privativa de libertad por incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento adoptada por la vía del artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del sistema de la orden de protección puesto que el artículo 57.2 hace referencia a supuesto de penas y no de medidas cautelares, *vid. supra*, nota 13, p. 4.

mayor parte de las ocasiones se habrán de dictar órdenes de protección por mera proporción estadística respecto a la comisión de delitos incardinables en uno y otro tipo de proceso penal. Una cuestión relevante a este respecto es la relativa al efecto suspensivo de los recursos formulados contra la decisión del Juez de Instrucción de acordar la continuación del procedimiento o, en caso contrario, el sobreseimiento libre o provisional y archivo de la causa en la que se haya dictado orden de protección. En el primer caso, resulta lógico que, habiéndose apreciado por el instructor la concurrencia de una situación de riesgo para la víctima, se mantengan las medidas cautelares durante la tramitación y resolución del recurso de reforma o de apelación presentado, no encontrándose por otra parte excepción alguna al respecto en la legislación procesal vigente que modifique el régimen ordinario de carencia de efectos suspensivos. Por otra parte, el sobreseimiento provisional y archivo de una causa penal incoada por delitos de violencia doméstica ha de implicar el cese de las medidas cautelares adoptadas sin que los recursos interpuestos contra el auto que ponga fin al procedimiento supongan el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas al resultar incongruente con el hecho de que el Juez de Instrucción haya estimado insuficientemente acreditado siquiera en el plano indiciario la comisión de un delito de violencia doméstica, resultando difícilmente sostenible una postura contraria basada únicamente en la presunta peligrosidad del imputado no contrastada por hechos al menos, insistentes, indiciariamente acreditados.

7. Conclusión

Con independencia de la valoración que el contenido de la Ley 27/2003, de 31 de julio pueda merecer desde una perspectiva técnico-jurídica, la efectividad de la orden de protección como instrumento tendente a otorgar una protección integral a las víctimas de la violencia doméstica va a depender del funcionamiento de los mecanismos de coordinación interadministrativos e interorgánicos que permitan poner al alcance de aquéllas los distintos instrumentos de protección que la Ley contempla. A tal fin deberían proveerse las aplicaciones informáticas que posibilitasen disponer de forma inmediata de datos relativos a la preexistencia de órdenes de protección dictadas por órganos judiciales, así como de procedimientos ágiles y funcionales de notificaciones a efectos tanto de la celebración de la audiencia prevista en el artículo 544 ter como de la notificación de la propia orden de protección en determinados supuestos. Por último, se ha de poner énfasis en la necesidad de

fomentar las medidas conducentes a informar al ciudadano del alcance y efectos que conlleva el dictado de una orden de protección con el fin de evitar consecuencias no deseadas derivadas de su aplicación, como con frecuencia ocurre en la práctica.

8. Bibliografía y documentación

- ARANGUENA FANO (2000): «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del artículo 544 bis», *Actualidad Penal*, Ref. XI, p. 237, Tomo 1.
- COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M. (2001): «Novedades legislativas introducidas por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares», en VV.AA.: *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*. Cuadernos de Derecho Judicial, V, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial.
- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA (2003): *Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, 2003.
- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA (2003): *Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica*, 2003.
- DE DIEGO DÍEZ, L.A. (2002): *Recursos contra resoluciones interlocutorias en los procesos penales*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- DE LAMO RUBIO, Jaime (2004): «La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio», *Actualidad Penal*, n.º 42, Doctrina XLI.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (2003): «La prisión provisional del maltratador», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, n.º 602, pp. 1-6.
- DELGADO MARTÍN, J., ALONSO PÉREZ, F., BARALLAT LÓPEZ, J. y PASTOR MOTTA, L. (2002): *Los juicios rápidos. Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicio de faltas. Ley 38/2002, de 24 de octubre y Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*. Ed. Colex, Madrid.
- FARALDO CABANA, Patricia (2003): «El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional», *Actualidad Penal*, semana 16, 22 junio, Ref. XXIV, pp. 635 ss., Tomo 2.
- FRIGOLA VALLINA, J., ESCUDERO MORATALLA, J.F., GANZENMULLER ROIG, C. y DE LAMO RUBIO, J. (2002): *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar*. Ed. Bosch, Barcelona.
- GONZÁLEZ PASTOR, Carmen-Paloma (2003): «La nueva regulación de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *La Ley*, lunes 15 de septiembre de 2003, n.º 5.849, pp. 1-6.

- MAGRO SERVET, Vicente (2003): «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5.821, jueves 10 de julio de 2003, pp. 1-8.
- MAGRO SERVET, Vicente (2003): «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5.914, martes 16 de diciembre de 2003, pp. 1-9.
- Protocolo de coordinación para la eficacia de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica —Bizkaia—.*
- SAURA ALBERDI, Beatriz (2004): «Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica», *La Ley*, viernes 2 de enero de 2004, pp. 15-16.

Las reformas del Código Penal en materia de violencia doméstica

Alfonso Aya Onsalo
Fiscal Jefe. Audiencia Provincial de Alava

Cuando hablamos de medidas cautelares por la comisión de un delito, por ejemplo, un homicidio, un robo, etc. estamos hablando de medidas posteriores al delito que tienden a asegurar la celebración del juicio oral y la ejecución de la sentencia. En este sentido estudiamos la prisión provisional, como medida para asegurar la presencia del imputado en el juicio oral y las fianzas y/o embargos en la pieza de responsabilidad civil para garantizar los posibles pronunciamientos futuros sobre las indemnizaciones.

Pero esto no es así exactamente en los delitos de violencia doméstica. Las medidas cautelares a las que nos referimos no tienden sólo a asegurar el juicio oral, sino también a proteger a la víctima y evitar que los hechos delictivos se puedan reproducir. Para su adopción es preciso que se haya cometido un delito o falta, pero su finalidad es fundamentalmente evitar nuevas acciones violentas hacia el ofendido.

Así lo dice el artículo 544 ter 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «El Juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta... resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo». Igualmente el párrafo 6, al hablar de las medidas de carácter penal, añade: «se adoptarán atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata a la víctima».

Las medidas de protección, que se han ido perfilando con las sucesivas modificaciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal funcionan tanto como pena (artículos 33, 39, 40, 48 y 57 CP¹), como obligaciones o deberes que condicionan la suspensión de la ejecución de

¹ En todo caso me refiero a la redacción del Código Penal según la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aunque no entrará en vigor hasta el 1 de octubre de 2004.

la pena y que deben imponerse necesariamente en el caso de los delitos del artículo 153 y 173.2 CP (con la peculiaridad además de que su incumplimiento determina la revocación de la suspensión, artículos 83 y 84 CP) o como medidas cautelares, que es lo que ahora nos interesa.

En realidad, el art. 544 ter LECr no establece nuevas medidas cautelares de carácter penal. El párrafo 6 dice que «podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley», por lo que habremos de examinar las distintas medidas que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal.

1. El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La primera referencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito la encontramos en el artículo 13. Se ha discutido si este precepto constituía un mero principio programático, si se refería a la asistencia inicial a la víctima del delito (en el mismo sentido del artículo 770.1.º: la Policía Judicial «requerirá la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario que fuere habido para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido») o si permite al Juez adoptar cualquier diligencia —inmominada— con la finalidad de protección aunque no esté expresamente prevista en la ley.

En la actual redacción no parece permitir al Juez cualquier tipo de diligencia, puesto que dice expresamente «...proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (el delito), a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto 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». Por lo tanto hay también en este aspecto una sujeción a principio de legalidad, sólo las medidas previstas en la ley pueden ser aplicadas².

2. La prisión provisional

No hay nada nuevo que decir sobre la prisión provisional en caso de la violencia doméstica que produce un resultado de muerte, lesiones graves, etc., pero, como sabemos, en muchos casos, la violencia do-

² La primitiva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era más concisa: «*Considéranse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer...*».

mística viene constituida por hechos que aisladamente son en sí leves, pero que se repiten en el tiempo, creándose un clima sistemático de maltrato, un ambiente familiar irrespirable que es la esencia del delito de violencia doméstica habitual. Los Jueces han sido reacios en imponer (y los Fiscales en solicitar) la prisión provisional en estos supuestos en que el hecho concreto que conocían no tenía gravedad en sí mismo. Ahora bien, hay supuestos en que la agresión se repite incluso poco después de haber prestado declaración agresor y víctima por un hecho similar, o poco después de haberse celebrado un juicio oral por acciones de la misma naturaleza. En estos supuestos, en que la agresión se repite a pesar de la actuación de los Tribunales y en que fracasan otro tipo de medidas menos gravosas puede ser necesario imponer la grave medida que es la prisión provisional.

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, completada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (Disposición adicional primera) realiza una importante modificación de la prisión provisional. Como la reforma ya ha sido estudiada en otro lugar de este «encuentro», haré referencia sólo a algunos puntos en relación con la violencia doméstica:

- 1.º Se recoge expresamente como unos de los fines constitucionales de esta institución, artículo 503.1.3.º c): «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código Penal».
- 2.º En cuanto al requisito de la gravedad del delito enjuiciado que posibilite la imposición de la prisión provisional, la reforma lo sitúa en dos años, pero de una forma especial, no se refiere al delito cuya pena sea superior a dos años, sino al «delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión», estableciendo luego reglas especiales en caso de tener antecedentes penales el imputado o en caso de concurso de delitos (artículo 503.1.1.º).

Dentro de este límite punitivo está, no el delito del art. 153 CP, pero sí el de violencia física o psíquica habitual del artículo 173.2 (prisión de seis meses a tres años), así como el trato degradante del artículo 173.1 (prisión de seis meses a dos años), las lesiones del artículo 147.1 (prisión de seis meses a tres años) y diversos supuestos de delitos contra la libertad sexual, por citar algunos ejemplos.

Pero además el propio artículo 503.1.3.º c) dice que en los supuestos en que se trata de evitar que el imputado pueda actuar contra la víctima, especialmente cuando ésta es alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, «no será aplicable el límite que respecto de la

pena establece el ordinal 1.º de este apartado». Es decir, que cuando estemos ante un supuesto delito de violencia doméstica, cualquiera que sea la pena y se trate de evitar nuevas agresiones a la víctima, se podrá aplicar la prisión provisional. Ahora bien, la posibilidad, o probabilidad, de actuar contra la víctima, debe estar de alguna forma objetivada, en relación con el hecho y con la persona a quien se va a aplicar la medida.

Subsisten los requisitos generales de proporcionalidad y excepcionalidad, por lo que no se aplicará la prisión provisional en un supuesto aislado (por ejemplo, del artículo 153 CP), pero sí puede decretarse en el caso de reiteración de los hechos, de la agresión que se repite a la salida del Juzgado, o cuando la frase «yo iré a la cárcel pero tú vas a la tumba», adquiere visos de verosimilitud.

En virtud del principio de excepcionalidad la prisión provisional sólo se adoptará «... cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional» (artículo 502.2 LECr.). Por ello lo normal es que con anterioridad se haya aplicado otras medidas cautelares, cuyo incumplimiento nos revele la necesidad de aplicar la prisión provisional. Así, el artículo 544 bis último párrafo (redacción dada por la L.O. 15/2003) establece: «En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 504 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

Normalmente el incumplimiento se traducirá en otra conducta delictiva y, además, en un delito de quebrantamiento de medida cautelar, del artículo 468 CP. Aunque este último delito no esté incluido en el artículo 57 CP, sí puede dar lugar a la prisión provisional, porque aunque sea un delito contra la Administración de Justicia, atenta contra bienes jurídicos de la víctima, que es lo que exige el artículo 503.1.3.º c).

Deberá durar sólo el tiempo indispensable para cumplir su fin, aunque nunca estaremos seguros de que una vez alzada la medida no se vuelva a repetir el hecho. En todo caso y dentro de los límites del artículo 504, la duración de la prisión provisional también deberá ser proporcional a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que se pudiera imponer, a las características personales del imputado y al riesgo de reproducirse los hechos.

3. Las medidas del artículo 544 bis

Es el artículo 544 bis, introducido por L.O. 14/1999, de 9 de junio, el que determina las medidas restrictivas de derechos. Sucintamente son:

- Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o comunidad autónoma.
- Prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o comunidades autónomas.
- Prohibición de acercarse a determinadas personas, con la graduación que sea precisa.
- Prohibición de comunicar con determinadas personas, también con la graduación que sea precisa.

El artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remite al artículo 57 del Código Penal y éste a su vez al artículo 48 también del Código Penal, siendo este último precepto el que define el contenido de dichas penas-medidas, si bien será el Juez el que determine el contenido y vigencia de las medidas que adopte (art. 544 ter 4 LECr.).

Las medidas más comúnmente aplicadas son la prohibición de residir, pero constreñida al domicilio de la víctima (lo cual se asemeja a la medida civil de asignación de la vivienda a uno de los cónyuges o miembros de la pareja), la prohibición de acudir a determinados lugares, normalmente el domicilio de la víctima, lugar de trabajo de ésta y/o de los familiares directamente implicados en el conflicto, y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima y otras personas.

La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.2 CP) impide al penado (o al sometido a la medida) acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a los lugares de trabajo... Debe ser especificado por el juez el contenido y alcance de la medida, siendo lo fundamental que queden protegidos los derechos de la víctima. Hemos visto casos de agresores que acechan a la víctima, «pero a más de cien metros que es lo que me ha ordenado el Juez». También hemos visto supuestos contrarios, en que la víctima protegida consiente o incluso propicia los encuentros con su agresor y si, después de unos cuantos días de contactos o incluso convivencia, se produce algún nuevo episodio violento, lo denuncia por incumplimiento de la orden de alejamiento.

Expresamente el artículo 48.2 CP hace referencia a la posibilidad de quedar «en suspenso respecto de los hijos, el régimen de visitas, comu-

nicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena».

Parece que como medida preventiva la orden de protección puede incluir la prohibición de aproximarse y de comunicar con los hijos, medida que es en sí mucho más grave que la medida civil de «determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos» que incluye el artículo 544 ter 7 LECr. Entiendo que tal prohibición sólo se justifica por una urgente necesidad de protección integral e inmediata a la víctima y, que si incide en resoluciones adoptadas por el Juzgado de familia debe ser puesto en comunicación de éste (véase el Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales civil y penal para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, aprobado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección).

La ley no indica la duración de las medidas, salvo el principio general de cumplir el fin de protección integral e inmediata de la víctima, por lo tanto, también la vigencia temporal deberá sujetarse a este principio. El artículo 57 CP al hablar de estas medidas como pena dice que no excederán de diez años si el delito fuera grave, cinco si fuera menos grave y seis meses si fuera una infracción calificada de falta de los artículos 617 y 620. Es impensable hablar de medidas cautelares de tal duración.

Las medidas pueden ser modificadas según las circunstancias, siendo competente para hacerlo el Juez que las dictó, y en caso de que la modificación se deba a la comisión de un nuevo hecho delictivo o se hayan incumplido las medidas acordadas, corresponderá al Juzgado de guardia, aplicándose el último párrafo del artículo 544 bis.

El incumplimiento de la medida puede ser constitutivo de un delito de quebrantamiento del artículo 468 CP, cuyo párrafo 2 dice: «en los demás supuestos (es decir quebrantamiento cometido por persona que no estuviera privado de libertad, que es el caso que nos ocupa) se impondrá la multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebranten las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días».

La Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado sobre «algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de protección», de 30 de diciembre de 2003, entiende aplicable este precepto no sólo al incumplimiento de las prohibiciones del artículo 57 CP sino también al incumplimiento de las medidas cautelares penales, «... supuesto en que se agrava la pena, imponiendo la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días». No estoy del todo de acuerdo porque, según el precepto, en este caso no se

impondrá, sino que se podrá imponer la pena agravada y, además dudo mucho que se pueda aplicar al incumplimiento de las medidas cautelares la agravación, porque se refiere expresamente a las prohibiciones del artículo 57, es decir el incumplimiento de las medidas impuestas como pena, pero no de forma cautelar, y la remisión que el artículo 544 bis LECr. hace al artículo 57 CP no se refiere al contenido de las medidas, sino a la naturaleza de los delitos a los que se refiere.

En muchas ocasiones el incumplimiento va acompañado de un nuevo acto ilícito de agresión. La mencionada Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, dice «si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete una infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2, se suscita el problema del posible concurso entre el delito del art. 468 con el subtipo cualificado de delito del art. 153 o del 173. Debe sostenerse que el subtipo agravado de los arts. 153 o 173 excluyen la condena separada del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 o 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1)».

Según la misma Circular el incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la Orden de protección a tenor del apartado 7 del artículo 544 ter no constituiría delito del art. 468 CP, pues el legislador está pensando en medidas cautelares penales, sin perjuicio de que pudiera constituir otro tipo de delito, como el impago de pensiones o la desobediencia.

Es necesario que la Orden de protección deje bien claro cual es el contenido y vigencia de la medida y que sea notificada al agresor, mejor con apercibimiento de que su incumplimiento podría constituir delito. Igualmente debe ser notificado a la víctima, a los Cuerpos de Policía y al Centro o Punto de Coordinación, que la canalizará, en su caso, a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de carácter social, sanitario psicológico, etc.

Cuestión importante es la información a la víctima sobre la situación procesal del imputado, alcance y vigencia de las medidas y sobre todo la situación personal y penitenciaria del agresor, por lo que el artículo 544 ter dice que a estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria. En especial, es importante que se le notifique la puesta en libertad del agresor imputado respecto del cual se dictó auto de prisión provisional, lo cual se debe hacer no desde la Administración penitenciaria, sino desde el propio Juzgado competente, así como las vicisitudes penitenciarias, permisos de salida, libertad condicional...

En este aspecto la Ley no hace sino reforzar la información que se debe dar al ofendido por el delito y que ya en normas anteriores se ha-

bía venido exigiendo para dar un mayor papel protagonista a la víctima, así el artículo 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual³, y los artículos 785.3 y 789.4 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, que obligan a informar a la víctima la fecha y lugar de celebración del juicio oral y a notificarle la sentencia, aunque no haya sido parte en el procedimiento.

4. Otras medidas de protección

Como he dicho al principio, a mi modo de ver el Juez sólo podrá imponer las medidas de protección establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal, sin que pueda «inventarse» otras, por muy adecuadas que le parezcan.

Así, los medios de control electrónico vienen introducidos en el artículo 48.4 del Código Penal y entiendo que sí podrían aplicarse para asegurar la efectividad de las medidas cautelares, aunque este precepto necesitaría una regulación algo más detallada.

La incautación, u ocupación de armas no figura entre las medidas preventivas y podrá hacerse cuando sea un instrumento o evidencia del delito (art. 334 LECr.), pero la ley no ampara la orden judicial para entrar en el domicilio del agresor y retirarle las escopetas de caza que pueda tener, cuando no hayan sido utilizadas en la agresión⁴.

Igualmente tampoco se pueden establecer reglas de conducta, como acudir al psicólogo o a programas de tratamiento de agresores, que sí prevé el Código Penal para el caso de suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, además, de forma obligatoria en caso de delitos del artículo 153 ó 173.2 (artículos 83 y 88 CP). Sería importante poder aplicar esta medida de forma previa a la sentencia, así como fomentar sistemas de mediación que resolverían problemas de

³ «La víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso».

⁴ Los artículos 153 y 173.2 CP imponen como pena la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de uno a tres años o de dos a cinco años respectivamente. ¿legitiman estas previsiones legales la posibilidad de aplicar la medida de forma preventiva?

fondo en muchas ocasiones. Pero el legislador no ha querido resolver problemas de fondo, sino reprimir conductas e imponer penas lo más rápido posible.

5. Otras cuestiones de la Orden de protección

Decía al comienzo que las medidas establecidas en la Orden de protección no suponen ninguna novedad respecto de las ya establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin embargo sí hay algunas novedades en su regulación.

En primer lugar, la posibilidad de aplicarse medidas cautelares en las faltas. El artículo 544 bis hacía referencia exclusivamente a delitos en sentido estricto, y si bien se ha venido aplicando también para la comisión de las faltas, no había una cobertura legal muy clara. Pero en definitiva las medidas cautelares no miran sólo a la infracción penal cometida, sino, fundamentalmente, a la que se pueda cometer en el futuro, tratan de evitar que el ataque se repita y, sobre todo, que no se agrave.

Es igualmente importante, y en cierto modo novedoso, que las medidas se deban adoptar de forma inmediata, cuestión que enlaza con los juicios rápidos, o con el funcionamiento de los Juzgados de instrucción desde la entrada en vigor de los juicios rápidos. No digo que los delitos de violencia doméstica deban ser enjuiciados por el procedimiento del enjuiciamiento rápido; el delito más característico de este fenómeno criminal es, precisamente, la violencia física o psíquica habitual del artículo 173.2 CP, y lo que se ha ido gestando y desarrollando a lo largo de años de malos tratos no se puede enjuiciar en tres días (¿sería pensable imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad —artículos 153 y 173.2 CP— en un juicio rápido?).

Ahora bien, que no se aplique de forma generalizada el juicio rápido, no significa que no deba haber una respuesta judicial inmediata a la violencia doméstica y sobre todo una protección inmediata a la víctima. Una cosa es la respuesta inmediata y otra la sentencia precipitada.

Incluir la violencia doméstica dentro de los juicios rápidos y dentro de los protocolos de coordinación entre policía judicial y Administración de Justicia permite que la denuncia sea conocida inmediatamente por el Juez de guardia.

Con anterioridad a la reforma procesal, al llegar el atestado al juzgado de guardia se incoaban diligencias previas o juicio de faltas, citándose a los intervinientes para la práctica de diligencias que se iban desarrollando sucesivamente, o para un futuro juicio oral, produciéndose

una notable demora en la respuesta judicial y con evidente peligro de repetirse los actos incluso antes de que el Juez tuviese conocimiento de los hechos. Por el contrario, si se inician diligencias urgentes, el denunciante y el denunciado quedan citados ante el Juez de guardia, o se les presenta, al mismo tiempo que el atestado, tomando el Juez conocimiento inmediato de los hechos y encauzando, después el procedimiento por los trámites que considere oportunos.

La comparecencia de las partes es consecuencia del principio de contradicción y de defensa: Se impone la necesidad de oír a la persona afectada por la medida. La ley habla de audiencia de las partes, que no tiene porqué ser simultánea, pues se debe evitar la confrontación e incluso el encuentro entre el agresor y el ofendido en las dependencias del Juzgado.

La medida puede ser adoptada sin oír al agresor cuando éste no acude a la citación efectuada, sin perjuicio de que le sea notificada y de que, en caso de urgente necesidad, se comunique a la Policía para asegurar su eficacia, o incluso que se ordene la detención del presunto agresor para practicar con él las diligencias judiciales que correspondan.

El Protocolo para la Implantación de las Órdenes de Protección recalca el principio de no concurrencia de varias órdenes: sólo puede existir una orden de protección que afecte a cada víctima, sin perjuicio de que su contenido pueda ser modificada si se alteran las circunstancias, tal y como he dicho más arriba. Por ello es necesario que el Juez y el Fiscal de guardia puedan conocer inmediatamente la existencia o no de órdenes anteriores. De ahí la importancia de establecer un Punto de coordinación a donde se remitan todas las órdenes de protección y un sistema informático en donde se puedan efectuar las consultas precisas.

Violencia de género. El delito de maltrato del actual artículo 173 del CP, tras la reforma operada por LO 11/2003

Beatriz García Celaá
Juez del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Vitoria-Gasteiz

En diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre la violencia contra la mujer basada en la falta de igualdad entre el hombre y la mujer, titulada «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer» en la que se definió la violencia de género como: «Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada».

Si tuviese que analizar todos los aspectos de la violencia de género constituiría este trabajo un análisis completo de gran parte de nuestros tipos penales, inabarcable por su extensión. Por ello era necesario centrar el tema objeto de debate y centrarme, dada la importancia y trascendencia social que actualmente tiene la violencia doméstica cuya víctima principalmente es la mujer, en la figura delictiva del actual artículo 173 del CP y concordantes.

La violencia doméstica aparece prevista y penada como delito tras la reforma operada por la LO11/03 de 29 de septiembre, en vigor desde el día siguiente, en el artículo 173 del CP, y la anterior falta de maltrato del artículo 617.2 se regula actualmente como delito en el artículo 153 del CP, subsistiendo como falta la prevista en el artículo 620 del mismo texto legal, según se refiera a un daño físico o psíquico, artículos que junto a otros que les son complementarios constituyen el centro de mi trabajo.

La violencia doméstica tal y como aparece tipificada plantea más problemas de los que a primera vista pudiera parecer y personalmente creo que constituye uno de los tipos penales que más quebraderos de cabeza causan al Juez de Instrucción, que además se siente presionado

por la opinión pública y por la trascendencia social y periodística que sus decisiones puedan conllevar.

1. Antecedentes legislativos

No es mi intención perderme en el entramado legal que, finalmente, ha desembocado en la actual regulación de malos tratos, pero entiendo que es preciso recoger ciertas pinceladas de la evolución legislativa en esta materia.

La reforma del Código Penal operada por la LO 3/89 de 21 de julio vino a introducir por primera vez con el artículo 425 la figura del delito de malos tratos regulando determinadas conductas que hasta entonces recibían el tratamiento de meras faltas.

Según la exposición de motivos de la referida Ley el legislador con esta reforma trataba de proteger a los miembros físicamente más débiles del ámbito familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo.

La Doctrina y la Jurisprudencia enseguida pusieron de relieve los defectos del precepto, (no incluía la violencia psíquica, ni a los ascendientes y la pena establecida era mínima) que fue objeto de intentos de sucesivas reformas.

El Código Penal de 1995 regulaba el delito de malos tratos en el ámbito familiar en el artículo 153, incluyó a los ascendientes y elevó la pena, pero sin embargo su regulación necesitó de una nueva modificación que llegó con la LO 14/1999 de 9 de junio «en materia de protección a las víctimas de malos tratos», que constituía la regulación vigente hasta el 30 de septiembre del presente año y que incluyó las violencias psíquicas junto a las físicas, incrementó el número de sujetos protegidos, ampliándose a los ex cónyuges o ex compañeros sentimentales y estableció los criterios para definir la habitualidad. También ésta LO introdujo modificaciones en la falta del artículo 617.2 que se remitía al artículo 153 y en la regulada en el artículo 620 del mismo cuerpo legal. La referida LO trató de incrementar la protección con modificaciones en nuestra LECr que supusieron, entre otras, la eliminación de la necesidad de denuncia y la ampliación de medidas cautelares y provisionales en la prevención de éste delito.

La regulación introducida por la LO 14/99 trató de responder a la protección que en esta materia reconocen textos internacionales como la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/36 relativa a la violencia en el hogar, la Recomendación n.º 85 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre violencia en el seno de la fami-

lia, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre las agresiones a la mujer o la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de septiembre de 1979 sobre protección del niño contra los malos tratos.

La regulación actual se constituye por la modificación del Código Penal introducida en esta materia por la LO 11/03, que junto a la Ley 27/03 de 31 de julio que regula las ordenes de protección tratan de dispensar una protección integral a las víctimas de la violencia en el ámbito familiar

2. Concepto y bien jurídico protegido

La violencia doméstica se ha de definir en virtud de lo que resulte de la tipificación que de dicha conducta ilícita se realiza en nuestro Código Penal.

La reforma al Código Penal introducida por la Ley Orgánica 11/03 en materia de protección a las víctimas de malos tratos, ha dado al artículo 173.2 del Código Penal la siguiente redacción (similar a la redacción del antiguo artículo 153):

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o 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 las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las

contenidas en el artículo 48 de este Código, o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en éste artículo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Partiendo de la definición que de la violencia familiar aporta este precepto, se ha discutido cual es el bien jurídico protegido por el mismo, una parte de la doctrina ha defendido que se trata de un bien jurídico plural que abarca la dignidad personal, la salud, el honor y/o la relación y paz familiar (Cuenca Sánchez, Carbonell Mateu, Gonzalez Cussac).

Otro sector doctrinal atendiendo a la ubicación sistemática que en nuestro Código tenía el antiguo artículo 153, en el título de las lesiones, entendía que el bien jurídico no era diferente al que se protege en las mismas (Del Rosal Blasco, Beristain Ipiña, Conde-Pumpido). Postura que no se puede mantener en la actualidad al haberse encuadrado el delito dentro del Título de delitos contra la integridad moral.

Existe una tercera parte de la doctrina que aprecia un bien jurídico diferente, que está relacionado con el abuso de la situación de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, por lo que el bien jurídico a proteger es, para esta tercera tendencia, la paz familiar y lo que se persiguen son aquellas conductas que habitualmente y a través de una violencia física o psíquica alteren la paz y la convivencia en el seno de la familia, posición ésta defendida por la STS de 20 de diciembre de 1996 y por autores como García Aran, López Garrido o González Rus entre otros y que yo particularmente comparto.

En mi opinión lo que ha tratado de castigar el legislador ha sido el conjunto de actuaciones violentas que generan un daño físico o psíquico a alguno de los integrantes de la familia, alterando con ello la paz y tranquilidad en la convivencia familiar, generando un clima habitual de tensión y de temor prevaleándose para ello el maltratador de los lazos de unión y convivencia que representan las relaciones familiares.

3. Elementos del delito

Dentro de los elementos del tipo es necesario distinguir entre los sujetos protegidos y la conducta típica que consiste en actos de violencia física o psíquica que se cometen dolosamente y de forma habitual.

3.1. *Los sujetos protegidos*

Tras la reforma operada por la LO 14/99 que amplió los sujetos pasivos de éste tipo delictivo, nos encontrábamos como posibles sujetos protegidos los siguientes:

El cónyuge, asimilado a él, las parejas de hecho siempre que fuesen tales y que se encontrasen unidos por un análoga relación de afectividad a la conyugal, lo cual conllevaba que los novios como tales no se encontrasen dentro del ámbito de protección de éste precepto siempre que no conviviesen, ni hubiesen convivido anteriormente (ya que la convivencia era esencial a la hora de considerar la relación afectiva como análoga a la conyugal). Actualmente sin embargo en el artículo 173, los novios sí aparecen protegidos en el precepto al no exigirse en todo caso la convivencia, al protegerse a los que tengan relación análoga a la conyugal aunque no hayan convivido, exigiéndose el resto de notas, cierta estabilidad, contenido sexual de la relación, etc.

Se plantea un problema respecto a las parejas de homosexuales porque el TS (STS 11/5/95) exige que la relación de análoga afectividad se constituya entre personas de diferente sexo, por lo que en principio y a pesar de que exista convivencia no se verían protegidos. Habrá que atender en estos casos a la regulación que las CCAA hacen de esta materia y las equiparaciones que establecen.

Desde la reforma de 1999 en el artículo 153 se señalaban a su vez como sujetos protegidos a las parejas que ya no conviven juntas pero que lo hayan hecho anteriormente, pudiendo encontrarse separados o divorciados o simplemente viviendo en el momento de la agresión en diferentes domicilios, por lo que, respecto a los mismos, el precepto no exige convivencia actual pero si pasada. (Esta modificación daba respuesta penal a los continuos episodios de violencia que se generaban tras procesos de separación judicial o de hecho entre parejas que anteriormente habían convivido).

Descendientes, ascendientes, incapaces y sujetos a guarda: en segundo lugar el precepto protege a los hijos o descendientes propios o del otro cónyuge o conviviente, con independencia de que se trate de filiación matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. También a los ascendientes, incapaces o los sujetos a cualquiera de las situaciones de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno u otro de los convivientes, o incluso a terceros integrados en el núcleo familiar. Aunque el precepto no es muy claro respecto para quien o quienes se exige el requisito de convivencia como tal, generalmente esto no plantea dudas al Juez de Instrucción porque en la mayoría de los casos la convivencia con estos sujetos pasivos existirá dada su minoría de edad y la relación de dependencia que

los une con el maltratador o su pareja, pero también es posible que el maltrato se produzca por un progenitor separado a su hijo durante el cumplimiento del régimen de visitas, donde no existiría convivencia como tal, conducta sin embargo que actualmente se encuentra incluida en el precepto que no parece exigir la convivencia en todo caso, si no ésta o una de las relaciones de dependencia especificadas anteriormente.

¿Pero qué ocurría con los hermanos? Incomprensiblemente el precepto no incluía a los hermanos salvo que existiese entre ellos una relación de guarda, por lo que en esos casos las conductas violentas que se producían entre hermanos se tipificaban como lesiones físicas, psíquicas, coacciones, amenazas, según en que se hubiese concretado la conducta violenta en sí, aplicándose a su vez la agravante de parentesco. El artículo 173 actualmente ha venido a considerar también, como sujetos protegidos a los hermanos, respondiendo así a una demanda judicial y social conocida en la materia.

Respecto del pupilo han de entenderse comprendidos en este precepto los malos tratos ejercidos sobre un menor o incapaz por su guardador, cuando éste se encuentra en un internado o residencia pública o privada, lo que expresamente se recoge en el artículo 173.

3.2. *La conducta típica*

La reforma operada por la LO 14/99 supuso la introducción importantísima de la violencia psíquica junto a la violencia física, lo que se está castigando desde entonces es toda acción u omisión que genere un daño físico o psíquico a algunos de los sujetos protegidos, siempre y cuando esa violencia se ejercite habitualmente, por lo que es necesario destacar dos aspectos fundamentales, por un lado en qué se concreta la violencia y por el otro qué se entiende por habitualidad.

a) VIOLENCIA FÍSICA Y PSÍQUICA

Actualmente es indiferente que el maltrato sea físico o psicológico y a los efectos de este artículo también el concreto resultado que se produzca como consecuencia de los concretos actos de violencia ejercidos, porque la conducta podrá englobarse en el delito de maltrato en el ámbito familiar con independencia del castigo que corresponda al menoscabo físico o psíquico producido. Esto ha conllevado una gran polémica doctrinal sobre si constituye éste delito un delito de resultado o de mera actividad. A mi juicio todo acto de maltrato va a generar un daño por pequeño que sea, físico o psíquico y por lo tanto la mera actividad es consustancial a la producción de un resultado.

¿Qué ocurre sin embargo en los casos de que se trate de una mera inactividad, cabe la comisión por omisión? Me refiero a supuestos como aquel en que la madre es consciente de que el padre maltrata a los hijos y no hace nada por evitarlo pudiendo hacerlo. ¿Sería posible excluir de reproche penal la conducta de la madre por virtud de la excusa absolutoria en el encubrimiento (artículo 454 CP) de la mujer al marido en estos casos, y en atención a la exención en cuanto a su obligación de denunciar al mismo?, Yo entiendo que no, dado que en estos casos cabe la comisión por omisión al concurrir todos los requisitos del artículo 11 del CP, cuando se trata de casos de desprotegidos (menores, incapaces, ancianos...), existe posición de garante por la madre y posibilidad de impedir el daño, generándose el mismo precisamente por su conducta omisiva. Nos encontramos aquí ante una comisión por omisión atribuible a la madre a título de coautora o cooperadora, dada su posición de garante, así lo han entendido también las STS de 20 de diciembre de 1993 y de 26 de junio de 2000, que estiman que la posición de garante que la madre ostenta en relación a sus hijos menores y la capacidad de evitar el maltrato hacen su conducta reprochable penalmente, no pudiendo ser excluida de responsabilidad.

¿Y en los casos en que una madre deje de dar de comer a un menor o lo desatienda habitualmente? ¿Constituye un delito de maltrato esta conducta? No cabe duda de que puede generar un daño físico y psíquico, incluso la muerte por inanición, pero entiendo que en este caso la conducta tendría mejor encaje penal dentro del delito de abandono de familia por incumplimiento de los deberes asistenciales inherentes a las situaciones de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con independencia de la concurrencia con un delito de lesiones, homicidio, o una falta, aunque no cabe duda que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, y que si con ésta conducta lo que se busca generar un situación de temor y sometimiento de uno o varios de los miembros de la familia de modo que altere la convivencia familiar, nos podríamos encontrar en el ámbito del delito del artículo 173 CP.

Como Juez, y desde mi corta experiencia, cuando nos encontramos ante violencias físicas generalmente no existen mayores problemas porque o es la violencia de tal gravedad que causa un resultado lesivo, (constitutivo de delito o falta, según requiera tratamiento médico o no), apreciable en todo caso por el médico forense o incluso a simple vista, o al menos, y en el caso de no apreciarse síntoma de lesión, actualmente constituiría un delito del artículo 153 del CP. Incluso es necesario señalar que todo maltrato físico es susceptible de generar un daño psicológico y de hecho así ocurre, la mujer maltratada suele presentar cuadros de ansiedad, depresión por desesperanza, estrés postraumáti-

co, síntomas que se aprecian a posteriori cuando ya se ha hecho patente la violencia física y ésta es grave.

El actual artículo 153 del CP constituye una de las novedades más destacadas de la reforma porque supone elevar a la categoría de delito conductas que anteriormente constituían meras faltas, lo cual puede ser reprochable atendiendo al principio de mínima intervención que rige nuestro derecho penal, ya que supone castigar como delito todo maltrato de obra o amenaza dentro del ámbito doméstico por muy leve que pueda considerarse.

El actual artículo 153 del CP, que ha supuesto la derogación de las faltas en el ámbito doméstico, salvo en supuestos de meros insultos o vejaciones injustas de carácter leve, señala:

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en éste código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contenidas en el artículo 48 de este Código, o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza».

Sin embargo la instrucción plantea mayores problemas cuando se trata exclusivamente de violencia psicológica, porque la misma se nutre de diversos modos de anular a otro ser humano sin necesidad de violencia física, de una manera más lenta, más sutil, difícil de detectar y de demostrar judicialmente, pero no menos dañosa ¿Qué constituye la misma? El maltratador psicológico no usa la vis física, pero tiene el mismo fin, anular y dominar a la víctima, extinguiendo progresivamente su personalidad. Este abuso psicológico, como señalaba Andrés Montero Gómez en un artículo publicado el 7 de marzo de 2002, se encarna en desvalorizaciones, amenazas encubiertas, conductas restrictivas de la libertad de la mujer, críticas y ridiculización de su aspecto, de sus iniciativas y de

su personalidad, culpabilización y paulatino aislamiento que reduce sus posibilidades de escape y la expone a un entorno deshumanizante.

La aplicación de ésta violencia psíquica produce cierto recelo, porque no puede extenderse a toda conducta generada en el ámbito de la familia que constituya bronca o disputa, pero tampoco quedar reducida a aquellos actos que probadamente hayan causado un daño psicológico a uno de los miembros familiares (por ejemplo que ya se encuentre en tratamiento psiquiátrico), lo que haría raramente aplicable el precepto o sólo en casos de gravedad relevante.

El problema que efectivamente se nos plantea como Jueces de Instrucción es delimitar qué se entiende por violencia psíquica. La LO 14/99 pareció haber querido delimitar un concepto de la misma al mencionar en el párrafo segundo de la falta tipificada en el artículo 620 a las personas protegidas del artículo 153, atendiendo a éste criterio, toda conducta que pueda lesionar levemente la integridad moral de uno de los integrantes familiares mediante una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta estaría integrada en ésta falta, actualmente en el delito del artículo 153 y si esa conducta se ejerce de forma habitual nos encontraríamos encuadrados dentro del delito de maltrato psicológico del artículo 173, al tratarse de comportamientos susceptibles de dañar la salud mental y que, ejercidos habitualmente, conllevan un progresivo deterioro de la personalidad y autoestima de la víctima. La AP de Córdoba, en Sentencia de 9 de marzo de 1998, y con carácter previo a la reforma de 1999, ya entendió como maltrato, las amenazas que continuamente el marido profería a su esposa, que tenían un ánimo unitario de humillación o vejación, generando en la víctima un sentimiento de temor, angustia e inferioridad susceptible de quebrantar su integridad moral.

Los insultos o injurias en el ámbito familiar plantean más problemas, ¿podrían integrarse en el ámbito de protección del artículo 173 si son habituales? El principio de mínima intervención propio de nuestro derecho penal exige una interpretación restrictiva en estos casos para evitar que meras rencillas familiares en las que medien insultos puedan constituir la conducta delictiva señalada. En estos casos o se trata de la falta del artículo 620.2, o si es habitual, y siempre que no se haya generado un clima de humillación o temor de la víctima, nos encontraremos, a mi juicio, ante una falta continuada de injurias o un delito de injurias atendiendo a la gravedad de las mismas.

La introducción de la violencia psíquica en este precepto ha permitido apreciar la habitualidad atendiendo a actos de violencia física junto a otros de naturaleza psíquica para constituirlos, lo cual ha supuesto un gran avance en la aplicación del mismo.

b) LA HABITUALIDAD

El delito de maltrato exige que los actos de violencia se ejerzan con habitualidad, pero ¿cuándo podemos apreciar que esa habitualidad existe? Está claro que no se puede entender la habitualidad como término coincidente con el de «reincidencia» porque ésta exige, (artículo 22.8 CP), que se haya dictado sentencia condenatoria entre dos actos de violencia constitutivos de delitos encuadrados dentro de un mismo título del Código Penal. ¿Cuándo podríamos aplicar sin embargo la reincidencia en el delito de maltrato? Cuando el maltratador hubiese sido anteriormente condenado por otro delito de maltrato contra el mismo u otro miembro del grupo familiar, siempre que los antecedentes penales no estuviesen cancelados.

Anteriormente a la modificación de 29 de septiembre de 2003 y dada la mala ubicación de este delito en el Código Penal, también se apreciaba cuando el sujeto hubiese sido anteriormente condenado por un delito de lesiones, aunque las mismas se hubiesen ocasionado un tercero ajeno al ámbito familiar, porque no hay que olvidar que el artículo 153 se encontraba dentro del Título de las Lesiones y por tanto se cumplían en este caso los requisitos para la aplicación de la agravante de reincidencia, aunque verdaderamente pueda resultar paradójica o chocante esta aplicación. Problema que no se plantea en la actualidad al desaparecer este delito del Título de las lesiones.

Tampoco debemos entender esta habitualidad como afín a los «delitos de hábito» porque los concretos actos de violencia encuadrados en el artículo 173 no son atípicos, si no que cada uno de ellos ha de constituir un acto que tenga su encaje penal, y por lo tanto cada uno de ellos son actos típicos, antijurídicos, culpables y punibles. Es la sucesión continuada de las faltas o de los diversos delitos en que se concretan los actos de violencia lo que determina la habitualidad exigida por el tipo.

Por último hay que señalar que el Código Penal recoge otro concepto de habitualidad cuando se refiere a los «reos habituales» en el artículo 94, al señalar como tales a los que hubieran cometido tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo en un plazo de cinco años y hubiesen sido condenados por ellos. La habitualidad del delito de malos tratos difiere también de este concepto por cuanto la continuidad de actos de violencia no exige que se trate de actos constitutivos de delitos, o que éstos se encuadren en un mismo título. Es relevante esta distinción a la hora de apreciar la posible aplicación de la suspensión o sustitución de la pena porque el maltratador que haya cometido varios actos de violencia y que por ello haya sido condenado por un delito de maltrato, no será considerado como reo habitual y se

le podrá aplicar la suspensión o sustitución de la pena que por dicho delito se le haya impuesto.

La laguna legal que existía respecto al concepto de habitualidad recogido en el artículo 153 obligó al legislador a introducir un criterio normativo, añadiendo la LO 14/99 un segundo párrafo al mencionado precepto, en el cual se señalaba lo siguiente:

«Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en éste artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamientos posteriores.» Precepto que en cuanto al significado de la habitualidad se mantiene con la regulación actual.

Cuatro aspectos son trascendentes en esta delimitación normativa de habitualidad:

Número de actos de violencia que resulten acreditados: Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, ya con anterioridad a la reforma de 1999, venían exigiendo al menos la prueba de tres comportamientos de violencia para apreciar la existencia de habitualidad. La STS 6/5/99 Ar.4961 también lo manifestaba, al señalar que la falta del artículo 617.2 se agrava y se convierte en delito cuando se trate de malos tratos habituales en el ámbito familiar, entendiéndose que así acontece cuando se trata de más de dos hechos. Sin embargo, no siempre que se acrediten tres actos nos encontraremos ante habitualidad, habrá que estar a las circunstancias del caso, piénsese en el supuesto de una crisis matrimonial por desavenencias durante tres días en los cuales se cometen tres faltas, de insultos y/o maltratos de obra, sin que esa situación se reproduzca posteriormente, ni altere verdaderamente la paz familiar, en estos casos no podría hablarse de maltrato si no de tres faltas aisladas. Lo que se trata de castigar con el delito de maltrato no es el daño generado por cada acto violento para lo que ya existe una pena por falta o delito si no que dichos actos concatenados creen una situación de temor, de humillación a la víctima de forma continuada alterando la tranquilidad y paz familiares, y eso deberá ser valorado en cada caso.

Lo importante no son los concretos actos sino que los mismos constituyan la plasmación de la situación permanente de terror, horror y degradación personal en la que vive la víctima, así lo entendió la AP de Córdoba, en Sentencia de 21 de abril de 1999, criterio que ha obtenido respaldo en una reciente Sentencia del Tribunal supremo, STS de 7 de julio de 2000, Ar 6.823, resolución que constituye un punto de inflexión en la identificación de la habitualidad, porque en dicha Sentencia se recoge que bastaría con la acreditación de dos actos de violencia,

si de la prueba practicada se evidencia que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Proximidad temporal entre actos. El artículo 173 a la hora de establecer las reglas que determinan la habitualidad se refiere a la proximidad temporal entre los actos de violencia producidos y la mayor parte de la doctrina no admite un lapsus temporal entre actos superior a dos años, tratando de evitar que un hecho puntual ocurrido hace dos años pueda servir para calificar la conducta de maltrato en atención a otro hecho violento ocurrido dos años después.

Atendiendo al criterio que acabamos de defender que busca proteger la paz y tranquilidad familiares evitando una situación permanente o al menos frecuente de temor y degradación, es lógico que se exija cierta proximidad entre los actos de violencia y que los mismos se produzcan con asiduidad, de forma que generen ese clima hostil de convivencia. Lo que hay que averiguar es si la violencia y ese trato degradante constituye un modo de relación entre los implicados o si se trata de un hecho puntual que podrá tener su encaje penal en otras figuras delictivas, pero no en un delito de maltrato. Entiendo que no pueden establecerse reglas temporales a este respecto porque dependerá de las circunstancias particulares de cada caso para poder apreciar o no la proximidad temporal, ya que si en principio el plazo de dos años puede parecer excesivo para que dos o más actos violentos constituyan la habitualidad requerida, a veces la separación temporal entre los actos violentos deriva de las propias características de la convivencia, piénsese por ejemplo el caso de una pareja que por razones de trabajo, (un marinero) permanezca separada durante largos períodos de tiempo, pero que cada vez que se juntan se produce un acto de violencia y por consiguiente se altera la tranquilidad familiar de forma continuada en cada reencuentro, es lógico que en estos casos también se aprecie la habitualidad requerida por el precepto, que lo que trata de evitar es la calificación de maltrato para actos aislados o muy esporádicos que efectivamente no supongan alteración de la paz familiar de forma continua o permanente, castigando solamente aquellas conductas que constituyan una permanente agresión. De todos modos en fase de instrucción será más difícil probar la habitualidad cuanto más se distancien los concretos actos violentos que resulten acreditados.

Una o varias víctimas de los actos de violencia. El precepto no exige que sea una la misma víctima del maltrato, es decir, para calificar una conducta en el ámbito del artículo 173 se tendrán en cuenta los actos de violencia que se hayan podido ejercitar sobre cualquiera de los sujetos pasivos señalados en el precepto con independencia de que uno de tales actos se haya cometido frente a uno y el resto frente a cualquier otro.

Por ejemplo si el marido ejerce violencia varias veces sobre la esposa y una vez sobre uno de los hijos todos esos actos se tendrán en cuenta para calificar la conducta de maltrato y para apreciar la habitualidad.

Enjuiciamiento previo de los actos violentos. Este constituye un requisito que genera no pocos problemas en la apreciación de éste delito. Se plantea aquí el problema del «non bis in idem», si una conducta fue enjuiciada previamente como un delito o falta de maltrato, ¿Se estaría enjuiciando dos veces el hecho si posteriormente se tiene en cuenta ese hecho junto a otros que resulten acreditados para apreciar la habitualidad y castigar a l imputado por la vía del artículo 173? Una parte de la Doctrina entendía que existía «bis in idem» con lo que, siguiendo esta teoría a la persona maltratada le resultaba más beneficioso esperar a que se produjesen varios actos de violencia, recopilar las pruebas, guardarlas y cuando se hubiesen dado al menos tres actos denunciarlos todos en uno porque además de la pena concreta de cada acto conseguiría el castigo por el delito de maltrato y al maltratador en cambio le interesaría que el Juzgado señalase rápido los juicios de faltas y actualmente los juicios rápidos por delito de maltrato del actual artículo 153 del CP y con las penas correspondientes a dichas delitos o faltas eludir el delito de maltrato por imposibilidad de volver a enjuiciar las conductas ya enjuiciadas. Claro está que no puede dejarse a cuestiones dependientes de la Agenda del Juzgado, ni al planteamiento extemporáneo de denuncias para lograr su acumulación, la calificación de una determinada conducta o la consecución de los diversos actos violentos como constitutivos o no de un delito de malos tratos.

A mi juicio para conseguir una solución justa, es esencial tener en cuenta la diferencia entre el bien jurídico protegido en el delito de lesiones y en el delito de maltrato, ¿cuál es el fundamento, la razón por la que el legislador trata de perseguir la violencia en el ámbito familiar? No es el castigo del concreto daño producido, para lo que ya existen diversos preceptos en nuestro código Penal, si no la situación de terror, humillación, supeditación que eso genera a la víctima en su convivencia familiar y el daño que al desarrollo personal puede ocasionar la permanencia de una situación de violencia propinada por aquellos que comparten o han compartido la residencia y respecto a los que existen lazos familiares o afectivos. No se castigan los actos violentos si no en la medida en que exteriorizan esa situación de temor y sometimiento que padece la víctima, por lo que es indiferente que anteriormente hayan sido enjuiciados como delito o falta si eso es lo que constituyen, porque no se procederá a valorar de nuevo el hecho en sí, si no si el mismo puede englobarse dentro de un círculo de violencia habitual que se desarrolla de forma permanente en el ámbito familiar. Así lo ha enten-

dido también la STS de 24-6-2000 (Ar. 5792) que establece, refiriéndose al anterior delito del artículo 153, que el mismo constituye algo distinto de los concretos actos de violencia en si mismo considerados, y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad personal de la víctima. Los concretos actos de violencia sólo acreditan, para el TS, la conducta del agresor, y el enjuiciamiento previo de los mismos no impide tenerlos en cuenta para apreciar la comisión o no del delito del artículo 153.

Otra cuestión que al Juez de Instrucción puede plantear, en mi opinión, grandes dudas es la posibilidad de valoración de las sentencias absolutorias que se dicten en un juicio de delito por maltrato de obra o falta en el ámbito doméstico, a los efectos de acreditar la habitualidad de la conducta violenta. ¿Pueden ser tenidos en cuenta esos hechos que previamente han sido absueltos a la hora de constituir actos de violencia que atestigüen la habitualidad? o ¿dado que la sentencia fue absolutoria, ya esos hechos no pueden volver a ser valorados? Entiendo que si el hecho fue enjuiciado en su día y se dictó sentencia absolutoria no podrá ser después enjuiciado de nuevo y dictarse sentencia condenatoria respecto a ese concreto acto violento porque lo impide el estatuto de la cosa juzgada, pero si que podrá tenerse en cuenta la denuncia de los hechos como medio más a la hora de probar la habitualidad en la conducta violenta, siempre que la absolución no se base en haber quedado probado que el hecho denunciado no existió o no fue el denunciado el agresor. Todos somos conscientes de que generalmente las mujeres denuncian y posteriormente, cuando la calma regresa al hogar, por miedo, por evitar problemas, por motivos afectivos, por la dependencia personal o por el mantenimiento del núcleo familiar, retiran las denuncias o se niegan los hechos en el juicio, o no se presentan las partes al acto de juicio con lo que el Ministerio Fiscal no puede ejercitar la acusación y por ello muchos de los actos de violencia, aunque en la mayor parte de los casos han ocurrido, no son condenados en Sentencia, lo cual no quiere decir que no se hayan producido, por todo ello no ha de merecer una misma valoración las Sentencias Absolutorias cuando en el juicio se ha probado que el hecho no ocurrió o que no fue intencionada la lesión que aquéllas en que la absolución tiene como fundamento la retirada previa de la denuncia por la víctima, la no asistencia de la misma o la imposibilidad de ejercitarse la acusación porque la parte no se atreve o no quiere en ese momento declarar en contra del presunto agresor. Creo que es necesario que el Juez de Instrucción valore las denuncias previas archivadas o frente a las que haya recaído sentencia absolutoria como un indicio más a la hora de apreciar la habitualidad de la conducta violenta del maltratador.

Otra cuestión que se podía plantear durante la instrucción antes de la LO 11/03 era la siguiente; ¿que ocurría en el caso de que el concreto acto violento constituyese una falta y en el momento en que se denuncia hubiese transcurrido el plazo de prescripción de seis meses establecido para las faltas? Según las STS de 29-4-1999 y STS de 24-6-2000 «la conducta en su conjunto es constitutiva de delito por lo que con independencia de la prescripción de cada uno de los concretos actos violentos constitutivos de falta que la conformen, el delito de maltrato no prescribe en el plazo de seis meses, aunque la prescripción impida que se pueda castigar ese hecho violento concreto constitutivo de falta que ha prescrito, ello no supone que el mismo no pueda tenerse en cuenta a los efectos de apreciar la habitualidad de la conducta». Este problema se ha mitigado dado que actualmente el artículo 153 recoge como delitos aquellas conductas que antes constituían faltas por tratarse de un mero maltrato de obra la agresión, por lo que en la regulación actual no se plantea en la práctica el problema de la prescripción de cada hecho porque aisladamente ya no constituyen faltas si no delitos. La prescripción del delito de malos tratos, dada su permanencia en el tiempo, habrá de contarse desde el último de los actos de violencia ejecutados.

3.3. *Conducta dolosa*

La «habitualidad» de la conducta exigida en el delito de malos tratos requiere una determinada intensidad subjetiva que impide que se pueda hablar de actos de carácter imprudente, la conducta prevista en el artículo 173 ha de ser eminentemente dolosa. Los actos de violencia serán dolosos con independencia de la concreta causa que lleva al culpable a ejercitarlos (necesidad de imponer criterios, celos, desacuerdos familiares, proceso de separación...).

El dolo del agresor debe comprender la totalidad de los elementos del tipo, la violencia de los actos, la habitualidad de los mismos y la relación de parentesco o dependencia que existe con la víctima.

La habitualidad también impide que puedan darse formas imperfectas de ejecución en cuanto al delito de maltrato con independencia de que uno o varios de los actos en que se haya concretado la violencia se encuentren en grado de tentativa.

4. **Medidas cautelares**

En el momento mismo en que tomamos conocimiento como Jueces de Instrucción de una denuncia por un posible delito de malos tratos, fundadamente y dentro de los límites de proporcionalidad y necesidad

podemos adoptar aquellas medidas que entendamos procedentes para la protección de la víctima del delito.

La base legal de nuestra fundamentada decisión se encuentra en los siguientes preceptos:

- Artículo 544 bis de la LECr: Este precepto permite al Juez de Instrucción durante la investigación de los delitos prevenidos en el artículo 57 del CP, motivadamente y si resulta necesario para la protección de la víctima, imponer al imputado la prohibición de residir, acudir o aproximarse a determinados lugares o a la víctima, así como comunicarse con ella. Establece a su vez el precepto algunos criterios que habrán de valorarse en la adopción de la medida: situación económica del inculpado, salud, situación familiar y actividad laboral, atendándose especialmente a la continuidad de ésta última.
- Artículo 13 de la LECr: Disposición que relaciona las primeras diligencias a practicar en la investigación de los delitos, y entre estas aquellas que tengan como finalidad la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, o de sus familiares, pudiendo para ello acordar medidas cautelares.
- Artículo 503 de la LECr: Que regula la prisión provisional como medida cautelar más limitativa de la libertad del penado siempre que concurren los requisitos previsto en este precepto y en el artículo 504, previa comparecencia y petición del Fiscal.
- Artículo 158 del CC que permite al juez la adopción de las medidas cautelares oportunas para apartar a los hijos menores de un peligro o evitarles perjuicios derivados de la relación de filiación.

Hay que señalar que actualmente la regulación de las Ordenes de Protección instaurada por la Ley 27/03 recoge una protección integral, junto a medidas de orden social y civil comprende las anteriormente señaladas.

Toda medida cautelar requiere que, dado que se afecta a posibles derechos del inculpado, se considere absolutamente necesaria, sea proporcionada para la protección de la víctima atendiendo a las circunstancias del caso, así como proporcionada a la gravedad de la conducta denunciada, y que la resolución que la adopte esté suficientemente motivada. Las medidas cautelares que se recogen en los llamados «Autos de alejamiento» y que impiden al imputado acudir a determinados lugares o aproximarse o comunicarse con la víctima o su familia, son medidas limitativas de derechos para cuya adopción no es precisa la presencia y la previa petición del Fiscal, a diferencia de lo que ocurre en la prisión provisional.

En ningún caso se podrán adoptar medidas cautelares cuando los hechos denunciados sólo sean constitutivos de falta porque en el ámbito de las mismas no es posible la adopción de medida cautelar alguna, problema que ha quedado mitigado en la actualidad por la regulación del artículo 153, que convierte las faltas en delito y porque con los juicios rápidos las sentencias se dictan en un *lapsus* de tiempo escaso que permite la adopción de la medida directamente como fallo de la sentencia.

A veces nos plantea dudas la adopción de medidas cautelares de no aproximación a la víctima o a determinado lugar, y es cierto que hoy en día los Jueces de Instrucción nos vemos presionados por el impacto social que generan los malos tratos y por la difusión en los periódicos de noticias referentes a la falta de actuación judicial o policial en estos supuestos. No vamos a negar el peso que ello comporta, pero debemos de ser conscientes de que las medidas cautelares son limitativas de derechos y que, como tales deben de ser necesarias y proporcionadas, debiendo tenerse en cuenta la protección que las mismas otorgan y la limitación que suponen, porque esta claro que la medida aunque tenga la misma eficacia no será igualmente perjudicial si el agresor ha de salir de la vivienda familiar como si no ha de hacerlo, si víctima y agresor trabajan en el mismo lugar o no, si están o no ya separados, si la propia víctima ha abandonado la vivienda y por tanto sólo ha de protegerse en el lugar en que ahora se encuentre, etc. Atendiendo especialmente para ponderar la adopción o no de la medida a los criterios de valoración señalados en el artículo 544 bis de la LECr a los que antes nos hemos referido.

Que se cumpla la medida cautelar es una cuestión que en la práctica depende en parte de la propia víctima que deberá de avisar a la Policía en los casos en que sea quebrantada cuando el sometido a la medida se acerque a aquella o trate de comunicarse con ella. Corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establecer un sistema de vigilancia que permita conocer de los posibles incumplimientos de la medida de alejamiento impuesta, por lo que una vez dictada se pondrá en conocimiento de los Cuerpos Policiales a los efectos de que puedan ejecutar esa labor de prevención y control.

La medida cautelar en muchos casos es quebrantada por el imputado, unas veces con aquiescencia de la víctima que después de denunciarle se reconcilia con él o tiene una dependencia afectiva tal con el mismo que renueva la convivencia, y otras veces sin aquiescencia de aquella. El quebrantamiento de una medida cautelar constituye el delito previsto en el artículo 468 del Código Penal que establece pena de multa para el caso de quebrantamiento de la medida impuesta. Pero

en todo caso hay que atender a lo previsto en el artículo 544 bis de la LECr añadido con la reforma de 1999, en el que se señala que en caso de quebrantamiento y sin perjuicio de las responsabilidades de su incumplimiento, (las señaladas en el artículo 468 del CP), la medida impuesta podrá ser sustituida por otras que supongan una mayor restricción de la libertad del inculpado, incluso podrá aplicarse la medida cautelar de prisión provisional, atendiendo para sustituir la medida a la incidencia, gravedad, circunstancias, motivos del incumplimiento y si éste se produjo con verdadero consentimiento de la víctima o en contra de su voluntad.

En la actualidad queda agravada la pena del delito de maltrato en su mitad superior si la conducta violenta se ejerce quebrantando una medida cautelar o de seguridad dictada.

5. Penalidad

El artículo 173 del Código Penal impone al delito de maltrato la pena de prisión de seis meses a tres años, «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.» Lo que supone que el maltratador será castigado, además de con la pena que establezca el Juzgado de lo Penal por el maltrato acreditado, con las diversas penas que pudieran corresponderle por los delitos de lesiones, contra la integridad moral, agresión sexual, delito de homicidio o las faltas en que se concreten los actos violentos ejercidos.

A la hora de determinar la pena se tendrán en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y en especial la peligrosidad que presente el inculpado. En diversas sentencias ha servido como causas para imponer la pena en una pequeña extensión que la pareja haya reiniciado la convivencia con normalidad previo arrepentimiento del marido, que toda la familia se haya sometido a una terapia que les haya ayudado a conseguir la paz y tranquilidad en el ámbito familiar y hechos de semejante naturaleza que evidencian un cambio de actitud del inculpado en la causa. (SAP de Barcelona de 15/03/95, SAP de Albacete de 15/06/98, o SAP de Guipúzcoa de 9/12/99).

La pena señalada puede ser objeto de suspensión o sustitución

El artículo 80 del Código Penal faculta a los Jueces a dejar en suspenso la ejecución de las penas de prisión de dos años atendiendo, fundamentalmente, a la peligrosidad del sujeto, señalándose en el ar-

título 83 las reglas de conducta que en los casos de suspensión pudieran serle impuestas al culpable.

El artículo 80 establece una facultad de los jueces y no les impone la suspensión en todo caso, para su valoración se atenderá a la peligrosidad del sujeto, es decir a la posibilidad de que efectivamente cometa nuevos actos de violencia, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En estos supuestos de suspensión, sería conveniente imponer una o varias de éstas reglas de conducta al penado y no establecerse como una mera facultad del juzgador, (como ha hecho el legislador), la imposición de las mismas o no, porque se hace necesario en estos casos un seguimiento del agresor cuya pena se ha suspendido, mediante la exigencia de una o varias de estas reglas de conducta, en tutela y salvaguardia de los derechos de sus víctimas. Medidas como el sometimiento del maltratador a un programa de formación de hombres maltratadores, de cuyo seguimiento dependerá la continuidad de la suspensión o su revocación.

A pesar de que nos hemos referido a la necesidad de una conducta de violencia habitual, este concepto de habitualidad no puede confundirse con el de reos habituales al que se refiere el artículo 94 (como así se ha manifestado en un epígrafe anterior), por lo que un maltratador a pesar de la reincidencia en la conducta violenta no es un reo habitual a los efectos de suspensión o sustitución de la pena.

El artículo 88 del CP contempla la posibilidad de sustitución de las penas privativas de libertad cuando no excedan de uno o dos años de duración. Se permite en el citado precepto la sustitución por arresto de fin de semana o multa atendidas diversas circunstancias del reo y en especial su intento por reparar el daño causado. La pena de multa que se señale como sustitutiva a la de prisión puede conllevar, sin embargo, una doble victimización de la mujer porque la multa que se imponga repercutirá necesariamente en la economía familiar, por lo que será necesario adoptar ciertas cautelas a la hora de señalar la multa como pena sustitutiva.

La sustitución supone un cumplimiento alternativo que al igual que la suspensión tiene el eminente peligro de no separar al culpable de la víctima, por lo que podrían generarse represalias o volver a cometerse actos violentos por el agresor, esta consecuencia podría evitarse mediante la imposición al culpable de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 83 del Código Penal, entre las que se encuentran la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse a la víctima o a sus familiares o comunicarse con ellos. El Código Penal, sin embargo, no prevé la adopción de reglas de conducta en los casos de sustitución.

El artículo 153 del CP que castiga los hechos que anteriormente eran constitutivos de la falta del artículo 617.2, falta de maltrato siempre que se origine en el ámbito familiar, y de las faltas de lesiones, impone como pena la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, de 31 a 80 jornadas.

Lo que anteriormente sólo se regulaba como pena accesoria y en virtud de lo señalado en el artículo 56 del CP, actualmente se establece como pena en concreto en los artículos 153 y 173 el Juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. La suspensión de la pena de prisión, según mi criterio, no deberá conllevar la suspensión de la pena accesoria de privación de patria potestad o de inhabilitación para el ejercicio de la tutela, guarda o acogimiento, porque si bien es cierto que ambos tienen como causa inicial la misma raíz basada en el delito de maltrato, el fundamento de su imposición es diferente. En el caso de la pena de prisión ésta se impone como castigo por los hechos violentos ejercidos en el ámbito familiar, pero la privación de patria potestad tiene su fundamento en la incapacidad manifiesta del progenitor acusado de ejercer maltrato a un hijo o a su esposa o miembros de la familia, es el conjunto de actos violentos lo que pone de relieve esa incapacidad, pero ello no significa que el condenado al que se le suspende la pena recobre esa capacidad. Las razones de política criminal que llevan aparejadas las suspensiones de pena no deberían de afectar también a la suspensión de medidas adoptadas, precisamente, porque la prueba del delito verifica una incapacidad o imposibilidad de un sujeto para el ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda de un menor o incapaz.

Por otro lado el artículo 57 del CP tras la reforma operada por la LO 14/99 permite, en el supuesto de malos tratos y atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el delincuente, imponer, por un período máximo de cinco años, las prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima o su familia y la de acudir al lugar de comisión del delito o al de residencia de la víctima. La sustitución o suspensión de la pena principal no tiene porque conllevar la de las penas prevenidas en el artículo 57, porque éstas últimas son, a mi juicio, accesorias al delito de malos tratos y no accesorias a la pena principal del mismo, y tienen señalada una duración en concreto y no la misma duración que la principal, por lo que podrán mantenerse a pesar de que la pena privativa de libertad se suspenda o sustituya.

Estas penas del artículo 57 habrán de cumplirse, en el caso de que por el imputado se ingrese en prisión, una vez alcance la libertad y exista peligro para la víctima.

Los referidos artículos 153 y 173 agravan la pena en su mitad superior en los casos en que la violencia se haya cometido en el domicilio familiar o de la víctima o ante menores de edad, con utilización de armas o quebrantando una medida cautelar o de seguridad. La agravación relativa al lugar de comisión no tiene mucho sentido, según mi opinión, porque el delito de maltrato tiene su razón de ser en parte en la impunidad que genera el ámbito familiar, no siendo el maltratador persona que trata de demostrar su violencia en el exterior, por lo que la agravación no lo será tal, si no una elevación automática de la pena en la mayoría de los supuestos. En segundo lugar respecto a la presencia de menores, si bien puede tener su razón de ser, no se entiende como no se ha previsto la misma agravación para el caso de que la violencia se hubiese cometido no ante un menor si no sobre el mismo menor.

En ambos preceptos se prevé expresamente a su vez la pena de privación del derecho de uso y tenencia de armas, para el caso de que el maltratador las posea.

6. Aspectos médicos en el maltrato de la mujer

Son muchos los estudios psicológicos que se han realizado para analizar las conductas de comportamiento de víctima y maltratador y que tratan de establecer ciertas reglas, causas y consecuencias de la violencia en el ámbito familiar.

6.1. Perfil del maltratador

Es cierto que en ocasiones es difícil encajar o descubrir la imagen de un maltratador, según estudios médicos, en la mayoría de los casos, se trata de personas que no manifiestan violencia externa y que no plantean problemas de convivencia en el ámbito personal, social o laboral. Personas que presentan una apariencia absoluta de normalidad para con todas las relaciones ajenas a su núcleo familiar pero que, en la mayoría de los casos, se sienten frustrados y tratan de imponerse y someter precisamente a aquellos con quienes convive como forma de superar esa frustración, ese sentimiento de inferioridad.

No existe por tanto un perfil de maltratador, son personas aparentemente normales, personas de doble fachada aunque en la mayoría de los casos inseguros de sí mismos, sirviéndoles la violencia que ejercen en el ámbito familiar para recuperar la seguridad y sentir dominio.

Según estudios psicológicos, el hombre maltratador tiene una gran dependencia con la mujer con la que cohabita porque en la medida en

que la consigue someter ejercitando violencia, encuentra su propia seguridad y poder, esa dependencia conlleva que los capítulos de violencia se agraven en casos de separación porque en estos casos el hombre no consigue seguir dominando a la mujer lo que le desespera y le hace convertirse en un ser extremadamente violento para conseguir su propósito.

Las causas del maltrato son variadas, entre ellas y como más frecuentes, consumo de sustancias (el alcohol provoca ideas delirantes de celos), trastornos psicológicos de personalidad (trastorno bipolar, maníaco-depresivo), celotipia (delirios sistematizados de celos) y haber sido maltratado en la infancia (un 20-30 % de las personas que en su infancia fueron maltratadas se convierten en potenciales maltratadores).

6.2. *Características de la mujer maltratada y su relación con el maltratador*

Cuando efectivamente se está produciendo un maltrato permanente en una mujer, en la mayoría de los casos las mismas no lo manifiestan y lo padecen en silencio hasta que se hace insoportable, habiendo sido, hasta entonces, muchas y variadas las formas de la violencia que han padecido.

Los estudios médicos sobre las reacciones de una mujer maltratada son abundantes y en los mismos se refleja que la mujer maltratada, ya sea por la dependencia afectiva, económica o social que mantiene con su maltratador, ya sea porque no reconoce que a ella le pueda estar pasando o porque su educación le haya enseñado que la mujer debe de aguantar por la unión de su familia y someterse y soportar lo que imponga su pareja, trata de esconder el daño o al menos de minimizarlo cuando sea evidente o apreciable y no pueda ya esconderse.

La mujer maltratada se defiende por un mecanismo de negación del daño sufrido mediante la disociación de su propio yo, al negar el haber padecido el daño se produce una disociación entre la mujer maltratada y su yo que no sufre el maltrato, la defensa se hace necesaria para no tener que asumir el fracaso de su rol femenino, de su papel de mujer, aceptar por tanto la crisis de pareja, el fallo en la elección, y con ello las consecuencias familiares respecto a sus hijos. Esa disociación genera en la mujer maltratada un sentimiento de culpabilidad y marginación, sintiéndose responsable de la crisis que padece y por tanto receptora justamente de la violencia que su pareja ejerce sobre ella, que en realidad la está ejerciendo sobre una mujer que no constituye su propio yo, lo que logra apartarla del problema. Esto genera en la mujer una auténtica frustración al interiorizar el problema y no enfrentarse o revelarse contra

el mismo, si llega a exteriorizar el dolor con llanto o gritos su pareja la tilda de histérica reforzando su sentimiento de culpabilidad.

Todo éste círculo crea unas pautas de comportamiento de la mujer con su agresor, ésta se vuelve seductora con su agresor porque intenta neutralizar la agresión creyendo que la evitará en la medida en que consiga agradarle.

La relación Víctima-Agresor tiene tres fases:

1. Fase de confrontación y lucha: que constituye una relación bidireccional dónde la mujer acepta la confrontación, es el momento en que surge el conflicto y a raíz del mismo se ejerce el castigo sobre la mujer por su revelación ante lo señalado por su pareja. Es este el momento de la agresión y el momento en el que la mujer se puede decidir a interponer la denuncia frente a su pareja porque el dolor y la rabia es reciente.
2. Fase de pausa o de luna de miel: El hombre se siente culpable al observar las consecuencias de su violencia, es un período de silencio, de arrepentimiento y de muestras de cariño hacia la mujer que, ante la reacción de su pareja, banaliza lo ocurrido, le resta importancia y perdona, retractándose en el caso de haber interpuesto la denuncia o acudiendo al juzgado para retirarla, o no compareciendo en el juicio señalado o compareciendo banalizando el asunto o negándose a declarar frente a su pareja.
3. Fase de reanudación de la violencia: Pronto surgirá un nuevo conflicto en la convivencia que reinicia la fase de violencia de forma cíclica.

Estas tres fases se desarrollan en círculos concéntricos al principio más separados pero que se van cerrando cada vez más porque el intervalo temporal entre las diversas fases se va acortando llegando a confundirse hasta el punto de que la relación se convierte en una relación en el que confrontación, castigo y perdón son todo uno, produciéndose una total sumisión de la mujer, dónde sólo existe una relación unidireccional de violencia continuada en un plano de desigualdad hasta la total anulación de la persona maltratada.

Las consecuencias físicas del maltrato dependerán de la fuerza ejercida sobre la víctima y de las concretas lesiones ocasionadas, pero a su vez, toda violencia física genera consecuencias psicológicas en la mujer maltratada: ansiedad, adicción a sustancias tranquilizantes, adicción al alcohol, fatiga, depresión, baja autoestima, estado de alerta constante, trastornos de alimentación, alteraciones sexuales, etc.

Se ha comprobado además que muchas de las mujeres maltratadas que consiguen salir del maltrato al que estaban sometidas, posterior-

mente inician relaciones con un segundo hombre potencialmente maltratador, debido a que las mujeres maltratadas tienen una baja autoestima que atrae a los hombres con tendencia al maltrato, que en un primer momento tienen el instinto de protegerlas y reforzarlas en el cariño que demandan, pero que en la práctica persiguen, aún sin saberlo, lograr someterlas y que atiendan a sus peticiones para así sentir su propia satisfacción y dominio y son estas personas maltratadas y débiles las más vulnerables.

7. Denuncias particulares, atestados e informes médicos

Los Juzgados tienen conocimiento de la existencia de un maltrato de diversos modos; por la denuncia de la víctima ante la policía o en el Juzgado de Guardia, por atestado policial tras una actuación por parte de los agentes o por un parte médico de agresión remitido por el hospital.

Respecto a las denuncias de particulares, recogidas en el Juzgado, en comisaría o por medio de atestado policial, hay que señalar que en un 50 % las víctimas relatan haber sido objeto de malos tratos con anterioridad, sin embargo en las denuncias no se suelen concretar las fechas, testigos u otras pruebas de las que disponga, sobre los hechos anteriores respecto a los que no son preguntadas, no se hace indagación sobre tales hechos anteriores si no exclusivamente sobre el hecho concreto objeto de la actual denuncia. En el caso de que la víctima manifieste que denunció anteriormente, las denuncias no aparecen unidas a la causa, ni tampoco en el ámbito judicial las sentencias anteriores que se hubieran dictado se unen a los efectos de acreditar la habitualidad, por lo que tanto en las comisarías como en los Juzgados sería necesario establecer un formulario tipo en el que se hiciesen constar agresiones anteriores, la forma en que se produjeron, si fueron ya denunciadas o enjuiciadas y las sentencias dictadas en su caso uniéndose las actuaciones que se hayan practicado al respecto.

La Policía debería de informar a las víctimas de diferentes extremos; del delito previsto en el artículo 464 del CP en caso de que el maltratador pretenda influir en la denunciante o en su declaración, de la posibilidad de pedir medidas provisionales en el ámbito de la separación civil justificadas en el maltrato sufrido, la protección policial que le corresponda en caso de dictarse una medida cautelar de alejamiento y lo que supone su quebrantamiento, la existencia de Servicios Sociales de Ayuda a mujeres maltratadas y sobre los centros de asistencia social existentes, ofrecimiento de las acciones legales y nombramiento de abogado de oficio.

Asimismo en la confección del atestado se deberán tener en cuenta las siguientes circunstancias: antecedentes del agresor, estado mental del acusado y circunstancias atenuantes como alcoholismo, drogadicción..., si el denunciado tiene en su poder armas u otros instrumentos peligrosos, a fin de que se puedan ocupar provisionalmente y reportaje fotográfico de las lesiones si la víctima no se opusiera.

Cuestiones todas ellas a las que se ha tratado de dar respuesta a través del modelo normalizado de las Órdenes de Protección.

Muchas de las denuncias presentadas son retiradas posteriormente por la víctima, aunque en las lesiones el perdón del ofendido no excluye la responsabilidad penal, sería conveniente que en los casos de retirar la denuncia los Jueces de instrucción no se limitasen a consignar la retirada de la denuncia y a decretar el sobreseimiento, sino que debería preguntarse a la víctima sobre los motivos reales de retirar la denuncia, a fin de descartar posibles coacciones o amenazas del agresor. Tan sólo un 6 % de los casos en que la víctima retira la denuncia llegan a juicio oral, en los demás se archiva el asunto y prácticamente en la totalidad de esos casos se dicta una Sentencia Absolutoria.

Respecto a las *notitia criminis* que llegan al Juzgado previo parte médico remitido desde el Servicio de Urgencias o desde el Hospital, estas partes no suelen concretar los hechos de la agresión, si la víctima le ha relatado otros episodios de violencia anteriores o si de los mismos ha quedado constancia en el historial médico de la víctima por asistencias anteriores.

Actualmente se ha puesto en marcha el Protocolo aprobado en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que cumple una de las medidas de actuación del Plan de Acción contra la violencia doméstica 1998-2000, que busca una respuesta médica unitaria en todo el territorio nacional al problema de los malos tratos. En éste protocolo se recogen las pautas de actuación que ha de seguir el profesional sanitario ante una persona maltratada. Su práctica permite subsanar los defectos de los hasta ahora limitados o escuetos partes médicos que llegan a los Juzgados. La historia clínica que se abra a la mujer que relata una agresión por maltrato permitirá inscribir en ella todas las asistencias que la misma requiera por agresiones posteriores, y revelará todos los datos personales y médicos necesarios al respecto.

8. El papel del fiscal. Circular FGE 1/98

Por la FGE se publicó la Circular 1/1998 relativa a la Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico. Circular que impuso la creación de los servicios de violencia doméstica

en cada una de las Fiscalías con el objetivo de centralizar el seguimiento de las diversas denuncias relacionadas con la violencia doméstica, con ello se buscaba la unificación del tratamiento jurídico en la materia y el cumplimiento de dos finalidades principalmente: Detección de los supuestos de habitualidad evitando el tratamiento inconexo de conductas violentas reiteradas en un mismo sujeto y elaborar una estadística fiable y concreta que permitiese una mejor comprensión de la dimensión del problema.

Para realizar el seguimiento de las causas se crea un registro de causas que se identifica por la persona del agresor, con lo que se permitía detectar los casos en que un mismo agresor contara con diversas denuncias de la misma naturaleza que hagan presumir la posibilidad de un maltrato habitual, evitando que cada una de las denuncias se tratasen como hechos aislados y desligados cuyo conocimiento podía corresponder a Juzgados diferentes. Además esta base permitiría establecer un seguimiento estadístico de la violencia doméstica.

En el registro se hacen constar todos los datos relevantes y especialmente: datos del agresor, fecha del suceso e identidad de la víctima. Entre los documentos que tienen acceso al Registro nos encontramos; la denuncia o atestado que habrá de remitirse original a la Fiscalía de malos tratos al mismo tiempo que al Juzgado de Guardia para proceder a su registro, copias de principales resoluciones adoptadas, informaciones de los Fiscales especialistas sobre el seguimiento de las causas, datos procedentes de procesos civiles de familia (procesos de separación y divorcio) y resoluciones de diferentes Juzgados.

La gestión del Registro corresponde al Fiscal encargado del servicio de violencia familiar, asistido por personal auxiliar.

La Circular establece que la Intervención del Fiscal en esta materia ha de ser decidida, supliendo, incluso, sobrevenidos comportamientos abstencionistas de las víctimas, que aún siendo entendibles desde el punto de vista humano, no son atendibles desde el punto de vista jurídico al tratarse de un delito público cuya persecución el legislador ha querido dejar en manos del Ministerio Fiscal, conforme a lo establecido en nuestra Ley penal procesal (artículo 105 de la LECr.).

De los datos suministrados por este Registro (todos sobre la regulación anterior a la Ley 11/03), y respecto al año 1999, resulta lo siguiente: respecto al sexo de las víctimas, un 88,6 % fueron mujeres, respecto a los agresores un 91,4 % fueron hombres. Un 57,4 % de los maltratos se produce entre cónyuges o ex-cónyuges y un 19 % entre parejas de hecho, por lo que un 76 % de las agresiones se produce entre los miembros de la relación conyugal o análoga y el resto sobre cualquiera de los demás sujetos protegidos. En cuanto a las edades, el mayor porcentaje de mujeres maltratadas se encuentra entre los 30 y 40 años, un

35 %; siendo también ésta la franja de edad más problemática en los maltratadores, un 36,9 %

Las retiradas de denuncia en 1999 ascendieron a 1.138 en diversas formas dentro del procedimiento (retirada expresa, incomparecencia a la citación, declaración que resta contundencia a la agresión acaecida).

Las circunstancias modificativas se apreciaron en un 31 % de las sentencias condenatorias, siendo las de alcoholemia y toxicomanía las más apreciadas.

Del total de Diligencias Previas (9.957) el 20 % se archivaron, el 40 % se transformó en juicio de faltas, y un 5 % dieron lugar a Auto de Procedimiento Abreviado.

Respecto a los datos que el Registro refleja en cuanto al Año 2000 y en comparación con el año 1999, existe un incremento considerable, más del 50 % en juicios de faltas, y respecto a los delitos, en casi todos ellos (homicidio, lesiones, maltrato habitual, coacciones y amenazas) se ha experimentado un incremento, no existiendo diversidad en cuanto al sexo de los agresores y de las víctimas, la relación de parentesco y las edades, reiterándose por un año más los datos señalados para el año 1999 en estos extremos. Hay que destacar una mayor concienciación judicial respecto a ésta infracción penal porque las causas incoadas por delito del artículo 153 del CP pasaron de 1.726 a 2.912 incrementándose en un 68 %, de las que se calificaron 443, de los 176 juicios celebrados el 89 % de las sentencias fueron condenatorias y un 11 % absolutorias, éste porcentaje de condenas se reduce en las faltas porque en los juicios de faltas sólo son condenatorias el 62 % de las sentencias, aunque supera con creces el porcentaje de sentencias condenatorias en juicio de faltas del año 1999, un 45 %, absoluciones que responden fundamentalmente a la falta de comparecencia o a la minimización de los hechos por parte de las víctimas cuando se trata de juicios de faltas y por tanto de consecuencias lesivas menos graves.

En los años 2001 y 2002 la tendencia observada entre los años 1999 y 2000 se mantiene, habiéndose aumentado los juicios de faltas del artículo 617 y 620 del CP, así como los juicios por el delito de maltrato habitual del artículo 153 del CP, todo ello debido a una mayor conciencia social que incide en cuanto al número de denuncias por parte de las mujeres maltratadas y al mantenimiento de sus acusaciones, aun cuando sigue siendo muy alto el número de renunciaciones existentes o incomparecencias en ésta materia, y a una mayor sensibilidad judicial respecto a la problemática de la violencia doméstica que ha conllevado la mayor aplicación de la figura delictiva.

Actualmente un registro de violencia doméstica similar al explicado y con los mismos fines se lleva también por los diversos Juzgados de Instrucción.

9. Posibilidades de mejora en el sistema penal y social

Desde el punto de vista de la protección a la víctima en el delito de malos tratos hay que reconocer que la LO 11/03 ha supuesto un gran avance, con la tipificación actual de los artículos 173 del CP y 153 del CP. Aún son posibles reformas o mejoras y también crítica a la reciente regulación:

—En cuanto a las posibilidades de mejora, estas podrían potenciarse en diversos ámbitos:

- Reformas procesales y penales. En primer lugar sería aconsejable la realización de una ley integral para abarcar todos los problemas que plantea la violencia de género y que potencialmente puede afectar a la mitad de la población (el sexo femenino), dónde además la víctima es más vulnerable, no sólo por condicionantes físicos, sino porque en la mayoría de los casos existe proximidad afectiva, económica, familiar, social o laboral entre víctima y agresor.
- Debería valorarse la posibilidad de crear una jurisdicción especializada que pudiera conocer de todos los aspectos legales que rodean a la familia, no sólo en el ámbito civil, sino también en materia penal. Esta especialización conllevaría indudables ventajas, así por ejemplo, dada la necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, tanto en materia penal como civil, por la existencia generalmente de hijos menores, el mismo Fiscal tendría conocimiento pormenorizado y desde un inicio de toda la situación familiar que se plantea, el mismo abogado designado de oficio o señalado por las partes podría a su vez atender ambos aspectos. Una jurisdicción especial permitiría, a su vez, que un mismo Juez tenga conocimiento de la instrucción de los asuntos penales que se cometan en el ámbito familiar y en su caso de los correspondientes asuntos civiles, con total conocimiento de la situación podría acordar las adecuadas medidas de protección a las víctimas, medidas previas a la separación, podría instruir el proceso penal y tramitar el procedimiento de separación y divorcio. Todo ello conllevaría una mayor celeridad en el proceso y evitaría la duplicidad en las actuaciones judiciales, evitando que sobre unos mismos hechos existan resoluciones judiciales contradictorias y consiguiendo tener un conocimiento integral de todos los actos violentos cometidos por un mismo agresor.
- Otra reforma esencial es la necesidad de modificación de la pena señalada en el artículo 173 del CP, que prevé la pena de

prisión de seis meses a tres años, por ser ésta demasiado leve, debiendo elevarse la pena de dos a cinco años de prisión dados los bienes jurídicos implicados, lo que refrendaría al instructor a la hora de adoptar la Prisión Provisional durante la tramitación de la causa, generando mayor clima de protección, porque difícilmente podrá tener una duración considerable la Prisión Provisional si finalmente la pena a imponer no va a ser superior a los seis meses de prisión.

—Reformas de carácter extrapenal. Son muchos los aspectos que pueden mejorarse desde el punto de vista extraprocesal, o al margen del sistema penal:

- Desde un punto de vista sociológico es necesario una concienciación social clara que rechace la conducta violenta sobre la mujer y critique los roles de machismo que aún puedan llegar a existir, de modo que las víctimas sientan un acogimiento social que les permita tener el valor y apoyo suficiente para denunciar. Para conseguir esto es necesario insistir en tareas educativas y formativas desde la infancia, tareas que potencien la igualdad de sexos y rechacen la violencia contra la mujer como medio de sometimiento de la misma.
- Una vez cometido el delito es necesario que se apliquen tratamientos asistenciales a los agresores para la corrección de esas pautas o modelos de conducta.
- En el aspecto económico se podrían arbitrar nuevas medidas de asistencia económica con el fin de asegurar a las víctimas del maltrato el cobro de una ayuda que les permita la independencia económica de su agresor desde un inicio, siendo estas ayudas compatibles con las indemnizaciones que por el delito les correspondan y con las correspondientes a gastos terapéuticos.

Todo lo cual se está buscando e intentando actualmente con la regulación dada por la Ley 27/03 que ha introducido las ordenes de protección.

En los Juzgados del TSJ del País Vasco se ha conseguido un avance importantísimo con la existencia del SAV, Servicio de Atención a las Víctimas, que es un servicio técnico formado por psicólogos, asistentes sociales y abogados a los que en caso de malos tratos se les solicita, a fin de centrar la problemática de un núcleo familiar en concreto, un informe sobre la situación familiar, la incidencia del maltrato y las posibilidades de mejora o solución de la situación, contándose así con un soporte documental importante a efectos probatorios.

A su vez en estos Juzgados se ha establecido desde el año 2000 un «Protocolo Interinstitucional para la mejor atención a mujeres víctimas de malos tratos domésticos y agresiones sexuales» promovido por *Emakunde*, Instituto Vasco de la Mujer, y Gobierno Vasco, en el que todas las partes implicadas (Policía, Sanidad, Justicia y Servicios Sociales) asumieron un compromiso formal de establecer pautas de actuación homogéneas en toda La Comunidad Autónoma Vasca.

Respecto a la modificación operada en la LECr por LO 38/2002 y LO 8/2002 ambas de 24 de octubre sobre «procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado» con ella se busca la efectividad de los juicios rápidos en la LECr. y podemos apuntar que, aunque todavía no haya entrado en vigor, la celeridad de los juicios puede conllevar importantes avances:

En la propia Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica se señala que el procedimiento especial de los juicios rápidos tiene por objeto evitar los retrasos en la sustanciación de los procesos penales, retrasos que hasta ahora han permitido sustraerse a los culpables a la acción de la justicia, reiterar las conductas delictivas y que han generado una total apariencia de impunidad y de indefensión de la ciudadanía.

Continúa esta Exposición de Motivos señalando textualmente que se establece el proceso especial para su aplicación a delitos flagrantes, a aquellos que tengan una instrucción sencilla, a los que produzcan una especial incidencia en la seguridad ciudadana y a los que «repugnan gravemente a la conciencia social, como en el caso de los supuestos de violencia doméstica». Por ello teóricamente el procedimiento especial recogido por la Ley y dotado de celeridad en la instrucción habrá de aplicarse a las conductas que constituyan el delito prevenido en el artículo 173 del CP y a su vez para el enjuiciamiento rápido del delito del artículo 153 y de las faltas.

Sin embargo es necesario criticar la reforma respecto a su real aplicación al delito del artículo 173, porque difícilmente se podrá realizar en 24 horas (prorrogables a 72 horas en determinados partidos, artículo 799) la instrucción para acreditar la «habitualidad» característica de este tipo delictivo. Las Diligencias necesarias para probar esta habitualidad serán en todo caso las siguientes: Recabar los antecedentes judiciales lo que entraña su dificultad aunque nos podamos servir del Registro de la Fiscalía (que no siempre es completo), habrán de testimoniarse los diferentes procedimientos judiciales que deben acumularse a la causa, se deben de tomar las declaraciones testificales de las personas que la denunciada en su declaración señale que se encontraban presentes durante alguno o todos los episodios violentos denunciados,

se tendrá que recabar la información de los Servicios de Zona del domicilio de la denunciante sobre la real situación socio-familiar existente en esa familia, o se tendrá que tener informe del Equipo Psico-social del Juzgado si lo hubiese, informes que servirán en el juicio a efectos de periciales. Una prueba fundamental a la hora de acreditar la violencia psicológica prevenida en el artículo 147 del CP y el maltrato psíquico prevenido en el artículo 173 del mismo cuerpo legal es un reconocimiento psicológico exhaustivo de la denunciante por el médico forense, para constatar si la misma presenta cualquier anomalía compatible con el «Síndrome de Malos Tratos a la Mujer», esta pericial es impensable que se pueda practicar en 24 horas, requiriendo un tiempo mínimo de 2 meses.

Todo ello supondrá que no pueda enjuiciarse este delito en juicio rápido como norma general y que ante la insuficiencia de diligencias se continúe como Procedimiento Abreviado (artículo 798.2.2.º).

Lo que sí va a tener efecto y trascendencia en esta materia es el enjuiciamiento inmediato de los actos violentos constitutivos de faltas y del delito del artículo 153 del CP, ello supondrá una respuesta judicial inmediata frente al maltrato doméstico, atendiendo así a lo manifestado por el CGPJ en su «Guía Práctica de Actuación Judicial en Materia de Violencia Doméstica» de 21 de marzo de 2001 dónde se afirmaba la necesidad de enjuiciamiento rápido de este tipo de faltas (hoy conductas constitutivas de delito). Con ello se evitará en gran parte la retirada de denuncias o la falta de asistencia de la víctima al juicio al no haber transcurrido más de un día desde el acto violento padecido, lo que seguramente supondrá que la mujer no banalizará el asunto y aún tendría presente el maltrato recibido, recordando todos y cada uno de los detalles, sin dar tiempo a que hayan variado las circunstancias, ni se haya entrado en la fase de «luna de miel» o perdón del ofendido, con lo que nos evitaríamos el gran número de renunciaciones, incomparecencias y sentencias absolutorias por falta de acusación que hoy nos encontramos.

Por todo lo expuesto aún es necesario trabajar mucho en esta materia y son los Jueces de Instrucción, en colaboración con la Fiscalía, los que deben de concienciarse en primer lugar sobre éste fenómeno delictivo, y sin perder de vista las garantías procesales y constitucionales de los acusados, deben de adoptar las medidas necesarias de protección de la víctima, tratando de solventar la situación de temor en la que vive, buscando atajar esta problemática a través de juicios rápidos de faltas e instrucciones de Diligencias Previas eficaces que garanticen un tratamiento adecuado de la violencia doméstica.

En vigor la Ley, desde el punto de vista del Juzgado de lo Penal y atendiendo a mi experiencia en la celebración de Juicios Rápidos en el

ámbito doméstico, estimo que es imposible la tramitación de estas causas por juicios rápidos, la pretendida celeridad genera en el acto de juicio suspensiones por falta de pruebas psicológicas, absoluciones por arrepentimientos, retiradas y negaciones por las víctimas de los hechos denunciados o porque en tan escaso margen de tiempo no llegan a acreditarse extremos del tipo como la habitualidad, o la convivencia continuada.

Por otro lado supone elevar a la calificación de delito conductas de escasa gravedad y con la sola prueba de la declaración de la víctima, lo que genera grandes abusos y limitaciones importantes de derechos para los imputados.

Si se adoptan medidas cautelares en breve plazo no hay razón para que no pueda dilatarse en el tiempo la instrucción de la causa, dándole un tratamiento preferente dada la materia y tramitándose con rapidez pero siempre que se garantice que existen indicios de la comisión del delito del artículo 173 del CP, de la habitualidad, de las diferentes agresiones físicas y psíquicas, de la situación psicológica de la víctima. Lográndose así que a la apertura de juicio oral y acreditados los diferentes elementos del tipo pueda dictarse, si procede, una sentencia condenatoria.

10. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

Según La exposición de motivos de esta Ley, con ella se ha pretendido dar una respuesta integral y coordinada al fenómeno de la violencia doméstica, mediante un procedimiento judicial sencillo y rápido que garantice protección íntegra con adopción de medidas cautelares penales y civiles, y medidas de protección asistencial y social.

Las órdenes de protección podrán adoptarse por los Juzgados de Instrucción, en funciones de guardia, o en la tramitación de diligencias previas, siempre que exista situación de riesgo. Estas consistirán en medidas penales: medidas de alejamiento, prisión provisional...; y en medidas civiles: atribución de guardia y custodia, uso de vivienda familiar, pensión de alimentos y régimen de visitas.

La orden de protección se facilitará a través de una solicitud sencilla y protocolizada disponible en un gran número de entidades u organismos: Juzgado de Guardia, Fiscalía, Policía, Servicios de asistencia a la víctima, Oficinas de servicios sociales, etc. En ella de forma clara se señalarán las diferentes formas de protección existente y la forma de obtenerlas. La adopción de la medida podrá hacerse de oficio por el Juez o a instancia de la víctima o de terceros.

Para la adopción de esas medidas cautelares, conforme al artículo 544 ter de la LECr es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- Indicios fundados de comisión de delito o falta contra la vida, la libertad, integridad o libertad sexual de alguna de las personas del artículo 153 del CP.
- Situación objetiva de riesgo para la víctima.

Solicitada la medida se convocará a una audiencia inmediatamente y en plazo no superior a 72 horas, donde oídas las partes, se adoptará o no la medida de protección, sólo pudiendo existir una por persona, sin perjuicio de que pueda ser modificada.

Adoptada la orden de protección, la víctima tendrá derecho a conocer en todo momento la situación procesal y penitenciaria en la que se encuentre el agresor, siendo inscrita dicha orden en un Registro Central para la Protección de Víctimas de Violencia Doméstica.

La auténtica novedad que supone ésta Orden de Protección consiste en la protección de carácter plural que otorga y la coordinación entre entes asistenciales, policiales y judiciales que supone. Pero desde el punto de vista procesal y sustantivo la verdadera novedad se cifra en la posibilidad de adopción de medidas de carácter civil en el juzgado de guardia que decidan sobre cuestiones de derecho de familia, algo similar a las medidas provisionalísimas reguladas en la LEC.

La adopción de estas medidas tiene por objeto, según la ley, apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, y entiendo que debe ser el Juez restrictivo en esta materia adoptando estas medidas de naturaleza civil, sólo en el caso de riesgo o perjuicio del menor, no solapando las medidas provisionales de los procedimientos de separación. Dichas medidas quedarán sin efecto en 30 días si no se ha instado demanda de medidas provisionales, en cuyo caso se prorrogarán por un mes. Las medidas adoptadas podrán ser modificadas, mantenidas o alzadas por el Juez de familia que conozca del proceso de separación instado.

11. Crítica a la regulación instaurada por la ley 11/2003 y al tratamiento de los juicios rápidos para el delito del artículo 173 del actual CP

La regulación introducida por la LO 11/03 puede parecer el parangón jurídico de protección en el ámbito de violencia doméstica al atender a un problema que en la actualidad genera una gran alarma social, pero bajo mi humilde opinión se está regulando a golpe de necesidad

política y no de necesidad social, buscando una ultra protección de la mujer frente a una conducta agresiva, sin atender a las circunstancias del caso concreto y sin buscar la protección efectiva de las reales víctimas del maltrato, cometiendo un abuso del derecho penal, elevando a delito conductas que en si mismas valoradas carecen de trascendencia relevante como para constituir un auténtico delito.

Mejor se ocuparía el legislador de potenciar los medios a su alcance para garantizar la seguridad de la víctima y el bienestar de las familias y no perdería el tiempo en modificaciones incesantes de los preceptos penales elevando la tipificación de conductas, para ganarse así la simpatía y apoyo de la ciudadanía, sin atender a la verdadera raíz del problema.

Así como la modificación operada por la Ley 27/03 que regula las denominadas Ordenes de Protección tiene por objeto la protección integral de la víctima permitiendo la adopción de medidas civiles, penales, asistenciales y sociales a un tiempo, y ello supone un avance, entiendo que la intención del legislador de querer la tramitación del delito de violencia doméstica a través de juicios rápidos en el plazo de 15 días o elevar lo que anteriormente eran faltas a la categoría de delitos con las consecuencias penológicas que ello supone, no es pararse a reflexionar sobre el problema en sí y sobre lo que las víctimas necesitan, si no sobre lo que el electorado demanda.

Me explico, ahora mismo existe una ultraprotección de la materia que no evitará el maltrato doméstico, ni la existencia de nuevos asesinatos u homicidios, porque cada año se eleva la cifra a pesar del endurecimiento de las medidas. En la actualidad se llega a sancionar como delito, con una pena de hasta prisión, un mero empujón del cónyuge hacia su esposa porque el artículo 153 del CP eleva esas conductas de mero maltrato de obra a la categoría de delito, sin que sea necesario además que se trate de un hecho repetido, bastando que sea un mero hecho aislado.

Los Juzgados de Instrucción se ven desbordados de denuncias por meras discusiones conyugales, por insultos o meras riñas, que antes constituían una falta pero que ahora son delito, con la correspondiente petición de ordenes de protección, pretendiendo que se adopten en guardia medidas de naturaleza civil y penal, respecto de las que, entiendo, hay que guardar cierta cautela para evitar el abuso respecto de los derechos del agresor, que en un momento determinado y por un hecho puntual puede verse privado de la custodia de los hijos. Y con las consecuencias que conlleva ser condenado por un delito, como la existencia de antecedentes penales en contra del agresor que pueden suponer un gran perjuicio (imposibilidad de suspensión de nuevas penas por no ser considerado primario).

Respecto a la tipificación del artículo 173 del CP, si bien es positivo el incremento de sujetos pasivos, comprendiendo a novios estables, a hermanos, a los sujetos a tutela o guarda, sin embargo se puede criticar en diversos aspectos. No se entiende como habiendo elevado las faltas de maltrato en el ámbito doméstico a delito, sin embargo no se ha elevado la pena del delito de violencia doméstica lo que justificaría en los casos de verdadera violencia doméstica de gravedad la adopción de la medida de prisión provisional. Por otro lado se aplica la pena en su mitad superior en los casos en que se haya cometido el hecho en el domicilio familiar o en el de la víctima, lo que supone un agravar automático de la pena porque es el ámbito familiar el que dota de mayor impunidad y a su vez de mayor gravedad a estas conductas, y ese en el domicilio familiar dónde se cometen en su mayor parte. Tampoco llego a alcanzar el sentido de agravar la pena si el hecho se comete frente a menores pero no si se comete sobre esos menores en concreto.

Por otro lado respecto a la tramitación del delito del artículo 173 por juicio rápido, no veo la manera de que se tramite en 15 días y se acredite la habitualidad en el maltrato y sus secuelas, porque difícilmente se podrá realizar en 24 horas (prorrogables a 72 horas en determinados partidos, artículo 799) la instrucción para acreditar la «habitualidad» característica de este tipo delictivo. Las diligencias necesarias para probar esta habitualidad serán en todo caso las siguientes: Recabar los antecedentes judiciales lo que entraña su dificultad aunque nos podamos servir del Registro de la Fiscalía (que no siempre es completo), habrán de testimoniarse los diferentes procedimientos judiciales que deben acumularse a la causa, se deben de tomar las declaraciones testificales de las personas que la denunciada en su declaración señale que se encontraban presentes durante alguno o todos los episodios violentos denunciados, se tendrá que recabar la información de los Servicios de Zona del domicilio de la denunciante sobre la real situación socio-familiar existente en esa familia, o se tendrá que tener informe del Equipo Psico-social del Juzgado si lo hubiese, informes que servirán en el juicio a efectos de periciales. Una prueba fundamental a la hora de acreditar la violencia psicológica prevenida en el artículo 147 del CP y el maltrato psíquico prevenido en el artículo 173 del mismo cuerpo legal es un reconocimiento psicológico exhaustivo de la denunciante por el médico forense, para constatar si la misma presenta cualquier anomalía compatible con el «Síndrome de Malos Tratos a la Mujer», esta pericial es impensable que se pueda practicar en 24 horas, requiriendo un tiempo mínimo de 2 meses.

En caso contrario nos encontraremos ante sentencias absolutorias en los Juzgados Penales al no haber quedado realmente acreditado en esos

15 días el tipo y sus diversos elementos, o privaremos a la víctima de resarcimiento por no tener acreditado el daño psicológico que padece.

Todo ello ha de suponer que no pueda enjuiciarse este delito en juicio rápido como norma general y que ante la insuficiencia de diligencias se continúe como procedimiento abreviado (artículo 798.2.2.º). Y es que estimo que si se adoptan medidas cautelares en breve plazo no hay razón para que no pueda dilatarse en el tiempo la instrucción de la causa, dándole un tratamiento preferente dada la materia y tramitándose con rapidez pero siempre que se garantice que existen indicios de la comisión del delito del artículo 173 del CP, de la habitualidad, de las diferentes agresiones físicas y psíquicas, de la situación psicológica de la víctima.

Lográndose así que a la apertura de juicio oral, acreditados los diferentes elementos del tipo, pueda dictarse, si procede, una sentencia condenatoria.

El legislador debería preocuparse por garantizar la seguridad de las verdaderas víctimas de un delito de maltrato, elevando por ejemplo el número de agentes que se ocupan de salvaguardar el cumplimiento de las medidas de alejamiento y tratando de reeducar a los maltratadores y de impartir a los niños una educación en plano de igualdad, y no dedicarse a lanzar modificaciones de carácter electoralista que lo único que están consiguiendo es que hoy se tramite como delito de maltrato doméstico cualquier desavenencia conyugal por muy liviana que sea.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTITZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAIA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



Universidad de
Deusto

Deustuko
Unibertsitatea

