



Universidad
de Alcalá

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

*(PRECAUTIONARY INTERIM
MEASURES IN GENDER-BASED
VIOLENCE PROCEEDINGS)*

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D^a. MELANIE ALEXIS MARTÍN MORTZ

Dirigido por:

Dra. D^a MARÍA PILAR LADRÓN TABUENCA

Alcalá de Henares, a 13 de abril de 2021

ÍNDICE

1. Introducción.....	6
2. La función cautelar	
2.2.Consideraciones generales y problemas en su aplicación: presunción de inocencia.....	8
2.3.Notas características	
2.3.1. Principio de proporcionalidad (Juicio de “razonabilidad”).....	14
2.3.2. Instrumentalidad y carácter accesorio.....	16
2.3.3. Provisionalidad.....	16
2.3.4. Variabilidad.....	17
2.3.5. Jurisdiccionalidad. Necesidad de motivación reforzada.....	17
2.4.Presupuestos para su adopción	
2.4.1. <i>Fumus boni iuris</i>	18
2.4.2. <i>Periculum in mora</i>	19
3. Aplicado al ámbito de violencia de género: La orden de protección	
3.1. ¿Por qué nos referimos a la orden de protección del art. 544 ter LECrim y no a las medidas cautelares del art. 544 bis del mismo cuerpo legal?: <i>Estatuto de protección integral de la víctima</i>	20
3.2. Contenido de la orden de protección: medidas cautelares de protección.	
3.2.1. Medidas de naturaleza penal.....	28
3.2.1.1. Prohibición de aproximación (<i>orden de alejamiento</i>).....	28
3.2.1.2. Suspensión de las comunicaciones.....	31
3.2.1.3. Salida del domicilio.....	32
3.2.1.4. Prohibición de volver al lugar del delito.....	34
3.2.1.5. Detención.....	35
3.2.1.6. Prisión provisional.....	37
3.2.1.7. Suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas.....	41
3.2.2. Medidas de naturaleza civil.....	42
3.2.3. Medidas de protección y/o asistencia social.....	45
4. Procedimiento para su adopción y resolución procesal.....	47

5. Medios de impugnación: recursos contra la orden de protección del art. 544 ter LECrim y las medidas cautelares del art. 544 bis LECrim.....	51
6. Conclusiones.....	53
7. Bibliografía.....	57
8. Anexos.....	62

D^a María Pilar Ladrón Tabuena

CERTIFICA:

Que el trabajo titulado: MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, ha sido realizado bajo mi dirección por la alumna D^a Melanie Alexis Martín Mortz.

Alcalá de Henares, a 12 de abril de 2021

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Firmado: Dra. María Pilar Ladrón Tabuena

RESUMEN

En el presente trabajo hablaremos en profundidad sobre el delito de violencia de género, con especial énfasis y análisis de la Ley Orgánica de 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Además, veremos en profundidad la Orden de protección contenida en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en contraste con las medidas cautelares reguladas en el art. 544 bis del mismo cuerpo legal, que, *a priori*, pueden parecer conceptos similares, pero, sin embargo, no lo son. También los presupuestos para acordar la orden de protección, así como el contenido y procedimiento del mismo. Y, por último, las diferentes medidas de protección que contiene el estatuto de protección integral de la víctima que otorga la condición de víctima para la mujer habilitándose medidas de naturaleza civil, penal y/o asistencia social.

ABSTRACT

In this paper we will talk in depth about the gender violence crime, with special emphasis and analysis of the Organic Law of 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence. In addition, we will see in detail the Protection Order contained in art. 544 ter of the Criminal Procedure Law in contrast to the precautionary measures regulated in art. 544 bis of the same legal body, which, *a priori*, may seem similar in concept, however, they are not. Within this study, we will revise the budgets to arrange for the protection order, as well as the content and procedure thereof. And, finally, the different protection measures contained in the comprehensive victim protection statute that grants the status of victim to women, enabling measures of a civil, criminal and / or social assistance nature.

LISTADO DE ABREVIATURAS

ART.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
MF	Ministerio Fiscal
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
VG	Violencia de Género

1.- Introducción

La presente investigación nace de un tema mediático a nivel mundial en la actualidad y una problemática aún presente que, por desgracia, sigue persistiendo en diversos ámbitos de nuestra sociedad. La violencia contra las mujeres no está determinada por el código genético, si no que constituye una *“enfermedad de transmisión social”*¹. Bien es cierto que, durante el siglo XXI, en España, se ha tomado gran consciencia sobre este tema y se ha apoyado en todos los aspectos con la regulación de distintas leyes que protegen a estas mujeres. Sin embargo, las cifras estadísticas continúan aumentando, y aún estamos lejos de conseguir el objetivo final: cero (0) víctimas de violencia de género.

En este sentido, me gustaría reproducir las palabras del mensaje que lanzó el diplomático ghanés, exsecretario general de las Naciones Unidas KOFI A. ANNAN, en un comunicado de prensa difundido con motivo del Día Internacional de la Mujer: *“la violencia contra las mujeres es quizá la violación de los derechos humanos más vergonzosa, y tal vez la más dominante. No tiene límites geográficos, culturales o de riqueza. Mientras continúe, no podemos decir que hayamos progresado realmente hacia la equidad, el desarrollo y la paz”* (ANNAN K., 25 de noviembre de 2003).

Ahora bien, a modo de introducción, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante “LOMPIVG”) define este concepto en su primer artículo como *“violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*.

La violencia de género², por tanto, ocurre cuando una mujer sufre una violencia física o psicológica por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ella por relaciones de

¹ Pastor Carballo, R. (2001). *Reflexiones sobre la violencia de género: Aspectos psico-sociales*, *Información Psicológica*, 75, pág. 5-8.

² Género (Definición)

Se refiere al conjunto de roles y relaciones socialmente construidos, rasgos personales, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia que la sociedad atribuye a los dos sexos de forma

afectividad, sin ser necesario que haya mediado convivencia. Por tanto, la víctima necesariamente ha de ser siempre una mujer, y el agresor necesariamente ha de ser un varón. Existe en este sentido, y no al revés; es decir, no se considera violencia de género la violencia física y psicológica de la mujer ejercida sobre el hombre, sino que, en este caso, hablaríamos de violencia doméstica³.

La citada ley, en su exposición de motivos, detalla que los poderes públicos no pueden desentenderse de este tipo de violencia hacia las mujeres que atenta gravemente contra derechos fundamentales de las personas como son la vida, la libertad, la seguridad y la no discriminación.

Una vez proporcionada por esta Ley la definición de violencia de género en su primer artículo, es necesario determinar qué actuaciones son las que no operan dentro de este delito, pues no toda violencia del hombre ejercida sobre la mujer se enmarca dentro del elemento del tipo. Así, de la antedicha ley podemos constatar que están excluidos o no contemplados los siguientes supuestos:

- No basta con que el supuesto agresor sea un hombre y la víctima sea una mujer, pues, además, se exige que entre ambos sujetos haya existido o exista una análoga relación afectiva. Es decir, que hayan tenido o mantengan una relación sentimental de pareja: deben ser, o haber sido, cónyuges, o estar, o haber estado, ligados por relaciones similares de afectividad.

Por tanto, se excluyen todas aquellas relaciones entre sujetos que no hayan tenido una relación sentimental (como, por ejemplo, la violencia ejercida sobre una amiga, una vecina, una madre, etc.).

diferente. Mientras que el sexo biológico está determinado por características genéticas y anatómicas, el género es una identidad adquirida que se aprende, cambia con el tiempo y varía mucho dentro y entre culturas. El género es relacional y se refiere no solamente a las mujeres o los hombres sino a la relación que existe entre ambos. Conforme Glosario UNINSTRAW 2004.

Disponible en <http://www.uninstraw.org/en/index.php?option=content&task=view&id=37&Itemid=76>

³ Regulación violencia doméstica Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

- Este delito únicamente abarca las relaciones sentimentales heterosexuales, pues solo contempla la violencia ejercida del hombre sobre la mujer, excluyendo cualquier otro tipo de relación de pareja (como, por ejemplo, las relaciones homosexuales).
- Además, la violencia ejercida necesariamente ha de constituir uno de los supuestos enunciados: discriminación, situación de desigualdad y/o relación de poder del hombre sobre la mujer.

Una vez aclarado el ámbito en el que opera dicha normativa, la aprobación de esta Ley en diciembre de 2004 tiene como fin primordial proteger el peligro que pueda implicar la necesidad de la mora del procedimiento, desde que se interpone la denuncia hasta el pronunciamiento definitivo con la sentencia que en su día se dicte, proceso durante el cual adquiere protagonismo la función cautelar para la adopción de medidas de protección para la mujer que adquiere la condición de víctima tras apreciarse indicios suficientes de criminalidad, y la situación objetiva de riesgo.

Con ello, el propósito del presente trabajo es entender el alcance, las diferencias y el procedimiento para la adopción de cada una de estas medidas de protección, para prevenir, erradicar y castigar este tipo de violencia.

2.- La función cautelar.

2.1.- Consideraciones generales y problemas en su aplicación: la presunción de inocencia.

En un procedimiento judicial, independientemente del orden jurisdiccional de que se trate, ya sea civil, penal, contencioso-administrativo o social, son muchos los acaecimientos que pueden acontecer durante el transcurso del procedimiento, y que, por unas razones u otras, pueden hacer peligrar o poner en riesgo el fallo judicial que resuelve sobre el fondo del asunto. Por este motivo, en muchas ocasiones el órgano jurisdiccional competente ha de acordar la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger a las partes del proceso, así como avalar el resultado futuro y garantizar la efectividad de la decisión judicial.

Para entrar al fondo del asunto en cuestión, considero necesario en primer lugar mencionar los procesos judiciales, para así explicar el proceso cautelar como el objeto de la presente investigación. La clasificación de los procesos judiciales más conocida se encuentra diversificada en procesos declarativos, ejecutivos y cautelares. Sin embargo, no todas ellas persiguen el mismo objeto procesal. La razón de ser de estos tres tipos de procesos fundamentales en palabras de Marco Gerardo Monroy (1984)⁴ es que, en los procesos declarativos, hay una pretensión jurídica contestada (*conocimiento*) mientras que, en los segundos, hay una pretensión jurídica reconocida (*ejecución*), pero no satisfecha; y, en los cautelares, la duración del proceso puede poner en peligro la satisfacción de la pretensión jurídica (*conservación*). Dicho con otras palabras, el proceso tiende a reconocer ese derecho que hemos sentido vulnerado, proceso mediante el cual se pretende obtener una sentencia favorable, mientras que, con la medida cautelar asume la función de resguardar la garantía del resultado práctico de la sentencia, no su transformación. Es por ello por lo que, partiendo de esta base, la función declarativa y la ejecutiva, junto con la función cautelar supone la tercera manifestación que compone la función jurisdiccional.

Asimismo, dice Fairén Guillen que la potestad jurisdiccional “*se diversifica en conocer y sentenciar (“notio” y “judicium”), en la de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado; y en la de adoptar medidas para asegurar el conocimiento, así como la sentencia y su ejecución – medidas cautelares –*”⁵. Para brindar y otorgar una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos llevados ante la justicia, a efectos de la correcta valoración y pretensión formulada, pues desde que se ejercita la pretensión hasta que recae sentencia definitiva se necesita de un periodo de tiempo “razonable”, y en ese necesario *iter* del proceso⁶, es preciso proteger el peligro que pueda implicar la necesidad de la mora del procedimiento hasta el pronunciamiento definitivo, dado que las partes pueden recurrir durante este periodo de tiempo a maniobras dilatorias que incidan directamente sobre la

⁴ Gerardo Monroy, M (1984). “*Procesos declarativos, ejecutivos y cautelares*”. (Vol 2, núm 2). Disponible en <http://www.publicacionesicdp.com>. Consultado el 23 de 12 de 2020.

⁵ Fairén Guillen, V. (1992). “*Teoría general del derecho procesal*”. 1º edición Instituto de investigaciones jurídicas Serie G Estudios doctrinales nº 133 pág. 104 pub: en la *Revista de Derecho Procesal, Madrid*, 1950. Recuperado de <https://polancoadrian.files.wordpress.com/2012/01/fairen-victor-teoria-general-de-derecho-procesal1.pdf> Consultado el 11 de enero de 2021.

⁶ Bordalí Salamanca, A. (2001). “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”. *Revista de Derecho*, (Vol. 12, núm. 2), pág. 50-66. Recuperado de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2814/2386>. Consultado el 12 de enero de 2021.

resolución que en su día se dicte. Peligro o riesgo que puede ser aminorado a través del proceso cautelar con la adopción de medidas cautelares. En concordancia, la función de la medida cautelar opera paliando estos efectos negativos de la garantía procesal hasta que el mismo se ejecuta a través del fallo judicial tras el examen de los hechos y pruebas que determinan esta decisión, permitiendo que lo ordenado por el juzgador se cumpla en sus propios términos, y no en otros.

En el proceso penal transcurre la obligatoriedad de dos fases, por un lado, la de instrucción o sumario contemplado en el art. 299 LECrim, y en segundo lugar, la fase del juicio oral o enjuiciamiento⁷, dado que, de no ser así, y realizarse la incoación y el juicio oral el mismo día, no sería necesaria la adopción de medida cautelar alguna a lo largo del procedimiento. La no utilización de medidas cautelares sería algo utópico, ya que el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, un largo periodo de tiempo, durante el cual se pone en peligro, por un lado, la eficacia de éste; y, por otro, la eficacia de la sentencia, si no resulta factible cumplir la condena que en ella se impone⁸.

Una medida cautelar, como la propia Real Academia Española (en adelante, RAE) “*es un instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso.*”⁹ Por tanto, son aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal (medidas de carácter personal) o de disposición patrimonial (medidas de carácter patrimonial), que se adoptan siempre que concurren fundamentos que justifiquen su aplicación durante un proceso (aparición de buen derecho o “*fumus boni iuris*”,

⁷ Según recoge Gimeno Sendra, V. (2004) Derecho procesal penal. Madrid, pág. 481 “*así acontece con los procedimientos simplificados de citación directa o por “flagrante delicto” del derecho comparado*”.

⁸ Manzanares Castillejo, R. (2011) El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal nº 26 /2011 parte Doctrina. “*Es esta circunstancia la que hace necesaria la previsión de medidas cautelares, por medio de las cuales se trata de asegurar tanto que el proceso se produzca, a pesar de la voluntad de las actuaciones en contrario del acusado, como que la sentencia se pueda llegar a cumplir, impidiendo la resistencia que el acusado pudiera oponer*”

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado el 28 de diciembre 2020] “La medida cautelar es una pretensión instrumental, cuya finalidad radica en garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento estimatorio del recurso, de modo que habrá de acordarse, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, si la ejecución del acto o a la aplicación de la disposición pueden hacer perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130.1. de la Ley 29/1998) “ (STS, 3.º, de 29 de octubre de 2014, rec. 1653/2013)

y el peligro de la mora procesal o “*periculum in mora*”¹⁰), para asegurar la efectividad del fallo de la sentencia.

El objetivo perseguido mediante la adopción de medidas cautelares es evitar todo aquel riesgo que, de no haberlo previsto, pudiera suponer un impedimento o un obstáculo para el adecuado desarrollo del proceso, es decir, velar, bien por la seguridad de la sociedad o de la víctima, por asegurar los procedimientos de investigación, o bien, para asegurar la existencia de bienes para una eventual reparación. Por tanto, tiene como finalidad prever anticipadamente una consecuencia previsible para garantizar el buen funcionamiento del proceso; y, en concreto, en el ámbito de la violencia de género, principal tema que vamos a tratar en el presente trabajo, encuentra su finalidad fundamental en la de proteger la vida e integridad de la víctima. En este sentido, la recurrencia a este instrumento ya no solo atiende a fines estrictamente procesales, viéndose desvirtuada la función garantista de la tutela cautelar, utilizándose para fines más allá, como la evitación de la reiteración delictiva y la protección de la víctima.

En España, la medida cautelar es el fiel reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva en defensa de los intereses legítimos previsto en el art. 24 de la Constitución española (en adelante, CE) de 1978 (*STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7º*)¹¹. Sin embargo, ¿resultaría constitucional primar el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la presunción de inocencia del sujeto pasivo al que se impone medidas cautelares?

La adopción de medidas cautelares trae consigo una gran problemática en torno a su aplicación, pues, en el ámbito de la violencia de género en concreto, al tratarse de un tema con especial trascendencia, existe una gran presión mediática. Al otro lado de la cara de la moneda, parece ser que, en ocasiones, por el simple hecho de denunciar al varón por los supuestos malos tratos recibidos, este varón es tachado inmediatamente de “*maltratador*”, encontrándose en un procedimiento judicial abierto sin, *a priori*, haber determinado la veracidad y certeza del relato fáctico de los hechos, pudiendo, en algunos casos, no resultar verídicos ni suficientes. La denuncia por violencia de género produce efectos inmediatos por

¹⁰ Calvet Botella, J. (2003), “*Medidas cautelares civiles*”, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1935, pág. 448 y ss. Consultado el 26 de diciembre de 2020.

¹¹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 14/1992, de 10 de febrero.

el mero hecho de su presentación por parte de la supuesta víctima. Sin embargo, el denunciado, pese a obtener una resolución estimatoria a su favor, carga con una reputación difícilmente reparable. Pues, más aún deberá sorprender al lector, que, no son pocas las ocasiones en las que el sujeto activo realiza artimañas con el objetivo de aprovecharse de los privilegios que otorga la Administración al obtener el estatuto de víctima protegida. Por esta razón, nuestra doctrina¹² prevé estas situaciones con graves repercusiones ante la posibilidad de una denuncia falsa recogidos en el art. 456.1 y 2º CP.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 11.1¹³ establece que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad (...)”*. Asimismo, en nuestro Ordenamiento Jurídico el art. 24.2 CE¹⁴ consagra el derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental de los ciudadanos, en tanto que no se demuestre lo contrario, esto es, que se haya probado la veracidad de la acusación y, por ende, su culpabilidad.

La presunción de inocencia es un principio jurídico que opera como regla general, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y únicamente en los casos en los que a través de un proceso judicial se pruebe lo afirmado por la acusación, la justicia está facultada para imponerle una sanción o una pena. En este sentido cabe preguntarse si la adopción de medidas cautelares no quebranta este derecho fundamental, pues, si aún no se ha demostrado la culpabilidad del investigado, ¿cómo es posible restringir o acotar sus derechos, dando la sensación de una resolución anticipada que dictamine que ya es culpable sin haber recaído aun sentencia firme? A ello respondió el Tribunal Constitucional (ATC 1041/1986, de 3 de diciembre) estableciendo que:

“No puede decirse, en principio, que constituya una infracción de la presunción de inocencia la adopción de medida cautelar en un procedimiento sancionador (...), aun

¹² Mediante Sentencia n.º 30/2017, de fecha 20 de abril, dictada por la Sección 5.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, se condenó a la demandante por acusar a su entonces esposo de unas lesiones que no fueron realizados por éste, siendo autora de un delito de denuncia falsa con la pena de doce meses de multa, a razón de 12 euros diarios, ascendiendo a un total de 4.320€,

¹³ Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A), art. 11.1

¹⁴ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424

antes de que se pruebe la culpabilidad del afectado, ya que tales medidas no son en sí mismas sanciones, ni presuponen constatación o atribución de culpa alguna”¹⁵.

A estos efectos, aclara el Tribunal Constitucional que la adopción de una medida cautelar es compatible con la presunción de inocencia recogida en el art. 24 CE, dado que tal adopción no supone una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, como viene afirmando Joan Picó i Junoy, que resalta que *“ésta se asienta sobre la base de que toda condena o sanción se funde en una actividad probatoria suficiente que, practicada con las debidas garantías, lleve a la infalibilidad racional de culpabilidad del imputado”¹⁶*. No supone una sanción para el sujeto pasivo, sino una previsión de un posible riesgo futuro que se pretende armonizar mediante este instrumento garantizando la adecuación del fin que se persigue.

Es por ello por lo que las medidas cautelares precisan de la concurrencia de unas notas características y presupuestos para su adopción, necesarios para no menoscabar y, por ende, enervar, el derecho a la presunción de inocencia, equilibrando la débil posición del investigado, protegiendo su derecho de defensa a la par que activando la búsqueda de pruebas fehacientes que hagan optar al juzgador por esta necesaria restricción de derechos y libertades.

2.2. Notas características

Para la adopción de las medidas cautelares resulta necesaria la concurrencia de las siguientes notas características o requisitos:

2.2.1. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad se encuentran íntimamente relacionados dado que, para aplicar correctamente este principio es necesario previamente

¹⁵ España. Tribunal Constitucional. (Sección 2º) Auto número 1041/1986, de 3 de diciembre.

¹⁶ Picó I Junoy, J. (2012). *“Las garantías constitucionales del proceso”*. II Parte. Análisis del art. 24 C.E a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional J.M. Bosch Editor. Barcelona. pág. 191-202

concebir un juicio de razonabilidad. Ésta última es una justificación racional¹⁷ previa al ejercicio del análisis de la proporcionalidad. En otros términos, mientras que la razonabilidad es el análisis de la medida en sí misma, la proporcionalidad implica el análisis de la medida, pero en relación a los fines que esta misma busca.

El principio de proporcionalidad implica que la solución que se quiere ofrecer no produzca un mayor perjuicio que la controversia en sí, compensando ser estas medidas adecuadas en méritos al fin perseguido. La adopción de estas medidas se debe basar en un juicio de razonabilidad, ponderándose, de un lado, la motivación y los antecedentes conocidos, y, de otro, su ajuste en atención a criterios razonables, sin que ello suponga una medida desproporcionada ni excesiva, siendo necesaria la realización de una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. Dicho con otras palabras, “*no puede ser peor el remedio que la enfermedad*”¹⁸.

La injerencia del Estado en los Derechos Fundamentales está limitada en cuanto al exceso. No busca que el poder público actúe excediéndose del ejercicio de sus funciones, sino que compromete los derechos fundamentales como mecanismo de actuación necesaria para hacer justicia, causando de adverso el menor perjuicio posible. Esto es, que no se limiten las libertades del encausado más allá de lo estrictamente necesario, no implicando una medida desproporcionada o excesiva en cuanto al fin perseguido.

Para la correcta aplicación de este principio, han de cumplirse una serie de requisitos jurisprudencialmente establecidos: “*idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto*”. (STS 246/2014, 2 de abril de 2014, FJ 5º)¹⁹.

En cuanto a la idoneidad de la medida, toda injerencia del Estado en los derechos fundamentales debe ser idónea a la par que apta para contribuir a la persecución de un fin constitucionalmente legítimo. Esta medida que ha de ser idónea, además, ha de acordarse en

¹⁷ Fernández De Soto Blass, M. L. (2007). Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala. Ed. Dykinson. Madrid pág. 333. Define este precepto guardando que “*abarca tanto la razonabilidad en la clarificación de los hechos, la razonabilidad de la medida adoptada y la razonabilidad del método argumentativo utilizado por la Administración Pública*”

¹⁸ Dicho popular. *Se dice cuándo lo que se supone que va a arreglar un problema al final no hace más que empeorarlo*. Disponible en https://es.wiktionary.org/wiki/ser_peor_el_remedio_que_la_enfermedad

¹⁹ España. Tribunal Supremo. Sentencia número 246/2014, 2 de abril. FJ 5º

los términos estrictamente necesarios para contribuir a la consecución de ese fin, teniéndose en cuenta para ello que entre todas las medidas que pudiesen adoptarse en méritos de alcanzar el objetivo propuesto, se opte por la más benigna y menos perjudicial para el encausado. Comporta la no existencia de una solución más efectiva que la que se haya adoptado. Dicho con otras palabras, que no existan medidas alternativas que sean igualmente eficaces.

Por otro lado, esta interpretación de la proporcionalidad ha de entenderse en sentido estricto, desarrollado por Bernal Pulido de la siguiente manera “*conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general*”²⁰. En resumen, versa sobre la necesidad de obtener un beneficio mayor de un derecho restringido sobre el agravo de otro que se ve sacrificado.

En este sentido, este principio protege la presunción de inocencia, pues el Tribunal Constitucional afirma que solo se encontraría vulnerado este derecho si la adopción de la medida cautelar resultase absolutamente desproporcionada e irracional, y que de dicho exceso se perdiera el carácter asegurador de las mismas para transformarse en punitivas. (STC 24/1999, de 8 de marzo)²¹.

2.2.2. Instrumentalidad y carácter accesorio

No constituyen un fin en sí mismo, sino que son un medio para lograr ese fin. Es decir, son un instrumento a través del cual se pretende garantizar en el proceso judicial que se haga efectiva la sentencia.

²⁰ Bernal Pulido, C. (2003). “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*”, Madrid, Centro de estudios políticos y financieros, pág 42

²¹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 24/1999, de 8 de marzo.

Las medidas cautelares carecen de autonomía e independencia, en tanto que están ligadas al procedimiento principal, a fin de asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte.

En palabras de María Cinta Subirats Aleixandri²² *“la tutela cautelar, aparece configurada en relación a la actuación del derecho sustancial, como la tutela mediata, pues más que para hacer justicia, sirve para asegurar el buen funcionamiento de ésta. Así, una vez se dicta la resolución firme en el proceso, la medida cautelar se queda sin efecto, bien por convertirse en medida ejecutiva, bien por desaparecer totalmente, en el caso de declararse inexistente la situación material garantizada”*.

2.2.3. Provisionalidad

Las medidas cautelares despliegan carácter provisorio en cuanto a su duración, pues su vigencia es temporal. Han de desaparecer cuando ya no sean necesarias, existiendo para cada una de ellas un periodo máximo de duración.

Una derivación de la nota de provisionalidad es lo que se ha dado en llamar la mutabilidad o flexibilidad de las medidas cautelares²³, que importa la exigencia de que en todo tiempo se ajusten a las necesidades del caso y, en consecuencia, aún ejecutoriada, puede modificarse, ampliarse o limitarse a petición de parte; sin perjuicio de la capacidad del Juzgado para decidir de oficio, independientemente de la pretensión intentada por la parte, cuál es la medida más idónea.

Las medidas cautelares despliegan sus efectos mientras se tramita el procedimiento principal, hasta que se dicta la sentencia o resolución procesal que resuelva la controversia, en tanto en cuanto la finalidad de las medidas cautelares es garantizar que la sentencia que en su día dicte, sea susceptible de ser ejecutada

²² Subirats Aleixandri, M^a C., (2001) *“Las medidas cautelares: su instrumentalidad”*, Secretaria judicial, 15 de julio; <https://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>. Consultado el 3 de enero de 2021.

²³ Ramiro Podetti, J. “IV. Tratado de las medidas cautelares” cit. Pág. 25; Martínez B., cit., pág. 82

2.2.4. Variabilidad

Las medidas cautelares pueden estar sujetas a modificación en aquellos casos que ocurren acontecimientos o cambios en el proceso, que pongan en riesgo la efectividad de la sentencia, o en caso de que puedan resultar injustificadas por no tener un derecho aparente.

Son susceptibles de ser revisadas, dado que subsistirán cuando la causa que motivó su adopción permanezca. En cambio, se modificarán si las que llevaron a adoptar la medida se viesen alteradas, incrementando, o, en su caso, disminuyendo, la restricción de las mismas, pudiendo ser alzadas en cualquier momento si existen razones fundadas para ello.

Es decir, la medida va a subsistir en tanto y en cuanto duren las circunstancias que habilitaron al juzgador para otorgarla. Si, por el contrario, cambian las circunstancias que llevaron a adoptar esta medida, son susceptibles de ser modificadas en cualquier momento.

2.2.5. Jurisdiccionalidad:

El juez es el único órgano jurisdiccional que tiene la facultad para adoptar medidas cautelares, debiendo reforzar motivadamente su decisión, teniendo en cuenta su función limitativa de derechos fundamentales. Esta competencia está amparada por el art. 117 CE, estableciendo que ningún otro organismo ostenta la competencia para pronunciarse a este respecto.

Dicha resolución judicial por la que se adopta la medida cautelar revestirá siempre la forma de auto. A estos efectos, ya manifestó el Tribunal Constitucional que *“la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irrazonable no será propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”*²⁴.

²⁴ España. Tribunal Constitucional. (Sala primera) Sentencia número 108/1984, de 26 de noviembre. Recurso de amparo nº 459/1983. FJ 1º

En resumen, si las medidas se adoptan cumpliendo con los requisitos jurisprudencialmente establecidos no se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia²⁵, pues son los parámetros que aseguran la tutela judicial efectiva mediante la ponderación de los diversos principios frente a derechos fundamentales. Por el contrario, si no se respetan tales exigencias, las medidas no serían solo ilegales sino, también, contrarías al derecho fundamental a la presunción de inocencia y por tanto, no conformes a Derecho.

2.3. Presupuestos para su adopción

Para poder adoptar las medidas cautelares han de concurrir una serie de presupuestos que analizaremos a continuación, concretamente:

2.3.1. Apariencia de buen derecho: “*fumus boni iuris*”

Constituye el primer requisito que debe verificar el juez al enfrentarse a la obligación de dictar un auto para adoptar medidas cautelares²⁶. Esta apariencia de buen derecho debe asistir al actor para entender fundamentada su pretensión de adopción de una medida cautelar. El *fumus boni iuris* supone la justificación por parte del actor de la existencia a su favor y contra el sujeto pasivo del derecho que reclama y, por tanto, justifica la adopción de la medida cautelar que solicita.

La acreditación del *fumus boni iuris* es una carga procesal para quien solicita la medida cautelar, es una obligación procesal en el sentido de que no hay sanción alguna prevista por su incumplimiento, pero si puede derivar perjuicios por la falta de acreditación de este derecho, dado que si no se justifica esa apariencia de buen derecho para reclamar, no se acordará la medida cautelar. Es decir, se necesita una alta probabilidad para intuir que la resolución que ponga fin al procedimiento estimará la pretensión del solicitante de la medida cautelar.

Además, hay que tener en cuenta, que la apariencia de buen derecho no implica probar la existencia de ese derecho, pues ese derecho quedará probado o no al final del procedimiento

²⁵ Rebollo Puig, M. (2010) “*Derecho administrativo sancionador*”. 1º edición. Pág 536-537

²⁶ Yirda, A. (Última edición:9 de agosto del 2020). Definición de Fumus Bonis Iuris. Recuperado de: [//conceptodefinicion.de/fumus-bonis-iuris/](http://conceptodefinicion.de/fumus-bonis-iuris/). Consultado el 13 de enero del 2021

y será, en suma, la existencia o no de ese derecho la que condicione la emisión de una sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión, o una sentencia condenatoria o absolutoria, en el caso de un procedimiento de violencia de género.

De lo que se trata en el momento de solicitar la adopción de la medida cautelar es la de acreditar la verosimilitud de lo que se reclama, y para ello bastará con aportar un principio de prueba, que normalmente tendrá carácter documental, pero nada impide que pueda ser de otra naturaleza.

Para mejor comprensión de este presupuesto procedo a contextualizarlo dentro del marco de la violencia de género, pues exigiría en este ámbito la apreciación de indicios racionales de la comisión de un delito (o falta) contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de algunas de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP. Estos indicios es lo que se denominaría “apariencia de buen derecho”²⁷.

Junto al *fumus boni iuris*, se exige que concurra también para adoptar una medida cautelar el *periculum in mora* que pueda generar el proceso desde que se solicita la pretensión hasta que se dicta sentencia.

2.3.2. Peligro por la mora procesal “*periculum in mora*”

Este presupuesto deberá darse de una forma cumulativa con el anterior, pues es necesaria la concurrencia de ambos para la adopción de las medidas cautelares. En este caso lo que se trata de justificar es el peligro que la duración del proceso entraña de cara a la frustración o la inejecución de la sentencia que en el futuro se dicte.

La acreditación de este presupuesto es la existencia de un peligro cierto y concreto. No obstante, dicho riesgo variará en función de cada caso concreto y será apreciable en función de las circunstancias que asistan a cada asunto en particular.

²⁷ Bonilla Correa, J. A.: “*La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género*” en Boletín del Ministerio de Justicia, Año 59, núm. 2002, (págs. 4829 a 4862).

Contextualizado nuevamente a la esfera de la violencia de género, se justificaría dicho peligro mediante la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas previstas en nuestra LECrim. Para apreciar dicha situación se valorarán todos los hechos de manera que permitan hacer una valoración del riesgo lo más exacta posible. A estos efectos, el art. 31 de la LO 1/2004, establece la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de realizar todas las labores de búsqueda y averiguación posibles tendentes a determinar la intensidad del riesgo que soporta la víctima, así como la determinación de las medidas policiales y judiciales apropiadas para su efectiva protección.

Con este objetivo se aprueba el “Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia sobre la mujer en los supuestos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”²⁸ a través de la Instrucción 10/2007 de 10 de julio de la Secretaría de Estado de Seguridad, modificada posteriormente por la Instrucción 5/2008 de 18 de julio.

3. Aplicado al ámbito de violencia de género: la orden de protección

3.1. ¿Por qué nos referimos a la Orden de protección del art. 544 ter LECrim y no a las medidas cautelares del art. 544 bis del mismo cuerpo legal?: Estatuto de protección integral de la víctima.

Aplicada la teoría expuesta en el apartado anterior a los procedimientos de violencia de género, es importante hacer un breve inciso antes de entrar en el fondo del asunto en cuestión respecto de la Orden de protección regulada en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, “LECrim”) y las medidas cautelares que se pueden adoptar al amparo del art. 544 bis del mismo cuerpo legal, ya que, a simple vista, pueden parecer conceptos similares, que, sin embargo, no lo son, pues poseen distinto ámbito, naturaleza jurídica y alcance. Pues, la orden de protección en sí no es una medida cautelar *stricto sensu*, como veremos a continuación.

²⁸Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia sobre la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Documento disponible en <https://www.poderjudicial.es>

En la práctica, a veces se confunden la aplicación técnico-jurídica de las resoluciones que acuerda la orden de protección y la que acuerdan las medidas, no teniendo un carácter sustitutivo las segundas respecto de las primeras.

La diferencia más clara y notoria es la derivada del hecho de que la aplicación de las medidas del artículo 544 bis no conceden el estatus de protección integral de la víctima como “víctima de violencia de género”. Por el contrario, la aplicación de la Orden de protección del artículo 544 ter LECrim sí trae emparejado este estatuto de víctima de violencia de género, pudiendo ser beneficiaria la víctima, por tanto, de ayudas y asistencias sociales varias²⁹. Procedamos al análisis de ambas:

El art. 544 bis LECrim en cuanto a medidas cautelares, dispone lo siguiente:

“En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.”

Este artículo nos remite a los delitos contemplados en el art. 57 CP, en concreto:

“Los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”.

²⁹ En este sentido, GALDEANO SANTAMARÍA, A., Fiscal Decana de Violencia de Género de Madrid., 11“Medidas cautelares en Violencia de Género: servicio de guardia”, ponencia “El fiscal en el Juzgado de Guardia, (1º edición), publicado en www.fiscal.es (ponencias formación continuada),30 mayo 2013, pág. 2

Respecto a la Orden de Protección, regulada en el art. 544 ter LECrim establece que:

“dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.”

Dicho artículo se refiere a las personas comprendidas en el art. 173.2 CP, precisamente:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados(...)”.

Ahora bien, ¿en qué se diferencian? Si observamos ambos artículos, tanto el art. 544 bis como el art. 544 ter imponen la prohibición de aproximarse y/o de comunicarse con la víctima. La única diferencia es que el art. 544 bis se establece a nivel genérico, es decir, es un apartado no solo previsto para las personas pertenecientes al ámbito familiar, sino que se puede aplicar sobre cualquier sujeto, independientemente de la relación afectiva o análoga entre las partes, incluso si no hay relación afectiva o análoga, como puede ser el caso de un vecino. En consecuencia, estas medidas son aplicables a todos aquellos ciudadanos sobre los que exista un riesgo para su vida, a quienes la ley también protege. En definitiva, establece una prohibición de aproximarse o de comunicarse a cualquier persona de manera genérica.

En cambio, el art. 544 ter establece la misma prohibición de aproximarse y/o comunicarse con la víctima, pero a diferencia del anterior, únicamente es aplicable dentro del ámbito familiar, y, en concreto, en los casos apreciables de violencia de género. Es decir, se acuerda este instrumento en las siguientes relaciones: de padres a hijos, de hijos a padres, de la mujer al marido o del marido a la mujer. Entonces, cuando un juez tiene que dictar una orden de protección, cabe preguntarse, ¿debe acordar las medidas cautelares de protección de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima que consagra el art. 544 bis LECrim o el art. 544 ter del mismo cuerpo legal?

Aunque en principio podemos decir que en materia de violencia de género se puede utilizar uno u otro, existen unas diferencias entre usar el genérico (*bis*), o el *ter*, que es la orden de protección en sentido estricto.

La diferencia radica en que para que el juzgador pueda acordar una orden de protección, es decir, la que es únicamente para el ámbito familiar, y, por ende, la violencia de género previamente necesita hacer una comparecencia, escuchar a la víctima y también al investigado, y posteriormente valorar y considerar las circunstancias para tomar una decisión fundamentada, que se resuelve mediante auto recurrible en apelación.

En cambio, para acordar la medida del art.544 bis, no es necesario escuchar ni a la víctima ni al investigado. Dicho precepto permite la posibilidad de escuchar a la víctima y acordar la medida cautelar, o bien, acordar la medida cautelar sin necesidad de escuchar a ninguna de las partes cuando existan suficientes indicios racionales de criminalidad y una situación objetiva de riesgo para la víctima.

Otra diferencia radica en que en la orden de protección propiamente dicha (544 ter LECrim), es necesario que comparezca el Ministerio Fiscal (en adelante “MF”), mientras que, para acordar la medida cautelar genérica (544 bis LECrim) no es necesaria la citación del fiscal, salvo que la intervención del MF sea preceptiva por otros motivos.

La orden de protección consta de una parte penal (prohibición de aproximarse y/o comunicarse) pero también puede comprender en algunos supuestos la adopción de medidas cautelares civiles (véase, por ejemplo, el caso de un matrimonio al que se le impone al

investigado la prohibición de aproximarse a la víctima y se atribuye el uso y disfrute de la vivienda, la custodia de los hijos, entre otras, a la víctima) mientras que, en el genérico, solo hay parte penal: la prohibición de comunicarse y/o aproximarse a la víctima.

Por tanto ¿el Juez debe acordar órdenes de protección o medidas cautelares genéricas? Ello dependerá del supuesto ante el que nos encontremos. Lo conveniente o lo que siempre se pretende es acordar órdenes de protección, porque significa que se cita a declarar a las dos partes, víctima e investigado. La prohibición de comunicarse y/o aproximarse es una medida que limita los derechos fundamentales de una persona, por lo que, lógicamente, es conveniente que ambos sujetos sean oídos en declaración. Sin embargo, en ocasiones resulta imposible oír a las dos partes. Imagínense el supuesto en el cual se recibe un atestado donde una mujer ha sufrido una fuerte agresión por parte de su pareja y se encuentra ingresada en el hospital, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ponen a disposición judicial al detenido. En este caso no se podría dictar una orden de protección porque la mujer está en el hospital y no es conveniente que se acuda a tomar declaración, no pudiendo acordar la orden de protección del art. 544 *ter*. En cambio, si se puede optar por la adopción de las medidas cautelares del art. 544 *bis* sin necesidad de escuchar a las dos partes. Por la seguridad de la propia víctima sería conveniente que, si acordamos la libertad del investigado, se le pueda imponer la medida cautelar del art 544 *bis* de prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima, asegurando que no pueda mandar correos ni realizar llamadas mientras ésta se encuentra ingresada, ni se acerque al hospital, a fin de garantizar la seguridad de la víctima.

También existen supuestos en que una mujer denuncia a su pareja, quien se encuentra en paradero desconocido y no es posible su localización. Pese a ello, los hechos relatados en la denuncia resultan de una gravedad que merece que se acuerde una medida cautelar. En este caso, aunque el investigado esté en paradero desconocido, no se puede acordar una orden de protección porque no le puedo escuchar a él, pero si se podría dictar medida cautelar genérica.

Esta prohibición de comunicarse y/o aproximarse a la víctima, tanto del 544 *ter* como del 544 *bis*, tiene los mismos efectos y supone la misma protección para la víctima.

Por tanto, en méritos de lo hasta ahora expuesto, pese a no poder llevarse a cabo la preceptiva comparecencia para adoptar la orden de protección, bien porque el investigado se encuentre

en paradero desconocido, o bien porque las circunstancias no permitan tomar declaración a la víctima, entre otros supuestos, se podrá adoptar una de las medidas cautelares contempladas en el art. 544 bis LECrim. En ninguno de estos casos, en los cuales se establece una medida por imposibilidad de dictar orden de protección, se está sustituyendo ésta, y se intentará en todo momento celebrar la audiencia calificada de urgente para escuchar a ambas partes, y, si procediese, resolver sobre la orden de protección y otorgar finalmente a la víctima dicho estatuto de protección integral³⁰. En consecuencia, el art. 544 *bis* LECrim será de aplicación en los casos enumerados con anterioridad, pero, en caso de poder seguirse los trámites del 544 *ter* LECrim, serán éstos los que se sigan, adoptándose, en su caso, la orden de protección en los términos procedentes para el caso concreto.

La orden de protección otorga una mayor protección a la víctima, habilitando, además, el *status* de “protección integral de la víctima”, que veremos más adelante, y que conlleva la consiguiente aplicación de medidas de naturaleza penal, civil y/o de carácter o asistencia social que posibilita a la víctima a reclamar sus derechos y hacerlos valer frente a las distintas administraciones públicas. Por el contrario, la adopción de medidas cautelares del art. 544 *bis*, no activa dicho estatuto para la víctima.

El fundamento de la orden de protección se encuentra en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica³¹, en concordancia con el artículo 544 *ter* LECrim³², con el art. 62 LVG³³ y el Protocolo de

³⁰ Cfr. Galdeano Santamaría, A., “Medidas cautelares en Violencia de Género”, cit., pág. 3. Disponible en www.fiscal.es Consultado el 16 de febrero de 2021.

³¹ Apartado II de la exposición de motivos de la Ley 27/2003 de 31 de Julio, indica que la orden de protección “*Unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva 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 esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.*”

³² El art. 544 *ter* en su apartado primero establece que “*el Juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, a, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*”

³³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado*, 303, de 29 de diciembre de 2004, Referencia: BOE-A-2004-21760.

implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica³⁴ de la Comisión de seguimiento de la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica, incorporó la Orden de protección como estatuto integral de la víctima de la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género, y ello mediante una acción coordinada que aunara tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las orientadas "*a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia*", (STS 664/2018, 17 de Diciembre de 2018)³⁵. Es decir, la Orden de protección abarca medidas también de otra naturaleza que permitan la protección de la víctima, no sólo medidas cautelares. De esta manera puede apreciarse que, el ámbito de aplicación de la orden de protección opera exclusivamente en los procesos de violencia doméstica y de género, y en la investigación de delitos a los que expresamente prevé el legislador en el art. 544.1 *ter* de la LECrim. Por el contrario, las medidas cautelares operan en un ámbito mucho más amplio, pudiendo acordarse las mismas respecto de cualquiera de los delitos mencionados en el art. 57 CP³⁶, como hemos analizado en los apartados anteriores.

La Orden de protección es un instrumento, decisión o resolución judicial que se adopta en un procedimiento incoado por la existencia de indicios suficientes para creer en la comisión de delitos o faltas de violencia de género o doméstica en el que se aprecie que exista una *situación objetiva de riesgo para la víctima*³⁷, mediante la cual se confiere a dicha víctima un "estatus" de protección integral³⁸, comprendiendo y dando lugar éste estatuto a que el

³⁴ Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ): Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, 2004, disponible en www.poderjudicial.es

³⁵ España. Tribunal Supremo (Sala segunda de lo Penal) Sentencia núm. 664/2018 de 17 de diciembre.

³⁶ delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico [...].

³⁷ Pronóstico de peligro futuro de que la persona investigada atentará contra bienes jurídicos de la víctima. Y, en caso de que se objetive el mismo, será necesaria la protección de la víctima y las medidas que se adopten deben estar debidamente justificadas, ya que conllevarán la pérdida temporal de derechos.

³⁸ «Estatuto de mujer maltratada, resolución que supone un título habilitante para la víctima para acceder a los organismos para poder reclamar los derechos que la ley confiere a dicho estatuto. Las medidas cautelares por sí solas no constituyen este título.»

Juez adopte las medidas cautelares civiles, penales y/o de asistencia o protección social previstas en nuestro ordenamiento que sean necesarias conforme a las circunstancias de cada caso para garantizar y velar por su protección.

En consecuencia, con la orden de protección se ordena la protección de la víctima mediante la adopción de medidas cautelares de protección. Así, el Consejo General del Poder Judicial establece que *“la Orden de Protección es una resolución judicial que consagra el “estatuto de protección integral” de las víctimas de violencia doméstica, mediante la adopción, por un mismo órgano jurisdiccional, de medidas cautelares penales y civiles, activando otras medidas de asistencia social”*³⁹.

Finalmente, la obtención del estatuto de protección de integral de la víctima, título que recibe inmediatamente la mujer maltratada tras acordarse la orden de protección, supone la acreditación de la condición de víctima. Este estatuto es un título que habilita, además de ser requisito imprescindible para acceder al sistema de protección social, el derecho a reclamar los “privilegios” a los distintos organismos; privilegios que se traducen en derechos que la ley confiere a dicho estatuto. Éstos facultan a la víctima a ser beneficiaria de distintas ayudas y prestaciones, tanto económicas como asistenciales y sociales ante distintas autoridades o administraciones públicas, conforme se expone, en detalle, a continuación.

3.2. Contenido de la orden de protección

3.2. Medidas cautelares penales

3.2.1. Prohibición de aproximación

La prohibición de aproximarse a la víctima, comúnmente denominada orden de alejamiento se encuentra regulada en los arts. 64.3 y 4 de la LIVG; y en los ya mencionados artículos de 544 *bis* y *ter* de la LECrim.

³⁹Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-ordende-proteccion/>

Es una medida cautelar privativa de la libertad mediante la cual se ordena al presunto agresor la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, además de la prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima. Esta prohibición alcanza cualquier lugar en el que se encuentre o frecuente la persona protegida, incluido el domicilio y lugar de trabajo, entre otros.

Así se desprende del art. 64 de la LOMPIVG en su apartado 3) en el tercer párrafo del mismo, el cual exige además la fijación por el Juez de una distancia mínima entre inculcado (presunto agresor) y la persona protegida que no se podrá rebasar bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal, distancia que el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de la Violencia Domestica y de Genero⁴⁰ recomienda⁴¹, como mínimo, en quinientos metros para evitar la confrontación visual entre ambos.

Esta medida se adopta por el Juzgado en fase de instrucción, como medida cautelar, si se aprecian motivos fundados para ello, y tendrá vigencia hasta la finalización del proceso penal. Al concluir el proceso, en caso de sentencia condenatoria, dicha medida aparecerá en el fallo de la sentencia, pudiendo oscilar su duración entre un (1) mes y diez (10) años, siendo estos límites graduados en función de la gravedad como establece el art. 40.3 CP, y sin perjuicio de su ulterior modificación o alzamiento.

Sin embargo, desde el punto de vista del investigado, puede resultar una medida perjudicial en caso de dictarse sentencia absolutoria, pues se podría considerar que ha existido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y se ha causado indefensión, ambos derechos consagrados en el art. 24.1. CE, al haberse dictado una sentencia absolutoria pero,

⁴⁰ Vid. Apartado II.A del citado Protocolo, aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Su contenido es accesible en la web www.poderjudicial.es

⁴¹ Como señala SENÉS («Las órdenes de alejamiento...», op. Cit., p.2) no obstante este parámetro tendencial, la repercusión que la orden de alejamiento puede tener en la vida cotidiana del agresor – y, en particular, en su actividad laboral – puede conllevar la necesaria modulación de la distancia de seguridad, que puede ser minorada por el órgano jurisdiccional para un concreto ámbito – el laboral – en el marco de una prohibición mas amplia (así, por ejemplo, *STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2006, dictada en un proceso de despido que la empresa fundamento en el cumplimiento de la orden de alejamiento impuesta al trabajador frente a su esposa, con la que compartía centro de trabajo*).

durante el proceso, haberse impuesto al investigado la prohibición de aproximarse a la víctima.

En cuanto a la vulneración del derecho a no padecer indefensión, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 60/2010, de 7 de octubre, establece que aquella no se produce "*porque la voluntad contraria de la víctima no sea impeditiva de la aplicación de la pena de alejamiento*", puesto que la víctima siempre puede constituirse en parte y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como alegar lo que mayor convenga a sus intereses, "*sin que ello conlleve, claro está, la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial*"⁴². No obstante, se entiende que cuando el Juez adopta esta medida cautelar penal es para proteger un bien jurídico protegido mayor, esto es, la integridad física y moral de la víctima, ante un riesgo realmente constatado.

Ahora bien, a modo de ejemplo, imaginemos que el Juez, como medida cautelar durante un proceso judicial ha impuesto a D. Francisco, esposo de D^a. Estela, la prohibición de aproximación a menos de quinientos (500) metros, ni a su domicilio ni lugar de trabajo. También le prohíbe comunicarse con ella hasta que se dicte sentencia firme. Sin embargo, vuelven a contactar, D^a. Estela le perdona, deciden retomar su relación y D. Francisco vuelve a casa para vivir con ella, encontrándose el procedimiento abierto y antes de haberse resuelto. En este caso, si D^a. Estela no solicitó al juez la suspensión de la orden y éste no acordó en tal sentido, se estaría incumpliendo la medida cautelar penal impuesta por el juzgador, lo que supone un delito de quebrantamiento previsto en el art. 468 CP.

En este caso, surge la duda acerca de si la víctima en estos supuestos podría considerarse cooperadora necesaria, pues ¿qué ocurre cuando es la víctima quien propone o accede bajo su propia voluntad a retomar el contacto o convivir nuevamente con el presunto agresor?

En tanto en cuanto el art. 468.2 CP establece que el consentimiento de la víctima no impide el delito de quebrantamiento, cuando ésta es quien lo induce, los Tribunales parecen no dejar claro si la víctima en este caso también estaría cometiendo un delito, pues, existe un sector que considera que está cometiendo un delito como se desprende de la Sentencia de la

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional número 60/2010, de 7 de octubre de 2010, FJ 4º.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª) de 4 febrero de 2009, estableciendo que: *“actuando con ese conocimiento y sabedora de la vigencia de la medida cautelar acudió voluntariamente al encuentro con Mariano, de lo que se desprende el ánimo de incumplir con la resolución judicial [...] Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de X sin la cual el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el obligado no se hubiera producido»*. Sin embargo, otro sector, considera que, al no recaer dicha prohibición sobre la víctima, sino sobre el hombre, no estaría cometiendo delito alguno.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2ª) de 10 mayo de 2011, al pronunciar que: *“el hecho de que la mujer consintiera el acercamiento no puede hacerla cooperadora necesaria en la conducta de quien incumple la prohibición de acercarse, si tal prohibición solo a este fue impuesta. Es claro que la mujer protegida no puede ser autora material del delito especial propio del artículo 468.2 Código Penal en supuestos como el presente en que no es destinataria de la prohibición, por tanto, no es la obligada a su cumplimiento”*. Por tanto, existe un abanico de posibilidades de considerar a la víctima como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento, o, por el contrario, considerar que no comete delito alguno, para ello, los juzgadores se atienen a las circunstancias y ponderación de la gravedad de cada caso concreto.

Y todo ello, puesto que la medida solo puede ser revocada por el mismo órgano que la dictó, y de ser así, se tendrán que presentar tantas pruebas fehacientes como fueran posibles para considerar que la situación que llevó a adoptar esta medida y los hechos que la motivaron, hayan desaparecido. La víctima no puede decidir acerca de la vigencia de dicha medida a su libre albedrío⁴³, correspondiendo la decisión al juzgador, dado que estamos ante medidas que suponen una restricción privativa de la libertad y de los derechos fundamentales. Tal criterio lo impuso el Tribunal Supremo en la Sentencia número 20/2009, de 29 de enero, en la que

⁴³ Las SSTS 10/2007 de 19 de enero y 775/2007 de 28 de septiembre comenzaron a cuestionar la disponibilidad por parte de la víctima de los bienes jurídicos que la norma trata de proteger. El 25 de noviembre de 2008 el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aprobó como acuerdo la siguiente conclusión *«el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del Artículo 468 C.P .»*. Se excluye, por tanto, toda eficacia del consentimiento, expreso o tácito, otorgado por la víctima, para la reanudación de los encuentros o de la convivencia.

fija la irrelevancia absoluta del consentimiento prestado por la víctima a la reanudación de la convivencia, independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido.

3.2.2. Suspensión de las comunicaciones

La suspensión de las comunicaciones encuentra su base normativa en el citado art. 64 LVG, apartado 4) en cuya virtud “*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.*” en concurrencia con los ya mencionados arts. 544 *bis* y *ter* de la LECrim.

Por tanto, la prohibición de comunicación ha de entenderse en un sentido amplio. Por un lado, no contiene una lista tasada de los medios de comunicación a los que esta prohibición se refiere, sino que directamente alude a «*toda*» clase de comunicación, y, por otro lado, se entiende que esta prohibición abarca no sólo el contacto directo con la víctima, sino también el indirecto con cualquier otra persona que se indique, advirtiendo al presunto agresor que en caso de quebrantamiento incurrirá en responsabilidad penal⁴⁴.

Es decir, la prohibición obedece a las restricciones de comunicación entre el investigado y la víctima, que no implica una proximidad física, sino que impide al agresor o presunto agresor, establecer con la víctima y personas que se indiquen, contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informativo o telemático. La prohibición incluye tanto la comunicación en persona como a través de medios mecánicos, electrónicos (contestadores, porteros automáticos o telefonillos) o telemáticos (SMS, WhatsApp, foros, correo electrónico, redes sociales, etc.)⁴⁵ Por tanto, alcanza cualquier establecimiento de comunicación entre ambos.

El Tribunal Supremo se pronuncia a este respecto en la Sentencia número 303/2018, de 18 de junio, en su fundamento tercero al afirmar que “*debe quedar también claro que no se precisa una comunicación directa del acusado con la denunciante para que se infrinja la*

⁴⁴ Art.468 CP, modificado por el art.40 LIVG.

⁴⁵ De Hoyos Sancho, M. (2009). “*Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*” cap. Las medidas cautelares en los procesos de violencia de género, Valladolid, septiembre 2009, 1º edición, pág. 580.

orden de incomunicación, ya que ésta puede también vulnerarse valiéndose de medios indirectos que operen como instrumentos de la comunicación, como pudiera ser en este caso una amiga de la víctima”⁴⁶.

3.2.3. Salida del domicilio

El art. 64.1. LVG en su primer apartado reza que *“el Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado 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”*.

Cuando aún no se encontraba regulada legalmente la violencia de género, lo habitual era que la víctima fuese quien abandonase el domicilio para escapar del agresor en busca de un nuevo lugar donde residir. Sin embargo, los tiempos han cambiado, y se ofrece a estas víctimas una mayor seguridad y protección, siendo el agresor el que ha de salir de la vivienda, independientemente de la titularidad de la misma, como veremos más adelante.

En algunos casos, de manera excepcional, como recoge el art. 64 LVG en su segundo apartado, a la mujer, víctima de violencia de género, se le concede una permuta mediante autorización judicial. Es decir, el cambio de uso de la vivienda familiar por otra vivienda durante el tiempo y condiciones que se determinen. Esta consideración es reforzada por la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, consagra para las mujeres víctimas de Violencia de Género el acceso prioritario a una vivienda con protección pública, que garantiza a las mujeres víctimas de violencia el acceso prioritario a una vivienda con protección pública⁴⁷. Sin embargo, esta teoría en la práctica no es tan común dado que las agencias públicas de arrendamiento de viviendas no cuentan con los medios y recursos suficientes para abastecer a todas las mujeres inmersas en un proceso de violencia de género. Además, tanto para concertar esta nueva vivienda como ordenar la salida del agresor del domicilio, el legislador prevé que se ha de estudiar las

⁴⁶ España. Tribunal Supremo (Sala segunda, de lo Penal). Sentencia número 303/2018, de 20 de junio de 2018.

⁴⁷ Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, consagra para las mujeres víctimas de Violencia de Género el acceso prioritario a una vivienda con protección pública (art. 17).

circunstancias personales en función de cada caso, en concreto, la situación laboral y económica de los mismos.

Esta medida ha traído consigo una larga controversia dado que, en los procedimientos de violencia de género, la competencia territorial es atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del lugar del domicilio de la víctima. No opera la misma regla en el orden penal, en el que la competencia territorial atiende, por el contrario, al lugar de la comisión del delito, y solo en caso de defecto del mismo, puede arbitrarse otros fueros subsidiarios⁴⁸.

Ello es así pues entiende que, pese a que esta medida tiene como objetivo proteger a la víctima violencia de género, un mero cambio de domicilio de la víctima podría frustrar la finalidad de la norma, suponiendo una carga excesiva para los juzgados, pues les obligaría a inhibirse en favor del Juzgado competente territorialmente cada vez que la víctima decidiera cambiar de domicilio. En dicho supuesto se estaría dejando al arbitrio de la víctima la elección del Juez territorialmente competente, vulnerando el principio de perpetuación de la jurisdicción o “*perpetuatio jurisdictionis*”, en virtud del cual los cambios posteriores de domicilio o datos que sirvieron para fijar la competencia territorial no afectarán al proceso en curso.

Por tanto, el concepto de domicilio entendido como el lugar donde tenga su residencia habitual la víctima – art 40 CC – no aplica la nota de «*habitualidad*» en todo su esplendor, pues hay supuestos en los que la víctima ha cambiado de domicilio como motivo de protección ante las situaciones de violencia de género, conductas delictivas de las que son objeto. Precisamente por este motivo, es por el cual el legislador introduce en el art. 64.1. LVG la previsión de la salida del domicilio del agresor o presunto agresor, evitando de esta manera que sea la víctima quien abandone el domicilio familiar.

Ahora bien, siguiendo esta línea, se han suscitado dudas acerca de la titularidad del inmueble. ¿Se puede ordenar la salida de la vivienda habitual pese a que la titularidad de la misma pertenezca al agresor? El art. 96 CC en cuanto a la atribución y uso de la vivienda responde

⁴⁸ En este sentido se pronuncia el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer sobre el art. 15 LECrim. “*El lugar de comisión es inalterable por voluntad de las partes, el hecho se comete donde tiene efectivamente lugar; por el contrario, el determinar la competencia en función del domicilio de la víctima es alterable por la voluntad de ella*”.

a esta pregunta estableciendo que la vivienda se atribuirá al cónyuge en cuya compañía queden los hijos ostentando la guarda y custodia.

Sin embargo, aun cuando no existan hijos, el citado precepto en su tercer párrafo establece que *“no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*.

Así, esta medida ha de tomarse en consideración con independencia de la titularidad del derecho real o personal en virtud del cual se ocupa la vivienda, primando en todo caso el principio del interés más digno de protección para la víctima. En este caso, el Juez goza de un amplio margen de discrecionalidad sobre este campo para atender a las circunstancias concretas de cada caso y resolver sobre el fondo en cuestión.

3.2.4. Prohibición de volver al lugar del delito

Ahora debemos prestar atención al art. 544.bis LECrim en su segundo párrafo, en virtud del cual *“en las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas [...]”*. Así, se puede apreciar como el legislador prevé que el agresor no pueda volver al lugar del delito, garantizando así la distancia entre ambas partes y protegiendo a la víctima de futuras posibles agresiones, y al art. 57 CP en relación con el art. 48⁴⁹ del mismo cuerpo legal.

Esta medida guarda una estrecha relación con las anteriores ya explicadas, pues están ligadas, es decir, esta prohibición es consecuencia de la adopción del resto. Esto es así dado que, si se impone una orden de alejamiento, o bien, se prohíbe cualquier tipo de comunicación directa o indirecta con la víctima o personas que se indiquen, o bien, se ordene la salida del domicilio y se atribuya la vivienda a la mujer, se entiende implícita en todas ellas la prohibición del agresor de volver al lugar del delito. Pues, por el contrario, en caso de volver

⁴⁹ Art. 48.1 CP establece que *“la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos”*

al lugar del delito, se estaría quebrantando la medida cautelar impuesta, pues el lugar del delito en violencia de género abarca todos aquellos lugares en los que la víctima se encuentra o frecuenta, ya sea el domicilio habitual, el lugar de trabajo, el restaurante al que acude todas las semanas con sus amistades o su centro médico, entre otros. Dicha prohibición podrá tener una duración máxima de diez (10) años⁵⁰, susceptible de ser modificada o alzada si se alterasen las circunstancias y/o hechos que motivaron su adopción.

3.2.5. Detención

La detención en los procedimientos de violencia de género presenta escasas especialidades en cuanto al resto de procesos. En primer lugar, podríamos definir la detención como una medida privativa de la libertad de un sujeto por tiempo limitado, y ello como consecuencia de ser sospechoso de cometer o haber cometido un delito, con la finalidad primordial de ser puesto a disposición judicial y valorar si procede acordar la libertad provisional del detenido o el ingreso provisional en prisión (art. 502 y ss. LECrim).

Podrá ser adoptada esta medida porque exista un alto riesgo para la seguridad de la víctima, o un riesgo real de fuga, ocultamiento o destrucción de pruebas. Por supuesto, en casos de quebrantamiento de medidas cautelares, de seguridad o de condena, esta será la primera medida en entrar en juego como veremos a continuación. Otro supuesto muy común tiene lugar cuando el investigado es citado para declarar y no comparece.

Ahora bien, retomando el ámbito de la violencia de género, las medidas cautelares se imponen por el Juzgador con el fin de garantizar una mayor protección y descartar así una conducta reincidente que atente contra la integridad física y/o moral de la víctima. En caso de que el presunto agresor no cumpla con dichas medidas, estaríamos ante un delito de quebrantamiento de medida cautelar contemplado tanto en los art. 486 y ss. LECrim, y en el art. 468.2 del CP⁵¹, el cual dispone que:

⁵⁰ Art. 40 redactado por el apartado séptimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). *Vigencia: 1 octubre 2004*

⁵¹ Art.40 LOMPIVG sobre el quebrantamiento de condena. Se modifica el artículo 468 CP que queda redactado de la siguiente forma: «1. *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar,*

“Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”

Ello conllevaría un incremento real y constatado de la situación de riesgo objetivo para la víctima, debiendo procederse en este caso a la inmediata detención del infractor y su posterior e inmediata puesta a disposición judicial.

Esta detención debe restringirse al tiempo estrictamente necesario. No puede durar más del tiempo máximo permitido, esto es, setenta y dos (72) horas, transcurridas las cuales se debe de poner al sujeto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, por lo que en este aspecto no encontramos ninguna especialidad en cuanto al resto de procedimientos.

Por otro lado, dispone el art. 492 que *“la Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener”*, además de a los sujetos que se encuentren en los casos del art. 490 –flagrancia, fuga y rebeldía–, al sujeto sobre el que exista un pronunciamiento judicial, estimando que concurren indicios racionales de criminalidad –“investigado”–, así como a aquellos sobre los que, no existiendo actuaciones judiciales incoadas por los hechos, concurren motivos racionalmente bastantes para considerar sospechosos de haber participado en la comisión de un hecho que presenta caracteres de delito –en este caso, v.gr., la agresión a una mujer por parte de su pareja–⁵².

En caso de comisión de un delito de quebrantamiento de la medida cautelar impuesta, el detenido será puesto a disposición judicial del Juzgado de Violencia contra la Mujer, o

conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos».

⁵² Como expone DE HOYOS SANCHO, M. en el capítulo de sus propuestas de actuación policial: alternativas a la detención del sospechoso como medida cautelar previa a la resolución judicial. en *“Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas violencia de género”* ARAGUEÑA FANEGO, C; CABRERA MERCADO, R. (Coord.), pág. 16, accesible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/libro_12_analisismedidas.pdf

Juzgado de Instrucción (de guardia) más próximo cuando no fuese posible el primero, para decidir acerca de su situación personal.

En lugar de acordarse su puesta en libertad, se podrá acordar el ingreso provisional en prisión, explicada en el apartado siguiente, para lo que se deberá tener en cuenta la incidencia del cumplimiento, así como la gravedad, el riesgo que podría suponer, motivos y circunstancias; o bien se podrá adoptar cualquier otra medida cautelar que implique una mayor limitación de los derechos del agresor, incrementándose la misma de los términos que ya se hubiesen establecido.

3.2.6. Prisión provisional

La naturaleza de la prisión provisional viene siendo objeto de discusión en el seno de la doctrina, pues la reforma de la LO 2003 cambia nuestra perspectiva y pone especial énfasis en la necesidad de protección de la víctima de violencia de género. Por lo que puede interpretarse que esta institución tenga una doble dimensión: de un lado, estamos ante una medida cautelar destinada a garantizar la ejecución de los pronunciamientos que se dicten en el fallo judicial, anticipando posibles efectos que puedan obstaculizar e impedir el adecuado desarrollo del procedimiento, y, de otro lado, se trata de una medida provisional de carácter personal de protección de la víctima, directamente relacionada con el riesgo y peligrosidad que supone la persona de su agresor.

Tiene como finalidad la evitación de la reiteración delictiva y la protección de la víctima⁵³, entre otras, como expondremos a continuación.

Siguiendo la misma línea, la prisión provisional es una medida de carácter personal y encuentra su regulación en el art. 502 y ss. LECrim, la cual establece que la autoridad judicial podrá decretar la prisión provisional cuando lo estime oportuno para garantizar la protección de la mujer agredida. Para tomar esta medida, se ha de tener en consideración todas las variables (riesgo, gravedad, reincidencia, etc.) ya que estamos ante una medida cautelar que supone una medida excepcional, pues es la más restrictiva del derecho a la libertad del

⁵³ España. Audiencia Provincial de Barcelona. Auto número 25/2011, de 21 de Enero de 2011 .

agresor, adoptándose únicamente cuando *“objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”* (art. 502.2 LECrim).

De esta manera, solamente podrá ser adoptada la prisión provisional si concurren las siguientes notas características:

- **Legalidad:** es una medida cautelar privativa del derecho a la libertad que nos reconoce nuestra Constitución en el art.17.1, que reza que *“nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”*. Por ello, ha de atenerse a lo establecido en la Ley, pues solo puede adoptarse esta medida por imperativo constitucional y debe estar prevista en los supuestos legales debiendo ser adoptada por el procedimiento legalmente regulado.
- **Excepcionalidad:** por regla general en nuestro ordenamiento jurídico opera el derecho a la libertad, mientras que la prisión provisional es la excepción.
- **Temporalidad:** al igual que el resto de medidas cautelares, tiene carácter provisional. La prisión provisional persistirá mientras persistan las circunstancias que motivaron a su adopción, susceptible de que los términos en los que se haya acordado puedan ser modificados si se alteran las circunstancias que la motivaron o, debiendo alzarse cuando éstos hayan desaparecido. En este sentido, el artículo 504.1 LECrim dispone que *“la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”*.
- **Necesidad, proporcionalidad y motivación reforzada:** para decidir acerca de la situación personal del imputado, tal y como reconoce el art. 506.1 LECrim, dicha decisión revestirá la forma de auto expresando los motivos por los que la adopción de la prisión provisional se considera necesaria y proporcionada en balance a los fines que lo justifican.

Por otro lado, la razón de la motivación reforzada encuentra su base en que el imputado pueda entender los motivos y razones que existieron para ver sacrificado su

derecho a la libertad, con especial mención de la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos. De esta manera, se pronuncia el Tribunal Constitucional (STC 116/1998, 2 de junio)⁵⁴ exigiendo la motivación reforzada cuando se vean afectados derechos fundamentales.

Los presupuestos para que pueda acordarse la prisión provisional se regulan en el art. 503.1 LECrim.

1.- En el primer apartado se hace referencia a los requisitos objetivos para la adopción de la medida, al establecerse que “*conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten características de delito*” (art. 503.1. 1º LECrim), y continúa detallando que dicho delito tenga señalada “*pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión*”. Sin embargo, se regulan cuatro salvedades bajo las cuales se puede decretar la prisión provisional, aunque la pena señalada sea inferior a dos años, en concreto cuando:

- El imputado tuviere antecedentes penales no cancelados, ni susceptibles de ser cancelados
- La prisión se acuerde para garantizar la presencia del imputado durante el procedimiento y hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos años anteriores (conocido comúnmente como “riesgo de fuga”). Siendo éste el peligro por excelencia que se trata de conjurar por medio de la prisión, asegurando la futura presencia del acusado a la llamada para la celebración del juicio oral y el cumplimiento de la eventual pena privativa de libertad o medida de seguridad que pudiera imponerse⁵⁵.
- Cuando se hubiera acordado para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1. 3º, apartado c, LECrim).

⁵⁴ STC 116/1998, de 2 de junio, FJ 4º: “[...] deben tenerse en cuenta los varios supuestos en los que este Tribunal ha venido exigiendo un específico, y reforzado, deber de motivar las resoluciones judiciales [...], tal cosa ocurre cuando se ven afectados otros derechos fundamentales (SSTC 86/1995, 128/1995, 62/96, 170/1996, 175/1997 o 200/1997); cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a la luz de pruebas indiciarias (SSTC 174/1985, 175/1985, 160/1988, 76/1990, 134/1996 o 24/1997); cuando se atañe «de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico» (STC 81/1997, fundamento jurídico 4., que cita la STC 2/1997); o, en fin, cuando el Juez se aparta de sus precedentes (SSTC 100/1993 y 14/1993).”

⁵⁵ DE HOYOS SANCHO, M. en el capítulo de medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género. “*Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*” 1º edición, septiembre 2009, pág.603

- Cuando pueda razonadamente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 LECrim).

2.- El segundo apartado alcanza su naturaleza necesaria y subsidiaria, es decir, *“que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito”* (art. 503.1. 2º LECrim)

3.- Que mediante la prisión provisional se persigan alguno de los fines legalmente previstos (art. 503.1. 3º LECrim) como atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal⁵⁶.

Como ya se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 41/82, de 2 de julio, y recuerda la Instrucción número 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre motivación por el MF de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación, se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por lo que ha de ser concebida, en su adopción y mantenimiento, medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva⁵⁷ (SSTC 41/1982, de 2 de julio; 47/2000, de 17 de febrero; 147/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; 8/2002, de 14 de enero; 98/2002, de 29 de abril; 82/2003, de 5 de mayo; 121/2003, de 16 de junio; 81/2004, de 5 de mayo, entre otras).

Podemos concluir que la prisión provisional se acordará como medida cautelar personal más gravosa para el agresor cuando las medidas adoptadas con anterioridad no hayan resultado

⁵⁶ Se introdujo como uno de los fines por los que se puede adoptar tal medida tras las reformas operadas por la LO 13/2003 y 25/2003 con el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con la violencia doméstica y de género

⁵⁷ Doctrina de la Fiscalía General del Estado nº. 2/2006, 10 de julio, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de su duración. Accesible en www.boe.es

ser suficientes para proteger la integridad de la víctima, y, de igual manera, cuando se haya quebrantado e incumplido medidas de esta naturaleza menos perjudiciales para la libertad del agresor, como puede ser la prohibición de residir o acudir, de comunicarse o de acercarse a la víctima. Se deberá atender en este caso más al peligro que supone la libertad del imputado en relación a la protección de la víctima y sus bienes jurídicos, que a la gravedad del delito realmente cometido.

3.2.7. Suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas

El derecho que se inhabilita consiste en prohibir la posesión y utilización de armas. Ello supone que no se pueda obtener licencia ni ejercer el derecho al porte, tenencia y uso de armas durante el tiempo que el juzgador considere oportuno.

La doctrina encuentra la razón de ser de esta medida como consecuencia lógica y coherente al encontrarse el supuesto agresor inmerso en un procedimiento judicial. Esta razón se fundamenta en tutelar la seguridad pública de los ciudadanos, dado que, en mi opinión, carece de sentido que una persona que ha acreditado resultar ser un posible peligro para la sociedad, y en concreto, para la mujer agredida, ostente en su poder armas que pueda utilizar para repetir episodios de riesgo o bien, situaciones delictivas por las cuales está siendo investigado. De lo contrario, que el investigado mantenga estas armas en su poder, podría derivar en un posible mal uso que podría hacer de las mismas, incrementando así el potencial riesgo para la víctima.

En cuanto a la extensión temporal de esta medida, el art.153.1 CP establece la posibilidad de suspensión del derecho a la tenencia, porte o uso de armas por un periodo de un año y un día a tres años en supuestos de delitos lesiones en el ámbito doméstico. Si nos encontrásemos ante un delito de violencia doméstica habitual, además de la posible suspensión de la tenencia de armas, entrarían en juego la privación de la patria potestad, guarda o custodia, entre otros. Y ello porque se constituye como requerimiento que la violencia doméstica se ejerza de forma continuada, pues si bien una conducta aislada merece reproche penal, los perjuicios derivados

de esa habitualidad son mayores⁵⁸. No obstante, para su imposición y duración se valoran los informes emitidos por los facultativos encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad (art. 105.2 CP).

3.3. Medidas cautelares civiles

En los procedimientos de violencia de género, como ya hemos visto, la víctima puede solicitar una orden de protección tal y como prevé el art. 544 ter LECrim, que, además de las consecuencias penales que ésta puede conllevar, explicadas en el apartado anterior, también puede suponer la adopción de medidas cautelares civiles.

Pese a que el pronunciamiento más necesario habida en cuenta de la urgente necesidad de proteger a la víctima sean las medidas penales, no debe ser menos importante y necesaria la fijación de medidas civiles ateniéndose a las circunstancias concretas de cada caso para adoptar las que medidas el juzgador considere conveniente con el fin de proteger la integridad física y moral de la víctima y de aquellas personas sobre quien ostente la guarda y custodia, primando siempre el interés del menor.

De acuerdo con el art. 544.7 ter LECrim, *“las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil”*.

Las medidas civiles no están sujetas necesariamente a la existencia de medidas penales en el proceso, sino que tienen carácter autónomo, pudiendo acordarse medidas civiles sin necesidad de haber adoptado medidas penales.

⁵⁸ Quintero Olivares, G.: «Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, III, 1989, pág. 932 - 937

Constituye un importante acierto del legislador la posibilidad de incluir dichas medidas civiles en la orden de protección, pues son las propias de los procesos de familia, evitando de este modo que la víctima tenga que acudir a la jurisdicción civil para su obtención. En esta misma línea, el Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil elaborado por la Comisión de Seguimiento de la implantación de la orden de protección establece que el órgano penal que haya dictado la orden de protección no tiene competencia para modificar aquellas medidas civiles que se hayan acordado con anterioridad por un órgano jurisdiccional civil, sin perjuicio de las consecuencias que se pudieran desplegar de la adopción de medidas penales sobre aquellas⁵⁹. Por esta razón, la regla general es que no se pueden adoptar cuando ya se hubiesen acordado en un proceso civil previamente, aunque nada impide que, cuando así se aconseje para la debida protección de la víctima o cuando concurren los presupuestos del art. 158 CC, éstas sean modificadas o complementadas a las previamente adoptadas por el órgano jurisdiccional civil.

En cuanto a la extensión temporal, tendrán una vigencia de treinta (30) días hábiles, salvo que dentro de este plazo se haya incoado un proceso de familia ante la jurisdicción civil, prorrogándose las mismas durante otros treinta (30) días a contar desde el día siguiente a la presentación de la demanda.

Estas medidas han de solicitarse a instancia de la víctima o su representante legal. Sin embargo, adquieren especial relevancia cuando existen hijos menores envueltos en esta situación de la que ya no solo se pretende garantizar la protección de la víctima, sino también de los miembros más débiles del entorno familiar, es decir, los hijos menores que convivan o dependan de la víctima⁶⁰, o en su caso, las personas con capacidad judicialmente modificada, en cuyos casos, intervendrá el MF⁶¹, debiendo el juzgador pronunciarse en todo

⁵⁹ España. Consejo General del Poder Judicial. Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica elaborado por la comisión de seguimiento de la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

⁶⁰ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en su art.2.2 apartado c) establece el interés superior del menor en exige que la vida y desarrollo del menor se realice en un entorno "*libre de violencia*" y "*en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir*"

⁶¹ Interviene, con carácter general, en todos aquellos procesos en los que sean parte incapaces, menores y ausentes, en cuanto que le corresponde al Ministerio Fiscal la representación de los mismos, conforme al art. Tercero de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

caso, incluso de oficio, a tenor de estas medidas que se adoptarán para salvaguardar y primar siempre el interés superior del menor.

Las medidas civiles que se pueden adoptar se incluyen en el segundo párrafo del art. 544.7 LECrim, que reza conforme sigue:

“Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.”

A estos efectos se ha pronunciado la Audiencia Provincial de A Coruña afirmando que *“se ha de matizar en la complejidad de la adopción de estas medidas pues, existe un derecho claro de los menores a vivir en un ámbito fuera de toda violencia (STS, 4 de febrero de 2016) en relación con el art. 2 de la Ley 8/2015. [Nótese también que la sentencia del Tribunal Supremo 680/2015, de 26 de noviembre, fijó como doctrina jurisprudencial que el Juez o Tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor, entendiéndose que a fin de apartar al menor de un peligro que le ocasione daños o perjuicios] valorando los factores de riesgo existentes” (así el art. 65 de la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género)*. Por su parte el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial el interés del menor, y en igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992⁶² *“salvaguarda del interés del niño”, cuyo concepto ha sido desarrollado en la L.O. 8/2015 de 22 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tomando en consideración “el irreversible efecto del transcurso del tiempo como uno de los factores a tomar en consideración”*⁶³.

Por esta razón, a mi juicio, en cuanto a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden en relación, se deduce en relación con el

⁶² DOCE nº C241, de 21 de septiembre de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo.

⁶³ En este sentido se pronuncia textualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Secc. 3º) núm. 27/2019 (recurso núm. 446/2018), de 23 de enero de 2019, en su FJ 2º.

art. 96 CC, como es lógico, que deberá ir acompañada de una medida penal con la orden de salida del domicilio basada en la prohibición de residencia del agresor en esa vivienda⁶⁴.

3.4. Medidas de asistencia y protección social

La orden de protección confiere a la víctima el título habilitante (*status* de protección integral) para acceder a la obtención de las medidas de asistencia y protección social que contemplan las diferentes Administraciones Públicas, tanto a nivel estatal, autonómico como local. Estas medidas se traducen en el derecho a reclamar los beneficios que la ley otorga a aquellas personas que ostentan la condición de víctima.

No obstante, para acceder a estos derechos no es suficiente con solicitar dicha orden de protección, dado que esta solicitud por sí sola no acredita la condición de víctima de violencia de género, sino que, además, es necesario que ésta haya sido concedida por el juzgado competente.

Por su parte, el Capítulo III del Título I de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, recoge expresamente en su preámbulo que dichas medidas están dirigidas a *“proporcionarles, en primer lugar, información y orientación sobre sus derechos y recursos existentes, así como la pertinente orientación jurídica. Pero, además, se recoge un amplísimo catálogo de medidas asistenciales con las cuales se pretende dar una plena respuesta a las necesidades de las mujeres que se encuentran en la angustiosa situación de tener que superar y sobreponerse a alguna situación concreta de Violencia de Género”*.

Estos derechos que ostenta la víctima de violencia de género, se resumen en los siguientes:

- Derecho a recibir asistencia jurídica gratuita y especializada⁶⁵ (art. 20 LO 1/2004). Se reconoce este derecho a las víctimas de violencia de género independientemente de la suficiencia o no de recursos para litigar, alcanzando el mismo a aquellos causahabientes en caso de fallecimiento. Estas víctimas tendrán derecho a la

⁶⁴ Véase el ya mencionado apartado 3.2.3 de este trabajo.

⁶⁵ [Violenciagenero.igualdad.gob.es](https://violenciagenero.igualdad.gob.es)

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/laDelegacionInforma/pdfs/Asistencia_Gratis.pdf

asistencia jurídica gratuita en todos los procedimientos que tengan como origen la violencia soportada.

- Renta activa de inserción⁶⁶, consistente en la prestación de una ayuda extraordinaria económica que pueden solicitar estas víctimas sin perjuicio de la aplicación de todas las medidas de inserción y búsqueda de empleo a que tengan derecho. También incluye una ayuda en caso de cambio de residencia.
- Ayuda económica para víctimas de violencia de género que obtengan rentas inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional y presenten especiales dificultades para lograr un empleo (art. 27 LO 1/2004).
- Prioridad en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores (art. 28 LO 1/2004)
- Derechos laborales y de Seguridad Social. Por ejemplo, la reducción de su jornada laboral, o, la concesión de la pensión de viudedad a la víctima.
- Solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (una vez dictada sentencia condenatoria) y solicitud de autorización de residencia independiente de los familiares reagrupados.

4. Procedimiento para su adopción

En cuanto al procedimiento y adopción de la Orden de Protección, encuentra su regulación procesal en el art. 544 *ter* LECrim, en base a la cual podemos diferenciar tres fases:

- Fase inicial: Solicitud de la orden

La orden de protección podrá ser solicitada por la propia víctima (entendida ésta como la víctima de los actos de violencia física o psicológica por parte de quien sea o haya sido su cónyuge o de quien esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares

⁶⁶ Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo

de afectividad, aun sin convivencia) o por cualquier persona mencionada en el art. 173.2 del CP⁶⁷, por el MF (especializado en VG), o bien por los servicios sociales.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga legitimación activa a diversas personas y entidades con el fin de denunciar y poner en conocimiento estos hechos lo antes posible ante el Juez de Guardia o Fiscal para que se pueda instar a la mayor brevedad posible el procedimiento para adoptar la orden de protección, proporcionando y protegiendo la integridad física y moral de la víctima.

Dispone el párrafo 2º del apartado 2 del artículo 544 *ter* LECrim que “*sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección*”. Es por ello considerable y de suma importancia que, en el momento de presentar la denuncia ante la Policía o la Guardia Civil, se solicite a su vez la orden de protección, para que de esta manera los agentes puedan realizar un examen exhaustivo de los hechos y ayudar al esclarecimiento de los mismos dando parte al órgano jurisdiccional competente sobre su necesidad de adopción, apreciando un riesgo objetivo y real para la víctima. O, por el contrario, si lo incipiente de la investigación no permite alcanzar tal conclusión, no será posible efectuar un pronunciamiento positivo si no se considera estar cometiendo ninguno de los delitos tipificados como violencia de género⁶⁸.

Por tanto, la solicitud de la orden de protección de la víctima deberá estar aparejada e íntimamente relacionada con la apertura de un proceso penal.

⁶⁷ Art. 173.2 CP hace referencia a los descendientes de la víctima, sus ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que convivan con la víctima o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho.

⁶⁸ Véase el ya mencionado Art. 544.1 *ter* LECrim: “[...] la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad”.

Para dicha solicitud, se requiere que se rellene y complete un formulario (**ANEXO I**) creado por la Comisión de Seguimiento a cumplimentar por la víctima, que podrá encontrarse en diversos lugares como en las comisarías, oficinas de atención a las víctimas o en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados, entre otros, o bien, también puede obtenerse a través de Internet. Tras rellenar el formulario de solicitud de la orden de protección, entran en juego el papel de las oficinas e instituciones de asistencia a las víctimas de violencia de género, ya que estas ofrecerán a la víctima desde este momento, atención psicosocial, información y orientación, realizando a su vez un control y seguimiento, acompañando a las víctimas durante todo el procedimiento.

- Segunda fase: adopción de la orden

Una vez recibida la solicitud de la orden de protección, ésta se remitirá inmediatamente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer⁶⁹, o, en su defecto, al Juzgado de Guardia (vid. infra VI.A.4 sobre actuación del Juez de guardia)⁷⁰. En un plazo máximo de setenta y dos (72) horas desde su recepción, el Juez convocará a las partes (la víctima, el solicitante en caso de ser persona distinta a la víctima, al supuesto agresor y al Ministerio Fiscal) para celebrar la audiencia calificada de audiencia urgente, y en caso de no ser posible realizarla en dicho plazo, el Juez se encuentra facultado para poder adoptar las medidas cautelares y de protección que considere necesarias con anterioridad a la celebración si se prevé una situación real de riesgo objetivo para la víctima.

⁶⁹ La Disposición Adicional decimosegunda LOMPIVG añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual “las referencias al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del art. 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer”.

⁷⁰ Circular nº 4 /2005 relativa a los *criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, pág. 57: “El art. 87.f LOPJ modificado por la Disposición Adicional décima LO 1/2004, al regular las competencias del Juzgado de Instrucción, le atribuye la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, *siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.*”

Asimismo, una vez celebrada la audiencia, el 4º párrafo del art. 544.4 *ter* dispone que “*el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore*”.

- Tercera fase: notificación y ejecución de la orden

Tal y como se desprende del art. 544. 8 LECrim, finalmente, una vez acordada la orden de protección, será notificada a las partes por el Secretario Judicial poniendo dicho contenido y alcance tanto a la víctima como a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de las medidas que se hayan acordado. A estos efectos, se establece un sistema de coordinación administrativa para agilizar dichas comunicaciones.

Sin embargo, para estimar la pretensión que solicita la Orden de protección, es la víctima necesariamente ha de ser una de las personas mencionadas en el art. 172 CP (requisito subjetivo), a la par que concurren los dos requisitos objetivos, esto es, que se aprecie la existencia de indicios fundados en la comisión de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad sexual, contra la libertad y la seguridad, y, el segundo requisito, la existencia de una real situación objetiva de riesgo para la víctima. Este riesgo no puede ser meramente intuitivo o subjetiva, pues, si el juzgador considera que no se reúnen los requisitos necesarios para acordar la orden de protección, desestima esta petición mediante auto, denegación que deberá ser motivada conforme a los art. 24 y 120 CE.

Esta orden incluye el derecho de la víctima a ser informada en cualquier momento sobre la situación procesal del imputado, el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas, así como la situación penitenciaria del agresor⁷¹.

Finalmente, la característica más importante a subrayar de la orden de protección a favor de la perjudicada es que se erige como requisito necesario y título hábil para

⁷¹ Art. 544.9 *ter* LECrim

que la víctima de violencia de género pueda obtener los derechos recogidos en la Ley⁷², explicados en el apartado anterior.

Finalmente, conforme se establece en el art. 544 *ter*, apartado 4) de la LECrim, el Juez “resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis”.

Se resolverá mediante auto por así exigirlo, además, el artículo 141 LECrim, en virtud del cual se resolverán mediante auto los “incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los investigados o encausados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, cuando decidan recursos contra providencias o decretos, la prisión o libertad provisional, la admisión o denegación de prueba o del derecho de justicia gratuita o afecten a un derecho fundamental y, finalmente, los demás que según las Leyes deben fundarse”.

El auto deberá ser notificado al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y a la víctima/s del delito en la forma prevista en el art. 636 de la LECrim. Esta resolución puede contener un pronunciamiento exclusivamente penal, o un pronunciamiento penal y civil.

5. Medios de impugnación: recursos contra la orden de protección del art. 544 *ter* LECrim y las medidas cautelares del art. 544 bis LECrim

Dicho auto podrá ser recurrible en vía penal con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean incluso exclusivamente civiles, como se establece en el art. 766 LECrim:

“Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que

⁷² Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre acreditación por el MF de las situaciones de violencia de género

la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento”,

Y ello, cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiese acordado la orden de protección, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los arts. 798.3 y 507 LECrim⁷³.

Con base en los artículos 222, 766.2, y 779.1. 1º LECrim, el auto será recurrible mediante recurso de reforma y subsidiario de apelación, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o bien, mediante recurso de apelación directo dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

De conformidad con el art. 219 LECrim *“los recursos de reforma y apelación se interpondrán ante el mismo Juez que hubiere dictado el auto”*. En consecuencia, se interpondrán ante el Juzgado que dictó al auto que se recurre.

Respecto de la competencia para conocer de cada uno de los recursos, conforme al art. 220 LECrim, conocerá del recurso de reforma el Juzgado ante quien se haya interpuesto el recurso, esto es, conforme al art. 219 LECrim, el Juzgado que dictó el auto.

Por su parte, conocerá del recurso de apelación, al amparo del citado art. 220 LECrim, el Tribunal a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral. A estos efectos, cabe destacar que la Audiencia Provincial conocerá de las apelaciones contra resoluciones de los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, de Violencia sobre la Mujer, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.

⁷³ A esta misma conclusión se llega en el Seminario de Formación organizado por el CGPJ para Magistrados pertenecientes a Secciones Especializadas en Violencia de Género. Celebrado en Madrid, entre el 30 de noviembre y 2 de diciembre.

6. CONCLUSIONES

La violencia de género es la violencia tanto física como psicológica ejercida por el hombre sobre la mujer. Esta violencia encuentra su razón de ser en una idea sostenida en el tiempo de superioridad del hombre sobre la mujer, una posición de poder y desigualdad; es decir, una violencia ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo.

La Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su exposición de motivos exterioriza que la violencia de género “*se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”⁷⁴.

En un pasado no tan lejano, las mujeres carecían de ciertos derechos fundamentales, pues no tenían derecho al sufragio, a administrar sus propios bienes económicos en el matrimonio, a participar en contratos legales, a servir en el ejército, a ocupar cargos públicos ni derecho a una remuneración justa e igualitaria, entre otras muchas. Algunos derechos formaban parte de la vida cotidiana, entre lo “bien visto” y lo “mal visto” para las mujeres, incluso en la vestimenta a escoger, convirtiéndose este aspecto cotidiano en una costumbre social, otros, eran derechos propios de una sociedad machista, en la que ha sido la mujer quien ha tenido que batallar luchas políticas para defender sus derechos, y lograr combatir esta lucha de igualdad de género, consiguiendo grandes avances, aunque, por desgracia, aún insuficientes.

Esta Ley fue aprobada por unanimidad por el Congreso de los Diputados en el año 2004, convirtiéndose en la primera y única ley integral contra la violencia de género en Europa⁷⁵. Su entrada en vigor generó opiniones y acogidas de todo tipo. En términos generales, la respuesta de la sociedad ante esta nueva ley fue positiva, pues se empezó a tomar consciencia de la gravedad de la situación con las mujeres maltratadas al cabo del año debido a la violencia machista.

⁷⁴ «Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.». B.O.E. 29 de diciembre de 2004. pp. 42166 a 42197.

⁷⁵ Nogueira, Charo (8 de octubre de 2004). «Reportaje | El Congreso aprueba por unanimidad la ley integral contra la violencia de género». El País. ISSN 1134-6582. Consultado el 6 de marzo de 2021.

Sin embargo, la implantación de esta ley no ha conseguido erradicar la violencia sobre la mujer, pero si ha ayudado a socializar este problema, considerado antes como un tema tabú, ocultado o reprimido por la sociedad, dándose voz a este problema social pero aún vigente y con un largo camino por recorrer.

La implantación de la Ley 1/2004, bien es cierto que, en la práctica, supone un importante mecanismo de protección para la mujer maltratada, pero, en ocasiones, también existe un fraude y abuso de este instrumento.

La posición minoritaria encuentra su razón de ser en que esta ley opera única y exclusivamente en el ámbito de quienes sean, o hayan tenido, una relación sentimental entre un hombre y una mujer, dejando muchos otros tipos de relaciones de pareja desprotegidos, como son las relaciones homosexuales. Otra opinión es la vulneración del art. 14 de la CE en virtud del cual “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” pues, con la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se está discriminando por razón de nacimiento, sexo o raza, excluyendo, por tanto, a todos los hombres también por el mero hecho de serlo. También se critica la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia del hombre, pues es éste quien tiene que demostrar su inocencia, produciéndose en algunas ocasiones usos indebidos y fraudulentos, pues algunas mujeres utilizan este mecanismo como maniobra dilatoria contra sus parejas para tachar la reputación irreparable de un hombre, o, como además de usar contra sus parejas o exparejas, también la utilizan en perjuicio de sus hijos, privándoles de ver a su padre, pese a ser éste inocente. Las denuncias falsas suponen un obstáculo, colapsando los juzgados sin que tengan tiempo material necesario para atender a todas estas víctimas ralentizando el proceso.

No obstante, la opinión predominante es la que apoya esta ley en su totalidad. Además, esta ley no solo protege al sexo femenino, sino que supone una discriminación positiva en el supuesto de personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (sea hombre o sea mujer).

En la IV Conferencia Mundial de 1995, La Organización de Naciones Unidas ya reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, establece una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada, que consiste en que “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”.

Por otro lado, no solo supone una protección jurídica para estas mujeres, sino que también abarca medidas de naturaleza penal, civil y social como son la prohibición de acercamiento y/o comunicación, la salida del lugar de domicilio, o las prestaciones y ayudas económicas para proteger a estas víctimas violencia de género judicial, legal y socialmente.

En definitiva, la introducción de esta Ley ha sido todo un acierto para proteger a las mujeres, y tratar de erradicar la violencia de todo tipo ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo. Ha sido un paso más hacia delante para la sociedad, y, sobre todo, para el género femenino. Sin embargo, considero que no está todo conseguido con la regulación de esta ley, sino que el problema radica en la opresión durante años al género femenino, y es necesario concienciar y educar desde pequeños la igualdad entre hombre y mujer, sin distinción de género. Por ello, en el tercer apartado de la exposición de motivos de esta ley se apoya la erradicación de esta violencia también desde el punto de vista educativo, estableciendo que “en la Educación Secundaria se incorpora la educación sobre la igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia de género como contenido curricular, incorporando en todos los Consejos Escolares un nuevo miembro que impulse medidas educativas a favor de la igualdad y contra la violencia sobre la mujer. En el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados.”

Como conclusión final del presente trabajo, considero necesario animar a todas las mujeres que sufren estos maltratos a denunciar los hechos, pues tienen a su disposición diferentes mecanismos de protección tanto de naturaleza civil, penal y/o asistencia social, asegurando el respaldo tanto de la justicia como de la sociedad.

8. BIBLIOGRAFIA

FUENTES DOCTRINALES

BERNAL PULIDO, C., “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*”. Ed. U. Externado de Colombia, 4º edición, Madrid, 2014, Pág. 42.

BONILLA CORREA, J.A., “*La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género*”, Boletín del Ministerio de Justicia, 2002, núm. 59, págs. 4829 a 4862.

BORDALÍ SALAMANCA, A. “*Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*”. Revista de Derecho, Vol. 12, núm. 2, 2001, págs. 50-66. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2814/2386>.

CALVET BOTELLA, J. “*Medidas cautelares civiles*”, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1935, 2003, pág. 448 y ss.

DE HOYOS SANCHO, M. “*Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*”, 1º edición, Valladolid, septiembre 2009, pág. 580.

FAIREN GUILLEN, V. “*Teoría general del derecho procesal*”. Publicado en la Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1992, pág. 5. Accesible en <https://polancoadrian.files.wordpress.com/2012/01/fairen-victor-teoria-general-de-derecho-procesal1.pdf>

FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L. “*Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 333.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., Fiscal Decana de Violencia de Género de Madrid., “*Medidas cautelares en Violencia de Género: servicio de guardia*”, ponencia “El fiscal en el Juzgado de Guardia”, 1º edición, 30 mayo 2013, pág. 2-3

GERARDO MONROY, M. “*Procesos declarativos, ejecutivos y cautelares*”. Vol. 2, núm 2, 1984. Disponible en <http://www.publicacionesicdp.com>

GIMENO SENDRA, V. “*Derecho procesal penal*”. Ed. Constitución y Leyes (Colex) S.A, Madrid, 2004

LADRÓN DE GUEVARA, J. B. “*La violencia de género: aspectos penales y procesales*”, Ed. Comares, S.L, Sevilla, 2007.

M.ª Cinta Subirats Aleixandri, Secretaria Judicial, “*Las medidas cautelares: su instrumentalidad*”, 15 de julio de 2001; Disponible en <https://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>

MANZANARES CASTILLEJO, R. “*El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal*”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal nº 26 /2011 parte Doctrina, 2011.

Naciones Unidas. Asamblea General. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A), art. 11.1

Nogueira, C. Reportaje: “*El Congreso aprueba por unanimidad la ley integral contra la violencia de género*”. El País. ISSN 1134-6582, 8 de octubre de 2004.

PASTOR, R. “*Reflexiones sobre la violencia de género: Aspectos psico-sociales, Información Psicológica*”, núm 75, 2001, pág. 5-8.

PICÓ I JUNOY, J. “*Las garantías constitucionales del proceso. II Parte. Análisis del art. 24 C.E a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, págs. 191-202.

Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia sobre la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Documento disponible en <https://www.poderjudicial.es>

QUINTERO OLIVARES, G. “*Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, III, 1989, pp. 932 – 937.

RAMIRO PODETTI, J. “*IV. Tratado de las medidas cautelares*”. Pág. 25

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>>

SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. A. Revista de derecho procesal. “*Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal*”. Núm 1/2015, Ed., J.M. Bosch Editor, enero 2015, págs. 143-196.

SENÉS MOTILLA, M^o. C. “*Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género*”. en Actualidad jurídica Aranzadi 750/2008, 2008.

LEGISLACIÓN

España. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género.

España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

España. Consejo General del Poder Judicial. Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, 2004.

España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, págs. 29313 a 29424.

España. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, Boletín Oficial del Estado, 1 de agosto de 2003, núm. 183, págs. 29881 a 29883.

España. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 26 de noviembre de 2003, núm. 283, págs. 41842 a 41875.

España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Boletín Oficial del Estado, de 17 de septiembre de 1882, núm. 260.

España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

Doctrina de la Fiscalía General del Estado nº. 2/2006, 10 de julio, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de su duración. Accesible en www.boe.es

España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Boletín Oficial del Estado, 23 de julio de 2015, núm. 175, págs. 61871 a 61889.

España. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, pág. 57

España. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

JURISPRUDENCIA

España. Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3º). Sentencia número 27/2019, de 23 de enero. (recurso núm. 446/2018), en su FJ 2º.

España. Tribunal Constitucional. (Sala primera) Sentencia número 108/1984, de 26 de noviembre. Recurso de amparo nº 459/1983. FJ 1º.

España. Tribunal Constitucional. (Sección 2º) Auto número 1041/1986, de 3 de diciembre.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 116/1998, de 2 de junio. FJ 4º

España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 14/1992, de 10 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala segunda de lo Penal) Sentencia número 664/2018, de 17 de diciembre

España. Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal). Sentencia número 303/2018, de 20 de junio.

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Auto número 25/2011, de 21 de enero

España. Tribunal Supremo. Sentencia número 246/2014, 2 de abril. FJ 5º.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 60/2010, de 7 de octubre de 2010. FJ 4º.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 24/1999, de 8 de marzo.

9. ANEXO

MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN

FECHA:

HORA:

ORGANISMO RECEPTOR DE LA SOLICITUD

Nombre del organismo:

Dirección:

Teléfono:

Fax:

Correo electrónico:

Localidad:

Persona que recibe la solicitud (nombre o número de carnet profesional):

VICTIMA

Apellidos:

Nombre:

Lugar /Fecha Nacimiento:

Nacionalidad:

Sexo:

Nombre del padre:

Nombre de la madre:

Domicilio¹:

Teléfonos contacto²:

D.N.I. nº

N.I.E. nº
ó Pasaporte nº

SOLICITANTE QUE NO SEA VÍCTIMA

Apellidos:

Nombre:

Lugar /Fecha Nacimiento:

Nacionalidad:

¹ En caso de que la víctima manifieste su deseo de abandonar el domicilio familiar, no se deberá hacer constar el nuevo domicilio al que se traslade, debiendo indicarse el domicilio actual en el que resida. Asimismo, el domicilio no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

² El teléfono no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

Sexo:	
Nombre del padre:	Nombre de la madre:
Domicilio:	
Teléfonos contacto:	
D.N.I. nº	N.I.E. nº ó Pasaporte nº
Relación que le une con la víctima:	

PERSONA DENUNCIADA	
Apellidos:	Nombre:
Lugar /Fecha Nacimiento:	Nacionalidad:
Sexo:	
Nombre del padre:	Nombre de la madre:
Domicilio:	
Teléfonos contacto:	
D.N.I. nº	N.I.E. nº ó Pasaporte nº

RELACIÓN VICTIMA- PERSONA DENUNCIADA	
¿Ha denunciado con anterioridad a la misma persona? Sí No	
En caso afirmativo, indique el número de denuncias:	
¿Sabe si dicha persona tiene algún procedimiento judicial abierto por delito o falta? Sí No	
¿Qué relación de parentesco u otra tiene con el denunciado?	

SITUACION FAMILIAR		
PERSONAS QUE CONVIVEN EN EL DOMICILIO		
Nombre y apellidos	Fecha Nacimiento	Relación de parentesco

FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

--	--	--

DESCRIPCIÓN DE HECHOS DENUNCIADOS QUE FUNDAMENTAN LA ORDEN DE PROTECCIÓN³

(Relación detallada y circunstanciada de los hechos)

¿Qué último hecho le ha impulsado a formular la presente solicitud?

¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados?

¿En qué localidad han ocurrido los hechos?

³ En caso de que la solicitud de orden de protección se presente ante la Policía, este apartado podrá ser sustituido por la toma de declaración de la persona denunciante en el seno del atestado.

FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

JUZGADO AL QUE SE REMITE LA SOLICITUD:

A RELLENAR POR EL ORGANISMO EN EL QUE SE PRESENTA LA SOLICITUD

(Firma solicitante)

INSTRUCCIONES BÁSICAS

1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí que es importante hacerlo
2. Una vez cumplimentada esta solicitud, debe entregarse una copia a la persona solicitante, y el original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud
3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud