

## ESTUDIOS

### La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género

JESÚS ÁNGEL BONILLA CORREA  
*Secretario Judicial*

**SUMARIO:** I. Introducción.–II. Necesidad del artículo 544 ter LECrim.–III. Concepto de orden de protección.–IV. Naturaleza jurídica.–V. Características: 1. Carácter accesorio. 2. Provisionalidad. 3. Jurisdiccionalidad. 4. Revocabilidad. 5. Temporalidad. 6. Legalidad. 7. Necesidad. 8. Comparecencia Previa.–VI. Legitimación activa: 1. Especialidades en materia de violencia de género.–VII. Lugar de presentación: 1. En el Juzgado. 2. Ante la Fiscalía, la Oficina de Atención a la Víctima y determinados Órganos de la Administración. 3. Ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.–VIII. Presupuestos: 1. «Fumus boni iuris». 2. Peligro o seguridad para la víctima. «Periculum in damnum».–IX. Contenido: 1. Medidas de naturaleza penal. A. Especialidad en materia de Violencia de Género. 2. Medidas de naturaleza civil. A. Especialidades en materia de Violencia de género. 3. Medidas de carácter asistencial. A. En materia de Violencia de Género.–X. Competencia: 1. Competencia objetiva. 2. Competencia territorial. A. Cuestiones de competencia. B. Competencia territorial en la violencia de género. C. Legislación aplicable en materia de extranjeros.–XI. Procedimiento: 1. Tramitación. 2. Postulación. 3. Plazo. 4. Forma. 5. Prueba. 6. Resolución y recursos.–XII. Duración: 1. Medidas de carácter penal. 2. Medidas de carácter civil.–XIII. Consecuencias: 1. Con relación a la víctima. 2. Con relación a las administraciones. 3. Inscripción.–XIV. Incumplimiento.–XV. Bibliografía.

---

#### I. INTRODUCCIÓN

---

La violencia de género es uno de los problemas sociales <sup>1</sup> que más ha preocupado a nuestro legislador en estos últimos tiempos, hasta el punto que ha justificado en

---

<sup>1</sup> Sobre la cuestión en el ámbito de distintos países ver Berbell, Carlos, *La violencia doméstica en el mundo*, en *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 241-250.

ella las numerosas reformas que sobre esta materia ha realizado; no obstante, quizá haya que buscar en otras causas esta «generosidad legislativa»<sup>2</sup>, como es una falta de claridad de ideas para atajar este problema, tan complejo, que afecta a la sociedad española, y en donde la Ley 27/2003 de 31 de julio<sup>3</sup>, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, no es sino otro exponente, Ley que ha sido afectada, nuevamente, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La Exposición de Motivos de la primera de las dos leyes mencionadas califica de «lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía», para acabar con ella busca «una acción integral y coordinada»; y esto sí que es una novedad, pues se antepone la protección de la víctima a cualquier tipo de consideración político-criminal; es decir, frente a la cantidad de normas y reformas operadas, cuyo destinatario final era principalmente el delincuente, el autor de la acción delictiva, aquí las normas van dirigidas a proteger de manera directa, inmediata y urgente al perjudicado, a la víctima del hecho delictivo entendida en sentido amplio (la persona tradicionalmente olvidada en Derecho penal, y su proceso, es ahora el centro de atención).

Son, por tanto, medidas cautelares que en el marco de un proceso penal trascienden del mismo para afectar a otros ordenes que de una u otra manera deben entenderse involucrados a la hora de proteger al sujeto pasivo del hecho delictivo, de ahí que no haya que buscar en ellas una prevención general como lo haría el derecho penal, sino una prevención particular, dirigida no ya al delincuente sino a la víctima, donde junto a esa prevención particular proyectada a impedir la realización de nuevos actos violentos puedan coexistir medidas de índole civil o social, así, el legislador habla de «medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la violencia de género»; obsérvese, y desde ahora adelante, que utilizamos el término cautelar en el sentido de protección a la víctima, no de asegurar una resolución posterior que pueda dictarse en el proceso.

La realización de un hecho delictivo, en este caso, no se aborda sólo con normas penales, ya sean sustantivas o procesales, sino que, por trascender dicho acto a otras ramas del Derecho, debe abordarse también por estas últimas, sobre todo si se quiere dar una respuesta completa a la que alude la Ley en su Exposición de Motivos. La comisión de un hecho ilícito puede trascender a más de una rama del ordenamiento jurídico, por lo que la respuesta debe ser de las distintas ramas, lo que la Ley reguladora de la orden de protección, tras reconocer esta necesidad, coordina las distintas medidas y las concentra en una sola figura, un Juez del orden penal.

El tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley reguladora de la orden de protección, así como la aprobación de la LO 1/2004, Ley integral de violencia sobre la mujer, donde se regulan, de nuevo, medidas judiciales de protección y seguridad para las víctimas, hace que nos debamos plantear nuevamente la orden de protección.

---

<sup>2</sup> Sobre este particular SANZ DÍAZ, Lucía, *La violencia domestica en el ordenamiento jurídico español. Aspectos sustantivos*, en *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 56 y 57.

<sup>3</sup> Sobre los avatares parlamentarios de la Ley véase DE LAMO RUBIO, Jaime, *La nueva orden de protección de víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio*, Actualidad Penal, año 2003, Ref. XLI.

## II. NECESIDAD DEL ARTÍCULO 544 TER LECRIM <sup>4</sup>

Me planteo en este epígrafe la necesidad o no de haber introducido el artículo 544 ter LECrim. Para ello hay que partir de la regulación anterior a esta reforma que ofrecía el ordenamiento jurídico, pues no hay que olvidar la redacción de los artículos 13 y del 544 bis LECrim. El primero de ellos consigna como primeras diligencias, entre otras, la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas. Por otra parte, el segundo establece la medida de alejamiento con carácter general para los supuestos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP, como medida provisional.

Desde luego, se puede entender la medida de alejamiento aplicable a este tipo de delitos, de hecho el punto 4 del propio artículo 544 ter LECrim. establece que el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis; ahora bien, esta medida de alejamiento en ningún caso otorga una protección en el ámbito civil o social, es decir, no confiere un estatuto de protección integral a la víctima y su familia. No se puede identificar esta medida de carácter penal con una protección o cobertura civil, pues no procede –a mi juicio– entender que bajo el alejamiento o la prisión, de manera solapada, se resuelvan cuestiones de naturaleza civil, tales como el uso y disfrute del domicilio, un régimen de custodia de hijos, y visitas y comunicación, y mucho menos el establecimiento de un régimen de prestación de alimentos. Todas estas limitaciones se deben abordar y resolver de forma expresa <sup>5</sup> por el Juez de Instrucción, pero sobre la base de una normativa en la que se recojan todas y cada una de estas medidas <sup>6</sup>. No es factible restringir la custodia de los hijos al agresor con el pretexto de una orden de alejamiento con la víctima, pues ni tienen idéntica naturaleza, ni su finalidad y objetivo coinciden <sup>7</sup>. Un primer argumento, práctico, sería, pues, que la agresividad entre los progenitores no tiene por qué extenderse de manera automática a los hijos, por lo que de adoptarse un alejamiento de uno de los progenitores, procedería, en principio, el regular en la resolución judicial que se acuerda el alejamiento un sistema para que el alejado pudiera seguir ejerciendo sus derechos civiles familiares.

Concluyendo, las facultades de los Juzgados de naturaleza Penal quedarían limitadas a lo que es estrictamente el alejamiento, debiendo acudir la víctima, si así lo entendía conveniente, al procedimiento civil para solicitar las medidas de naturaleza propiamente civil. Por ello hay que entender el precepto 544 ter LECrim como absolutamente necesario.

<sup>4</sup> Sobre la situación legislativa anterior UTRILLA HERNÁN, Resurrección, *Primeras diligencias de protección a la víctima en el proceso penal. Medidas cautelares. Futuras reformas legislativas*, en violencia doméstica, Estudios Jurídicos Secretarías Judiciales, tomo I, 2003, edit. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pp. 493-510.

<sup>5</sup> Un argumento puede estar en el artículo 61.2 LO 1/2004, que establece la obligatoriedad de pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento que se contemplan en el capítulo IV de la citada Ley, con independencia de que tales medidas hayan o no sido solicitadas.

<sup>6</sup> La Ley 27/2003 viene a establecer de forma unitaria y coordinada todo un conjunto de medidas cautelares que ya existían de forma dispersa en el ordenamiento jurídico español.

<sup>7</sup> DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, en La Ley Penal, número 2, febrero de 2004, estudios monográficos.

Es más, la protección del artículo 554 bis LECrim era de perfecta aplicación en materia de delitos, pero más discutible era su aplicación cuando se trataba de faltas, y no sólo porque en materia de faltas no se prevea una instrucción procesal propiamente dicha, sino fundamentalmente porque la legislación alude a delitos, y una interpretación extensiva cuando se limitan derechos fundamentales no sería de recibo<sup>8</sup>.

---

### III. CONCEPTO DE ORDEN DE PROTECCIÓN

---

Medida provisional de carácter jurisdiccional adoptada en el marco de un proceso penal en la que, a través de un procedimiento rápido y sencillo, la víctima obtiene un estatuto integral de protección orientado a impedir la realización de nuevos actos violentos dirigidos contra su persona por parte del agresor, al tiempo permite establecer medidas de carácter civil, así como obtener un título bastante para solicitar de la Administración medidas de asistencia y protección social<sup>9</sup>.

---

### IV. NATURALEZA JURÍDICA

---

La orden de protección, según la propia Ley que la crea y regula, tiene un carácter cautelar, reconocido de forma expresa en su exposición de motivos, en su punto II al decir de ella que es «una acción cautelar de naturaleza civil y penal»; también en el propio articulado, en el punto 6 al referirse a las medidas de carácter penal las califica como cautelares; por último, en el punto 5 que dice: «la orden de protección...comprenderá las medidas cautelares...»<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> La necesidad de extender estas medidas a los hechos que sean calificados como falta había sido puesta de manifiesto por la propia Fiscalía en su *Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999*, Instituto de la Mujer y Fiscalía General del Estado, Madrid, 2000, p. 54. Sobre las razones y causas de la reforma MAGRO SERVET, Vicente, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, La Ley, año XXIV, número 5821, de 10 de julio de 2003. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Segunda, de fecha 26 de mayo de 2005, Ponente: Barrio Bernardo-Rúa, María Luisa, Ref. La Ley Juris 2014794/2005, que dentro de su fundamento jurídico segundo dice: «En tal sentido nos encontramos en que la resolución que se tacha de ilegal fue adoptada con fundamento en las disposiciones contenidas en los artículos 13, 544 bis, 544 ter. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 57 y 620 del Código Penal, tras la reforma verificada por Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica vigente desde el día 2 de agosto de 2003, que, como acertadamente sostiene la acusación particular en su impugnación del recurso, contiene la previsión de adoptar alguna de las medidas de protección, entre las que se encuentra la medida adoptada, cuando existen indicios fundados de la comisión no solo de un delito sino también de una falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas que se mencionan, cuando resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera su adopción, de donde se desprende que no existe la ilegalidad denunciada dado que el juicio de faltas es igualmente un procedimiento válido para su adopción».

<sup>9</sup> Delgado Martín, J., *La orden de protección...*, op. cit., «resolución judicial que constatada la existencia de una situación objetiva de riesgo para una víctima de violencia doméstica y, en consecuencia, ordena su protección durante la tramitación de un proceso penal por delito o falta mediante, por un lado, la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales; y, por otra parte, a través de su comunicación a las entidades competentes para adopción de medidas de asistencia y protección social».

<sup>10</sup> Para De Lamo Rubio, «lo que se ha creado es un mecanismo de articulación o coordinación de medidas cautelares penales y civiles ya existentes, y que además, tiene proyección en el ámbito asistencial».

La naturaleza jurídica de estas medidas al calificarse de cautelares es de una importancia enorme, sobre todo para ver y entender sus características, si bien hay que tener presente el diferente tipo de medidas que se pueden adoptar: penales, civiles y sociales o asistenciales. Esto se advertirá al hablar del contenido de las mismas.

En todo caso, el recogerse diferentes tipos de medidas cautelares hace que no pueda predicarse de todas ellas las mismas características, así provisionalidad, instrumentalidad o el principio de actuación de oficio pueden predicarse perfectamente de unas medidas pero difícilmente mostrarse en otras; no hay que olvidar, como se ha dicho, que las medidas a adoptar afectan a más de una rama del ordenamiento jurídico, por ello en algunas ocasiones el término de cautelares debe entenderse más en su sentido tuitivo que provisional, mientras en otras ocasiones predomine este segundo, dependiendo del tipo de medida adoptada.

Profundizando sobre la naturaleza de las medidas, cuando hablo de cautelar, el término no debe entenderse en el sentido técnico procesal, puesto que ello implicaría que tal medida debe tender a asegurar la realización práctica de la resolución final que se pueda dictar en el proceso penal, en la sentencia que en su día se dicte, un instrumento dirigido a lograr que la resolución definitiva tenga éxito. Esta característica de la medida cautelar ha sido recogida de forma expresa en la LEC, en su artículo 721 «...necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare». No, la medida que se configura en la Ley 27/2003 debe entenderse como cautelar en el sentido de protección directa a la víctima, no de protección al resultado final del proceso, de ahí que desde un punto de vista técnico deba hablarse de medida provisional, más que de medida cautelar. Del tenor del artículo 13 LECrim, cuando dice: «Se consideran como primeras diligencias... y la de proteger a los ofendidos o perjudicados 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 o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley», se desprende el carácter protector de las medidas <sup>11</sup>.

Un argumento más a favor de entender el término cautelar como referido a la víctima y no en sentido técnico procesal lo encontramos en la terminología empleada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género. En la citada Ley, el capítulo IV se denomina «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas». Y en el artículo 69 de la citada Ley, dentro del capítulo IV, se dice: «Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse contar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

---

DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit. En los mismo términos se pronuncia CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, La Ley, Año XXIV, número 5871, 15 de octubre de 2003.

<sup>11</sup> La Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre esta cuestión no es muy precisa, introduciendo en el mismo saco las medidas cautelares en sentido estricto, las medidas provisionales de protección de las víctimas y las medidas de aseguramiento de prueba, cuando lo cierto y verdad es que las medidas cautelares propiamente dichas deben ir dirigidas a asegurar la realización práctica de una resolución posterior.

---

## V. CARACTERÍSTICAS

### 1. CARÁCTER ACCESORIO

---

La medida cautelar se mantendrá durante la tramitación del proceso, finalizado el mismo la medida cautelar desaparece, pudiendo transformarse en una pena, en su caso.

La accesoriedad expresa que el proceso penal puede existir sin medida cautelar, pero no al contrario, hay una relación de subordinación. Ello se desprende del apartado 1.º del artículo 544 ter al decir «Juez de Instrucción dictará orden de protección... en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta...»<sup>12</sup>.

---

### 2. PROVISIONALIDAD

---

Esta característica supone que las medidas cautelares están limitadas en su duración ya sea de manera específica o genérica, y a resultados del proceso, no nacen con una vocación definitiva, desde un principio se sabe que desaparecerán o se transformarán. Es lógico, ya que si hay una accesoriedad referida al procedimiento principal, una vez que se ha dictado sentencia condenatoria y adquiere el carácter de firme, la medida deja de ser cautelar, y lo que se iniciaría, en su caso, es la ejecución de la pena impuesta; es decir, hasta la resolución firme definitiva, distinguiendo si la resolución es condenatoria o absolutoria; si fuera condenatoria no hay ningún problema en que las medidas cautelares se mantengan mientras se sustancia el recurso; pero cuestión diferente es si con una sentencia absolutoria pueden seguir manteniéndose este tipo de medidas. Esto se verá más adelante al hablar del contenido.

---

### 3. JURISDICCIONALIDAD

---

Lo que supone que este tipo de medidas no pueden adoptarse por la Administración<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> DELGADO MARTÍN, J., *La orden de protección...*, op. cit., «cada orden de protección está ligada a un concreto proceso penal por delito o falta».

<sup>13</sup> Para empezar la Ley atribuye a estas medidas un carácter jurisdiccional, es decir, sólo pueden adoptarse por un Juez, en consecuencia, no son competentes para su adopción las autoridades administrativas, y ello tanto porque afectan a derechos fundamentales, las medidas de naturaleza penal, donde se incluye tanto la prisión como el alejamiento o la orden de comunicación con la víctima, como medidas de protección de carácter civil, propias del derecho de familia. Pero, además, faculta al Juez para otorgar medidas de carácter asistencial y de protección social conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, tal y como se dispone en el punto 5 del artículo 544 ter al referirse al contenido. Con ello se ve el predominio de la jurisdicción penal sobre el resto de las Jurisdicciones así como respecto de la Administración; la jurisdicción civil sí que es competente para adoptar medidas de carácter civil, y la autoridad administrativa las medidas de carácter social y asistencial, pero ninguna de ellas podría adoptar medidas de naturaleza penal en el ámbito de sus respectivos procesos o expedientes. El legislador ha pretendido integrar en un solo órgano las distintas medidas, y existiendo medidas restrictivas de derechos fundamentales, así como la co-

Las medidas cautelares deben adoptarse por un Juez, en el marco de un proceso penal, el Ministerio Fiscal tiene, tan sólo, la competencia para instarla, si bien también puede solicitarse por la víctima o incluso ser acordada de oficio. Así, dice la Ley: «El Juez de Instrucción dictará orden de protección... artículo 544 ter.1 y «El Juez de Guardia resolverá mediante auto... artículo 544 ter. 4 par.4.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género atribuye, así mismo, «a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la competencia para la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio –sigue diciendo– de las competencias atribuidas al Juez de Guardia».

Esta característica es acorde con las anteriores, si se trata de dar protección desde un principio a una víctima ante la existencia de un hecho ilícito de naturaleza penal, que será enjuiciado por un órgano judicial, parece que lo propio es atribuir de igual modo a un órgano judicial las incidencias y cautelas que hayan de adoptarse hasta que se decida sobre la cuestión principal.

---

#### 4. REVOCABILIDAD

---

Significa que la medida cautelar puede ser modificada o dejada sin efecto en cualquier momento durante la tramitación de la causa.

La revocación puede ser tanto de oficio como a instancia de parte, teniendo presente que la modificación de oficio sólo cabría para imponer una medida de carácter menos restrictiva, sino también para agravarla<sup>14</sup>.

Puede ser total o parcial; será total cuando desaparezca la medida que se había impuesto; mientras que la revocación parcial supone un menor rigor de la misma. Para la agravación se deberá contar con la petición del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, cuando lo que se adopte sea una medida de prisión, y exige un cambio en las circunstancias que motivaron su adopción.

---

#### 5. TEMPORALIDAD

---

Con esta nota se está aludiendo a como existen unos límites máximos en las medidas que, con carácter genérico, comprende desde la iniciación del procedimiento hasta el comienzo de la ejecución de la sentencia, por lo que se incluiría también la sustanciación de los recursos, no tiene por tanto una vocación definitiva. Esta nota de la temporalidad, que guarda relación con la provisionalidad, se aprecia de distinta forma según el tipo de medida cautelar; así para el caso de tratarse de medidas de carácter penal, la propia ley en su punto 6 dice: «sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en la ley», por lo que tratándose de una

---

misión de un delito o falta, ha preferido que las medidas, de diferente contenido y naturaleza queden atribuidas de manera unitaria a un Juzgado de naturaleza penal.

<sup>14</sup> Si se puede adoptar *ex novo* por el Órgano Judicial de oficio una medida, no hay inconveniente en que dicha medida, una vez establecida, y en atención a las sobrevenidas circunstancias, pueda ser modificada estableciéndose una más gravosa.

medida de prisión la duración será la establecida en el artículo 504 LECrim; sin embargo, cuando se trata de una medida de carácter civil su duración viene fijada ya en el propio punto 7 párrafo 2, que será estudiado al hablar del contenido.

La nota de la temporalidad viene expresamente recogida en el artículo 61.2 LO 1/2004 en la dicción «*determinando su plazo*»<sup>15</sup>.

---

## 6. LEGALIDAD

---

No cabe adoptarse medida cautelar alguna que no esté establecida previamente por la ley. Este principio se contrapone al de indeterminación de las medidas cautelares, y la problemática de si nos encontramos ante un *numerus apertus* o *clausus*.

Respecto de las medidas penales el propio artículo 544 ter LECrim se remite a lo dispuesto en la ley, así dice: «las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal», lo cual no debe interpretarse como de carácter indeterminado.

En cuanto a las medidas civiles, en su punto 7 dice: «estas medidas podrán consistir en la atribución de 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». Lo que supone, así mismo un *numerus clausus*, salvo en lo relativo a menores, donde se podrá adoptar cualquier medida tendente a evitar al menor peligros o evitarle perjuicios.

En términos similares se expresa la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, al decir en su artículo 61 «Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales».

---

## 7. NECESIDAD

---

La medida cautelar sólo se adoptará cuando sea estrictamente necesaria. En este caso la necesidad es una necesidad de protección a la víctima, al resultar una situación de riesgo. El artículo 544 ter habla de «... resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que *requiera* la adopción...», y por otro lado el artículo 68 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, viene a rarificar esta característica al decir: «Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y *necesidad*, ...».

---

<sup>15</sup> Dice el párrafo segundo «en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de..., deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción».



---

## 8. COMPARECENCIA PREVIA

---

Estas medidas, al contrario de lo que sucede con las del artículo 544 bis, exigen la convocatoria de una audiencia, en la cual, tras oír a las partes <sup>16</sup>, se decide sobre si se adopta o no.

No obstante, y debido al carácter heterogéneo de las medidas, esta característica hay que matizarla, ya que la medida de alejamiento el Juez de Instrucción, conforme al apartado 4.º *in fine* del artículo 544 la podrá adoptar en cualquier momento, sin necesidad de comparecencia, por lo que de no poderse celebrar el Juez tiene la posibilidad de adoptar el alejamiento como medida penal de protección para la víctima.

En la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 68, exige que la adopción de las medidas se efectúe respetando los principios de contradicción, audiencia y defensa, al tiempo que en el artículo 62 se remite al artículo 544 ter en lo referente a la actuación.

---

## VI. LEGITIMACIÓN ACTIVA

---

Conforme al punto 2 del artículo 544 ter LECrim, la orden de protección será acordada por el Juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el artículo 173.2 CP, según su nueva redacción, o el Ministerio Fiscal.

A las Entidades asistenciales, ya sean públicas o privadas, la Ley, para favorecer la protección de las víctimas, facilitarán todo tipo de ayudas a las víctimas para que éstas puedan solicitar la orden de protección; así mismo estas Entidades, pondrán inmediatamente en conocimiento del Juzgado de Guardia o la Fiscalía los hechos de los que tuvieren noticia, que estuvieren relacionados con la violencia doméstica o de género, sin perjuicio del deber de denuncia, pero la Ley no les concede directamente la posibilidad de efectuar una solicitud, de forma independiente a la víctima, de orden de protección.

Al contrario de lo que sucede con otras medidas cautelares, tal como la prisión provisional, que sólo puede ser acordada a instancia del Ministerio Fiscal o de parte acusadora, la orden de protección puede ser acordada también de oficio. Con ello podría parecer que quiebra el principio acusatorio sobre esta materia, para regirse por un principio de oficialidad. No obstante, lo dicho no es del todo correcto, ya que

---

<sup>16</sup> Lo cual no quiere decir que no se pueda adoptar una orden de protección cuando no han comparecido cualquiera de las partes. Al contrario, la Ley exige la convocatoria de todas ellas, pero su incomparecencia injustificada no impide que se pueda adoptar la medida. En este sentido TENA FRANCO, Isabel, *La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico español: La orden de protección*, en la violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 188 y ss. Para quien la incomparecencia injustificada de la víctima, el denunciado e incluso el Ministerio Fiscal no supone la suspensión de la audiencia. Lo que es necesario es que estén citados todos los intervinientes en la comparecencia.

cuando se refiere el artículo 544 ter LECrim a las medidas cautelares civiles dice: «... deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces...» de ahí que en materia de medidas civiles rige el principio rogatorio, que sólo podría adoptarse una medida de este tipo a instancia de parte, la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Público si existen menores o incapaces.

Además de esta precisión, para el supuesto de medidas penales no rige en su totalidad el principio de actuación de oficio, pues el punto 6 del artículo 544 ter LECrim señala que se podrá adoptar cualquier medida de carácter penal que se recoja en la legislación procesal penal, remitiéndose a la legislación procesal criminal en cuanto a los requisitos, y no hay que olvidar que en lo que a prisión provisional se refiere sólo puede acordarse a petición del Ministerio Público o de una parte acusadora; el artículo 505.4 LECrim señala: «El Juez o Tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará la libertad del imputado que estuviera detenido», conforme a la redacción dada por LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

En todo caso, el fundamento de la posibilidad de adoptarse de oficio, en lo que a medidas penales se refiere, y dejando aparte la prisión, debe buscarse en la finalidad de esta medida, la protección de la víctima de forma inmediata y urgente, es decir, el carácter tuitivo que desde un principio se defiende en cuanto a la naturaleza del alejamiento.

---

## 1. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

---

Se recoge en el artículo 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, al decir: «... de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida».

Las novedades, por tanto, son varias. En primer término se especifican las personas que junto con la víctima van a tener esta legitimación para solicitar la orden de protección, pues en materia de violencia doméstica se limita a decir «víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior». Lo cual no supone que se hayan extendido el número de legitimados, sino que se han especificado.

En segundo término, a la Administración de la que dependen los servicios de atención a las víctimas, cuando de violencia de género se trata, se les concede legitimación para solicitar la adopción de medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Con ello se refuerzan las competencias de, entre otras, las Oficinas de Ayuda a la Víctima, tan necesarias en esta materia.

---

## VII. LUGAR DE PRESENTACIÓN

---

Los lugares donde puede efectuarse la solicitud son los establecidos en el punto 3 del artículo 544 ter LECrim; y sí que tiene importantes consecuencias el presentarse en uno u otro sitio.

---

### 1. EN EL JUZGADO

---

De una parte, se podrá presentar: ante la autoridad judicial, ya sea en el Juzgado de guardia –punto 4–, ya ante el Juzgado que conozca de la causa –punto 11–. La consecuencia de presentarse en el Juzgado es que a la petición no podrá acompañarse atestado policial que haya servido de investigación respecto de los hechos que se estén denunciando, y que a su vez pueda servir para basar el Juez su resolución sobre la petición de la medida cautelar. Este inconveniente se salvaría si la medida de protección se solicita ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde junto con la petición de orden de protección se acompañaría el atestado policial.

En todo caso, con la LO 1/2004 se añaden nuevas cuestiones, ya que junto a los Juzgados de Instrucción se crea un nuevo tipo de Juzgados, los de Violencia sobre la mujer, atribuyéndoles competencia, entre otras, en materia de orden de protección <sup>18</sup>.

---

### 2. ANTE LA FISCALÍA, OFICINAS DE ATENCIÓN A LA VÍCTIMA Y DETERMINADOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN

---

También se podrá solicitar o presentar la orden de protección en la Fiscalía, en las Oficinas de Atención a la Víctima, o en los Servicios Sociales o Instituciones Asistenciales dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas <sup>19</sup>.

---

### 3. ANTE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD

---

En último término se establece como lugar donde podrá solicitarse la orden de protección ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado. Ello merece una especial atención, sobre todo teniendo en cuenta que es en este supuesto en el que la policía puede y debe tramitar el atestado como un atestado de enjuiciamiento inmediato, y donde tras practicar las actuaciones policiales que entienda por conveniente

---

<sup>18</sup> El artículo 14 LECrim, letra «b» del apartado 5, en su redacción dada por el artículo 58 LO 1/2004, dice: «de la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia».

<sup>19</sup> Es precisamente en estas últimas dependencias donde a la víctima se le puede prestar un servicio de apoyo desde el principio, acompañando a la víctima a la hora de presentar la denuncia, orientándola y aconsejándola, así como dando una cobertura y protección ya de carácter asistencial y de apoyo psicológico. En estas instituciones se facilitará a la víctima de estos hechos información, modelos etc., tal y como señala el punto 3 *in fine*.

lo remitirá al Juzgado de Guardia para la incoación de diligencias urgentes, con o sin detenido, dado que expresamente es uno de los delitos en los que procede seguir el procedimiento para el enjuiciamiento inmediato, artículo 795.2.<sup>a</sup> LECrim; y para el caso de considerar los hechos una falta procedería un señalamiento inmediato con citación a las partes por la policía, conforme al artículo 962 LECrim, ya tenga la competencia atribuida el Juzgado de Instrucción de Guardia o el de Violencia sobre la mujer.

De ahí que sea recomendable la utilización de este sistema <sup>20</sup>.

---

## VIII. PRESUPUESTOS

---

La adopción de la orden de protección debe basarse en una serie de requisitos, que de no mediar impedirían su adopción.

---

### 1. *FUMUS BONI IURIS*

---

Supone que el hecho investigado presenta los caracteres de delito o de falta –la calificación como falta hace que no toda medida cautelar sea de aplicación, algo que veremos al hablar del contenido–, y ha podido ser cometido por el autor a quien se le intenta aplicar la medida cautelar solicitada. Es la denominada «apariencia de buen derecho». Este requisito aparece recogido con una claridad meridiana al referirse en el punto 1 del artículo 544 ter LECrim. «existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta».

Estos indicios fundados, ya se verá más adelante, no significa que existan pruebas plenas contra el autor de los hechos al que se le aplicará la medida cautelar, será suficiente para su adopción que existan motivos bastantes para creer que el autor tuvo alguna participación en el hecho delictivo. Se habla de indicios fundados, y no de una prueba plena.

Además de esta apariencia en cuanto a la autoría, el hecho imputado no debe ser cualquier hecho delictivo, sino que ha de ser un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual o la libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP. Es decir, la orden de protección o las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas exigen que, además, de esa relación entre víctima y agresor, el hecho imputado sea uno de los descritos, así no procedería ante un impago de pensiones o una desobediencia por incumplimiento de régimen de visitas etc. La LO 1/2004 no ha cambiado el panorama en cuanto al elemento objetivo, es decir, los delitos y faltas en los que cabe la adopción de la orden de protección.

---

<sup>20</sup> En este sentido El Protocolo de implantación de la orden de protección, así como la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado. Para Tena Franco, por la terminología empleada, no hay ningún inconveniente en que la solicitud se efectúa ante la Policía Local, quien tendrá la obligación de remitirla cuanto antes al Juzgado de Guardia. TENA FRANCO, I., *La violencia doméstica...*, op. cit., p. 186.

Existen, por tanto, unos límites tanto objetivos como subjetivos, que de no concurrir daría lugar a una inadmisión a trámite de forma directa, sin necesidad de celebración de la comparecencia<sup>21</sup>.

---

## 2. PELIGRO O SEGURIDAD PARA LA VÍCTIMA. *PERICULUM IN DAMNUM*<sup>22</sup>

---

A este requisito alude la Ley al mencionar «la situación objetiva de riesgo». No hay que olvidar que de lo que se trata es de proteger a la víctima de una situación en que se encuentra, dotándola de un estatus de protección integral frente a esa situación. El proceso penal no solo debe buscar la verdad material, sino que por imperativo del artículo 13 LECrim son primeras diligencias, entre otras, «el dar protección a los perjudicados». El proceso penal ya no se limita a preparar el juicio, practicando las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración del delito y la culpabilidad de los delincuentes, tal y como dispone el artículo 299 LECrim, sino que va mucho más allá, se ha de proteger a la víctima desde un primer momento, tratando de evitar nuevas situaciones de peligro. No hay que perder de vista que se trata de una medida que se adopta en atención a la víctima. En este caso el término cautelar ha de interpretarse como tuitivo, de protección, para asegurar, proteger de manera efectiva y material el bien jurídico contra el que el delincuente está atentando.

La protección de la víctima no debe aplazarse a momentos posteriores, razones de urgencia hace que esta protección deba forjarse desde un primer instante, desde la misma denuncia.

Este carácter tuitivo o de protección de bienes jurídicos que pueden tener las medidas cautelares también ha sido tenido en cuenta a la hora de abordar la prisión provisional, en su reforma operada por Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre, al decir que mediante la prisión provisional se debe perseguir alguno de los siguientes fines: ... 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 artículo 173.2 CP. Además, en estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este artículo, artículo 503 LECrim.

La situación objetiva de riesgo se obtendrá del caso concreto, desde la entidad de los hechos, su reiteración, la existencia de denuncias o sentencias anteriores y circunstancias de todo tipo, tanto de la víctima como del agresor anteriores, coetáneas y posteriores a la realización del ilícito penal<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit.

<sup>22</sup> Expresión empleada con gran acierto por Lamo Rubio. DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit.

<sup>23</sup> En el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 10 de Barcelona se denegaron las medidas solicitadas precisamente sobre la base de esta inexistencia de una situación de riesgo, en concreto dice la citada resolución: «En el presente caso, los hechos pueden ser indiciariamente tipificados como un delito de lesiones del artículo 153 CP, sin perjuicio de la instrucción que le compete realizar al órgano judicial a quién se le atribuya, por reparto, el conocimiento de la causa, si bien, de las audiencias practicadas resulta acreditada la situación de crisis matrimonial en la que se encuentran las partes implicadas, que ha motivado la presentación de demanda de separación por la denunciante ante los Juzgados de Familia, demanda en donde se solicita, como medida provisional, el otorgamiento del uso y disfrute del domicilio conyugal, y apareciendo la conducta atribuida al denunciado como un hecho aislado, fruto precisamente de la crisis antes aludida, y que la denunciante ha abandonado el domicilio, a la espera de la decisión del Juzgado de

Otros autores prefieren hablar de *periculum in libertatis*, «entendido como aquellos riesgos o peligros que para la víctima pueden derivarse de la no adopción de una medida de protección»<sup>24</sup>. No obstante, entiendo más acertada la expresión «*periculum in damnum*», empleada por De Lamo Rubio.

---

## IX. CONTENIDO

---

Con la orden de protección se pretende dotar a la víctima de un estatuto integral, cuya finalidad es que una misma resolución pueda incorporar de manera conjunta medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de acudir a un proceso judicial en materia civil. Además, la orden de protección supone el que se ponga en funcionamiento de manera automática los mecanismos de protección social que en sus sistemas jurídicos tengan establecidos todas las Administraciones, Estatal, Autonómica y Local. Todo ello según lo establecido por la propia exposición de motivos de la citada Ley en su punto II.

---

### 1. MEDIDAS DE NATURALEZA PENAL

---

Recogidas en el punto 6 del artículo 544 ter LECrim, que podrán consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal. En el punto II de la exposición de motivos de la Ley 27/2007, de 31 de julio, al referirse a este tipo de medidas dice: «medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima...». Desde luego, la redacción del propio precepto es más genérica estableciendo una remisión al ordenamiento procesal penal. Por lo que pese a lo que se diga en la exposición de motivos no hay una limitación a las medidas penales a adoptar siempre y cuando la misma está amparada en el ordenamiento procesal penal, es más, su contenido, requisitos y vigencia serán los establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además de los requisitos contenidos en la Ley, con carácter específico se requiere una necesidad de protección integral e inmediata, aludiéndose de esta forma al principio de necesidad propio de las medidas cautelares; algo que tiene relación con la situación objetiva de riesgo para la víctima, ya mencionada en el punto 1 del artículo 544 ter LECrim, es decir, cualquier medida de carácter penal debe estar orientada a la protección de la víctima, medida que es necesaria por encontrarse la víctima en una situación de riesgo.

---

Familia que conozca sobre su demanda, no aparece acreditada la situación objetiva de riesgo para su integridad física en el futuro, exigida por el primer párrafo de la LECrim, artículo 544 ter, para la adopción de la medida solicitada sin perjuicio de su reconsideración si aparecen nuevos datos o se producen nuevos hechos que así lo indiquen».

<sup>24</sup> En este sentido DELGADO MARTÍN, J., *La orden de protección...*, op. cit. y DE HOYOS SANCHO, Mònserat, *La medida cautelar de alejamiento de agresor en el proceso penal por violencia familiar*, Actualidad Penal, número 32, 2 al 8 de septiembre de 2002, p. 816.

En las medidas de naturaleza penal se hallan la prisión provisional, la prohibición de aproximación o comunicación y la suspensión de la tenencia, porte y uso de armas. En cuanto a la primera es una medida típica y tradicional de la libertad de movimientos del agresor, supone un confinamiento en un lugar determinado, y desde luego no está excluida en este tipo de delitos, al contrario se encuentra especialmente contemplada en el artículo 503.1.º c) LECrim según redacción dada por la LO 13/2003. No obstante, la prisión provisional como medida cautelar de carácter penal no siempre podrá acordarse, sino que deben concurrir los requisitos, tener el contenido y someterse a la vigencia de lo establecido en la ley. Todo ello significa:

1. Que no procede adoptar la prisión provisional en materia de faltas, artículo 502.4 LECrim, «No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito...».

2. Que sólo podrá acordarse a instancia de parte, nunca de oficio, artículo 505.6 LECrim, «si ninguna de las partes la instare, acordará (el Juez) necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviera detenido.

3. Que está sometida a unos límites temporales específicos, los del artículo 504 LECrim, si bien con las especialidades propias del punto c) del apartado 1.º del párrafo 1.

4. Que debe adoptarse en último término, cuando con ninguna otra medida pueda darse protección a la víctima, carácter subsidiario que recoge el apartado 2 del artículo 502 LECrim, «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.

5. También, y como especialidad en materia de delitos de violencia doméstica y de género, no se exige que concurran el límite que en cuanto a la pena señala el artículo 503.1.1.º LECrim.

Por otro lado, y refiriéndome a la prohibición de aproximación o comunicación a la víctima o a su familia del artículo 544 bis LECrim. Esta medida tiene como especialidad el no ser necesario celebrar la comparecencia para la adopción de la misma, así lo dispone el punto 4 *in fine* del artículo 544 ter LECrim, y que puede ser acordada de oficio. El contenido puede ser:

1. Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

2. Prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas.

3. Prohibición de aproximarse o comunicarse a determinadas personas.

Ahora bien, hay que preguntarse si la medida consistente en el alejamiento es suficiente para proteger a la víctima. Ha trascendido en los medios de comunicación supuestos en los que pese a existir una orden de protección la víctima ha sido nuevamente atacada por su agresor, e incluso ha llegado a causarle la muerte. Desde luego, con la orden de protección el agresor tiene conocimiento, de un lado, de una actuación judicial, y de otro, la advertencia de que su conducta es contraria a derecho, así como de sus consecuencias si incumple el alejamiento; pero la pregunta es si esto es suficiente, o hay que buscar en ocasiones otras medidas. El alejamiento, en sí mismo, supone una limitación de la aproximación del agresor a la víctima, pero este control de alejamiento lo suele llevar a cabo la propia víctima, que es quien en la mayoría de

las ocasiones avisará a la policía por haber incumplido el agresor la orden, pudiendo reiterarse durante ese periodo una nueva agresión; esto se evitaría si el control de la persona del agresor lo efectuara la policía directamente sobre el mismo, mediante un sistema de localización, y donde los Agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tuviesen tiempo de reaccionar frente al incumplimiento, sin dejar en manos de la víctima el dar aviso a la policía una vez detectada la presencia del agresor.

---

### **A) Especialidad en materia de Violencia de Género<sup>25</sup>**

---

En materia de violencia de género esta generalidad en cuanto a las medidas han sido concretadas en su artículo 64 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, y así:

En cuanto al alejamiento: «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. Para verificar el cumplimiento de la medida, podrá acordarse la utilización de instrumentos con tecnología adecuada.

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.

La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquellas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar».

Se aprovecha en este caso para imponer al Órgano Judicial la necesidad de fijar una distancia mínima.

Respecto a la prohibición de comunicación: «El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal».

Suspensión a la tenencia, porte y uso de armas. «El Juez podrá acordar, respecto de los inculpados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente».

Al igual que sucede con la violencia doméstica, se trata de medidas autónomas, por tanto, se podrán adoptar de manera independiente, sin necesidad de ser adoptadas conjuntamente, se puede acordar el alejamiento pero no la prohibición de comunicación, y viceversa.

---

## **2. MEDIDAS CAUTELARES CIVILES**

---

Son las típicas de los procesos de familia, y que al amparo de encontrarse un proceso penal abierto por uno de los delitos o faltas contra la vida, integridad física o

---

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Ricardo, *Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, diario La Ley, año XXVI, número 6308, 16 de agosto de 2005.



moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP pueden solicitarse en el propio proceso penal, lo cual no significa que dichas medidas estén supeditadas a la existencia de medidas penales, es decir se pueden adoptar medidas civiles sin necesidad de adoptar medidas penales. Tienen, por tanto, este tipo de medidas carácter autónomo.

Dentro de las medidas civiles se encuentran:

1. La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
2. Determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos.
3. Las referidas a la prestación de alimentos.
4. Las reflejadas en el artículo 158 CC.

Estas medidas tienen más un carácter cautelar entendido como provisional, que tuitivo. Esta naturaleza se refleja en los límites temporales que tiene, así como en el principio rogatorio<sup>26</sup> por el que se rige, «a petición de la víctima o su representante legal, así como a instancia del Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces», a excepción de las medidas previstas en el artículo 158 Cc, que sí se podrán adoptar de oficio. Todo ello conforme al artículo 544.7 LECrim.

Además de estas medidas, para el caso en que existan hijos, se podrá adoptar cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Existe, por tanto en este supuesto, una indeterminación de medidas a adoptar, siempre y cuando las mismas vayan encaminadas a este fin.

---

### **A) Especialidades en materia de Violencia de género**

---

En materia de violencia de género se recogen las siguientes:

La medida de salida del domicilio: «El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpaado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo». Artículo 64.1. La salida del domicilio es para la violencia de género lo que la atribución de la vivienda para la violencia doméstica.

Medida de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores: «Se podrá suspender para el inculpaado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera».

Suspensión del régimen de visitas: «El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpaado por violencia de género a sus descendientes».

Se ha optado pues por una inclusión expresa de las medidas, lo cual no quiere decir que no se puedan adoptar otras, siempre que estén contempladas dentro de las que aparecen en el ordenamiento jurídico español.

---

<sup>26</sup> DELGADO MARTÍN, J., *La orden de protección...*, op. cit. DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit.

---

### 3. MEDIDAS DE CARÁCTER ASISTENCIAL

---

Son todas aquellas medidas de protección social y asistencial que se encuentren recogidas en el ordenamiento jurídico. Lo novedoso es que concedida la orden de protección por un Juzgado de Instrucción la víctima no tendrá que acreditar la condición de sujeto merecedor de las diferentes prestaciones sociales y asistenciales a que tenga derecho, sino que las distintas Administraciones, por el sólo hecho de presentarle la resolución judicial una persona pondrán en marcha los distintos instrumentos que tengan para dar seguridad y protección social, de asistencia jurídica psicológica, sanitaria o de cualquier otra índole. Es más, las administraciones recibirán la comunicación (digo comunicación y no notificación ya que no son parte en el proceso penal) por parte del Juzgado para su conocimiento, así se dispone en el punto 8 al decir: «la orden de protección será ... y comunicada mediante testimonio integro ... a las Administraciones Públicas competentes...».

La orden de protección supone de esta manera un título para percibir los beneficios sociales a los que tenga derecho una víctima por violencia de género, sin que tenga que acreditar nada más.

---

#### A) *En materia de Violencia de Género*

---

Aquí los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género se configuran de forma diferente y mucho más específica. De una parte, a la asistencia social se la califica de integral, y suponen el derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral.

Además, estos servicios son multidisciplinarios, lo que supone necesariamente:

Información de todo tipo a las víctimas, no sólo jurídica.

Atención psicológica.

Apoyo social.

Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer.

Apoyo educativo a la unidad familiar.

Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.

Apoyo a la formación e inserción laboral.

En la prestación de estos servicios se prevé una coordinación entre los mismos y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

---

## X. COMPETENCIA

### 1. COMPETENCIA OBJETIVA

---

El la actualidad la competencia se atribuye, como ya señalé, a órganos de naturaleza penal. No obstante, hay que distinguir entre la violencia doméstica y la de

género, pues mientras en la primera se atribuye la competencia de forma exclusiva a los Juzgados de Instrucción, para la segunda, la de género, su atribución ordinaria es a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; y digo ordinaria toda vez que, los Juzgados de Instrucción tendrán competencia para resolver sobre una medida de protección «cuando estén desarrollando funciones de guardia, siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer», artículo 87 LOPJ en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, disposición adicional décima.

La competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer es determinada, así mismo, por el artículo 14.5 LECrim, en su redacción dada por la LO 1/2004, que en su artículo 58 establece las competencias en el orden penal. Baste decir aquí que el despojar a los Juzgados de Instrucción de la competencia para la tramitación de las causas penales, otorgándoles competencia meramente a efectos de resolver, caso de haberse solicitado, una orden de protección supone que la víctima deba pasar en un muy breve plazo de tiempo dos veces por Órganos Judiciales distintos; una primera vez por el Juzgado de Guardia, donde se le resolverá sobre la orden de protección, y una segunda vez, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que es el competente para la tramitación de la causa. Con ello quiero decir que la Ley en este aspecto es un claro ejemplo de victimización secundaria<sup>27</sup>.

Una segunda cuestión, producida por la aparición de estos nuevos Órganos Judiciales, es determinar ¿qué debe entenderse por «siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer»?; criterio que sirve para atribuir competencias al Juzgado de Guardia. Parece que con ello se quiere decir que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer es quien tiene la competencia de forma exclusiva y excluyente cuando se trate de resolver sobre las ordenes de protección que se presenten en días y horas hábiles; de tal manera que, recibida una solicitud de orden de protección en el Juzgado de Guardia, o personada una persona con la intención de solicitarla, la correspondiente solicitud deberá ser remitida directamente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer si estamos en horas hábiles, quien resolverá en el plazo de setenta y dos horas.

Por el contrario, fuera de horas hábiles, el Juzgado de Guardia resolverá sobre la solicitud de orden de protección, al igual que ocurriría si se plantea una orden de protección en el ámbito de un proceso relacionado con la violencia doméstica del que ya conoce un Juzgado. Esta interpretación es avalada por el Reglamento 1/2005, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales<sup>28</sup>, que en su artículo 42.4 dice: «También será objeto del servicio de guardia la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de ordenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes y los detenidos sean puestos a disposición fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados».

Empero, esta solución tiene una excepción, el caso en que no se pueda celebrar la audiencia antes de entrar de nuevo en horas hábiles, en este último caso, el competente para resolver sobre la solicitud de orden de protección, sería el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o el de Instrucción (caso de tratarse de una violencia domés-

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, F., *Perspectiva penal...*, op. cit.

<sup>28</sup> Aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 15 de septiembre de 2005, BOE de 27 de septiembre de 2005.

tica). Todo ello sin perjuicio de adoptar la medida de alejamiento, conforme al artículo 544 bis LECrim.

---

## 2. COMPETENCIATERRITORIAL

---

Es preciso distinguir entre violencia doméstica y la de género.

---

### A) *En materia de violencia doméstica*

---

La competencia ha sido un concepto tenido en cuenta para facilitar la lucha contra este tipo de actos, y así la competencia es abordada por la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, en su punto tercero establece los *Criterios sobre el reparto de asuntos*, señalando: «las normas de reparto deberán atribuir el conocimiento de los procesos por delito contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP con sometimiento a los siguientes criterios... en aquellos casos en que no sea posible la aplicación del criterio anterior (supuesto de juicio rápido ya sea por delito o por falta) el Juzgado de Instrucción que, por hechos punibles dirigidos contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, haya incoado un Sumario Ordinario por delito, un juicio de faltas, o bien Diligencias previas del procedimiento abreviado al amparo del artículo 774 de la LECrim o del artículo 798.1.º de la misma Ley, conocerá también del resto de procesos penales por delito o por falta que se incoen posteriormente por hechos imputables al mismo autor contra los integrantes del mismo núcleo familiar, y ello aunque en aquel primer proceso se haya dictado auto de archivo, de sobreseimiento o de apertura de juicio oral, o hubiere recaído sentencia condenatoria o absolutoria».

La justificación de esta punto en la Instrucción del Consejo se encuentra en la propia exposición de motivos «... en defecto de Juzgado especializado, ha de procurarse la aprobación de normas de reparto que asignen la competencia para conocer el caso al Juzgado que primero conoció de agresiones anteriores cometidas por el mismo sujeto sobre los integrantes del mismo núcleo familiar, independientemente del estado procesal en que se encuentren».

Pero esta Instrucción no va mas allá de lo relativo a normas de reparto, no entra, por tanto, en cuestiones de competencia territorial, ni la misma es aplicable, pues se trata de una Instrucción, y no de una Ley que sería necesaria para modificar el criterio de la competencia territorial.

Sentado lo acabado de exponer, y teniendo presente lo dispuesto en esa Instrucción, hay que centrarse en determinar quien es el competente territorialmente para el conocimiento de la orden de protección.

Del artículo 544 ter se extrae, en primer término, que el competente es el Juzgado de Instrucción, ahora bien, si existe un proceso penal abierto el competente para conocer es el que ya conozca de la causa, conforme al punto 11 del citado artículo; para el supuesto en que no exista procedimiento abierto penalmente, la competencia se atribuye al Juzgado de Guardia, siempre y cuando no haya dudas sobre la compe-

tencia territorial. En este sentido el punto 3 del artículo 544 ter dice: «... 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 aquel que resulte competente».

De ahí que, como medida cautelar que es, la orden de protección debe adoptarse, en todo caso, en el marco de un proceso penal, y a este proceso penal se aplicará toda la normativa referente a la competencia, y por ende a la territorial; el Juzgado de Guardia ante el que se presente la solicitud, si no tiene dudas en cuanto a la no competencia desde el punto de vista territorial, remitirá las actuaciones al que entienda que es competente. Un argumento a favor de esta postura es que el admitir la solución contraria supondría una vulneración al derecho al Juez predeterminado por la Ley, puesto que se estaría dando a elegir a la víctima la posibilidad de elegir el Juez para conocer de la petición de orden de protección<sup>29</sup>.

Cuando un Juzgado se encuentre conociendo de los hechos, ese Juzgado será el competente para resolver sobre la orden de protección solicitada, salvo que se solicite en horas inhábiles, en cuyo caso el competente será el Juzgado de Guardia cuando concurran razones de urgencia<sup>30</sup>.

---

## **A) Cuestiones de competencia**

---

En materia de cuestiones de competencia negativas, la reforma operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre por el que se modifica el Código Penal, en su disposición final primera da nueva redacción al párrafo segundo de la regla primera del artículo 759 LECrim, dado que una vez surgida la cuestión de competencia en fase de instrucción, cada uno de los Juzgados entre los que se plantee ya no se limitará a practicar las diligencias urgentes y absolutamente indispensables para la comprobación del delito y averiguación de los posibles culpables, sino que va mucho más allá, puesto que no se limita a esas diligencias urgentes, sino también a las no urgentes; pero, además, al atribuirse la competencia a ambos para seguir instruyendo sin ninguna limitación, ambos son competentes para adoptar las diligencias conducentes a la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, obligándoles a remitirse recíprocamente testimonio de los actuado y comunicarse cuantas diligencias practiquen, ello con el fin de evitar duplicidades y resoluciones contradictorias.

---

## **B) Competencia territorial en la violencia de género**

---

El artículo 59 LO 1/2004 adiciona el artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la siguiente redacción «En el caso de que se trate de algunos de los

---

<sup>29</sup> En contra de esta solución Tena Franco, que atribuye, en todo caso, la competencia al Juzgado de Guardia en que se presente la solicitud para evitar dilaciones a la hora de dar respuesta a la petición planteada, TENA FRANCO, I., *La violencia doméstica...*, op. cit., pp. 189 y ss. DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit., que califica de reforma bienintencionada en esta materia, pero como puede «suscitar algunas cuestiones relativas a fraudes en su aplicación».

<sup>30</sup> Este es el criterio que sigue el Reglamento de Aspectos Accesorios de Actuaciones Judiciales en su artículo 42.1.

delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de las medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos».

Con independencia de la valoración de un nuevo criterio competencial<sup>31</sup>, la competencia para conocer de las ordenes de protección presentadas se atribuye al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pero ¿a qué Juzgado en concreto? ¿quién será el competente para conocer de la orden de protección solicitada si la misma se plantea ante un Juzgado de Violencia distinto del del domicilio de la víctima? La respuesta, entiendo, debe ser coherente con lo establecido para la violencia doméstica en general, pero teniendo en cuenta las especialidades procesales competenciales. Quiero decir, que si la orden de protección se solicita ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente territorialmente para la instrucción de la causa, éste tiene la competencia para conocer de la orden de protección solicitada. En segundo lugar, si se solicita ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ante el que se presenta con la denuncia del lugar en donde han ocurrido los hechos, será éste el competente para resolver la orden de protección, sin perjuicio de remitir con posterioridad todo lo actuado al competente territorialmente. En tercer término, y para el caso en que se presente una solicitud de orden de protección ante un Juzgado de Violencia que no tenga ninguna vinculación competencial –ni desde el punto de vista del domicilio de la víctima, ni tampoco por el lugar en donde han ocurrido los hechos–, salvo que existan razones de urgencia, el Juzgado de Violencia remitirá inmediatamente lo actuado al Juzgado competente territorialmente.

El argumento para esta respuesta radica en el artículo 62 LO 1/2004, al decir «recibida la solicitud de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

---

### 3. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE EXTRANJEROS

---

Muy brevemente me referiré a este extremo. Para el caso de extranjeros, cuya legislación no admita el divorcio o la separación entre sus nacionales, ya que la reforma de 31 de julio atribuía competencias a los Juzgados de Instrucción en materia civil para adoptar una serie de medidas provisionales. Sin embargo, estas medidas cuyo contenido es fijado en el punto 7 del artículo 544 ter LECrim, eran independientes a cualquier ley, es decir, en cuanto al contenido, vigencia y efectos no se remite a ninguna otra, tal y como sucede para las medidas cautelares penales. No obstante, y pese a estar condicionadas en el tiempo, un mes, podría darse el caso en que entre víctima y agresor, por estar casados, los mismos no pudieran divorciarse o separarse, al no estar admitido la separación o divorcio en el país del que fueran naturales, por ser ésta la legislación aplicable; en este caso se estaría otorgando unas medidas cautelares que no podrían adoptarse en el marco de un proceso civil.

---

<sup>31</sup> La Ley ha creado no sólo unos Órganos Judiciales específicos para conocer lo que se denomina la violencia de género, sino con unos principios procesales en materia de competencia novedosos, pero que se contraponen a los principios procesales existentes.

Esta contradicción se ha solucionado con la reforma del artículo 107 CC de 29 de septiembre de 2003, al decir que «en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España ... c) si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria».

---

## **XI. PROCEDIMIENTO**

---

Es precisamente en este punto donde la Ley es sorprendentemente parca en cuanto a contenido. Lo único que establece es que el Juzgado de Guardia, o el de Instrucción que conoce de la causa, y ante el que se ha presentado la solicitud convocará a una audiencia urgente; salvo la urgencia de esta audiencia, poco más dice la Ley, a la misma se convocará al solicitante y el agresor, así como al Ministerio Fiscal.

La cuestión es si es obligatoria la convocatoria a esta comparecencia, o si puede rechazarse de plano su inadmisión. A favor de esta última postura la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003 sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección. Son en todo caso la falta de requisitos de carácter subjetivo, no ser uno de los sujetos que se recogen en el artículo 173 CP, o bien objetivos, relativos a los delitos o faltas denunciados, o incluso no tener los hechos denunciados naturaleza delictiva o existir una orden de protección anterior.

---

### **1. TRAMITACIÓN**

---

Entiendo que la tramitación de la orden de protección deberá hacerse en pieza separada. No hay que olvidar que se trata de una medida cautelar, accesoria y dependiente del proceso principal, por lo que su tramitación deberá serlo independientemente del proceso principal, pero junto al mismo, es decir de la misma manera que se tramitaría una pieza de situación personal o de responsabilidad civil. En consecuencia, por el hecho delictivo denunciado, o atestado remitido por la policía habrá de incoar el procedimiento penal correspondiente, sumario, previas, juicio de faltas (inmediato o no) diligencias urgentes, con preferencia de estas últimas caso de ser posible, y junto al mismo la correspondiente pieza de solicitud de orden de protección como medida cautelar; sin perjuicio de las normas de competencia específicas conforme a la Instrucción 3/2003 del Consejo General del Poder Judicial sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, de fecha 9 de abril.

---

### **2. POSTULACIÓN**

---

El artículo 544 ter LECrim en su punto 4 solo menciona que el agresor será asistido, «en su caso, de abogado», pero no dice nada de la necesidad o no de abogado para la víctima. Por tanto, parece que la ley deja la necesidad de abogado al tipo de

procedimiento de que se trate cuando hablamos de agresor, y no menciona para nada a la víctima.

Respecto de este tema hay que decir, con relación a la víctima, que puede designar un abogado que le defienda, de lo contrario habría que nombrárselo de oficio, sobre todo si tenemos en cuenta las medidas que se pueden adoptar, no sólo penales, sino también civiles, con el contenido que señala el punto 7 del citado precepto, y en donde en materia civil se recoge la necesidad de ser formuladas mediante letrado, pese a que este derecho no le es reconocido por la legislación procesal penal, al contrario, en materia de juicio de faltas, el artículo 962 se remite al artículo 967 ambos de la LECrim, que se limita a decir que el perjudicado puede ser asistido de letrado.

En segundo término, y cuando hablamos del agresor, con independencia del procedimiento que se siga, diligencias urgentes, previas o juicio de faltas, también en atención al contenido de las medidas a adoptar habría que nombrarle el correspondiente abogado que le defienda en la citada audiencia. En diligencias previas y urgentes no hay problema, pues la Ley recoge ya dicha necesidad, pero de igual modo en un juicio de faltas la necesidad de nombrarle un abogado es fundamental, ya que hay medidas que trascienden al propio procedimiento de faltas, con unas consecuencias en el orden civil, aunque sean provisionales, y donde la legislación procesal civil impone esta necesidad <sup>32</sup>.

En materia de violencia de género hay dos referencias relativas a la asistencia letrada. De una parte, y en relación al agresor, el artículo 68 LO 1/2004 menciona el respeto al principio de defensa. De otra parte, en relación a la víctima, su artículo 20 lo dedica a la asistencia jurídica, reconociendo la asistencia jurídica gratuita cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

En conclusión, la necesidad de abogado en orden a la trascendencia de la orden de protección debe serlo tanto para la víctima como para el agresor, y ello con independencia del tipo de procedimiento en que nos encontremos.

---

### 3. PLAZO

---

La Ley no sólo se limita a señalar la urgencia de esta audiencia, sino que parece establecer un límite máximo para la celebración de la misma, «...en cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en el plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud».

En consecuencia, el cómputo del plazo es desde la presentación de la solicitud, y debe entenderse ante el órgano competente para resolverla, es decir, no desde que se formule la solicitud cuando esta se efectúa en lugar distinto del órgano judicial sino desde que tiene entrada ante el Juzgado de Guardia o de Instrucción.

No obstante, si no es posible celebrarse esta audiencia en el plazo previsto, ¿qué consecuencias tiene? Es decir, se trata de decidir si el plazo es de caducidad, y por ende, transcurrido dicho plazo no es posible acordar la orden de protección. Para ello

---

<sup>32</sup> DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit. No obstante, la Circular de la Fiscalía 3/2003 entiende que «La expresión en su caso debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia letrada es ineludible salvo cuando, por tratarse de una falta, la audiencia se celebre en el procedimiento de juicio de faltas en cuyo caso la defensa técnica no es preceptiva».



entiendo que hay que acudir a la finalidad de la orden, dotar a la víctima de una protección o estatus integral, y esta protección, pese a haber transcurrido el plazo puede tener siguiendo vigencia y fundamento, por ello, el límite de 72 horas afecta al órgano judicial, al que con independencia de los asuntos que tenga pendientes se ha dotado a estas medidas de una urgencia y preferencia frente a los demás; lo cual no significa que fuera de estas 72 horas no pueda celebrarse cuando dicha demora no obedezca a razones relacionadas con el propio juzgado, sino con la víctima o el agresor. Es decir se trata de un plazo referido a evitar cualquier dilación que pudiera imputarse a la Administración de Justicia. La conclusión a la que se llega con este planteamiento es doble, primero que la medida de alejamiento, medida de naturaleza penal puede adoptarse en cualquier momento, y por ende, siempre dentro de las setenta y dos horas, sin perjuicio de ser revisada tal medida con posterioridad si no se ha podido llevar a cabo la comparecencia, a idéntica conclusión se llega caso de tratarse de las medidas del artículo 158 CC en el supuesto de la existencia de menores. En segundo lugar, y respecto del resto de las medidas civiles entiendo necesaria la comparecencia, la cual se celebrará aunque no acudan todas las partes, pero siempre que consten citadas, en otro caso, si no comparecen por no estar citado el agresor lo correcto sería no celebrarla<sup>33</sup>.

---

#### 4. FORMA

---

Tampoco dice nada el precepto en cuanto a la forma, salvo que puede celebrarse, por economía procesal, de manera simultánea a la comparecencia de prisión, en el propio acto del juicio de faltas o en la audiencia del artículo 798.1 LECrim, referida a la solicitud de medidas cautelares frente al imputado en diligencias urgentes en el Juzgado de Guardia. De lo contrario se efectuará una comparecencia *ad hoc* para resolver sobre la misma.

Únicamente habla la Ley de evitar la confrontación entre las partes, realizándose la declaración de las mismas por separado. Con ello se quiebra el principio de contradicción, y con el que sólo se pretende proteger a la víctima, algo que no se podrá dar si dicha medida se sustancia durante la celebración del propio juicio de faltas, en el que rige el principio de contradicción.

---

#### 5. PRUEBA

---

Tampoco sobre este extremo se dice nada, ¿quiere ello decir que no puede practicarse prueba? La cuestión es la urgencia a la hora de practicar la misma, 72 horas, y de otra parte la provisionalidad. Sólo se dice que «celebrada la audiencia, el Juez resolverá mediante auto...». A mi juicio no se debe dar una respuesta maximalista, en principio parece que se podría admitir cualquier tipo de prueba que fuese susceptible de ser practicada en la citada comparecencia; no obstante, tener presente como se desarrolla la misma, sin posibilidad de programación y dentro de la marcha de un Juzgado, ya sea de Guardia o de Instrucción, lo que obligaría a coordinar la agenda

---

<sup>33</sup> TENA FRANCO, I., *La violencia doméstica...*, op. cit., 188.

de ese Juzgado con la comparecencia<sup>34</sup>. A favor de este argumento nos encontramos con diferentes preceptos que regulan la prueba a la hora de adoptar determinadas medidas cautelares; así de una parte, y en el ámbito penal nos encontramos con la regulación de la prisión provisional que en el artículo 505.3 LECrim señala como las partes en la audiencia celebrada al efecto podrán no sólo realizar alegaciones, sino también proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o en el plazo de 72 horas. En el orden civil, tanto a la hora de regularse los procesos matrimoniales, el artículo 771 LEC refiere a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio el Juez en la comparecencia oír a las partes y «practicará la prueba que estos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio...», por último en el artículo 773 LEC relativo a las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad separación o divorcio se remite al artículo 771 LEC en lo que afecta a la comparecencia.

Por último, no hay que olvidar, que la audiencia puede celebrarse de manera simultánea con la prevista para la prisión, en el acto del juicio de faltas o junto con la audiencia en materia de enjuiciamiento inmediato, donde expresamente está regulada la practica de diligencias de prueba.

En consecuencia, teniendo en cuenta estos preceptos, así como la premura con la que se debe practicar la comparecencia, y la resolución de la misma, hay que decir que sí sería posible practicar cualquier tipo de prueba que realizarse en el acto, o incluso suspender la comparecencia para dentro de las 72 horas reanudarse la misma con el objeto de practicar algún tipo de prueba que se considere indispensable para resolver sobre la orden de protección, un ejemplo sería oír a los menores que tuvieren suficiente juicio para resolver sobre la custodia. Además, cuando se simultanee esta audiencia con el acto de juicio de faltas, o con la audiencia regulada en el artículo 798 LECrim, la práctica de pruebas deberá condicionarse a lo allí dispuesto.

Huelga decir, que todo esto sin perjuicio de la facultad del Juez de denegar la práctica de la prueba por entender que las pruebas solicitadas son impertinentes, inútiles o innecesarias; y por último, sin perjuicio de la facultad del Juez de dictar una medida de alejamiento del artículo 544 bis LECrim en cualquier momento de la tramitación de la causa.

La prueba a la que me estoy refiriendo es la relativa a la adopción o no de la orden de protección, es decir, se trata de resolver sobre una medida provisional, no de llevar a cabo la prueba que sirva para decidir sobre el fondo del proceso penal.

---

## 6. RESOLUCIÓN Y RECURSOS

---

La forma es la de auto, conforme al punto 4 apartado 4 del artículo 544 ter LECrim, resolviendo tanto si se accede a la petición como si no, y en su caso el contenido de la misma y vigencia.

En cuanto a los recursos son los establecidos con carácter general dentro de cada procedimiento, por tanto habrá que distinguir según estemos en uno otro tipo de

---

<sup>34</sup> DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit. «..., no existiría inconveniente en llevar a cabo las imprescindibles a los fines de lo que sea objeto de la comparecencia».

proceso, pues nada se dice en el precepto sobre este tema<sup>35</sup>. Esto merece algún comentario, ya que no hay que olvidar que en materia de medidas cautelares de naturaleza civil, ya sean anteriores a la interposición de la demanda como solicitadas en la propia demanda, la resolución que resuelve sobre la petición no es susceptible de recurso; no obstante, el adoptarse las medidas de carácter civil dentro de un procedimiento penal entiendo que debe someterse al régimen de recursos establecidos en la LECrim, y el recurso contra la resolución que resuelva la orden de protección incluiría, en su caso, tanto las medidas penales como las civiles.

En esta cuestión las Audiencias han sido fluctuantes, de una parte en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de mayo de 2004<sup>36</sup>, dictada en apelación en un Juicio de Faltas confirma las medidas impuestas por el Juzgado sentenciador, tanto en lo que se refieren a las medidas penales como civiles, al amparo de lo dispuesto en el artículos 57 CP y 544 ter LECrim, sin entrar en más valoraciones.

Por el contrario, en el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante<sup>37</sup>, donde directamente se recurre una orden de protección, en lo que afecta a las medidas civiles, entiende que incluso siendo viable el recurso frente a este tipo de medidas, en cuanto al fondo es inviable. Textualmente dice así:

«Por ello, la interposición de un recurso de apelación contra el auto del Juez de Instrucción por el que se acuerdan medidas civiles, como en el presente caso, no puede tener efectividad alguna, ya que el plazo de 30 días concedido es de caducidad, de tal manera que será el juez de familia el que las habrá ratificado o adoptado las que estime conveniente, o en caso contrario habrán caducado, por lo que no tiene sentido la interposición de recurso frente al auto al quedar caducadas las medidas si no se interpone la ratificación o si se verifica debe acudir para tal finalidad a la jurisdicción civil para debatir y analizar el contenido de las mismas, so pena de invadir la jurisdicción penal la vía civil ya en trámite o la caducidad de unas medidas adoptadas por juez penal, ya que en el citado protocolo de coordinación de la comisión de seguimiento del CGPJ, bajo la supervisión del observatorio de violencia doméstica, se hace constar en el punto núm. 5.4.2 que las medidas civiles contenidas en la orden de protección tienen una vigencia temporal de 30 días, como ocurre en el presente supuesto, tal y como, además, informa el Ministerio Fiscal.

Supone ésta, pues, una cuestión procesal de sumo interés, ya que aunque procesalmente fuera viable el recurso de apelación deducido frente a un auto dictado por un juez de instrucción resolviendo un recurso de reforma, cierto es que en cuanto al fondo es inviable la impugnación de las medidas civiles acordadas en el auto por el que se resuelven las medidas civiles interesadas en la solicitud de la orden de protección».

Ninguna especialidad en materia de recursos señala la LO 1/2004 para la violencia de género.

---

<sup>35</sup> En este sentido la Circular de la Fiscalía 3/2003 y DE LAMO RUBIO, J., *La nueva orden de protección de víctimas...*, op. cit. TENA FRANCO, I., *La violencia doméstica...*, op. cit., p. 196, pese a decantarse por esta opinión dice: «otra solución, la de considerar sólo recurrible la medida cautelar penal y no la civil, apoya su tesis en que el auto civil de medidas previas provisionales es irrecurrible».

<sup>36</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, de fecha 27 de mayo de 2004, Ponente: Sáenz Soubrier, José Juan, Ref. La Ley Juris. 1735404/2004.

<sup>37</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, de fecha 13 de febrero de 2004, Ponente: No consta, Ref. La Ley Juris. 489/2004.

---

## XII. DURACIÓN

---

La variedad de medidas a adoptar, civil y penal, y dentro de ellas de diferente contenido hace que no se pueda dar una respuesta única a esta cuestión.

Común a todas ellas es la nota de la accesoriedad, es decir, se mantendrá la medida cautelar mientras dure la tramitación de la causa, no más allá. En consecuencia, con la sentencia firme se agotarían estas medidas. Con todo, esto merece algún comentario que será abordado a continuación.

---

### 1. MEDIDAS DE CARÁCTER PENAL

---

A su vez dentro de las mismas hay que distinguir la medida de prisión de la del alejamiento o incomunicación. Respecto de la prisión, por remisión normativa hay que acudir al artículo 504 LECrim, que con carácter genérico señala que durará el tiempo indispensable para alcanzar cualquiera de los fines acordados, así como al artículo 502 LECrim, que recoge los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, cuando sea objetivamente necesaria y no exista otra medida menos gravosa para el derecho a la libertad con lo que alcanzar el fin de la prisión provisional. Esto quiere decir que, desde luego, tiene preferencia el alejamiento frente a la prisión provisional, si con ambas medidas se puede conseguir el fin perseguido, la protección de la víctima (obsérvese que nos referimos sólo a la protección de la víctima, y no al aseguramiento del imputado o acusado en el proceso).

Pero la LECrim también señala unos plazos específicos que en materia de prisión se deben respetar; los plazos que establece la Ley son en atención, por un lado, a la posibilidad de existencia de riesgo de fuga o de cometer otros hechos delictivos en relación a la penalidad que tuviera el delito, y de otro, tener como finalidad el evitar la ocultación alteración o destrucción de fuentes de prueba.

Cuando se trate de una medida de alejamiento, el límite lo tiene en la dependencia de lo que dure la causa, es decir, hasta que sea firme la sentencia dictada en la misma.

No hay que olvidar que la medida cautelar se transformará en pena cuando pase a ejecutarse la sentencia. Pero esto también tiene sus consecuencias, ya que la duración *v. gr.* en materia de faltas en cuanto a la penal de alejamiento es de seis meses; ¿se puede prolongar más allá de los seis meses una medida cautelar en materia de faltas? En principio no habría ningún inconveniente, por tratarse de una medida de protección hacia la víctima, sin perjuicio de abonarle posteriormente el tiempo de la medida cautelar en la liquidación de la condena.

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre si la sentencia que se dicte en primera instancia es absolutoria?, en este caso el indicio de criminalidad desaparece, ya por no haberse probado la existencia del hecho como delito, ya por no aparecer como responsable la persona del denunciado. En consecuencia deben quedar sin efecto cuantas medidas cautelares de naturaleza penal habían sido adoptadas.

En esta cuestión la LO 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, también establece especialidades. El artículo 69 lo dedica al mantenimiento de

las medidas de protección, diciendo que podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos. En este caso –continúa diciendo el precepto–, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas. La exposición de motivos dice «se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 CP y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso.

Quiere ello decir, que durante la tramitación de la causa, no hay ningún límite temporal de las medidas penales.

En segundo lugar, que durante la tramitación de los recursos, –caso de haber recaído una sentencia absolutoria, pues si es condenatoria no hay problema alguno, ya que seguirían subsistiendo los indicios racionales de criminalidad– o tras la sentencia la sentencia definitiva –también absolutoria–, siempre y cuando se den los requisitos para imponer una medida de seguridad, la medida cautelar se podrá mantener, pero como medida de seguridad. Lo cual no sucederá en los casos de absolución por falta de pruebas *v. gr.*, pero sí en los de absolución por una inimputabilidad del autor del hecho.

---

## 2. MEDIDAS DE CARÁCTER CIVIL

---

En lo que afecta a las medidas civil la cuestión de la temporalidad cambia. De principio el apartado 2.º del punto 7 del artículo 544 ter establece una vigencia temporal de 30 días. Si bien este plazo se prorroga por otros 30 días si la víctima o su representante legal acude a la jurisdicción civil, siendo el Juez civil el que deberá ratificar, modificar o derogar, en el proceso de familia las medidas adoptadas<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de fecha de 30 de julio de 2004, Ponente: Peñín del Palacio, Manuel Ángel, Ref. La Ley Juris 1843081/2004, se hace referencia a la duración temporal de las medidas, y el plazo para ser ratificadas por el Juez Civil. Se resuelve en el Fundamento de Derecho primero en los siguientes términos: «La sentencia de instancia debe ser íntegramente revocada con absolución del en ella condenado Héctor, pues no aparece probado que el mismo incurriese en la falta del artículo 622 del Código Penal, según el cual los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses. No constando en los autos que el padre infringiese régimen de custodia o de visitas alguno, pues ninguno se hallaba vigente a la fecha del hecho, día 31 de enero de 2004. Ciertamente es que en fecha 3 de septiembre de 2003 el Juzgado de Instrucción número cuatro de los de Ponferrada, dictó auto señalando una serie de medidas de protección de la madre, y fijando con eficacia civil también otras medidas, como de la del régimen de visitas del padre, y que eran todos los días de 19 a 20 horas, pero dicha medidas como se recogía en el auto tenían una vigencia de solo 30 días, señalando el precepto aplicable al caso, el artículo 544 ter. 7 de la LECRI, que 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. Pues bien, ocurre que si bien en fecha 8 de octubre de 2003 fue incoado a instancia de la madre de la menor, doña Concepción, un procedimiento civil reclamándole al padre alimentos y la adopción de determinadas medidas en relación con la hija de ambos, ocurre que transcurridos con exceso los 30 días siguientes a la presentación de la demanda, ninguna medida fue adoptada, ratificando, modificando o dejando sin efecto la anterior, y por lo tanto, cuando ocurren los hechos que motivan la condena, 31 de enero de 2004, no

Sobre este tipo de medidas se plantean varias cuestiones, en primer lugar el cómputo del plazo, que entiendo deberá serlo a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución en que se acuerda.

El plazo de 30 días es un plazo máximo, es decir, que si el Juez civil resuelve con anterioridad al transcurso de los 30 días sobre las cuestiones civiles que ha resuelto la orden de protección, ésta quedará sin efecto en cuanto al contenido de las medidas civiles, y tanto la víctima como el imputado puede acudir a la jurisdicción civil con la pretensión de que se resuelva sobre esta cuestión.

Además, no precisa de una nueva resolución por parte del Juez penal donde se declare la extinción de las mismas por transcurso del plazo, siendo un plazo de caducidad.

La prórroga por otros 30 días es una prórroga *ope legis*, si bien entiendo que deberá solicitarse esa declaración al Juzgado de Instrucción que haya dictado la medida, pero esa resolución tendrá una naturaleza declarativa, no constitutiva, que deberá comunicarse al denunciado imputado a efectos de su conocimiento. A efectos de la prórroga es necesario que se acredite el haberse interpuesto demanda ante la jurisdicción civil; por tanto, no será suficiente presentar una petición de medidas provisionales previas a la presentación de la demanda, dado que precisamente la orden de protección suple a este tipo de medidas provisionales.

Por último me planteo, dentro de la cuestión de la temporalidad si las medidas civiles adoptadas en el marco de un proceso penal, una vez adoptadas pueden tener vida propia, y en consecuencia, una vez adoptadas, con independencia del desarrollo de la causa este tipo de medidas deben mantenerse. Entiendo que el principio de accesoriedad rige en estas medidas, y, por ende, si la sentencia que se dicta es absoluta quedarían sin efecto las medidas que se hubieran otorgado al amparo del proceso penal, todo ello sin perjuicio de acudir al Juez civil para instar las medidas provisionales, ya previas a la demanda o junto con ella que tendrán idéntico contenido.

En los supuestos de violencia de género la especialidad radica en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será, así mismo, competente para conocer de los asuntos de nulidad, separación o divorcio, así como guarda y custodia de hijos etc. En consecuencia, las medidas civiles serán ratificadas por él mismo dentro del proceso civil que a tal efecto se haya iniciado (caso de haberlo hecho), pues de otra manera quedarían necesariamente sin efecto.

---

### XIII. CONSECUENCIAS

#### 1. EN RELACIÓN A LA VÍCTIMA

---

Como se ha dicho se le dota de un estatuto integral que abarca aspectos penales, civiles y administrativos, pero además la víctima va a tener un conocimiento especial de todo lo que hace referencia al proceso en cuanto a la situación procesal del imputado.

---

consta que hubiese en vigor medida judicial o administrativa alguna que afectase a la custodia o al régimen de visitas de la menor Carina, y por tanto ninguna infracción penal al respecto pudo cometer el padre, Héctor, cuando decidió llevarse consigo a su hija, que estaba en compañía de una tía».

tado. Así, la orden de protección se debe comunicar en todo caso a la víctima, para que tenga un conocimiento puntual de la misma; y digo en todo caso y comunicación, porque esto debe hacerse con independencia de que sea o no parte, si además es parte en el proceso penal, se le deberá notificar la resolución en la que se acuerde la orden de protección. No hay que olvidar que la orden de protección puede ser solicitada no sólo por la víctima, sino que también puede serlo por cualquiera de las personas que se mencionan en el artículo 173 CP.

Pero esta comunicación debe ser una comunicación completa, real comprensible y exhaustiva, y no debe limitarse a la orden de protección, sino que va más allá, dado que el punto 9, que debe completar el 8 en lo que al concepto de comunicación con la víctima se refiere, dice como, con carácter genérico la orden de protección implicará el deber de «informar permanentemente» a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En consecuencia, se le informará de cualquier cambio en la fase procesal, así como en cualquier modificación de las medidas cautelares que se vayan adoptando durante el proceso, es mas, de forma específica se recoge el deber de información puntual en lo que a la situación penitenciaria del agresor se refiere, y a estos efectos se comunicará la orden de protección a la Administración penitenciaria.

No señala el precepto analizado quien es el obligado a efectuar esta información con la víctima. Los competentes podrían ser tanto el Juzgado como el Organismo de Coordinación que se cree al efecto. Si se opta por lo segundo se precisaría un precepto que estableciese la obligatoriedad de los Juzgados de comunicar a tal organismo cualquier cambio en la fase procesal o situación personal del imputado, cosa que de momento no existe.

Tendrán reconocidos los beneficios legales que señala la ley en materia de asistencia jurídica, así como una tramitación preferente en sus peticiones ante el Colegio de Abogados.

Presentada la demanda civil, el Juez civil está obligado a resolver sobre las medidas provisionales en el plazo de treinta días.

---

## 2. CON RELACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES

---

La orden de protección también tiene efectos asistenciales y sociales para la víctima, siendo el sujeto pasivo de las mismas las distintas Administraciones, estatal, autonómica y local. La víctima, con la orden de protección, tiene un título legítimo para exigir la cobertura social y asistencial a que tenga reconocida por el ordenamiento jurídico. Para ello no sólo se debe comunicar la orden de protección a estas administraciones, sino que la Ley recoge la creación de un sistema de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones, no obstante, y en tanto se cree un órgano específico, bien puede servir a estos efectos la Oficina de Atención a la Víctima, quien servirá de enlace entre la víctima y todas las administraciones, y a donde se remitirá la comunicación de la resolución en donde se acuerda la orden de protección por el Juzgado.

Que la orden de protección es un título acreditativo a efectos de los derechos reconocidos por la Ley a las víctimas es algo que se ha establecido expresamente en materia de violencia de género para los derechos de las funcionarias públi-

cas, derechos económicos, laborales y de seguridad social. En todos estos casos, las situaciones de violencia de género se acreditarán con la orden de protección a su favor.

Pero ¿qué ocurre en los supuestos en los que no hay orden de protección. De forma excepcional, constituye el título de acreditación de ser una víctima de violencia de género, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género.

En cuanto al resto de los derechos, es decir, los asistenciales, no es preciso que se haya dictado una orden de protección.

---

### 3. INSCRIPCIÓN<sup>39</sup>

---

La orden de protección, conforme al punto 10 del artículo 544 ter LECrim, será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. Se trata de un Registro especial, regulado por el Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo, BOE de 25 de marzo de 2004.

Se trata de un registro central, que abarca todo el territorio nacional, y donde se inscribirán tanto las penas como las medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito o falta, así como las medidas cautelares y ordenes de protección acordadas durante la tramitación de la causa.

Su objetivo es facilitar la información necesaria en la tramitación de causas penales y civiles, así como poder llevar a cabo un perfecto seguimiento de las mismas.

A tal efecto se establece la necesidad de inscripción, el plazo en el que debe realizarse y el contenido de los datos que deben ser inscritos, la legitimación para el acceso.

Lo sorprendente de este Registro es que se trata de un registro donde prima el elemento subjetivo frente al objetivo. Es decir, a la hora de anotar se atiende a la relación de los sujetos, no tanto al delito cometido, de tal manera que pese a no estar dentro de un delito de los que se entiende como violencia doméstica o de género, el mismo se debe anotar, esto es importante por cuanto atendiendo a este criterio serían susceptibles de anotación los robos con fuerza, el impago de pensiones o el quebrantamiento de condena o medida cautelar, cuando lo cierto y verdad es que el Registro se crea en virtud de la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección, la cual queda limitada a los delitos señalados en el párrafo primero del artículo 544 ter.

---

<sup>39</sup> Sobre este particular CARCELLER FABREGAT, Fernando, *El Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia de género*, en Jornadas Celebradas en Valencia dentro del Plan de Formación Continuada de Secretarios Judiciales, el día 20 de octubre de 2005. Trabajo pendiente de publicación. LÓPEZ LÓPEZ, Enrique, *Registro Nacional para la protección de las víctimas de la violencia doméstica*, en Congreso de Violencia Doméstica, organizado por el Observatorio de Violencia Doméstica, celebrado en Madrid los días 12 y 13 de junio de 2003, edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 117-128. PASOR MOTA, Luis, *El Registro Central de Medidas contra la Violencia Doméstica*, en Congreso de Violencia Doméstica, organizado por el Observatorio de Violencia Doméstica, celebrado en Madrid los días 12 y 13 de junio de 2003, edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 129-142.



---

#### XIV. INCUMPLIMIENTO <sup>40</sup>

---

Por último haré referencia a la cuestión del incumplimiento, ya sea de la medida cautelar o de la pena. Aquí se plantean distintos supuestos, algunos de no fácil solución. En primer término el incumplimiento puede ser puro y simple, en el sentido de no existir junto a éste otra infracción penal, pero junto a esta forma puede, también darse un incumplimiento en el que, además, se ha cometido una nueva infracción, un delito del artículo 153 o una falta del artículo 620, todos ellos del Código penal.

En el primero de los casos nos encontraríamos con la vulneración del artículo 468 CP, quebrantamiento de medida cautelar o pena, «Se impondrá 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 impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

Si de quebrantamiento de medida cautelar se trata, queda por decidir sobre la agravación de la medida cautelar de naturaleza penal, algo que en materia de delitos está claro que podría acudirse a lo establecido en el artículo 544 bis último párrafo, que establece que «en caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará a 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,...». No habría, por tanto problema en pedir y acordar la prisión.

Por último, el quebrantamiento de las medidas civiles no daría lugar al delito del artículo 468 CP, el cual queda, en su caso, reservado al quebranto de las medidas penales <sup>41</sup>; no obstante, esta conducta sí podría ser constitutiva de un ilícito penal que tenga cabida en uno de los tipos penales, como puede ser una falta por infracción del régimen de visitas o de las obligaciones familiares artículos 622 y 618.2 CP <sup>42</sup>.

---

#### XV. BIBLIOGRAFÍA

---

1. ALASTUEY DOBÓN, C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

---

<sup>40</sup> Ver MAGRO SERVET, Vicente, *El incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento*, en La Ley, Revista la Ley Penal, Temas de Actualidad, número 13, año II, 2005.

<sup>41</sup> En este sentido TENA FRANCO, I., *La violencia doméstica...*, op. cit., p. 197, para quien «el quebrantamiento de una medida cautelar civil no llevará a deducir el oportuno testimonio por delito del artículo 458 Cp. Podría argumentarse –sigue diciendo la autora– que el tenor del artículo habla de medida cautelar en general, sin distinguir. Pero lo cierto es que el texto se refiere al quebrantamiento penal pues cuando quiere penalizar un incumplimiento civil así lo establece expresamente...». Ver también SANZ DÍAZ, L., *La violencia doméstica...*, op. cit., pp. 107-108.

<sup>42</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de fecha de 30 de julio de 2004, Ponente: Peñín del Palacio, Manuel Ángel, Ref. La Ley Juris 1843081/2004, que conocía en apelación de una falta de infracción del régimen de visitas, en la que resultó condenado el denunciado en primera instancia, el régimen de custodia de hijos se había establecido en una orden de protección, no obstante el condenado es absuelto en apelación al haber transcurrido el término para ser ratificadas las medidas por el Juez Civil.

2. BERBELL, Carlos, *La violencia doméstica en el mundo*, En la Violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 241-250.
3. CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, La Ley, año XXIV, número 5871, 15 de octubre de 2003.
4. DE LAMO RUBIO, Jaime, *La nueva orden de protección de víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio*, Actualidad Penal, año 2003, Ref. XLI.
5. DE LA OLIVA, Andrés, *Derecho procesal penal*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1996.
6. DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, en Estudios Monográficos La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario, número 2, año I, febrero 2004.
7. GRACIA MARTÍN, Luis, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
8. MAGRO SERVET, Vicente, *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, La Ley, año XXIV, número 5821, de 10 de julio de 2003.
9. SANZ DÍAZ, Lucía, *La violencia domestica en el ordenamiento jurídico español. Aspectos sustantivos*, en La Violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 56 y 57.
10. TENA FRANCO, Isabel, *La violencia doméstica en el ordenamiento jurídico español: La orden de protección*, en la Violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
11. UTRILLA HERNÁN, Resurrección, *Primeras diligencias de protección a la víctima en el proceso penal. Medidas cautelares. Futuras reformas legislativas*, en Violencia Domestica, Estudios Jurídicos Secretaríos Judiciales, tomo I-2003, Edit. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pp. 493-510.