



Universitat
de les Illes Balears

TRABAJO DE FIN DE GRADO

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

JUAN MIGUEL MONTILLA CLADERA

**GRADO DE DERECHO
FACULTAD DE DERECHO**

Año Académico 2022-23

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

JUAN MIGUEL MONTILLA CLADERA

Trabajo de Fin de Grado
Facultad de Derecho
Universidad de las Illes Balears

Año Académico 2022-23

Palabras clave del trabajo: Violencia de Género, Orden de Alejamiento, Prisión Provisional, Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género.

Trabajo tutelado por el Profesor Dr. Jaime Campaner Muñoz

Se autoriza la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y difusión en línea, con fines exclusivamente académicos y de investigación

Autor		Tutor	
Sí	No	Sí	No
X	<input type="checkbox"/>	X	<input type="checkbox"/>

Resumen

Este trabajo pretende analizar el fenómeno de carácter social que afecta a la convivencia de las mujeres españolas y del mundo, siendo tema de sensibilidad en esta década, conocida como violencia de género. Una realidad que nos acecha día tras día a golpe de titular o primera plana en los medios de telecomunicación y que durante años se ocultó con el sobrenombre de “crímenes pasionales” que a través del habla popular hicieron referencia a todos esos ataques de celos con final de muerte como consecuencia de los arrebatos emocionales, principalmente de los varones producto de la alteración de la conciencia. El término *crime passionnel*¹ viene asociado a la historia del país galo que se utilizó para minorar las penas en caso de asesinato y que, hasta no hace tantos años, era habitual leerlo en la prensa escrita de nuestro país pretendiendo dar respuesta a ese tipo de muertes que hasta entonces no tenían calificativo.

En este trabajo se contextualiza en cómo históricamente la sociedad a través de sus diferentes culturas, creencias, prejuicios, han marcado un retroceso significativo en derechos para ciertos colectivos ya de por sí debilitados por la dictadura posterior a la II República y cómo la proliferación, en la actualidad, de partidos extremistas han ayudado con su discurso del odio y retórica a mantener catalogadas a las mujeres como meras cosas.

Sólo poniendo en valor cómo a lo largo de la historia se ha tratado a la mujer, podremos entender la necesidad imperiosa y urgente de la Unión Europea a la hora de reglar acerca de estos asuntos. A nivel nacional destaca, por novedosa e innovadora, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LIVG) que promulgó el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, presidente del Partido Socialista Obrero Español.

Se analizarán a través de datos objetivos recopilados a lo largo de los años, las estadísticas del Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer que nos darán una visión clara y latente del problema a tratar. Contrastando, finalmente, dos de las medidas cautelares personales como son la orden de alejamiento y la prisión provisional que pueden llegar a poner en jaque derechos fundamentales tales como la libertad o la presunción de inocencia del propio inculpado.

La Ley aporta medidas cautelares como solución al peligro que necesariamente se deriva del paso del tiempo a la hora de tramitar un proceso, marcando (en el caso de las órdenes de alejamiento) a través de una distancia mínima por el Juez que el agresor deberá mantener con respecto a su víctima, creyendo que quizás esta medida pueda

¹ El Código Penal francés de 1810, en su artículo 324, hoy en día derogado, recogía en su texto la circunstancia atenuante de los llamados crímenes pasionales debido a una cierta indulgencia por parte de los tribunales y la sociedad. El artículo disponía “dentro del caso de adulterio (...), la muerte cometida por el esposo sobre su esposa, así como sobre el cómplice, en el instante donde les sorprende en un flagrante delito dentro de la casa conyugal, es excusable”.

llegar a ser efectiva y, a la par, la menos perjudicial para el inculpado, sin tener en cuenta que las grietas del sistema de protección llegan, en efecto, a fallar y es el propio agresor el que decide no cumplirlas con consecuencias nefastas y efectos colaterales desastrosos.

Por otro lado, la prisión provisional en los procesos por violencia de género pretende por encima de cualquier otro riesgo evitar, el que el investigado o encausado intente reiterar su actividad delictiva (pudiendo en esta ocasión llegar más allá que el maltrato o acoso), pero el sistema garantista pone encima de la mesa el deber estatal de protección de la libertad del ciudadano, usándose esta figura de manera muy excepcional y amparándose, en cualquier caso, en la presunción de inocencia.

Sin embargo, no deberíamos olvidar y dejar de lado que, quizás exista o debería existir un derecho a la presunción de credibilidad de la víctima, mucho más si tenemos en cuenta los datos objetivos recogidos a lo largo de los años en las estadísticas de violencia de género, que nos aporta una información que debería hacernos actuar ante este tipo de sucesos que se han convertido de manera recurrente en el *pan nuestro de cada día* y como resultado, contrasta la realidad de la sociedad en la que vivimos y a la que pretendemos llegar.

1. Contextualización del concepto de violencia de género versus violencia doméstica en el ámbito mundial, europeo y estatal	7
1.1 Marco social y antecedentes históricos de la lucha feminista	7
1.2. Referentes sociales	9
1.3. Perfil psicológico de los hombres maltratadores en los casos de violencia de género	10
1.4. Características de las mujeres maltratadas en los casos de violencia de género	12
2. Marco jurídico a nivel estatal	13
2.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género	13
3. Estadísticas de los casos de violencia de género	17
4. Las fuentes del derecho procesal penal	19
5. Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género	21
5.1 La orden de alejamiento	21
5.2. La prisión provisional en los procesos por violencia de género	24
6. Conclusiones	27
7. Referencias	29

Índice de Abreviaturas

Art.: Artículo.

A.G.: Asamblea General.

CE: Constitución Española de 1978.

CP: Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.

JVM: Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

LO: Ley Orgánica.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LIVG: Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

Res.: Resolución.

Ss.: Siguietes.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

1. Contextualización del concepto de violencia de género versus violencia doméstica en el ámbito mundial, europeo y estatal

1.1 Marco social y antecedentes históricos de la lucha feminista

La violencia doméstica es un fenómeno de gran actualidad, aunque siempre ha existido. Lo que ocurre es que algunos actos que hoy son considerados agresiones antes eran plenamente aceptados en nuestra sociedad. Por extraño que pueda parecer, el hogar -lugar, en principio de cariño, de compañía mutua y de satisfacción de las necesidades básicas para el ser humano- pueden ser un sitio de riesgo para la vida o integridad de quienes habitan en él. Las instituciones cerradas y piramidales -y la familia ha sido durante mucho tiempo una institución primaria, hermética y con estructura jerárquica- constituyen un caldo de cultivo apropiado para las agresiones repetidas y prolongadas, fruto de relaciones de desequilibrio de poder permanente y de abuso constante.²

La violencia doméstica comprende cualquier acto de violencia llevado a cabo por quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo, conyugal, de pareja, paterno-filial o semejante, con la víctima.³

Dada la disparidad de conductas en que puede manifestarse la violencia doméstica, atendiendo a los medios empleados y a los resultados pretendidos, es posible distinguir entre violencia física, psíquica o sexual:

Por *violencia física*⁴ Se puede entender todo uso de la fuerza contra el cuerpo de otra persona, en la forma de empujones, bofetadas, patadas, etc. La forma más extrema de violencia física es el homicidio o asesinato. La *violencia psíquica o emocional* es toda conducta orientada a la desvalorización o sufrimiento de la otra persona. Tales como explotación, rechazo, insultos, amenazas, exigencia de obediencia o sumisión, humillaciones o vejaciones, etc. La *violencia sexual* incluye toda actividad dirigida a la ejecución de actos sexuales forzados en contra de la voluntad de la víctima, normalmente acompañada de abusos de superioridad, engaño o desconocimiento, principalmente en el caso de los menores.⁵

Para definir la violencia machista hace falta recurrir a la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Res. A.G. 48/104), ONU, 1994), el primer instrumento internacional de Derechos humanos que aborda de manera explícita la violencia machista y que fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

² Vid. Cerezo Domínguez. A. I. (2006), págs. 164 - 165

³ Vid. Alberdi y Matas. (2002) pág. 165

⁴ Por otro lado, no podemos olvidar lo que, en palabras de Careaga Castrillo, P. (2008) es la violencia verbal que aunque no deja las lesiones o marcas que produce la violencia física, pero es igual de dolorosa y además su recuperación dura más tiempo.

⁵ Vid. Cerezo Domínguez. A. I. (2006) pág. 166

Según esta declaración, la violencia machista es todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada. El concepto de violencia machista es muy amplio, un concepto que abarca todas las posibles formas de violencia siendo el denominador común que son ejercidas contra las mujeres por el simple hecho de serlo.

En palabras de Pérez del Campo Noriega, (2008, pág. 33) otra de las claves en la que se asienta la violencia de género reside precisamente en el carácter de la *normalidad* que secularmente se le ha atribuido en el sistema patriarcal imperante, al considerar la superioridad del hombre frente a la inferioridad de la mujer en consonancia con la atribución de roles diferentes a cada sexo. Partiendo de la distinción biológica de los sexos se construye el entramado del poder masculino, con la consiguiente jerarquización social entre los hombres y las mujeres, la discriminación más indignante, y la supeditación de la mujer bajo el dominio y control de quienes por el hecho de ser varones ostentan la representación exclusiva y el poder indiscutible sobre la totalidad de la especie.

Esto es lo que logra instalarse como el “orden natural” en la sociedad humana, porque siendo una innovación cultural introducida por el ser humano, se instaura como si fuese una disposición espontánea de la naturaleza; lo que presta carácter de falsa normalidad a los principios, las creencias, los valores y la actuación social impuestos por el poder dominante masculino, no siendo por tanto sino un abuso sin precedentes en el orden de la naturaleza. Terminando por entenderse cómo “normales” a tales comportamientos. Así pues la normalidad no se discute, simplemente se acepta.

Las religiones de mayor calado han ayudado a perpetuar esa visión de infravaloración de la mujer a través de ideas, estigmas y normas imperativas que han guiado, definitivamente, a la sociedad hasta nuestros días. Como exponen las religiones abrahámicas: el judaísmo, el cristianismo y el islamismo. Adán y Eva fueron el primer hombre y la primera mujer que poblaron la Tierra. Según relata el Génesis, Dios creó primero al hombre y al verlo solo, decidió que necesitaba una compañera mujer; la cual creó a partir de una costilla de su primogénito. Acuña Torres, R. (2021).

Como resultado, por parte de las investigaciones de Amnistía Internacional (2022) en Irán, recopilan que el Corán, el pudor y la castidad, tanto de hombres como de mujeres, son principios fundamentales para la espiritualidad y se logran mediante el establecimiento de ciertos códigos de comportamiento y vestimenta: “Y di a las mujeres creyentes que recaten su mirada y protejan sus partes privadas, y no muestren su belleza y sus adornos, excepto lo que sea visible de ellos, y coloquen sus velos sobre sus pechos...” (24:32)

Y a pesar de que el Corán no es claro sobre la obligación de cubrirse la cabeza o el rostro, lo cierto es que en países como Irán a fecha de hoy en día se puede

encontrar los “controles de la moralidad” donde agentes masculinos comprueban de manera aleatoria si las mujeres del país cumplen con las normas impuestas y encajan dentro del estricto código de vestimenta impuesto por el Estado, exclusivamente a las mujeres.

De conformidad con las leyes sobre uso obligatorio del velo, las mujeres y las niñas -incluidas las de tan sólo siete años- están obligadas, contra su voluntad, a cubrirse el pelo con un velo. Las que no lo hacen, son consideradas delincuentes por el Estado. La policía “moral” iraní vigila a toda la población femenina: 40 millones, entre mujeres y niñas. Los agentes conducen por toda la ciudad, y tienen facultad para dar el alto a cualquier mujer y examinar su vestimenta, estudiando detenidamente cuántos mechones de cabello tiene a la vista, la longitud de sus pantalones y su abrigo y la cantidad de maquillaje que lleva.

Amnistía Internacional denuncia que hasta la fecha el castigo por dejarse ver sin velo en público puede ser de detención, pena de prisión, multa o latigazos. Todo esto por el “delito” de ejercer su derecho a llevar puesto lo que quieran.

1.2. Referentes sociales

La referente social y precursora en el origen de los estudios de género se remonta a 1949. Simone de Beauvoir es considerada hasta la fecha como la pionera del feminismo contemporáneo que plasma en su libro *El segundo sexo* (1949) un ensayo filosófico que analiza el hecho de la condición femenina en las sociedades occidentales desde múltiples puntos de vista: el científico, el histórico, el psicológico, el ontológico y el cultural. Se trata de un estudio totalizador, donde se investiga el porqué de la situación en que se encuentra esa mitad de la humanidad que son las mujeres. Cabe resaltar que, en un acondicionamiento más actual del libro, Teresa López Pardina se encargó de prologar la obra con apuntes dignos de estudiar.

Primero, hay que contextualizar el año en que se publica el libro, 1949, que corresponde al periodo de postguerra (la II guerra mundial finaliza en 1945). Se ha de tener en cuenta que sólo cuatro años antes las mujeres francesas, como ciudadanas, podían emitir su voto. Éste fue sin lugar a dudas un gran hito de las conquistas feministas de la primera mitad del siglo XX, no sólo a nivel Europeo sino tomado como referente a nivel mundial.

En sus páginas el texto que va desarrollando ataca con dureza instituciones que hasta el momento eran intocables como puede ser la familia tradicional y la maternidad. Abogando de forma plausible por el aborto, cuestionando de esta manera todas aquellas materias que de una forma u otra podrían alienar a las mujeres. Asimismo, redacta capítulos (“*La iniciación sexual*” y “*La lesbiana*”) que reflejan la sociedad puritana de la época que rechazaba la posibilidad de dar a la población una educación sexual. La autora defiende en su libro derechos que, aunque importantes, a día de hoy todavía en muchos casos siguen sin respetarse como el derecho de la mujer

al trabajo, la igualdad, la participación plena en todos los ámbitos de la sociedad, la contracepción, etc.

El *segundo sexo* no sólo ha nutrido a todo el feminismo que se ha hecho en la segunda mitad del siglo, sino que es el ensayo feminista más importante de toda la centuria. Beauvoir menciona el patriarcado como el marco de referencia en el que se produce y existe la opresión de la mujer.⁶ Continúa desde su análisis que: “Desde la más temprana infancia a las niñas se las educa de manera diferente que a los niños: se les colma de caricias y de arrumacos, se les fomenta la sensibilidad. Mientras que a los niños se les inculca la dureza: los niños no lloran, un niño no pide que le besen, los niños no se miran a los espejos, se les dice. Y, al mismo tiempo, se les transmite que son educados así por ser superiores” (pág. 16).

“No se nace mujer, se llega a serlo”.⁷ Con esta afirmación nos muestra la autora en su ensayo cómo se llega a ser mujer en las sociedades patriarcales occidentales. Soporta esta idea diciendo en su libro que, “Los hombres tienen muchas maneras más sutiles de aprovecharse de la alteridad de la mujer. Para todos los que sufren complejo de inferioridad, se trata de un bálsamo milagroso: nadie es más arrogante, agresivo o desdeñoso con las mujeres que un hombre preocupado por su virilidad.” (Pág. 33)

Menciona en su ensayo el mito de Adán y Eva en frases como “Creada después de Adán, es evidentemente un ser secundario, dicen los unos: por el contrario, dicen los otros, Adán sólo era un boceto y Dios logró la perfección en el ser humano cuando creó a Eva.” (Pág. 34) Recalca en su estudio que “Toda la historia de las mujeres ha sido realizada por los hombres” (pág. 116), dando a entender la sumisión de éstas a lo largo de los siglos al varón, concluyendo que el destino de la mujer es en término final el matrimonio, dejándola totalmente subyugada a la figura masculina.

Insiste en su ensayo que “Amar a su esposo, ser feliz es un deber consigo misma y con la sociedad; es lo que su familia espera de ella.” (Pág. 324)

“No necesita *hacer* nada para salvar su alma, basta con que *viva* sin desobedecer.” (Pág. 424)

En total, la autora deja de manifiesto la condescendencia tácita que sufre la mujer ante el yugo opresor del varón, dejándola en una segunda posición, sin aliento, sin poder desarrollarse como persona, sin opción de poder ser nada si no es a través de la figura masculina. Pasa a ser la actora secundaria obligada por su condición a desarrollar dotes de buena esposa y una mejor madre.

⁶ Vid. López Pardina, T. (s.f.) pág. 5

⁷ Vid. De Beauvoir. S. (1949) pág. 199

1.3. Perfil psicológico de los hombres maltratadores en los casos de violencia de género

Desde el campo de la psicopatología, Fernández-Montalvo establece que es difícil describir un perfil psicológico homogéneo entre los maltratadores.⁸ La violencia de género tiene una explicación multicausal y, por lo tanto, los agresores no presentan unas características sociodemográficas, psicopatológicas o de personalidad homogéneas, que sean identificables, y que permitan prevenir la aparición de episodios violentos. No obstante, al margen de todo ello, hoy en día se cuenta con distintos estudios que arrojan algunas características básicas frecuentemente presentes entre estos agresores.

Los maltratadores de la mujer en el hogar suelen presentar carencias psicológicas significativas, como sesgos cognitivos -pensamientos distorsionados sobre los roles sexuales y la inferioridad de la mujer, principalmente- dificultades de comunicación, irritabilidad y una falta de control de los impulsos, así como otras dificultades específicas:

- Patrón rígido de comportamiento.
- Elevada sintomatología psicopatológica.
- Pobre control de los impulsos.
- Abuso del alcohol.
- Celos patológicos.
- Distorsiones cognitivas:
 - Sobre los roles sexuales e inferioridad de la mujer.
 - Sobre la legitimación de la violencia como forma aceptable de resolver los conflictos.
- Escasas habilidades de comunicación.
- Déficit en la solución de problemas.

Lorente Acosta, M. (2008, pág. 119) destaca el hecho de que el factor de riesgo más importante es haber sido testigo o víctima de violencia por parte de los padres durante la infancia o adolescencia, y que entre las razones y motivaciones existentes en este tipo de hechos están: la necesidad de control o de dominar a la mujer, sentimientos de poder frente a la mujer y la consideración de la independencia de la mujer como una pérdida de control del hombre.

⁸ *Vid.* Fernández-Montalvo, J. (2009) pág. 3

Estos agresores se caracterizan, principalmente, en que la violencia que ejercen se encuentra delimitada dentro de la relación de pareja, manteniendo relaciones totalmente normales con el entorno exterior, llegando a parecer “lobos con piel de cordero”.

La teoría del “Ciclo de la violencia” descrito por Leonor Walker⁹, ha dado luces para identificar el maltrato cíclico al que se someten las mujeres:

- **1ª Fase (Acumulación de la tensión):** sucesión de circunstancias - dentro o fuera del hogar- que provocan un incremento gradual de la ansiedad y la hostilidad en el agresor.
- **2ª Fase (Episodio agudo):** explosión de violencia física en la que el agresor descarga la tensión acumulada en la primera fase, independientemente del comportamiento de la víctima.
- **3ª Fase (Luna de miel):** periodo de relativa calma precedido, normalmente, por el arrepentimiento del agresor, quien puede incluso comprometerse a introducir ciertos cambios en su vida (asistir a terapia, por ejemplo). Sin embargo, la probabilidad de nuevos episodios violentos, a partir del primero, es cada vez mayor y la duración de esta etapa suele ir disminuyendo hasta desaparecer totalmente.

1.4. Características de las mujeres maltratadas en los casos de violencia de género

La Asociación de Ayuda a Familiares y Víctimas Rocío López Agrédalo (AFAVIR) fundada en abril del 2009, sirve a la sociedad con el propósito de ayudar a aquellas mujeres afectadas. Según esta Asociación el perfil de la mujer maltratada corresponde con:

- **Dependencia y pérdida de identidad:** Las mujeres maltratadas suelen perder su libertad e individualismo, dejan de lado realizar las cosas que les caracterizaban, terminando por estar en todo momento a las órdenes de su pareja.
- **Baja autoestima:** El valor que se da a sí misma una mujer que ha sufrido un maltrato es muy bajo. Es muy común que piensen que todo lo que hacen está mal, auto inculpándose de prácticamente todo.
- **Ansiedad:** Viven sumidas en la tristeza continua, sometiéndose diariamente a muchas situaciones de estrés y de ansiedad.

⁹ Vid. Leonor Walker (1979) págs. 55 y ss. The Battered Woman.

- **Miedo:** Por una parte, la mujer maltratada puede sentir indefensión sin su pareja y, a su vez, siente miedo de ella.
- **Variación de la realidad:** Cuando se les pregunta por ellas mismas, en muchas ocasiones intentarán esquivar ciertos temas, distorsionan la realidad o justificarán los actos de su pareja.

2. Marco jurídico a nivel estatal

2.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

Díaz Gaitán, aborda la LIVG que fue aprobada con el propósito de hacer frente a la violencia contra las mujeres, como manifestación de la desigualdad que sufren; articulando desde un enfoque multidisciplinar diversas medidas enfocadas a combatir aquellos ámbitos donde nace, se desarrolla, se internaliza y ejerce, creando nuevos órganos e instituciones (JVM, Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, Delegación Especial del Gobierno, Unidades Especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Fiscal contra la violencia a la mujer), modificando algunos preceptos del Ordenamiento jurídico (penales, procesales, laborales, judiciales, etc.) y estableciendo medidas educativa de prevención, contra la publicidad ilícita, de sensibilización, de protección social y económica.

Esta Ley ha sido, hasta ahora, la acción más comprometida del Legislador para abordar el problema de la violencia discriminatoria contra las mujeres, al tratar de posicionarse y dar respuesta a un problema social, político y estructural.

Es entonces como la LIVG está regulando-atacando comportamientos que atentan contra bienes jurídicos, según Díaz Gaitán, sobre los cuales existe una especial protección en el ordenamiento jurídico¹⁰:

- La dignidad de la persona (art. 10.1 CE).
- La igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).
- El derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE).
- La libertad y la seguridad (art. 17 CE).
- El derecho a la educación y el pleno desarrollo de la personalidad (art. 27 CE)

¹⁰ Vid. Díaz Gaitán, M.J. (2008) págs. 217-218

La propia LIVG, en su exposición de motivos, declara que “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres¹¹ por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. (...) Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la CE, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.”

Así mismo, se complementa que: “El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas (...) La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.”

Finalmente, la LIVG se estructura para presentarse en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. En el título preliminar se recogen las disposiciones generales de la Ley que se refieren a su objeto y principios rectores:

Artículo 1. Objeto de la Ley.

1.1 “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

1.2 “Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctima de esta violencia.”

¹¹ La violencia de género no se da entre parejas homosexuales recogido este hecho de manera clara en la Sentencia de la Sala Segunda del TS 136/2012, 6 de marzo “... Por último, el jurado consideró probada la existencia de una relación sentimental entre el Sr. Félix y el Sr. Cecilio (...) Es evidente que a la luz de estos datos no puede dudarse de que se está ante una relación sentimental dotada del carácter estable al que se refiere el art. 23 del CP. (...) Estas reflexiones no deben hacernos perder de vista que la norma cuestionada aquí es la circunstancia de parentesco y que por tratarse de una pareja homosexual —dos hombres—, se está extramuros de todo supuesto de violencia de género, pues ese “género” es según la Ley única y exclusivamente la mujer, no pudiendo ser víctima el hombre.”

1.3 “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”

El Título I desgrana las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en diferentes ámbitos.

En el Título II, que concierne a los derechos de las mujeres víctimas de violencia, prevé la garantía al derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada así como al derecho a la asistencia jurídica gratuita y se crean medidas de protección en el ámbito social. En el art. 17.1 se estipula que: “Todas las mujeres víctimas de violencia de género tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley, sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos” Este artículo va cogido de la mano del artículo 9.2 de la CE que impone a los poderes públicos la promoción de medidas para que la libertad e igualdad de los individuos sean reales y efectivas, haciendo alusión al impedimento o dificultad que las mujeres víctimas de violencia de género podrían sufrir en el ejercicio pleno de derechos fundamentales siendo éstos vulnerados.

El Título III recoge la creación de dos órganos administrativos. Primero, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer. Segundo, se crea el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer en su función de servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer (imprescindible para poder obtener la cantidad de información que permite realizar este trabajo con rigor y datos objetivos).

En el Título IV, la Ley introduce normas de naturaleza penal, entre los que se incluye un tipo agravado de lesiones, cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor o bien esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

En el Título V se establece la llamada Tutela Judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares.

La propia Ley define la necesidad de medidas procesales que sean ágiles y con procedimientos sumarios para poder prevenir y erradicar la violencia de género, compaginando tanto los ámbitos civil y penal, y además agrega la toma de medidas cautelares que deben poder ser tomadas de manera urgente.

La fórmula que se ha optado dentro del orden penal a través de la LIVG es la especialización, de los Jueces de Instrucción, creando lo que se pasará a llamar Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en adelante JVM. Estos Juzgados instruirán y en su caso conocerán del fallo de las causas penales en materia sobre violencia de género.

El Juez de los JVM podrá regular de manera expresa medidas de protección, optando por la delimitación temporal de estas medidas (cuando sean cautelares) hasta la finalización del proceso. Pudiendo añadir la posibilidad que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, bien desde el principio mismo de la sentencia o durante su ejecución, dando al Juez la posibilidad de garantizar la protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso. Igualmente se crea la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargándose de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal.

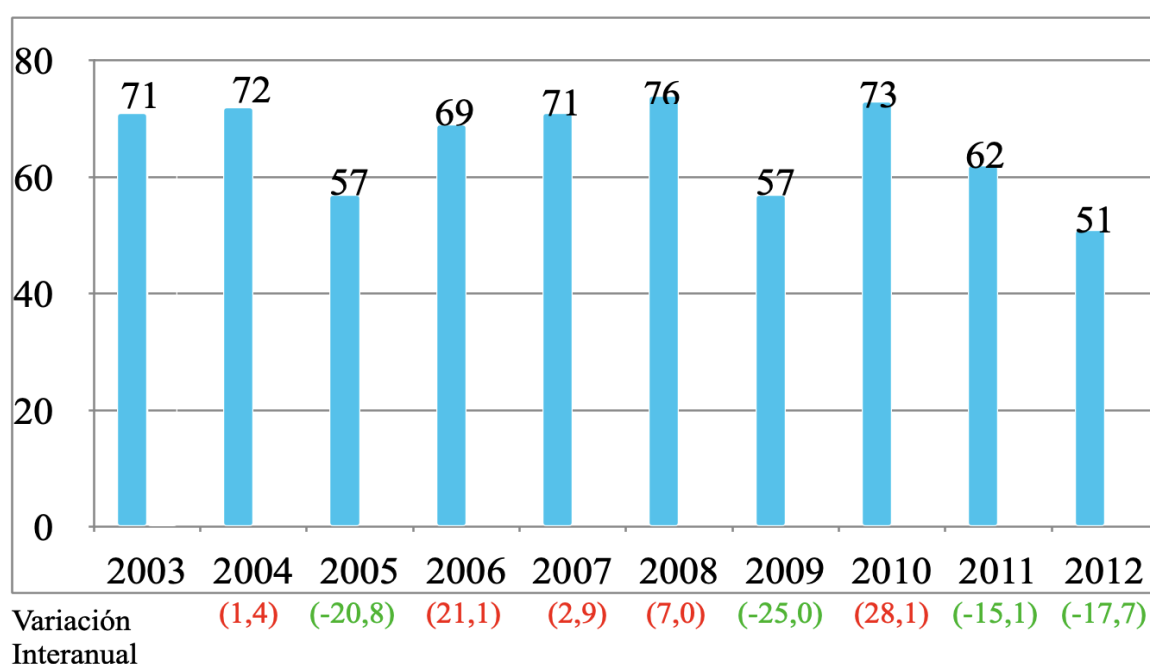
La LIVG contiene, en palabras de Lorenzo Copello, P. (2005, p. 8): “Un catálogo amplio y bien equilibrado de medidas de diversa naturaleza dirigidas a combatir de forma integral la violencia de género. Desde estrategias a *largo plazo* destinadas a transmitir al conjunto de la sociedad “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres” (art. 3) -como es el caso, por ejemplo, de las actuaciones en el orden educativo (art. 47)-; pasando por otras de *realización inmediata* que pretenden fomentar la autonomía de la mujer maltratada para facilitar su reinserción en la vida social y laboral -movilidad geográfica o flexibilidad de horarios en el ámbito laboral (art. 21), programas específicos de empleo (art. 22), subsidios y otras ayudas económicas (art. 27), prioridad en el acceso a viviendas protegidas (art. 28), entre otras; hasta una batería de medidas de *prevención y control de riesgos* destinadas a reducir las cotas de inseguridad y desamparo propias de la mujer maltratada- protocolos para la detección precoz de la violencia de género en el ámbito sanitario (art. 15), derecho a la asistencia integral de las víctimas (art. 19), asistencia jurídica gratuita unificada en todos los procedimientos incluso de naturaleza administrativa (art. 20), etc.”

3. Estadísticas de los casos de violencia de género

Los datos recogidos en estas gráficas provienen de la información oficial que publica el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. La primera gráfica recoge la decena desde el 2003 hasta el 2012 tomando como referencia de toda la secuencia el año 2003, fecha en que se empiezan a realizar estadísticas. En la variación interanual con respecto al año anterior aparece, para mayor claridad, los tantos por ciento (%) en rojo cuando el número de víctimas ha aumentado y en verde con variación negativa cuando el número de víctimas ha descendido.

Gráfica 1

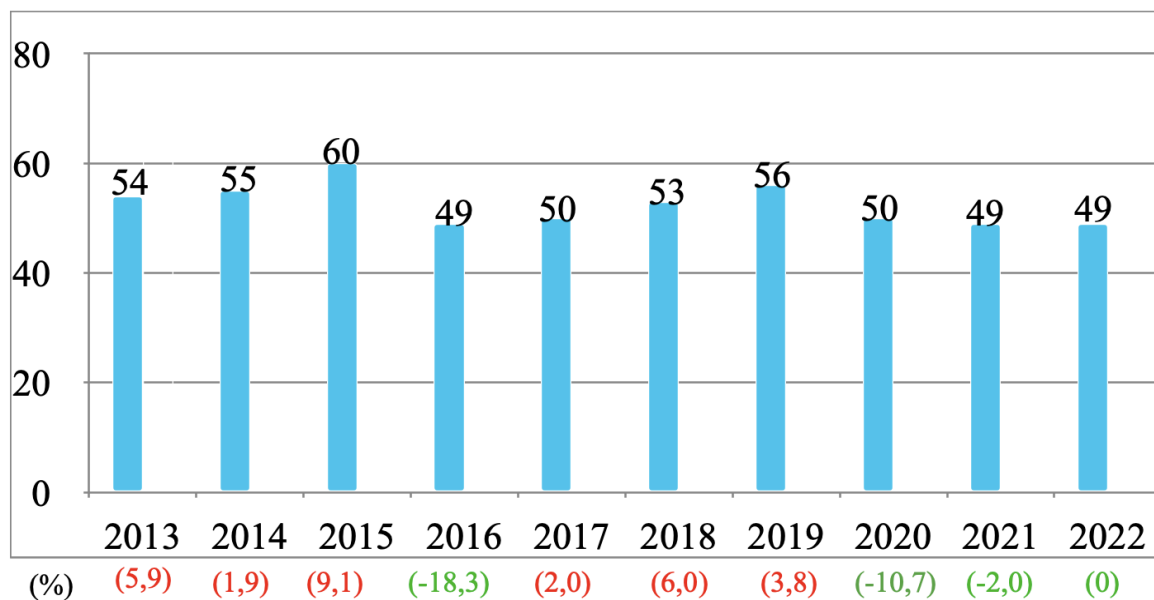
Total de Mujeres Víctimas Mortales por Violencia de Género (2003 - 2012)



Fuente: Datos del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer

Gráfica 2

Total de Mujeres Víctimas Mortales por Violencia de Género (2013 - 2022)



Fuente: Datos del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer

La segunda gráfica recoge la secuencia de años entre 2013 y 2022, siguiendo el patrón anterior. El número total de víctimas mortales femeninas haciendo un cómputo de todos los años es de 1184. Las cifras aquí dispuestas hacen referencia a mujeres muertas a manos de su pareja o ex pareja. En esta tabla de valores, se puede decir que hay un punto de inflexión a partir del año 2011 donde el número de víctimas empieza a descender ligeramente con respecto a los primeros años, manteniéndose en un nivel entre 50 y 60 víctimas anuales, posicionándose por debajo de las 50 víctimas mortales en los años 2021 y 2022.

4. Las fuentes del derecho procesal penal

Las fuentes normativas del Derecho procesal penal son las siguientes:

1º. Las normas de origen supranacional:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (San Francisco, 1948), que consagra derechos de aplicación al proceso penal.
- El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) y sus protocolos posteriores que también proclama una serie de derechos y garantías de especial trascendencia para el proceso penal.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966).
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2000 y adaptada el 12 de diciembre de 2007, que ha adquirido fuerza normativa plena tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Dentro de la Carta, merecen especial atención los Arts. 47 (tutela judicial efectiva, derecho a un juicio justo, a un tribunal imparcial y a la asistencia letrada), 48 (presunción de inocencia y derecho de defensa).

2º. La Constitución Española de 1978:

Establece el marco normativo genérico para la actividad jurisdiccional penal y contiene normas directa o indirectamente aplicables (así, el art. 17, que reconoce el derecho a la libertad; el art. 24, en que se plasma el derecho a la privacidad en sus diversas facetas).

3º Las normas internas:

En general, respecto del proceso penal existe reserva de ley -no es materia, por tanto, que pueda ser regulada por normas administrativas- y, con frecuencia, ha de tratarse de leyes orgánicas, pues muchas facetas del proceso penal afectan a los derechos fundamentales. (artículo 53.2 CE)

- En el plano interno, la norma más relevante, y la que centra el estudio de esta disciplina, es por el momento la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim, aprobada el 14 de septiembre de 1882. Durante su prolongada vigencia la LECrim ha sido modificada en numerosas ocasiones (en torno a 70, hasta el momento actual). Junto a reformas o modificaciones menores, existen algunas de especial importancia. Como, por ejemplo, la LIVG que introdujo normas especiales de refuerzo en la lucha contra este problema. Además de la LECrim, existen otras leyes que también regulan determinados aspectos del proceso penal. Por ejemplo, la LO General Penitenciaria (1/1979,

de 26 de septiembre), que se ocupa de la ejecución y cumplimiento de las penas privativas de libertad.

- Con un carácter más general deben tenerse en cuenta la LO del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio), que regula aspectos generales de la organización de los tribunales y de las actuaciones procesales; y el propio Código Penal, de 1995, que también contiene normas de carácter procesal (por ejemplo, en relación con la ejecución de las penas o con el ejercicio de acciones civiles y penales.)

¹²

¹² *Vid.* Gascón Inchausti, F. (2020) págs. 16-17

5. Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género

En palabras de Gascón Inchausti, (2020, págs. 171-173) el proceso penal, para desarrollarse, necesita del transcurso del tiempo. Sin embargo, la propia extensión de su tramitación a lo largo del tiempo es fuente de un grave riesgo: que el proceso se frustre y no pueda cumplir con sus objetivos, y ello por varios tipos de razones:

- a) De un lado, y respecto del *objeto penal* del proceso, ya sabemos que es necesaria la presencia del encausado y su disponibilidad para los tribunales penales: sin ello -salvo ciertas excepciones- no puede celebrarse la fase de juicio oral ni, en consecuencia, dictarse sentencia. (...) Por otra parte, la experiencia demuestra cómo, en más ocasiones de las deseables, el encausado que se halla en situación de libertad mientras se sustancia el proceso utiliza esa condición para cometer nuevos hechos delictivos.
- b) A estas situaciones de riesgo o peligro, derivadas del necesario transcurso del tiempo para tramitar un proceso, se las conoce como *periculum in mora*. Y la solución que proporciona la Ley para subsanar estas situaciones de riesgo son las *medidas cautelares*. Se trata de disposiciones acordadas a título provisional por el tribunal, cuya función es asegurar que el transcurso del tiempo no frustre las finalidades del proceso.
- c) La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* o *fumus delicti commissi*: la existencia de indicios sólidos, racionales y fundados de que al final del proceso se proclamará la culpabilidad y/o la responsabilidad civil de la persona de la cual se adoptan las medidas cautelares.

Dentro de las medidas cautelares el art. 544 ter 7 de la LECrim, recoge las civiles: “Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, (...) así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.” La LECrim también recoge en su articulado las medidas cautelares penales que protegen a la víctima de violencia de género como son la orden de alejamiento y la prisión provisional, que son motivo de análisis de este trabajo y algunas otras como, la orden de protección, la suspensión de las comunicaciones, la detención o la suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas.

5.1 La orden de alejamiento

La base normativa de la orden de alejamiento se recoge, principalmente, en el art. 544 bis de la LECrim y el art. 64.3 de la LIVG: “El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la

misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.” Esta medida coincide en esencia con la que se prevé en el art. 48 CP.

Esta orden de alejamiento que podrá ser adoptada de oficio o a instancia de parte, tiene como finalidad principal asegurar la integridad física de la víctima, pero también la de otras personas determinadas por el Juez (que pueden ser terceros no familiares) a través del distanciamiento del agresor, incluyendo asimismo la protección de la integridad moral. El Juez establecerá de manera expresa la obligación que entre la persona protegida y el inculpado exista una distancia mínima, prohibiendo a éste regresar a determinados lugares o salir del domicilio, pudiendo llegar a suspender las comunicaciones. La fijación de la distancia de seguridad o perímetro alrededor de la víctima que el art. 31.3 LIVG dispone que habrá de ser tenido en cuenta en la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se fijará en cantidad suficiente con la finalidad de que se pueda evitar una confrontación visual entre víctima e imputado. En el ámbito punitivo el propio art. 64.3 LIVG prevé que “podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su cumplimiento” siendo las pulseras o los brazaletes electrónicos los monitores más utilizados. Hay que hacer mención que esta circunstancia ante la posible utilización de este mecanismo estaba exclusivamente prevista hasta ese momento para los penados en el art. 48.4 CP y de esta forma y siempre de manera cautelar se hace extensivo a las medidas cautelares en procedimientos vinculados a violencia de género.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de la orden de alejamiento por parte del inculpado permite como así recoge el artículo 468.2 CP la agravación de la medida cautelar, pudiendo llegar a la prisión provisional: “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquéllos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”

No hay que dejar de lado, los derechos fundamentales que tanto en la orden de alejamiento como la prisión preventiva quedan afectados, entre otros la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y la libertad de movimiento. Es por ello, que el art. 68 LIVG establece que “las medidas restrictivas de derechos, deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.” El juicio de necesidad es una exigencia derivada del carácter restrictivo de derechos que es consustancial a estas medidas, por lo que sólo estarán justificadas cuando resulten estrictamente necesarias para proteger a la víctima, tras ponderar con criterios de proporcionalidad los derechos en juego y los indicios de

criminalidad que concurran en el caso concreto, ya que la medida debe estar en relación con el riesgo que se trata de evitar.¹³ A parte de estas dos condiciones, deberán concurrir los presupuestos generales de cualquier medida cautelar (mencionados con anterioridad) que son: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

En supuestos excepcionales y ante circunstancias acreditadas de especial urgencia será posible la adopción de medidas *inaudita parte* si fuera el caso de que exista un interés prioritario en la protección de la víctima, sin eximir que tan pronto las circunstancias sean favorables se dé audiencia al sujeto afectado pudiendo éste ejercitar su derecho a la defensa, para posteriormente ser ratificada o no, de manera que aun en diferido queden garantizados los principios de contradicción, audiencia y defensa que ya se expresaron en el artículo 68 LIVG.¹⁴

¹³ *Vid.* Circular 4/2005, Relativa a los Criterios de Aplicación de la LIVG. (2005), pág. 115

¹⁴ La STC 70/2005, de 4 de abril, recoge que: "... debe recordarse en primer lugar que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión (...) significa que se garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un proceso en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, que se encuentren, como consecuencia lógica de la configuración constitucional del derecho de las partes a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en la base o esencia misma de la existencia de un juicio justo."

5.2. La prisión provisional en los procesos por violencia de género

La prisión provisional encuentra su base normativa en el artículo 503 LECrim que enuncia una serie de requisitos para poder ser decretada, tales como: “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 (...) que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión -aparición de buen derecho o *fumus boni iuris* como ya se mencionó en las órdenes de alejamiento-. (...) que se persiga algunos de estos fines:

- a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.
- b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes (...)
- c) Evitar que el investigado o encausado 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 CP. (...)”

Como se puede apreciar, lo que se pretende evitar con la prisión provisional en los delitos por violencia de género es, principalmente, el riesgo de fuga, el riesgo de destrucción, ocultación o alteración de las fuentes de prueba, pero por encima de éstos el peligro de que el investigado pudiera reiterar la actividad delictiva.

La doctrina de la fiscalía general del Estado en su consulta 2/2006 de 10 de julio sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del art. 153 del CP, nos indica al respecto de su límite de duración que: “La prisión provisional en cuanto a medida cautelar de carácter personal que se traduce en una privación del derecho a la libertad, como ya expresara la STC 41/82, de 2 de julio, y recuerda la Instrucción de la Fiscalía General del Estado N° 4/2005, sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación, se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por lo que ha de ser concebida -en su adopción y mantenimiento- como medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva”

Hemos de tener en cuenta que la prisión provisional y así lo recoge el artículo 502.2 LECrim: “... se adoptará cuando objetivamente sea necesaria (...) 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.” Gascón Inchausti, insiste que la prisión provisional o preventiva supone la privación de libertad del encausado mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la tramitación del procedimiento penal, dentro de los plazos señalados en la Ley. Se trata de la medida cautelar de mayor alcance y que incide más intensamente en el derecho fundamental a la libertad personal: por ello debe acordarse con carácter excepcional. (2020, págs. 183-186)

Como toda medida cautelar, queda sin efecto cuando concluye el proceso, pasando a ser sustituida por prisión definitiva en caso de que la sentencia sea condenatoria. Debemos, asimismo, tener muy presente el art. 17.4 CE: “... por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.” Evitando que el investigado o encausado, que sigue manteniendo su estatus de presunción de inocencia quede sometido a una privación de libertad en modo excesivo, prolongándose ésta por motivos de dilaciones indebidas que se puedan producir a lo largo del proceso. El art. 504.1 LECrim nos indica: “ 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.” Una vez se agote el plazo máximo para la prisión provisional, el investigado o encausado deberá ser puesto en libertad. No hemos de olvidar que esta puesta en libertad por agotamiento de los plazos máximos conlleva en la práctica un alto grado de peligro de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia. Para ello el art. 504.6 LECrim pone en marcha una serie de mecanismos para acelerar los procesos penales: “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 máxima celeridad.”

El TC, basándose en gran parte en diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha venido estableciendo una serie de requisitos para que la institución de la prisión provisional se adapte a los postulados constitucionales, particularmente al derecho a la libertad y al derecho a la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 17 y 24.2.¹⁵

¹⁵ Recoge la Sentencia del TC 47/2000, 17 de febrero que: “La motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego -la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecuencia de los fines (...) Debe aclararse al respecto que la apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa, por sí sola, el establecimiento de una presunción de culpabilidad del imputado; sino que únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida. (...) Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la libertad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional...”

Siguiendo la doctrina de la fiscalía general del Estado en su consulta 2/2006 nos indica la naturaleza de excepcionalidad de la prisión provisional, que deriva de la presunción de inocencia que ampara al acusado hasta tanto se demuestre su culpabilidad en sentencia firme, no varía por el hecho de que se adopte en el marco de lamentables sucesos de violencias en el ámbito doméstico o de género, por muy deplorables que los mismos nos puedan parecer, de manera que sólo en presencia de las exigencias constitucionales que, con carácter general, autorizan acudir a ella, podrá entenderse justificada. La excepcionalidad de la prisión provisional ha sido proclamada constantemente por la jurisprudencia del TC y reiterada en la Exposición de Motivos de la LO 13/2003 cuando señala que *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*. Y matiza que el *principio de proporcionalidad* tiene especial trascendencia cuando se trata de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Conforme a la doctrina del TC el principio de proporcionalidad en el caso de la prisión provisional reclama tres exigencias: la *idoneidad*, que supone que tal limitación de derechos fundamentales sea adecuada a los fines que con ella se pretenden alcanzar; *la necesidad*, es decir, que no haya otros medios alternativos menos gravosos, y; *la proporcionalidad* en sentido estricto, implica que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

Finaliza la fiscalía que el examen de ambos presupuestos (excepcionalidad y proporcionalidad), que se hallan en íntima relación cuando se trata de restricción de derechos fundamentales, la comparación entre el derecho a la libertad y la presunción de inocencia del imputado, así como la determinación de la concurrencia de los requisitos precisos para adoptar la prisión provisional, constituye el denominado “juicio de ponderación”, que ha de materializarse detalladamente en la resolución que decide la medida de prisión provisional.

La motivación de la medida de prisión provisional deberá reflejar *ex ante* el juicio de ponderación realizado, concretando el grado de peligro objetivo y la peligrosidad subjetiva en que se fundamenta, explicitando los datos fácticos que evidencien la existencia real del riesgo que se quiere evitar (STC 62/2005, de 14 de marzo).

Las medidas cautelares alternativas a la de prisión provisional están previstas en los artículos 528 y Ss. LECrim, reguladores de la libertad provisional con o sin fianza, así como en el art. 544 bis LECrim.

6. Conclusiones

Para finalizar este trabajo, es necesario subrayar cómo los delitos de violencia de género han conseguido echar raíces en la sociedad, restándose en ocasiones la importancia debida por el simple hecho de que se consideran restringidos al ámbito de la esfera privada. Se han trivializado a pesar de que convivimos estrechamente con ellos y las estadísticas así lo ponen de relieve.

De las medidas cautelares que se han expuesto, se han enumerado algunas medidas reales y de forma más detallada se han analizado; la orden de alejamiento y la prisión preventiva, como medidas personales que, a no dudar, presentan una mayor entidad que las reales al incidir de manera directa en las libertades individuales. En el proceso penal sólo será admisible la adopción de aquella medida cautelar que, de entre las posibles, sea la menos gravosa y la que mejor se adapte a las circunstancias del caso.

La efectividad de la orden de alejamiento puede verse vulnerada a través de la conducta del inculpado porque, al fin y al cabo, este tipo de actuación descansa más en la voluntad del presunto autor que en la coercitividad en sí de la medida. Sin embargo una forma más efectiva, podría ser la prohibición de aproximación e incluso de comunicación a través de la monitorización con dispositivos electrónicos, garantizando de esta manera el cumplimiento. De forma que se pueda detectar de manera inmediata el mal uso de esta medida y actuar con diligencia; dando tranquilidad, seguridad y protección a la víctima.

Por otro lado, la prisión provisional supone la privación de libertad ambulatoria del individuo pendiente de un proceso penal y, por tanto, sin todavía existir sentencia firme de condena, suponiendo la más grave intromisión del Estado en la esfera de la libertad individual justificada sólo en cuanto sea imprescindible e inevitable para el cumplimiento del deber estatal de perseguir eficazmente los delitos, asegurando la sustanciación eficaz del proceso penal y de la sentencia que lo zanje. Sólo tal finalidad, y la imposibilidad de que la misma se preserve con otras medidas menos perjudiciales, justifica la adopción de tan gravosa medida cautelar. Así lo imponen los principios de excepcionalidad y subsidiariedad que deben presidir la decisión en esta materia tan sensible.

En el caso de prisión, no resulta legítima la función de anticipación de la pena (por respeto a la presunción de inocencia), ni de aquietamiento de una situación de alarma social (el mecanismo constitucionalmente legítimo para calmar tal situación es una pronta sentencia absolviendo o condenando al sujeto en cuestión).

En la prisión provisional colisionan dos bienes jurídicos como son la presunción de inocencia como regla de tratamiento y la libertad, debiendo usar este mecanismo en casos donde dicha medida sea la última y única que nos permita garantizar los fines que persigue, siempre teniendo muy en cuenta cuáles fueron las circunstancias que produjeron el hecho, los requisitos recogidos en el art. 503 LECrim

y la gravedad de la pena potencialmente imponible. Es de vital importancia poner en valor la posibilidad de imponer medidas menos restrictivas o gravosas, siempre y cuando éstas permitan el buen funcionamiento del proceso penal y por encima de todo la víctima siga protegida. A pesar de ello, en mi opinión se debería imponer la prisión provisional en aquellos casos donde la existencia de un elevado riesgo de fracaso de medidas más laxas pueda poner en riesgo, por poco que sea, a la víctima. Protegiendo los derechos fundamentales como son el derecho a la vida y a la integridad física.

Será el Juez/a en base a una situación objetiva de riesgo grave para la víctima el que deberá adoptar medidas cautelares civiles y/o penales, como así recoge el art. 544 LECrim, teniendo en consideración la posibilidad que el imputado pueda atentar contra los bienes jurídicos de ésta. Este estudio de los factores de riesgo es un pronóstico a futuro que deberá contar con la valoración judicial, pero también deberá realizarse una valoración policial del riesgo en segunda instancia y finalmente una valoración médico forense.

Para concluir, conviene precisar que, a pesar de lo repulsivos o reprochables que puedan parecer este tipo de delitos, deben respetarse los principios constitucionales y las garantías más básicas del Estado de Derecho que ha de conservar el investigado. Únicamente se debería hacer uso de la prisión provisional en tanto en cuanto reúna los requisitos y se aplique con rigor, debiéndose motivar objetivamente entre riesgos y protección a la víctima, así como las circunstancias pasadas o actuales del hecho procesalmente investigado. Ponderando, de esta forma, el buen fin del proceso.

7. Referencias

- Acuña Torres, R. (2021) *El Mito de Adán y Eva*.
<https://www.meer.com/es/67647-el-mito-de-adan-y-eva>
- AFAVIR (s.f) *Prevención y Guía Sobre la Violencia de Género: Características de la Mujer Maltratada*.
- Alonso Rimo, A., Baca Baldomero, E., Barberet, Rosemary., et al. (2006) *Manual de Victimología*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Amnistía Internacional. (2022) *Irán: Leyes Abusivas Imponen el Uso del Velo y Someten la Vida de las Mujeres a Control Policial*.
<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/iran-leyes-abusivas-imponen-el-uso-obligatorio-del-velo-y-someten-la-vida-de-las-mujeres-a-control-p/>
- Arce, R., Fariña, F., Alfaro, E., et al. (2007) *Psicología Jurídica: Violencia y Víctimas*. Diputació de València.
- Arce, R. (2011) *VI Congreso Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense*.
- Consejo General del Poder Judicial (2009) *Protocolo Interinstitucional de detección, Prevención y Atención de la Violencia Machista y en Casos de Ataques Sexuales de las Illes Balears*. Institut Balear de la Dona.
- De Beauvoir, S., & Parshley, H. M. (1949) *El Segundo Sexo*.
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (s.f)
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/>
- Fernández Arribas, J., Noblejas, M. (2010) *Cómo Informar sobre Violencia Contra la Mujer en las Relaciones de Pareja*
- Fernández-Montalvo, J. (2009) *La violencia de género y los trastornos de la personalidad*. Jano. Medicina y Humanidades. 1752. 21-23.
- Fiscalía General del Estado. *Consulta 2/2006, 10 de julio, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del art. 153 del CP*.
- Gascón Inchausti, F. (2020) *Derecho Procesal Penal: Materiales Para el Estudio*.
- Institución Penitenciaria. *Medidas Cautelares: Prisión Provisional con motivo de Violencia de Género*. <https://institucionpenitenciaria.es>

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

López, N., Rodríguez, Noelia. (2011) VI Congreso Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.

*Ministerio de Igualdad (s.f) Estadísticas del Ministerio de Igualdad.
<https://igualdad.gob.es>*

Molina, Virginia,. Contreras, L. y Cano, M. (2011) VI Congreso Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.

*San Segundo Manuel, T (2008) Violencia de Género. Una visión Multidisciplinar.
Editorial Universitaria Ramón Areces*