

I.2. DERECHO PROCESAL

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Por el Dr. GREGORIO SERRANO HOYO
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Facultad de Derecho (Cáceres)*

*Magistrado suplente
del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura*

Resumen

Estudio sistemático de aspectos procesales de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, haciendo especial referencia a los presupuestos para su adopción, a la competencia judicial, al procedimiento y a las medidas cautelares penales y civiles que en el seno de la orden de protección se pueden acordar.

Abstract

This paper examines trial aspects in the Decree of home violence protection, with a special reference made to budgetary measures of adoption, judicial competence, proceedings, and both criminal and civil actions to be taken within the Decree of Protection.

SUMARIO

0. INTRODUCCIÓN
- I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN
- III. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN
- IV. PROCEDIMIENTO
 1. LUGAR DE PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD Y FORMA
 2. LEGITIMACIÓN
 3. COMPETENCIA
 4. INADMISIÓN A TRÁMITE
 5. CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA
 6. DECISIÓN Y RECURSOS
 7. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS
 8. DOCUMENTACIÓN
- V. MEDIDAS CAUTELARES PENALES
 - MEDIDAS DEL ART. 544 BIS L.E.CRIM.
 - PRISIÓN PROVISIONAL DEL PRESUNTO AGRESOR
- VI. MEDIDAS CAUTELARES CIVILES
- VII. OTROS EFECTOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

0. INTRODUCCIÓN

El problema de la llamada violencia doméstica o familiar, por su gravedad¹, necesita un tratamiento integral o multidisciplinar. En efecto, la violencia familiar (concepto más amplio que el de violencia doméstica o violencia de género) requiere una respuesta global, coordinada, inmediata y conjunta, en los ámbitos penal, civil y asistencial, por parte de todos los poderes públicos, como señala la propia Exposición de Motivos de la consensuada *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*². Al estudio sistemático de los requisitos para la adopción de la orden de protección y de las medidas cautelares civiles y penales se dedica el presente trabajo, sin perjuicio de que se hagan algunas consideraciones sobre otros aspectos de esta Ley.

El análisis del extenso art. 544 ter L.E.Crim. que introduce esta Ley exige tener en cuenta otras *reformas procesales que se han producido con posterioridad* y que guardan relación con la violencia doméstica. Así, el apartado 1 del art. 544 ter L.E.Crim. en menos de dos meses se vio afectado por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (B.O.E. de 30), que modifica el art. 153 del C.P., al trasladar su contenido al art. 173.2 del C.P., para tipificar en el mismo como delito el menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el C.P., o los golpes o maltratos de obra sin causar lesión, o las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando dichas acciones se refieran a los sujetos pasivos del nuevo art. 173.2. En cualquier caso, tal falta de concordancia iba a ser corregida en la tramitación parlamentaria de la que es la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de

¹ No pretendemos aquí entrar en la polémica cuestión del bien jurídico protegido con las infracciones penales en materia de violencia doméstica, pero no es un problema que, como lamentablemente se ha considerado en determinados momentos, afecta a la intimidad de la pareja o de la relación familiar, sino que atenta contra valores constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, el derecho a la vida, a la integridad física o psíquica y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15–, el derecho a la libertad, a la libertad sexual y a la seguridad –art. 17–, el derecho al honor –art. 18–, la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos –art. 39–.

² Resultado de una Proposición de Ley, presentada el 28 de mayo de 2003, en el Congreso de los Diputados, por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista, Vasco (E.A.J.-P.N.V.), Federal de Izquierda Unida, Catalán (Convergencia i Unió), Mixto y de Coalición Canaria; como expresa la Exposición de motivos, dicha «...iniciativa responde a una inquietud que se ha venido manifestando en varios documentos e informes de expertos, tanto nacionales (Consejo General del Poder Judicial, Instituto de la Mujer, Fiscalía General del Estado, etc.), como de organismos supranacionales (O.N.U., Consejo de Europa, Instituciones de la U.E.)...»; tramitada en un breve espacio de tiempo.

prisión provisional (B.O.E. del día 27), pero, por avatares parlamentarios, no ha sido hasta la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P. (B.O.E. del 26), cuando el legislador en su Disposición final primera segundo f) da nueva redacción al apartado 1 del art. 544 ter L.E.Crim. para referir el ámbito de aplicación de la orden a las personas mencionadas en el art. 173.2 del C.P. que hayan sido víctimas de la violencia doméstica.

Finalmente, se tendrán en cuenta el *Protocolo para la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica* y el *Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil*, aprobados respectivamente el día 1 de agosto de 2003 –fecha de publicación de la Ley 27/2003– y el día 23 de enero de 2004, por la Comisión de seguimiento para la implantación de la Orden de protección³, además de la *Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección*.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Como expresa la propia Exposición de motivos de la Ley 27/2003, se trata de aunar o unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de la violencia doméstica, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado –generalmente–, ante el Juzgado de Instrucción, para que dichas víctimas puedan obtener «un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal».

Siguiendo a Lamo Rubio, «su articulación mediante modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tampoco es definitoria de su naturaleza jurídica, de modo que, parece que se ha aprovechado esta técnica legislativa, para de este modo, vincular la Orden de protección sobre todo con la rapidez en su adopción, a través de la atribución competencial de la misma a favor del Juez de Instrucción en funciones de guardia (cfr. ap. 1 art. 544 ter), aunque también se prevé, residualmente, su adopción por otros juzgados o tribunales, siempre del orden penal, en aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas objeto de protección en esta Orden (cfr. ap. 11 art. 544 ter).

En definitiva, estimamos que más que una nueva medida cautelar, en realidad lo que se ha creado es *un mecanismo de articulación o coordinación de medidas cautelares*

³ La D.A. 2.^a de la Ley 27/2003 crea la *Comisión de seguimiento de la implantación de la Orden de protección*, integrada por representantes del C.G.P.J., de la Fiscalía General del Estado, de las profesiones jurídicas (Consejo General de la Abogacía Española y Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España) y de los Ministerios de Justicia, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales, así como por una representación de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (Federación Española de Municipios y Provincias). Le corresponde la elaboración de Protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección y la adopción de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y las Administraciones públicas correspondientes.

penales y civiles ya existentes, y que además, tiene proyección en el ámbito asistencial; de este modo, puede comprobarse que, por lo que se refiere al proceso penal, no crea nuevas medidas cautelares, sino que se limita a remitirse a las ya existentes (cfr. ap. 6 art. 544 ter), sirviendo el proceso penal de forma instrumental a las otras finalidades de la expresada orden de protección; y, desde esta perspectiva, dicha orden de protección, en cierta medida, también tiene naturaleza accesoria en relación con un proceso penal –por delito o falta– por violencia doméstica o familiar; pero, la principal novedad de referida Orden de protección es la articulación de esas posibles medidas cautelares penales, con otras medidas cautelares civiles, también ya existentes en el proceso civil –como se verá más abajo–, para posibilitar la prontitud en su adopción, a fin de dotarles de mayor eficacia, a cuyo fin la competencia se fija a favor de los tribunales penales; y, por último, la expresada orden de protección también puede desplegar sus efectos en el orden asistencial»⁴.

La nueva redacción dada por la referida Ley 27/2003 al art. 13 L.E.Crim. consistente en la inclusión de la referencia a la orden de protección prevista en el art. 544 ter de la presente Ley como *una de las primeras diligencias* a practicar en el proceso penal supone conferirle a tal instrumento la naturaleza jurídica propia de las primeras diligencias⁵. Por tanto, la orden de protección aparece *vinculada a un proceso penal*⁶.

⁴ Lamo Rubio, J. de, «La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 27 de julio», en *Actualidad Penal*, n.º 42, semana del 10 al 16 de noviembre, págs. 1045 a 1070.

⁵ Estas «primeras diligencias» permitidas en el art. 13 L.E.Crim., de escasa utilización, eran ambiguas y genéricas pese a las «potestades judiciales inexploradas que implicaba», en De Urbano Castrillo, E., «El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar», *Revista Jurídica La Ley*, 15 de febrero de 2001.

«En efecto, el precepto establecía una posibilidad abierta de adoptar medidas urgentes por el juez de guardia, pero la propia indefinición de la norma evitó que los órganos judiciales hicieran uso de la misma», en Magro Servet, V., «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5821, 10 de julio de 2003 (Especial Violencia Doméstica), o *La Ley*, tomo n.º 3, págs. 1853-1863.

Tirado Estrada, J., resalta la dificultad que antes de la reforma introducida por la Ley 14/1999 entrañaba adoptar medidas cautelares innominadas en el proceso penal en aplicación del art. 13 de la L.E.Crim., medidas no previstas expresa y previamente, «por evidentes exigencias del principio de legalidad y de –su derivación–, la seguridad jurídica», en «Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del C.P. de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la L.E.Crim.», *La Ley*, 21 de septiembre de 1999, págs. 1 y ss.

Por supuesto, estas primeras diligencias no las puede acordar el Ministerio Fiscal pese a la facultad contenida en el art. 773.2 L.E.Crim.

⁶ No es un instrumento de Derecho civil para prevenir los daños causados por la violencia doméstica, como proponía Ribot Igualada sugiriendo la introducción en nuestro ordenamiento del modelo, ya experimentado en otros países, de las «órdenes civiles de protección», en «Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el derecho civil?», *La Ley*, n.º 5395, de 12 de octubre de 2001. Define la orden de protección como «un mandato jurídicamente vinculante que un órgano jurisdiccional dirige a una persona (que ha cometido o está a punto de cometer un acto de violencia doméstica) en el que se le prohíbe que persista en sus agresiones sobre la víctima, y se toman

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la Orden de protección es menor en lo que a conductas delictivas se refiere que el de la medida cautelar de alejamiento del art. 544 bis L.E.Crim., puesto que sólo podrá acordarse en algunos de los delitos previstos en el citado artículo –todos los delitos a que se refiere el art. 57 C.P.–, en concreto, los relativos a la *violencia doméstica*; pero, por el contrario, se aplica a las faltas de violencia doméstica. Dicho de otra forma, la medida cautelar de alejamiento contemplada en el citado art. 544 bis L.E.Crim. no podrá acordarse en el seno de una orden de protección por hechos que darán lugar a un juicio de faltas, ya que este precepto excluye de su ámbito de aplicación a las faltas, pero en tal orden sí podrán acordarse otras medidas cautelares penales distintas del alejamiento del agresor⁷.

Los delitos y faltas relativos a la violencia doméstica o familiar, que podrán enjuiciarse de manera rápida⁸, no coinciden solamente con el tipo penal del delito de violencia doméstica contemplado en el nuevo art. 173.2 C.P. y antes en el art. 153 C.P., sino –según el apartado 1 del art. 544 ter L.E.Crim.–, dicho ámbito de aplicación se refiere a *delitos o faltas «...contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173 del Código Penal...»*⁹.

medidas adicionales para: a) precaver la posibilidad de nuevos episodios de violencia, y b) garantizar el bienestar de la víctima. Como pretensión dirigida a obtener una orden de estas características, se trata de una acción autónoma o principal, lo que contrasta con la accesoriedad que la caracteriza cuando medidas de este tipo se solicitan en procedimientos civiles especiales o cuando se adoptan en el proceso penal. Debe subrayarse, además, su carácter esencialmente preventivo de futuros pero previsibles episodios de violencia doméstica, o de un potencial agravamiento de la violencia hasta entonces sufrida por la víctima».

⁷ Debe tenerse en cuenta que la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, eleva a delito alguna de las faltas del art. 620 C.P. 1995 y todas las faltas del último párrafo del art. 617.2 C.P. que deroga. Respecto de las novedades en la tipicidad de la violencia doméstica, *vid.*, por todos, a Cortés Bechiarelli, E., «Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (L.O. 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación», en *Estudios penales en recuerdo de Luis Felipe Ruiz Antón*, Valencia, 2004, págs. 211 a 243. Igualmente, *vid.* la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

⁸ *Vid.* al respecto el art. 795.1.2.^o L.E.Crim. y el art. 962 L.E.Crim., en la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, y la concordancia normativa llevada a cabo por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P., en su Disposición final primera segundo l) y q). Cfr., aunque no contempla las reformas producidas con posterioridad a la Ley 38/2002, Magro Servet, «El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5628, 8 de octubre de 2002, págs. 1 y ss.

⁹ El conjunto de personas que merecen la consideración víctimas de violencia doméstica y la protección que nuestro ordenamiento les dispensa se ha ampliado, ya que el art. 153 C.P., fruto de la reforma realizada mediante la Ley 14/1999, de 9 de junio, establecía como sujetos pasivos a «... quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él de forma

III. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN

Para acordar la Orden de protección se establecen dos presupuestos: el *fumus commissi delicti* y el *periculum in damnum*; luego, no es suficiente con que existan *indicios fundados de la comisión de un delito o falta de violencia familiar*, sino que también se requiere que «... resulte una *situación objetiva de riesgo para la víctima* que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo...» (*vid.* apartado 1 del art. 544 ter L.E.Crim.)¹⁰.

estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro...»; en cambio, el nuevo art. 173.2 C.P., en la redacción dada mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se refiere a violencia física o psíquica ejercida 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 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 sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados...». No obstante, como se ha dicho más arriba, debido a desajustes normativos no previstos por el legislador, hasta la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P. el apartado 1 del art. 544 ter L.E.Crim. no refería el ámbito de aplicación de la orden a las personas mencionadas en el art. 173.2 del C.P. que hayan sido víctimas de la violencia doméstica, sino a las mencionadas en el art. 153 C.P.

¹⁰ Según Lamo Rubio, «el propio precepto examinado explicita los *presupuestos necesarios para adoptar la Orden de protección*, y lo hace acudiendo a una técnica similar a la de las medidas cautelares penales, de modo que resulta relativamente sencillo integrar dichos presupuestos del siguiente modo:

Primero. Necesidad de que exista una imputación judicial por delito o falta de violencia doméstica o familiar; es decir, se concreta de ese modo el denominado *fumus boni iuris*, con la exigencia de que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta de violencia doméstica –en el sentido ya detallado–, y, si bien el precepto examinado no determina expresamente que también exista una persona a quien imputar dichos fundados indicios, tal parte del presupuesto analizado ha de sobreentenderse.

Segundo. Existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas objeto de la Orden de protección; es decir, a similitud de lo que sucede con la medida cautelar del art. 544 bis L.E.Crim., también en este caso, se abandona la clásica exigencia del *periculum in mora*, y se sustituye por un presupuesto que hunde sus raíces en la necesaria protección a las víctimas del delito, en este caso, en concreto en la protección integral de las víctimas de delitos o faltas de violencia doméstica, protección a dispensar, en su caso, tanto en el ámbito penal, civil, penal y asistencial, que se puede dar de forma conjunta, o separadamente, pues el comentado precepto se refiere a que tal situación objetiva de riesgo para la víctima, requiera la adopción de alguna de las medidas objeto de la orden de protección; lo cual puede llevar, p. ej., a que se adopten tan sólo las medidas civiles, sin necesidad de adoptar ninguna medida cautelar penal. De modo que este presupuesto se distancia claramente de la finalidad de conjurar el peligro por la tardanza del proceso que, con carácter general, tienen las demás medidas cautelares personales penales, y que es a lo que se refiere el denominado *periculum in mora*; en consecuencia, lo determinante, a los efectos ahora examinados, es la protección integral y cautelar de la víctima de la violencia doméstica, con independencia de los efectos que se puedan producir por la tardanza o no del proceso penal, desvinculándose, por tanto, la comentada orden de protección, de tal prevención por la tardanza del proceso; es decir, se sustituye el clásico *periculum in mora*, por el que se puede denominar como *periculum in damnum*», en *loc. cit.*, págs. 1045 a 1070.

El segundo presupuesto *–periculum in damnum–* viene a coincidir con uno de los fines de la nueva prisión provisional: «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del Código Penal...», previsto en art. 503.1.3º c) L.E.Crim., al que más abajo haremos referencia.

En este sentido, la Circular F.G.E. 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección advierte: «es tarea esencial y nada fácil deslindar las solicitudes fundadas de aquellas otras guiadas por pretensiones que aún legítimas son ajenas a la verdadera esencia de la orden de protección: la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal».

La situación objetiva de riesgo se ciñe a la víctima y esto no coincide con el ámbito de protección de las primeras diligencias que se extiende a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas. Existe, pues, una discordancia entre el art. 544 ter 1 y el art. 13 L.E.Crim. que, a nuestro juicio, en causas por delito debe salvarse considerando que en el seno de la orden el Juez de instrucción debe proteger a los perjudicados (hijos del cónyuge o pareja de hecho muertos), a los familiares (descendientes, ascendientes y colaterales por consanguinidad o afinidad) o a otras personas (amigos o nueva pareja de la víctima).

Admitida la orden de protección, la adopción de concretas medidas civiles se regula en el art. 544 ter L.E.Crim., en cambio las penales de carácter cautelar habrán de ajustarse a los criterios establecidos en la legislación procesal específica¹¹.

¹¹ Como constata Lamo Rubio, «a diferencia de lo que sucede en relación con la medida cautelar del art. 544 bis L.E.Crim., en la que, una vez superados los presupuestos para su adopción, se fijan unos criterios a tener en cuenta para determinar si finalmente se adoptan o no las expresadas medidas, en cambio, en la orden de protección del art. 544 ter L.E.Crim., ahora analizada, a pesar de lo que pudiera parecer, en realidad no se fija criterio específico alguno distinto a los presupuestos ya expuestos, de modo que consideramos que el Juez o Tribunal, a la hora de adoptar esta importante decisión, además de verificar la existencia de los presupuestos ya analizados, deberá tener en cuenta los criterios establecidos, respectivamente en la normativa penal y/o civil, para adoptar las medidas cautelares que finalmente considere que procede; en este sentido, el inciso final del art. 544 ter 6, cuando dice que las medidas cautelares penales se adoptarán «... atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima...», estimamos que no es más que una plasmación del presupuesto de adopción de las medidas, ya expresado en el apartado 1 del mismo artículo, como la necesidad de «... una situación objetiva de riesgo para la víctima...», a que ya nos hemos referido; y, dado que como hemos dicho, no existe necesidad de adoptar conjuntamente ambas clases de medidas cautelares, puede darse el caso de que tan sólo se adopten las de carácter civil; así, p. ej., en el caso de que los hechos con trascendencia penal sean aparentemente tan sólo constitutivos de falta, en cuyo caso, no cabe adoptar medida de prisión provisional, y tampoco la medida de alejamiento o similar contemplada en el art. 544 bis L.E.Crim., pero sí que, en cambio, resulta posible, al menos en abstracto, la adopción de medidas cautelares civiles (cfr. apartados 1 y 7 del art. 544 ter), «... así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios...» (cfr. inciso final del párrafo primero del apartado 7 del nuevo art. 544 ter L.E.Crim.), *loc. cit.*, págs. 1045 a 1070.

IV. PROCEDIMIENTO

1. LUGAR DE PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD Y FORMA

La Ley ofrece las máximas facilidades a las víctimas y pueden solicitar la Orden de protección tanto directamente ante el Juzgado, ante el Ministerio Fiscal, ante los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado¹², o, incluso, en las Oficinas de Atención a la Víctima, o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas. El Protocolo para la implantación, por su parte, señala además expresamente a los Servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Para el caso de que la solicitud se presente en lugar distinto al Juzgado competente, corresponde a la Administración que la recibe la obligación de remitirla inmediatamente al Juez competente (primer inciso del ap. 3 art. 544 ter L.E.Crim.). Igualmente, en el caso de que la víctima presente la orden de protección en el Juzgado civil que esté conociendo de un proceso de familia con las mismas partes lo remitirá al Juzgado de instrucción de guardia¹³.

¹² En el Protocolo para la implantación de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica se puede leer: «En este sentido, y teniendo en cuenta que en un gran número de casos la Orden de Protección se solicitará ante la Policía Judicial, ésta realizará el correspondiente atestado para la acreditación de los hechos, determinando una anticipación de la práctica de las necesarias investigaciones en las que se basará en su caso la decisión del Juez. De esta manera, se garantizará la agilidad en la tramitación, y al mismo tiempo el Juez de Guardia contará con unos mayores elementos para fundamentar la Orden de Protección.

Por otra parte, se concilia este instrumento con la tramitación de los «juicios rápidos» contemplados por la Ley 38/2002, que necesariamente deben iniciarse mediante atestado (argumento ex art. 795 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En conclusión, resulta aconsejable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial» (punto 1.5).

¹³ Así, se entiende en el Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil: «Cuando el Juez civil que conoce de un proceso de familia tiene conocimiento de la posible existencia de una situación de violencia doméstica, actuará de la siguiente forma:

a) Se informará a la víctima sobre los requisitos, contenido y tramitación de la orden de protección, así como los datos y forma de contactar con la Oficina de Atención a la Víctima del partido judicial, y se le proporcionará en su caso el formulario para la solicitud de la citada orden.

b) Sin perjuicio de las actuaciones del Juzgado civil que resulten conducentes por aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del art. 158 del Código Civil, el Juzgado civil remitirá testimonio de los particulares relevantes al Juzgado de Instrucción que conozca de la violencia referida al concreto núcleo familiar de conformidad con las normas de reparto adaptadas a lo dispuesto por la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

c) Y, en todo caso, el Ministerio Fiscal procederá a instar las actuaciones correspondientes por parte del órgano judicial penal.

Sin perjuicio de la competencia propia de los Juzgados de Instrucción al amparo del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando la víctima presente la solicitud de orden de protección ante el Juzgado civil que esté conociendo del asunto, se procederá de la siguiente forma:

a) En estos supuestos, el órgano judicial civil remitirá la solicitud de forma inmediata al Juez de Instrucción en servicio de guardia. Posteriormente, el Juzgado de Instrucción correspondiente remitirá al Juzgado civil testimonio de la resolución que decida sobre la orden de protección solicitada, y de cuantas otras resoluciones que resulten relevantes, a los efectos oportunos.

Como señala la referida Circular F.G.E. 3/2003, «tal elenco de posibilidades a través de las que canalizar la petición, en principio indiferentes en tanto que “dicha solicitud –como reza el precepto citado– habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente”, sin embargo conlleva distintas consecuencias procesales.

Así, conforme a la exigencia del art. 795.1, sólo será posible tramitar la causa penal a través del procedimiento de juicio rápido cuando la orden de protección se hubiera solicitado en sede policial permitiendo así su acompañamiento de un atestado, requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido. En otro caso, la ausencia de atestado determinaría la incoación de Diligencias Previas, salvo que el hecho denunciado aparejado a la petición de la orden de protección sea calificable como falta –lo que determinaría la incoación de este procedimiento– o como uno de los delitos que obligan a la incoación de sumario o de jurado. En definitiva, la orden de protección ha de dar lugar a la incoación de aquel procedimiento acorde con el hecho ilícito que se denuncie, sin que sea procedente la apertura de Diligencias indeterminadas».

En cuanto a la forma de la solicitud, ha de señalarse que existe un *modelo de petición uniforme* recogido en el Protocolo para la implantación de la Orden de

b) En todo caso, el Juzgado civil podrá adoptar medidas al amparo del art. 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de los arts. 773 ó 774 de la misma Ley» (criterio 6.2.2).

Incluso algún Juzgado de Primera Instancia en el proceso civil ha adoptado medidas cautelares penales. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 Cerdanyola del Vallés en el FJ. 3º. 6 de su Sentencia de 23 de mayo de 2003 razona: «De poco servirían las medidas anteriores –en especial la atribución a la actora e hijos del uso de la vivienda familiar, que supone que éstos pasan de estar ocultos al demandado a estar en lugar conocido por él– si no se articula alguna medida de protección para los mismos.

Dicha medida ha de consistir en una prohibición de que el demandado se acerque a la actora y a los hijos.

Cierto que estas medidas de alejamiento vienen teniendo aplicación en el ámbito penal (arts. 57 C.P. y 544 bis L.E.Crim.) y no en el civil, en el que no están expresamente previstas.

Mas cuando se abordan problemas de derecho de familia muchas veces aparece difuso el límite entre uno y otro ámbito (el penal y el civil), los problemas exigen soluciones integrales, y lo cierto es que también las leyes civiles conceden base suficiente para la adopción de tal clase de medidas. En concreto, el art. 134 C.F. permite a los jueces, en cualquier procedimiento, adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a las personas de los hijos.

En este caso la evitación de perjuicios para los hijos pasa por que el demandado no pueda acercarse a ellos ni a su madre.

Lo cual ha de traducirse en marcar una distancia de 200 metros, dentro de la cual el demandado no podrá acercarse a la actora ni a sus hijos, cualquiera que sea el lugar en que éstos se encuentren. En todo caso, desde el día 26 junio 2003 a las 14,00 horas, dicha distancia regirá en todo caso respecto del domicilio sito en B. La notificación de esta sentencia servirá de requerimiento al cumplimiento de tal medida, a la que no se señala límite de duración, y de advertencia de que su incumplimiento será considerado delito de desobediencia castigado en el C.P. con pena de prisión.

Para la efectividad de tal medida se dará conocimiento de la misma a la Guardia Civil y a la Policía Local de B., que vigilarán el cumplimiento de la misma y que en caso de que resultara incumplida, procederán a la detención y puesta a disposición del demandado por el delito de desobediencia», en *La Ley*, n.º 5821, 10 de julio de 2003 (especial violencia doméstica), ref. 2927.

protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁴. Tal formulario normalizado de solicitud es sencillo. Recordemos que la E. de M. de la Ley alude a la ausencia de formalismos técnicos o costes añadidos.

Además, «los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal» (último inciso del ap. 3 art. 544 ter L.E.Crim.).

Dando un paso más, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección manifiesta en el Protocolo que «resultaría una buena práctica que la víctima sea asistida por un profesional al cumplimentar la solicitud de la orden, e incluso que sea acompañada a presentarla ante la Policía» y que «resulta aconsejable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial».

2. LEGITIMACIÓN

El párrafo segundo del apartado 2 del art. 544 ter establece una amplia legitimación para solicitar o, mejor, promover la Orden de protección; así, podrá ser acordada de oficio por el propio Juez, a instancia del Ministerio Fiscal o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones establecidas en el art. 173.2 C.P. La solicitud por éstas no requiere postulación.

Para promover su adopción, se establece también que, sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el art. 262 L.E.Crim., las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos objeto de la orden de protección, 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 (párrafo segundo del apartado 2 del art. 544 ter L.E.Crim.). Esto coincide en parte con lo que dispone el art. 757.3 inciso final L.E.C. para los procesos sobre declaración de incapacidad de las personas. En cualquier caso, imponer tal deber de inmediata puesta en conocimiento de la autoridad judicial o fiscal a entidades privadas asistenciales puede resultar gravoso y no se apareja ninguna sanción al incumplimiento del deber.

Debe diferenciarse la amplia legitimación para promover la orden de protección de la legitimación en sentido estricto para instar concretas medidas en

¹⁴ El modelo de solicitud se puede obtener de las páginas webs del C.G.P.J. (<http://www.poderjudicial.es>), del Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es>), etc. y demás instituciones que integran la Comisión de seguimiento.

el seno de la orden de protección que el órgano judicial acordará o no¹⁵. Estas podrán solicitarse en el formulario o en la propia audiencia. Las medidas solicitadas por quien no tenga legitimación se tendrán por no puestas.

3. COMPETENCIA

Por razones de eficacia y rapidez, se atribuye la competencia objetiva a favor del *Juez de Instrucción en funciones de guardia* (apartado 3 del art. 544 ter L.E.Crim.). Ello, se justifica en la Exposición de motivos, «continuando en la línea inaugurada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, por la que se regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, la presente regulación se decanta por atribuir la competencia para adoptar la orden de protección al Juez de Instrucción en funciones de guardia».

La competencia territorial viene dada por el *lugar en que se presente la solicitud*, sin perjuicio de la competencia territorial definitiva sobre el asunto penal del cual dicha orden de protección es *accessoria* o constituye una de sus primeras diligencias (*vid.* apartado 3 del art. 544 ter y art. 13 L.E.Crim.) y, en su caso, sin perjuicio del posterior reparto.

¹⁵ Como expone Lamo Rubio, «en todo caso, es preciso distinguir entre la legitimación para activar los mecanismos propios de la Orden de protección y la legitimación para solicitar las concretas medidas que puedan incluirse en la misma. De modo que, la legitimación para instar la Orden de protección es la definida en el párrafo segundo del apartado 2 del nuevo art. 544 ter L.E.Crim., en la que incluso se prevé que sea el propio Juez de oficio quien ponga en marcha tales mecanismos; pero, luego, para la adopción de las concretas medidas que pueden integrar el contenido de la Orden de protección, deberá estarse a la normativa específica, así, p. ej., para solicitar válidamente la prisión provisional del agresor –como medida cautelar penal de carácter personal–, sólo tendrán legitimación las partes acusadoras –Ministerio fiscal y, en su caso, acusación particular o acusación popular–, debidamente personadas en los autos penales, de modo que, el Juez, actualmente, de oficio, con carácter general, no podrá adoptar la prisión provisional (excepción hecha de los supuestos excepcionales del art. 539 L.E.Crim.); y, en relación con las medidas civiles, la legitimación la establece el apartado 7 del art. 544 ter L.E.Crim., que la fija a favor de “... la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces...”, excluyendo también el principio de oficialidad; de modo que, la conclusión es clara: si una vez convocada la audiencia para acordar lo relativo a la Orden de protección no existen peticiones, ajenas al propio juez, por los que estén legitimados en cada caso, no cabe adoptar, por el juez o tribunal, tales concretas medidas cautelares», *loc. cit.*, págs. 1045 a 1070.

Como señala Cerezo García-Verdugo, «si no ha sido la víctima la que haya instado la solicitud, ¿hasta qué punto será posible adoptar el marco general de protección? Hay que tener en cuenta que, en virtud del principio dispositivo que, con base en el art. 6.2 del C.c., enuncia el art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y conforme al ap. 7 del comentado art. 544 ter, las medidas de naturaleza civil deben ser solicitadas por la víctima o por su representante legal. Existiendo menores o incapacitados va intervenir el Ministerio Fiscal instando las medidas de protección más adecuadas para los mismos y la orden podrá dictarse con plena proyección. Pero siendo otro el caso, el juez que haya iniciado el expediente de oficio no tendrá más remedio que circunscribirse a las estrictas actuaciones penales en el marco del procedimiento penal que corresponda en el que, en su caso, sólo podría adoptar las medidas cautelares recogidas en el art. 544 bis y no otras y, por ende, la orden de protección no podrá alcanzar el efecto que su propia concepción prevé», en «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5871, de 15 de octubre de 2003, Tribuna.

La atribución de *competencia territorial a prevención* a favor del Juez del lugar en que se presente la solicitud, sin perjuicio de lo que, finalmente, se acuerde sobre la competencia territorial definitiva para instruir la causa penal¹⁶, está encaminada a «garantizar con mayor eficacia los derechos de las víctimas»¹⁷, evitando su peregrinaje¹⁸. Así, el inciso final del apartado 3 del art. 544 ter L.E.Crim., introducido mediante una enmienda en el Senado¹⁹, dispone: «En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado la misma, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente».

Dada la naturaleza de primeras diligencias de la orden de protección, como señala la Circular F.G.E. 3/2003, «se trata de evitar que cuestiones de competencia,

¹⁶ También la orden de protección como primera diligencia o diligencia a prevención la acordará el Juez de Instrucción aun cuando en caso de aforamiento la competencia para instruir se atribuya *ratione personae* a un magistrado de la Sala Civil y Penal del T.S.J. o de la Sala 2ª del T.S.

¹⁷ Así puede verse en el mensaje motivado a la Proposición de Ley reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, de 1 de julio de 2003, n.º 342-4, pág. 10.

Vid., en este mismo sentido, el párrafo tercero del art. 25 L.E.Crim. introducido por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

¹⁸ «Recordemos, a estos efectos, que en virtud de la aplicación de la Instrucción 3/2003 del C.G.P.J. las medidas cautelares se deben adoptar por el juez de guardia (art. 3.3, regla 3.ª), aunque debiera aplicar la normativa de esta instrucción que le vincula a remitir las diligencias al Juzgado que conoció de la primera denuncia.

Así, resulta importante destacar que no por el hecho de que un Juzgado compruebe en el registro informático que existe un Juzgado que conoció ya de una primera denuncia debe remitirle de forma urgente las diligencias sin acordar nada como medidas cautelares urgentes, ya que al no estar de guardia el Juzgado que las recibe –y que fue el que conoció de la primera denuncia–, no tendría la operatividad de fiscal adscrito o letrado de oficio.

Hay que evitar el “peregrinaje” de la víctima por los Juzgados, por lo que la Orden de Protección deberá dictarse por el juez de guardia, con independencia de que la tramitación de la causa se lleve en otro Juzgado», en Magro Servet, V., «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5821, 10 de julio de 2003 (Especial Violencia Doméstica), o *La Ley*, tomo n.º 3, págs. 1853-1863. *Vid.* también Magro Servet, V., «La Instrucción 3/2003 de 9 de abril del C.G.P.J. sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica», en *Diario La Ley* de 20 de mayo de 2003.

¹⁹ En la Sesión del Pleno del Senado celebrada el día 25 de junio de 2003 la señora Delgado García, en nombre del Grupo Parlamentario Popular, señala, refiriéndose a la primera parte de la enmienda al art. 2, que «pretende mayor brevedad. Estamos hablando de violencia doméstica y sabemos que el tiempo juega en contra de las víctimas, en contra de la sociedad y, por tanto, en contra de todos nosotros, por lo que en ningún momento se debe perder el tiempo por alguna duda que pueda surgir en el momento de la tramitación de la orden. Por ello, para evitar que pueda existir esa especie de dilatación en el tiempo, se prevé que la orden de protección pueda ser dictada por el juez ante quien la víctima se presente para solicitarla, independientemente de que más tarde se proceda a estudiar qué juez tiene la competencia territorial. En principio, para que no haya ninguna duda en cuanto a la competencia, donde se solicite la orden automáticamente se tiene que conocer, y posteriormente ya se verá exactamente a quién hay que traspasar la documentación», en Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Año 2003, VII Legislatura, n.º 144, pág. 9036.

frecuentes en una materia tan propicia como el maltrato habitual con supuestos de acumulación de autos o existencia de denuncias previas, impidan la resolución urgente de la adopción de medidas cautelares, lo que corresponde como primeras diligencias al Juez de Guardia ante el que se formulare la solicitud». En cualquier caso, la competencia a prevención podrá ser utilizada abusivamente sin que la norma arbitre ninguna cautela²⁰.

Se plantea si el juez de instrucción territorialmente competente o el del mismo partido judicial que por turno de reparto corresponda²¹ al que se remite la orden de protección acordada por el juez de guardia puede modificar alguna de las medidas civiles o penales acordadas por el juez de guardia ante el que se presentó la solicitud, pero que no era competente territorialmente. Esa revocación o modificación podría hacerla de oficio si aprecia que no concurren los presupuestos para su adopción o como consecuencia de un recurso; a lo que sobre los recursos digamos más abajo nos remitimos. O, por el contrario, hay que entender que el juez de instrucción territorialmente competente sólo se habrá de ocupar de velar por su ejecución.

Para que las autoridades fiscales, policiales o asistenciales puedan cumplir con el deber *a priori* de remitir la solicitud al juez competente para su adopción o el juez ante el que presentó con el deber *a posteriori* de remitir la orden de protección acordada al juez territorialmente competente para conocer del asunto jugará un papel decisivo el Registro Central a que aludiremos *infra*.

También puede resultar competente para decidir sobre la Orden de protección, el *juez o tribunal penal que conozca de la causa*, siempre y cuando que no se hubiere aún adoptado tal orden, y la necesidad de la misma surja no al inicio del proceso penal, sino posteriormente durante la tramitación del procedimiento (ap. 11 del art. 544 ter). Por causa habrá de entenderse causa penal por algún delito o falta incluido en el ámbito de aplicación de la orden de protección (apartado 1 del art. 544 ter L.E.Crim.). Por tanto, tiene competencia para acordar la orden tanto el juez instructor como el juzgado o tribunal sentenciador²².

²⁰ Señala Magro Servet, «es preciso evitar que se produzca la denominada “caza de jurisdicción” o “forum shopping”, ya que si la persona que insta la orden recibe una negativa de un juez de guardia podría desistir de la tramitación penal e instar de nuevo la petición ante otro juez de guardia que pudiera tener un criterio distinto. Por ello, el registro informático podría detectar estas situaciones para evitar la elección del juez», en «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5914, 16 de diciembre de 2003, págs. 1 y ss.

Igualmente, como apunta Lamo Rubio, «aun tratándose de una reforma muy bienintencionada, dado que de ese modo se consigue la deseada rapidez en la adopción de la Orden de protección, en cambio puede suscitar algunas cuestiones relativas a posibles fraudes en su aplicación (p. ej., búsqueda de un Juez que, se sabe, es más proclive para conceder tales órdenes, frente al territorialmente competente para conocer del asunto, que, se sabe, que es menos favorable)», *loc. cit.*

²¹ *Vid.* art. 40 del Reglamento C.G.P.J. 5/1995, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

²² Aunque referido al art. 544 bis, «si la cautela se acuerda durante la fase de instrucción, lógicamente el competente será el Juez de Instrucción de la causa, o eventualmente el órgano jurisdiccional

El hecho de que en el curso del procedimiento penal sobrevenga la situación objetiva de riesgo para la víctima o el incumplimiento de las medidas en la orden de protección activada hace pensar en la reiteración de conductas delictivas que, bien se acumularían a la instrucción abierta (diligencias previas o urgentes), bien darán lugar a un nuevo proceso penal.

4. INADMISIÓN A TRÁMITE

Una vez recibida en el Juzgado de Guardia la solicitud de orden de protección, corresponde al Juez decidir si se encuentra en su ámbito de aplicación («en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo», dice literalmente el art. 544 ter 4 L.E.Crim.).

Si la solicitud no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la orden de protección, aunque no se establezca expresamente, deberá ser *rechazada o inadmitida* por el Juez mediante resolución motivada (*ex* primer inciso del apartado 4 del art. 544 ter L.E.Crim.)²³. Igual resolución deberá dictarse en caso de concurrencia de otra orden de protección sobre la misma persona²⁴.

superior al Juez que instruye cuando estime un recurso presentado por el Fiscal o por las partes acusadoras contra una decisión que no acceda a la adopción de la medida. Si se debe adoptar después, concluido el sumario o firme el auto de apertura del juicio oral, según el procedimiento, será competente el órgano jurisdiccional que conozca de la causa: Juez de lo Penal o Audiencia Provincial. En el caso de que la medida o medidas resultaren necesarias durante la tramitación de un recurso de apelación o casación, la competencia para acordarlas volverá al órgano jurisdiccional que conoció en primera instancia», en De Hoyos Sancho, M., «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», *Actualidad Penal*, n.º 32, semana del 02 al 08 de septiembre de 2002.

²³ En la Circular F.G.E. 3/2003, se dispone: «aunque el precepto nada dice expresamente sobre la posible inadmisión a trámite de la solicitud, en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquélla que no concurre ninguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen medidas cautelares suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia.

Por ello, los Sres. Fiscales a quienes se diere traslado de una solicitud de orden de protección, cuando –en supuestos que serán excepcionales– apreciaren directamente de su examen que no sería procedente su admisión por la inexistencia de fundamento, deberán dirigir por cualquier medio al Juzgado comunicación solicitando se dicte auto de inadmisión a trámite de la orden y la desconvocatoria de la comparecencia.

Una de las primeras comprobaciones, a tales efectos, que habrán de llevar a cabo los Sres. Fiscales es la de indagar mediante consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica si frente a la persona denunciada ha sido solicitada y adoptada anteriormente orden de protección en vigor».

²⁴ Según la Comisión de seguimiento, «por evidentes razones organizativas y de coordinación, solamente puede existir una única Orden de Protección que afecte a cada víctima. De esta manera, no pueden concurrir varias órdenes de protección que desplieguen sus efectos sobre una misma persona.

El contenido de la Orden de Protección podrá ser modificado, si resulta procedente, cuando se alteren las circunstancias (*rebus sic stantibus*) por parte del órgano judicial que tiene competencia para conocer del asunto (pensemos sobre todo en aquellos casos en los que se incrementa la situación de

5. CARACTERÍSTICAS DE LA AUDIENCIA

Admitida la solicitud, es *obligatoria la celebración de comparecencia*, a diferencia de lo que sucede con la medida cautelar del art. 544 bis L.E.Crim., para resolver sobre la orden de protección.

El Juez de Guardia convocará a una *audiencia urgente* a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de Abogado, y también deberá convocar al Ministerio Fiscal.

Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará *en el plazo más breve posible*. Ello no impide que pueda adoptar las medidas que la legislación permite sin necesidad de audiencia²⁵. También comprobará si se ha informado a la víctima, si se le ha hecho el ofrecimiento de acciones y si va a solicitar medidas civiles en la audiencia²⁶.

La competencia a prevención la mantiene el Juzgado de Guardia incluso cuando exista en otro Juzgado causa abierta contra el denunciado²⁷.

peligro para la víctima), pero no podrá dictarse una ulterior Orden de Protección que contradiga los términos de la ya dictada.

En caso de urgencia, la Orden de Protección también podrá ser modificada por el Juez de Instrucción en funciones de guardia, si lo considera pertinente, sin perjuicio de la posterior remisión de lo actuado al órgano judicial competente» (Protocolo para la implantación 2.2).

²⁵ Así, la Circular F.G.E. 3/2003 indica: «la imposibilidad de resolver sobre la orden de protección hasta que se celebre la comparecencia puede aconsejar, en ocasiones, para evitar la falta total de medida alguna durante un lapso de tiempo, que directamente por el Juez, y sin necesidad de audiencia, se adopten determinadas medidas cautelares, amparando éstas en el art. 544 bis L.E.Crim., si se trata de medidas de alejamiento, o en los arts. 13 L.E.Crim. y 158 C.c., para cualquier medida en relación a los menores de edad para apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios».

²⁶ En este sentido, el criterio 5.4.1 del Protocolo de coordinación señala: «Cuando la víctima solicitante de una Orden de Protección comparece ante el Juzgado de Instrucción en servicio de guardia, la primera actuación consistirá en asegurarse que se le ha proporcionado información, en términos sencillos y comprensibles, sobre la orden de protección y los contenidos del art. 776 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y, en caso contrario, se procederá a suministrarle la mencionada información. A continuación se le preguntará si tiene voluntad de solicitar medidas de naturaleza civil contenidas en el apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En los partidos judiciales donde exista Oficina de Atención a la Víctima, también se proporcionará información sobre sus funciones y la manera de contactar con ella, para lo cual le podrá ser entregado el correspondiente folleto o documento explicativo similar.

Si la víctima ha mostrado su intención de instar en la audiencia medidas civiles, el Juzgado procederá de forma inmediata, y en todo caso antes de iniciar la audiencia, de la siguiente forma:

a) La víctima será preguntada por la existencia de algún proceso civil anterior en el que se hayan adoptado medidas civiles en relación con la víctima o con su familia. En caso afirmativo, se harán constar los datos concretos identificativos de dicho proceso.

b) Se le preguntará también si comparecerá a la audiencia asistida de Abogado de libre elección. Si la contestación fuera negativa, instará la designación de oficio en aquellos supuestos en los que proceda de conformidad con el ordenamiento, procediendo de conformidad con el art. 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre asistencia jurídica gratuita, cuando resulte necesario para garantizar la igualdad de partes en el proceso».

²⁷ En la referida Circular se razona así: «cabe cuestionarse cuál sea la decisión que haya de seguir el Juez de Guardia que no pudo celebrar la audiencia y resolver sobre la orden de protección,

En cualquier caso, tal audiencia habrá de celebrarse en el *plazo máximo de setenta y dos horas* desde la presentación de la solicitud (ap. 4 del citado artículo)²⁸. No se cuenta tal plazo, por tanto, desde la recepción de la solicitud en el Juzgado²⁹: las 72 horas se cuentan desde la presentación de la solicitud y, dado que la Ley no distingue, en el caso de que se solicite la orden de protección ante instancias no judiciales, el juez habrá de tenerlo en cuenta y tratar de cumplir el plazo impuesto legalmente. En este sentido, como hemos visto, el apartado 3 del art. 544 ter establece la puesta a disposición de canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal. En definitiva, se pretende evitar tiempos muertos.

Cabe la *celebración simultánea* con la comparecencia de prisión provisional (art. 505 L.E.Crim.), si existe, o, con la del juicio rápido (art. 798 L.E.Crim.), o, en su caso, con el acto del juicio de faltas³⁰, siguiendo en este caso, los trámites propios de tales actuaciones. También, si las razones de economía procesal no son atendibles, podrá *celebrarse por separado* (cfr. párrafo segundo del ap. 4).

Citados la víctima o su representante legal, el solicitante, el agresor y el Ministerio Fiscal, la *incomparecencia justificada* de alguno de los mismos determinará la suspensión de la audiencia³¹.

cuando conste la existencia de causa abierta contra el denunciado en otro Juzgado. Las opciones posibles –al margen como hemos visto de la adopción de medidas cautelares vía arts. 544 bis o 158 C.c. inmediatamente por el Juez de Guardia– son varias: primera, remitir lo actuado al Juez competente para que sea éste quien procure la celebración de la audiencia y termine resolviendo la orden de protección; segunda, continuar con los autos de la orden de protección hasta su resolución por él mismo cuando sea posible y sólo entonces remitir testimonio de las actuaciones y del auto al Juez competente por antecedentes.

La preferencia por la segunda de las soluciones se basa en la conveniencia de evitar tiempos muertos entre la remisión y la aceptación de los autos de uno a otro Juez, por lo que se estima preferible que el Juez ante el que se instó una orden de protección decida finalmente sobre la misma y la remita, una vez resuelta, a aquel que estuviere conociendo de causa por tales hechos. La ventaja práctica de esta solución, que procura evitar lapsos de inactividad, es la única razón, pero estimamos que suficiente, para decantarse por este criterio».

²⁸ En este sentido, la E. de M. establece que la orden ha de activarse de forma rápida para garantizar una protección real a la víctima.

²⁹ Discrepamos, por tanto, de esta interpretación que hace Lamo Rubio, *op. cit.* En el sentido por nosotros apuntado, en la Circular F.G.E. 3/2003 se indica: «Si la solicitud se presentara ante órgano distinto del Juez, el cómputo debe iniciarse desde la presentación de la solicitud ante aquél y no desde la posterior llegada de la misma al Juzgado de guardia. No obstante, el incumplimiento del plazo será una irregularidad pero no motivo de nulidad (art. 241 L.O.P.J.)».

³⁰ Señala la Circular 3/2003: «la referencia legal a que, tratándose de falta, la comparecencia de la orden de protección procure hacerse coincidir con el acto del juicio tiene sentido en dos supuestos. Primero, si el juicio se suspende y en ese acto se celebra la comparecencia para adoptar medidas cautelares. Segundo, si el juicio se celebra, cabe instar del juez, además de la petición de condena, las medidas cautelares precisas que se justifican en tanto la sentencia devenga firme, momento en el cual las de naturaleza penal se sustituyen por las prohibiciones acordadas en sentencia al amparo del art. 57 C.P., y las medidas civiles subsisten pues se rigen en su sustitución por lo dispuesto en el art. 544 ter 7.

³¹ «Si dicha incomparecencia es justificada (por no citación o por enfermedad o por imposibilidad de traslado, por ejemplo) la cuestión debe resolverse a favor de la suspensión del acto, debiendo convocarse debida y nuevamente la audiencia. Todo ello al margen, como antes se dijo,

La incomparecencia injustificada de la víctima o su representante legal o del solicitante no comportará necesariamente la suspensión de la audiencia. La inasistencia injustificada tanto de la víctima como del solicitante puede conllevar que el juez acuerde la *suspensión*, máxime si no existe un atestado, dado que el Juez no tendría elementos de juicio distintos de lo recogido en la solicitud y la inmediación cuando las consecuencias para el agresor son importantes resulta fundamental.

Consecuentemente con lo dicho más arriba sobre la legitimación para promover o solicitar la orden de protección, puede no tener mucho sentido que se convoque a la audiencia al solicitante, salvo que pudiera ser necesaria su declaración como testigo presencial o de referencias.

La inasistencia, tanto personal como mediante videoconferencia, injustificada del Fiscal a la audiencia para resolver sobre la orden de protección no determina necesariamente la suspensión de la misma³².

La presencia del agresor, debidamente citado, en la comparecencia no es ineludible y, sin suspender necesariamente tal audiencia, el Juez de instrucción podrá emitir la orden de protección³³.

de la posible adopción entretanto de medidas cautelares al amparo de los arts. 544 bis L.E.Crim. o 158 C.c.» (Circular F.G.E. 3/2003).

³² Como recoge la reiterada Circular, «es de notar que ha desaparecido –en el texto reformado del art. 505– la obligación específica de comparecencia que imponía el art. 504 bis 2. Dicho precepto señalaba: “El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer”. La supresión de dicha mención en la L.E.Crim., tras la redacción operada por la L.O. 13/2003, admite una conclusión interpretativa para la comparecencia de prisión (art. 505 L.E.Crim.) extensible a la comparecencia de la orden de protección (art. 544 ter L.E.Crim.) o a la audiencia para la agravación de la medida previamente incumplida (art. 544 bis L.E.Crim.), conforme a la cual la validez de la comparecencia no se resentiría por la ausencia injustificada del Ministerio Fiscal. En tal caso, el Juez de Instrucción podrá acordar la suspensión de la comparecencia para procurar la intervención del Fiscal, pero ello no será un desenlace obligado en todo caso puesto que también podrá acordar que continúe la audiencia y resolver sobre las medidas cautelares pese a la incomparecencia del Fiscal (salvo que no podría acordar entonces medidas de prisión o libertad con fianza si ninguna acusación las solicitara).

Si la comparecencia se sustancia coincidiendo con la regulada en el art. 798 o en el acto del juicio de faltas, la presencia del Fiscal es ineludible para tales otras finalidades (resolver sobre la fase intermedia de las diligencias urgentes o celebrar el juicio de faltas) que no se podrán llevar a cabo, pero no para la adopción de medidas, que sí será posible si se redujera la comparecencia a una específica sobre medidas u orden de protección.

Es posible, por tanto, que la incomparecencia del Fiscal en la audiencia no provoque, sin embargo, la suspensión de ésta, cuando el Juez considere que existen razones para continuar y resolver sobre las medidas cautelares. Ello se dará muy excepcionalmente, pero no son descartables supuestos de urgencia en la adopción de medidas que, ante la inexistencia de videoconferencia u otros medios similares y ante la imposibilidad de asistencia en tiempo breve del Fiscal, aconsejen no demorar la respuesta judicial; sin perjuicio, además, de que el Fiscal pudiese dejar constancia de su criterio en la causa a través de otros medios (fax, teléfono, etc.) que no suponen o permiten tenerle por comparecido en la audiencia. ... En todo caso, si se diere en la práctica algún supuesto de esta naturaleza nada obsta a la intervención en cualquier momento ulterior del Fiscal: en el recurso procedente contra el auto adoptando medidas cautelares o en cualquier incidente posterior para su modificación por cambio de circunstancias».

³³ Así se entiende en la Circular 3/2003: «Aunque no cabe desconocer el efecto pedagógico e incluso preventivo que el hecho de la comparecencia supone para el agresor, si éste, citado que haya

El párrafo primero del apartado 4 del art. 544 ter L.E.Crim. establece que el agresor estará «... asistido, en su caso, de abogado...»; lo pudiera llevar a interpretar que no es preceptiva la intervención letrada, pero la *asistencia de abogado* debe ser efectiva, aunque no la representación por procurador, salvo que los hechos que motiven la solicitud de la orden de protección sean constitutivos de falta en cuyo enjuiciamiento no es preceptiva la postulación³⁴. La asistencia letrada a la víctima que va a solicitar medidas civiles es importante³⁵.

sido para la comparecencia, no acudiere injustificadamente a la misma, no impedirá necesariamente su celebración y la posible adopción de medidas cautelares de todo orden. No cabe sostener que dichas medidas cautelares son, en tal caso, adoptadas inaudita parte, en tanto que es el denunciado quien incumple su obligación procesal de acudir. La contradicción se satisface por la posibilidad de ser oído y no por el hecho efectivo de utilizar ese cauce el denunciado. La base legal para esta interpretación cabe encontrarla en los arts. 505 y 544 bis y 544 ter L.E.Crim. que, a diferencia del derogado art. 504 bis 2, nada dicen acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma. Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de adoptar medidas cautelares. En todo caso, el auto resolviendo sobre la orden de protección se notificará al denunciado, quien, con independencia de su asistencia o no a la audiencia, podrá interponer los recursos oportunos».

³⁴ Así, Lamo Rubio afirma: «si partimos de la importancia de las decisiones a adoptar tras la celebración de tal comparecencia, que incluso en caso de hechos constitutivos de falta, pueden dar lugar a la adopción de las denominadas medidas provisionales previas a la demanda, a que se refiere el art. 771 y ss. LECiv2000, medidas de carácter civil, pero en relación con las cuales, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la asistencia de letrado, es difícil imaginar alguna hipótesis en la que no sea preceptiva la referida asistencia letrada.

La Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de protección se pronuncia claramente a favor de la preceptividad de la asistencia letrada, afirmando que la misma «... deviene relevante para la tutela judicial efectiva y para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, especialmente si se tiene en cuenta que el Juez de Instrucción en funciones de Guardia también puede adoptar medidas de naturaleza civil que afectan al uso y disfrute del domicilio, a la relación con los hijos y a la prestación de alimentos...», *loc. cit.*, págs. 1045 a 1070.

Como puntualiza la Circular F.G.E. 3/2003, «La expresión “en su caso” debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia letrada es ineludible salvo cuando, por tratarse de una falta, la audiencia se celebre en el procedimiento de juicio de faltas (coincidiendo con el juicio oral) en cuyo caso la defensa técnica no es preceptiva. La audiencia en cualquier otro supuesto por hechos inicialmente reputados delito y en consecuencia por procedimiento distinto al de faltas (ya coincida con la del arts. 798, 544 bis, 505 o sea específica) exigirá la asistencia de letrado del denunciado. Sin la presencia de éste, justificada o no, habrá de suspenderse la audiencia. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de uno de su confianza».

Frente a la necesaria intervención de Procurador exigida por el art. 771.2 I inciso final L.E.C. en la comparecencia para la adopción de medidas provisionales previas a la demanda matrimonial, a la audiencia para acordar la orden de protección no será obligatoria la intervención de procurador, cuando el Abogado asume también la representación (art. 768 L.E.Crim.).

³⁵ El criterio segundo del Protocolo de coordinación establece: «Para contribuir a una mayor efectividad del derecho de defensa resulta conveniente:

a) La especialización en materia de Familia del Abogado/a que asiste a la víctima de violencia doméstica, de conformidad con lo afirmado por los apartados 40 y 41 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos.

b) La asistencia de Letrado/a a la víctima durante el desarrollo de la audiencia relativa a la orden de protección, especialmente cuando se van a solicitar medidas de naturaleza civil.

Durante la audiencia, el Juez adoptará las medidas oportunas para *evitar la confrontación* entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia; y, a tal efecto, la declaración de aquellos se realizará por separado (párrafo tercero del ap. 4) y en primer lugar³⁶. Por tanto, se excluyen expresamente los careos.

Cabe que el Juez de Guardia considere pertinente la *audiencia de los hijos menores de edad*³⁷.

La Ley guarda silencio sobre la *práctica de prueba*; en cualquier caso, la prueba vendrá dada por las declaraciones de la víctima y familiares, e incluso del solicitante que también es convocado³⁸, y, análogamente a lo que sucede con la comparecencia para acordar la prisión provisional (nuevo art. 505 L.E.Crim. que

c) Y que el Abogado/a que interviene en la audiencia para dictar la orden de protección sea el mismo que interviene en las subsiguientes actuaciones ante el órgano judicial civil, tanto durante la fase declarativa como durante la ejecución y los sucesivos incidentes.

Conforme a lo dispuesto por la legislación, la audiencia para la adopción de la orden de protección podrá celebrarse aún cuando la víctima no se encuentre asistida por Abogado/a, aunque la asistencia letrada contribuirá a una mayor eficacia del derecho de defensa.

Se destaca asimismo la importancia de la utilización tanto del art. 6.3 de la Ley 1/1996, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, para garantizar el derecho de defensa y la igualdad de partes en el proceso; como del instrumento previsto en el art. 21 de la misma Ley para agilizar el nombramiento de Abogado/a y Procurador/a de oficio.

Las instituciones representadas en esta Comisión se comprometen a iniciar las gestiones necesarias en relación con las Administraciones públicas competentes (Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia y Colegios de Abogados) para la creación e impulso de turnos de oficio y servicios de guardia especializados en violencia doméstica, así como para la dotación de los medios correspondientes».

³⁶ Como señala Lamo Rubio, «naturalmente, aunque nada diga la Ley expresamente, entendemos que parece lógico comenzar tales declaraciones por las de la víctima y demás familiares, para a continuación, cuando se oiga al agresor, ponerle de manifiesto lo que hayan declarado los anteriores, a fin de que pueda ejercer, con efectividad, su derecho de defensa; sin perjuicio, en su caso, de poder volver a oír a la víctima, a la vista de lo que manifieste el agresor; y, luego otra vez a éste, a modo de última palabra».

³⁷ «Cuando los hijos/as menores de edad sean mayores de doce años, o tengan suficiente juicio, pueden aportar trascendentes datos sobre la situación familiar y sobre la realidad de la existencia de actos de violencia. En estos casos, el Juez de guardia podrá valorar si resulta procedente oírlos de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, por los arts. 92.2º del Código Civil y 770.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como por el apartado 27 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.

La comparecencia del menor, si procede, se procurará celebrar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, procurando evitar la reiteración de su presencia ante los órganos judiciales, y se podrán utilizar al efecto elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares (apartado 26 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia)»: criterio 5.1 del Protocolo de coordinación.

³⁸ Acertadamente, se sostiene en la Circular 3/2003 que «No se trata en la comparecencia de agotar la instrucción de la infracción penal. Ahora bien, el art. 544 ter presupone que se oiga a determinadas personas en la comparecencia; por ello, la declaración del agresor, de la víctima y demás familiares llevada a cabo en la comparecencia puede implicar, si se practica con la suficiente profundidad, que no sea preciso volver a tomar declaración en fase de instrucción a dichas personas, evitando de ese modo sucesivas comparecencias en el Juzgado».

sustituye al derogado art. 504 bis 2 L.E.Crim.)³⁹ o con la comparecencia para adoptar las medidas provisionales previas a la demanda de separación o divorcio (art. 771.3 L.E.C.), no habría inconveniente en practicar las imprescindibles a los fines de adoptar la orden de protección y las medidas necesarias. En cualquier caso, la regla general consistirá en que se practique en la comparecencia por lo que habrán de acudir a ella con las pruebas de que quieran valerse y la excepción que se señale por el Juez una fecha para su práctica lo más cercana posible. Al efecto de que se practique la prueba necesaria en la audiencia, los Abogados o el Ministerio Fiscal habrán de informar al agresor y a la víctima y actuar con diligencia⁴⁰.

6. DECISIÓN Y RECURSOS

Concluida la audiencia, 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 (párrafo cuarto del apartado 4).

La norma guarda silencio sobre la clase de *recursos* procedentes contra el auto por el que se acuerda o no (cuando no concurran los presupuestos necesarios)⁴¹ la orden de protección o, en caso de adopción de la misma, contra su contenido (aprobación o no de las medidas solicitadas).

Dado que no se establece expresamente la inimpugnabilidad de la resolución, procederán los recursos que quepan contra los autos del Juez en la clase de procedimiento de que se trate, fundamentalmente el procedimiento para el enjuiciamiento rápido o el abreviado, y, excepcionalmente, el juicio de faltas: en definitiva: recurso de reforma y subsidiario de apelación (cfr. nuevo art. 766 L.E.Crim., de aplicación supletoria a los juicios rápidos, en virtud del art. 795.4 L.E.Crim.).

En relación con las medidas cautelares penales adoptadas en el seno de la orden de protección habrá que estar a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada la remisión genérica que se hace a la misma.

³⁹ El ajuste normativo no se ha llevado a cabo en la L.O. 15/2003 que da nueva redacción al art. 544 ter 1 L.E.Crim., pero no a su apartado 4.

Sobre la posibilidad de proponer y practicar prueba en la comparecencia y sobre la documentación del acto, la Circular 3/2003 remite a las consideraciones que se efectuaban en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, en el apartado III subapartados b) y c).

⁴⁰ Como sugiere Magro Servet, «Cuando se cite a las partes a la audiencia prevista en el art. 544 ter 4 L.E.Crim. podría comunicárseles que se aporte la documentación de su situación económica para adoptar las medidas civiles, ya que al no arbitrarse un período de prueba se puede utilizar esta audiencia para acreditar las circunstancias necesarias que le sirvan al juez para resolver las cuestiones del orden civil», en «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5914, 16 de diciembre de 2003, págs. 1 y ss.

⁴¹ Como apunta Lamo Rubio, «da la impresión de que el Legislador, con su premura por aprobar esta Ley, sólo ha pensado en la hipótesis de que el Juez acceda a adoptar la Orden de protección. Y, si procede su denegación ¿qué sucede...?, ¿qué recursos caben?, ¿se podrá volver a solicitar la orden de protección ...?», *loc. cit.*, nota 58, págs. 1045 a 1070.

Respecto de las medidas cautelares civiles, aunque cabe señalar que no tendría mucho sentido el recurso dada su limitada eficacia temporal y, además, hay que tener en cuenta que contra las decisiones sobre medidas provisionales previas y su confirmación o modificación e, incluso, las medidas provisionales coetáneas adoptadas por el Juez de Primera Instancia en procesos matrimoniales no procede recurso alguno, de conformidad con los arts. 771.4 y 772.2 i. f. y 773.3 i. f. LEC, también cabrá el recurso⁴², constituyendo, por tanto, otra peculiaridad del régimen de las mismas al adoptarse en un proceso penal.

7. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS

Las medidas acordadas en la orden de protección no siempre serán cumplidas por el presunto maltratador y conviene hacer alguna referencia a las responsabilidades que ello va a comportar y a los mecanismos procesales para hacerlas valer.

El quebrantamiento de las medidas cautelares penales dará lugar a la responsabilidad penal prevista en el art. 468 C.P.⁴³, no así el incumplimiento de las medidas civiles⁴⁴.

⁴² Así lo sostiene la Circular F.G.E. 3/2003: «Pese al silencio del art. 544 ter debe entenderse que el auto será recurrible, en vía penal con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean incluso exclusivamente civiles, a tenor de lo previsto en el art. 766 L.E.Crim., cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiere acordado la orden de protección, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los arts. 798.3 y 507 L.E.Crim.».

⁴³ Precisa la C.F.G.E. 3/2003 que «el incumplimiento de las medidas cautelares penales (así como de las prohibiciones impuestas en sentencia al amparo del art. 57 C.P.) constituye el delito tipificado en el art. 468 C.P., castigado con pena distinta según que se hubiere quebrantado una situación de privación de libertad o no. En este último supuesto (aplicable al quebrantamiento de las prohibiciones del art. 544 bis) la pena procedente es la de multa. Aunque no faltan resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias que la acogen, debe descartarse, por virtud del principio de especialidad (art. 8.1), la tipicidad del delito de desobediencia grave del art. 556, a pesar de la mayor pena que conlleva ordinariamente pues en todo caso impone la de prisión de seis meses a un año. Esta disparidad en las penas (multa frente a la de prisión) se verá sólo parcialmente corregida en la nueva redacción del art. 468, que estará vigente a partir del 1 de octubre de 2004, para los casos de quebrantamiento de las prohibiciones del próximo art. 57.2., supuesto en que se agrava la pena imponiendo la de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días».

⁴⁴ Respecto de la responsabilidad penal nacida del incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la orden de protección a tenor del apartado 7 del art. 544 ter, la C.F.G.E. 3/2003 señala: «se trata de *medidas cautelares* de orden civil que, en principio, encajarían en la mención genérica y sin mayor concreción que establece el art. 468 al quebrantamiento de "*medidas cautelares*". Ahora bien, dicha interpretación literal que abona la tesis de la comisión del denominado delito de quebrantamiento de condena del art. 468 no puede sin más ser admitida. Al redactarse dicho precepto se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de *medidas cautelares* penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles, como por ejemplo los delitos de impago de pensiones del art. 227 o de abandono de familia del art. 226. De ello cabe colegir que si el agresor incumpliere las *medidas cautelares* civiles (por ejemplo, no paga alimentos, no observa el régimen de visitas, etc.) no incurrirá en el delito del art. 468 sino, en su caso, en los ya citados delitos de los arts. 227 –impago de pensiones– o 226 –abandono de familia–, o en el de desobediencia si, además, concurrieran los

El problema procesal surge a la hora de determinar si el incumplimiento que da lugar a responsabilidad penal impone la *incoación de una nueva causa penal* o, por el contrario, la *acumulación al procedimiento penal principal* en el que se acordó la orden de protección y la medida incumplida. La opción por una u otra solución habrá de darse en función de las circunstancias concurrentes en el caso⁴⁵. En cualquier caso, y sin perjuicio de la exacción de la responsabilidad penal en que haya incurrido el presunto agresor o maltratador condenado, el último párrafo art. 544 bis L.E.Crim. permite la adopción de nuevas medidas cautelares más graves o restrictivas de la libertad personal del agresor, convocando al efecto la oportuna comparecencia⁴⁶.

8. DOCUMENTACIÓN

Nada se dispone sobre la forma de documentar las actuaciones necesarias para decidir sobre la adopción o no de la Orden de protección; dadas su accesoriadad respecto de un proceso penal por delito o falta de violencia doméstica y la posibilidad de acordar medidas cautelares penales y civiles, resulta conveniente

requisitos fácticos exigidos por este tipo penal. Todo ello, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, así por ejemplo el incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja puede coincidir con un delito del art. 468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar penal. En realidad sería el incumplimiento de esta última medida la que motivaría la aplicación del art. 468.

Si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete una infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2, se suscita el problema del posible concurso entre el delito del art. 468 con el subtipo cualificado del delito del art. 153 o del art. 173. Debe sostenerse que el subtipo agravado de los arts. 153 o 173 excluyen la condena separada por el delito del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 o 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1)».

⁴⁵ En la C.F.G.E. 3/03 se puede leer: «Desde el punto de vista procesal surge la cuestión de si por el hecho delictivo ha de incoarse una nueva causa o si debe ser acumulado su conocimiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida. En principio debe reconocerse la dificultad de establecer reglas apriorísticas en una materia tan compleja y circunstancial como la derivada de las reglas de competencia por conexidad. El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de septiembre de 1987 ha optado por una interpretación flexible de las causas de conexidad establecidas en el art. 17 L.E.Crim., a las que atribuye valor ejemplificativo. En principio, si con ello no se retrasa injustificada e inútilmente la causa en la que se acordó la medida incumplida, parece conveniente acumular a este procedimiento el delito cometido con ocasión de dicho quebrantamiento. Hay base para ello en el art. 17.5 L.E.Crim., siempre que la fase de investigación de la causa a la que se acumulan no hubiere finalizado. Además, de este modo se permite al juez que acordó la medida incumplida valorar, en los términos que ahora se verán, la conveniencia de modificar, agravándola, la medida cautelar quebrantada».

⁴⁶ El art. 544 bis último párrafo, en la redacción dada por la L.O. 15/2003, dispone: «En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará a la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

que se sustancien tales actuaciones en *pieza separada*, tanto para facilitar su tramitación, como para evitar la confusión con los autos principales, con los que sólo parcialmente guarda relación, y a los que deberá llevarse testimonio de la resolución que, en definitiva, se dicte⁴⁷.

V. MEDIDAS CAUTELARES PENALES

Es claro que la adopción de una orden de protección no entraña nuevas medidas cautelares penales distintas de las previstas legalmente, frente a lo que sucede, como veremos más abajo, con las medidas cautelares civiles⁴⁸. Así, el ap. 6 del art. 544 ter L.E.Crim. dispone que las *medidas cautelares penales* «podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima».

Por tanto, las medidas de prisión preventiva o alejamiento que en el seno de la orden se pueden acordar habrán de ajustarse a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tales medidas cautelares han sido objeto de recientes reformas para asegurar también una mayor protección de las víctimas de la

⁴⁷ Así, Lamo Rubio, *loc. cit.*, págs. 1045 a 1070. En el mismo sentido, Cerezo García-Verdugo afirma «a partir de ese auto las diversas medidas adoptadas van a seguir su propio camino procedimental, en el sentido de que unas quedarán afectas al pleito penal y otras, en cambio, mantienen sólo una vinculación provisional en expectativa de que nazca o no un procedimiento de distinta naturaleza. Ello obliga, para la tramitación de los eventuales incidentes que pudieren surgir, a la apertura de tantas piezas separadas como medidas cautelares de distinta clase se adopten, encabezadas cada una de ellas con testimonio de tal resolución. Y digo "obliga" porque si su formación, en lo referente a la situación personal, es un mandato del art. 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("Las diligencias de prisión y libertad provisionales y de fianza se sustanciarán en pieza separada"), en buena lógica y coherencia habrá de ordenarse otras para los demás casos», en «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5871, de 15 de octubre de 2003, Tribuna.

⁴⁸ Como señala Lamo Rubio, «la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, tiene un *eventual triple contenido*, en relación con medidas en el orden civil, penal y asistencial; de modo que es posible que se adopten u otorguen todas o tan sólo alguna de ellas; y, de otra parte, tales medidas tienen carácter cautelar, en cuanto a las civiles o penales, y de duración limitada en cuanto a las asistenciales; es decir, por definición, tales medidas tienen una eficacia limitada en el tiempo». Añade, «las *medidas asistenciales*, serán las de "... protección social establecidas en el ordenamiento jurídico...", a que se refiere el inciso final del apartado 5 del art. 544 ter L.E.Crim.; de modo que deberá estarse a lo establecido en dicha normativa, y lo que en el futuro se desarrolle de la misma; en la cual están implicadas todas las Administraciones públicas; entre dichas medidas asistenciales destaca, como ya hemos mencionado, el establecimiento de un subsidio mensual en cuantía igual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (que actualmente da un resultado de aproximadamente 300 euros), con una duración de diez meses, es decir, se trata de la denominada Renta Activa de Inserción, así como ayuda por cambio de vivienda, en su caso, que se recogen en el Real Decreto 945/2003, de 18 de julio, por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (B.O.E. de 6 de agosto de 2003)», *op. cit.*, págs. 1045 a 1070.

violencia doméstica; por ello, brevemente, haremos algunas consideraciones al respecto.

MEDIDAS DEL ART. 544 BIS L.E.CRIM.

El último inciso del párrafo cuarto del apartado 4 del art. 544 ter L.E.Crim. insiste en que «el Juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis», previsión superflua, pues el ap. 6 del art. 544 ter remite lo relativo a la adopción de las medidas cautelares de carácter penal a lo previsto en la legislación procesal criminal, en la que se regulan tales medidas⁴⁹. No obstante, ello quiere significar que estas medidas podrán adoptarse sin audiencia del presunto maltratador y, en su caso, desde el inicio del proceso penal⁵⁰.

Por lo mismo resulta innecesaria la referencia contenida en el último párrafo del art. 544 bis L.E.Crim. –introducida por el artículo tercero de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional–, cuando preceptúa que ante el incumplimiento de la medida acordada –de las del art. 544 bis L.E.Crim.–, el juez podrá convocar, entre otras comparecencias, la de «... la orden de protección prevista en el art. 544 ter...».

Tras la L.O. 13/2003, el art. 544 bis impone la necesaria comparecencia judicial para, en caso de previo incumplimiento de una medida ya acordada

⁴⁹ Vid., por todos, el magnífico trabajo y bibliografía en él citada de la profesora De Hoyos Sancho, M., en «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», *Actualidad Penal*, n.º 32 –semana del 02 al 08 de septiembre de 2002.

⁵⁰ Como sugiere Magro Servet, «con respecto a si pueden adoptarse las medidas cautelares *inaudita parte* entendemos que no puede utilizarse la vía de la orden de protección, pero sí la genérica del art. 544 bis L.E.Crim. Nos apoyamos en la expresa referencia que consta en el art. 544 ter 4 párrafo 4º de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección que señala que “... El juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis”. Entendemos que la orden de protección no puede adoptarse *inaudita parte*, pero sí las medidas cautelares del art. 544 bis en cuanto a las prohibiciones o medidas de protección fijadas. Éstas deberán comunicarse al denunciado en cuanto sea localizado, no pudiendo incurrir en incumplimiento, evidentemente, hasta que no sea consciente de su adopción, por lo que si no fuera así no podría aplicársele el tipo previsto en el art. 468 C.P.», en «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5914, 16 de diciembre de 2003, págs. 1 y ss.

En este sentido, el criterio 5.2 del Protocolo de coordinación dispone: «Es necesario destacar la importante función que puede desempeñar la aplicación de las medidas cautelares de alejamiento contempladas en el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger a la víctima durante la tramitación de la orden de protección, desde el inicio del proceso penal hasta que sea dictado el auto que decida sobre la mencionada orden.

Por otra parte, las medidas del art. 544 bis L.E.C.R. pueden resultar eficaces para otorgar protección a la víctima en aquellos supuestos en los que, una vez señalada la audiencia para adopción de la orden de protección, la misma no se puede celebrar ante la falta de localización del agresor denunciado».

judicialmente, poder adoptar cualquier otra que, sustitutiva de la incumplida, implique una mayor limitación de la libertad personal⁵¹.

PRISIÓN PROVISIONAL DEL PRESUNTO AGRESOR

En el seno de la orden de protección, se podrá adoptar la medida cautelar de prisión preventiva para el presunto maltratador cumpliendo los requisitos establecidos legalmente en los que no vamos a entrar⁵².

En cualquier caso, sí señalaremos como novedad destacable⁵³ en materia de violencia doméstica que, de acuerdo con el art. 503.1.3º c) L.E.Crim., uno de los fines de la nueva prisión provisional es «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del Código Penal»⁵⁴. Añade tal pre-

⁵¹ De Urbano Castrillo denomina prisión provisional indirecta a la acordada por incumplimiento de la medida de alejamiento, imponible en los supuestos delictivos previstos en el art. 57 C.P. y señala: «En este caso, el último párrafo del art. 544 bis L.E.Crim., en su redacción dada por la L.O. 13/2003, establece la posibilidad de decretar la prisión provisional, previa la realización de la comparecencia prevista en el art. 505 L.E.Crim., teniendo en cuenta “la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias”, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar de dicho quebrantamiento.

Se trata de una posibilidad especial, ligada al supuesto de protección de los bienes jurídicos de la víctima, contemplado en el art. 503.1.3º c), que tiene unos requisitos específicos para permitirla: su incidencia, motivos, gravedad o circunstancias.

En este caso, y con la finalidad de proporcionar la necesaria seguridad a la víctima o a cualesquiera de las personas en cuyo beneficio se adoptó la medida de alejamiento del agresor, procederá la prisión provisional –previa petición de parte o de oficio, con la obligación de convocar la comparecencia dentro de las 72 horas siguientes– cuando se estime conveniente, tras ponderar el riesgo de que el incumplidor siga en libertad.

La decisión, en nuestra opinión, exige algo más que el mero incumplimiento de la medida de alejamiento acordada, requiere la constatación de datos que revelen una cierta gravedad, tanto por lo efectivamente sucedido tras el incumplimiento –amenazas, nueva agresión...– como por su incidencia en la tranquilidad de la víctima, en cuanto de peligro para la salud física o psíquica de ésta, suponga.

Por último, queremos indicar que la decisión de imponer la medida de prisión provisional, en estos casos, es independiente de que se haya decretado o no la “orden de protección” aprobada por Ley 27/2003, de 31 de julio, prevista para situaciones objetivas de riesgo para la víctima de la violencia doméstica», en «La prisión provisional del maltratador», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 602, de 4 de diciembre, pág. 6.

⁵² *Vid.*, por todos, De Urbano Castrillo, E., «La prisión provisional del maltratador», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 602, de 4 de diciembre de 2003, págs. 1 a 6 (también en *Diario Jurídico Aranzadi* de fecha 30 de diciembre de 2003).

⁵³ Como apunta Magro Servet, «se considera especialmente importante en el tratamiento de la lucha contra la violencia doméstica que se haya considerado la especialidad que supone la situación de las víctimas de este problema y que se haya individualizado la casuística de adoptar, en su caso, esta medida en aquellos casos en los que se considere, en atención al riesgo que puede sufrir la víctima, que la adopción de las medidas cautelares del art. 544 bis L.E.Crim. o la orden de protección del art. 544 ter L.E.Crim. no cubrirían la auténtica protección que pudiera precisar la víctima por parte del Ministerio Fiscal o el Poder Judicial», en «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *loc. cit.*, págs. 1 y ss.

⁵⁴ La referencia al art. 173.2 C.P. se introduce en la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P. para adecuar el tipo penal del

cepto que «en estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado». Por tanto, se debilita su naturaleza de medida cautelar y se refuerza la de medida de seguridad destinada a evitar la reiteración delictiva⁵⁵.

Si se acuerda la prisión provisional para evitar que repita el imputado la agresión a la víctima, al amparo de la letra c) del ordinal 3.º del ap. 1 al que se refiere el art. 504 L.E.Crim.⁵⁶, los límites están en un año si la pena privativa

maltrato habitual nuevo introducido en la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, a la letra c) del art. 503.1.3º L.E.Crim., en la redacción dada por la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional que se refería al art. 153 C.P., evitando los desajustes normativos.

⁵⁵ Dice De Urbano Castrillo: «la fórmula que emplea el nuevo art. 503.2 L.E.Crim. no permite circunscribirlo al viejo concepto penalista de la reincidencia. Más apropiado es pensar en la “reiteración delictiva”, expresión que implica un juicio de razonabilidad sobre la posibilidad de comisión de nuevos hechos delictivos, ya sea como el cometido u otros distintos.

Esta finalidad justificadora de la prisión provisional aparece conectada a la idea preventiva de la alarma o reacción social que produce en la comunidad el mantenimiento en libertad de quien reiteradamente atenta a sus normas básicas de convivencia.

En concreto, hay que partir de hechos constatados más que de una consideración prospectiva de peligrosidad social del encartado. A tal efecto, el “historial” del imputado es lo decisivo, ya que, no en vano, la Exposición de Motivos de la propia Reforma de la Prisión Provisional habla de la existencia de un “riesgo concreto”, descartando el riesgo genérico “de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo”.

Por ello, habrá de plasmarse un “juicio de ponderación” enteramente razonable, a partir del hecho cometido –gravedad y naturaleza– y las circunstancias y antecedentes personales del imputado, para deducir, a la vista de todo ello, si la continuación en libertad del interesado supone un riesgo objetivable de nuevas infracciones penales». Añade: «La “especialidad” a que se refiere expresamente la Ley estriba en las personas víctimas de esta conducta penal: quienes sean o hayan sido cónyuge o persona ligada al agresor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, ascendientes o descendientes, ya biológicos o legales (pupilo, incapaz...), y hermanos de sangre o por afinidad. Se trata de una adaptación concretizada de la denostada “alarma social”, concepto ligado a la prevención general, y a los conceptos criminológicos de “inseguridad ciudadana”, “temor social” y otros similares, que reflejan el modo en que se ve afectada la colectividad social por el delito.

La nueva fórmula es de corte individual, y se dirige a asegurar la protección de los derechos y libertades de las personas específicamente perturbadas por el delito. Es decir, se sustituye la anterior finalidad, más “vaporosa”, por otra más concreta, que trata de proteger a las víctimas del hecho delictivo concreto.

Supone, pues, la preservación de un orden público de derechos y libertades, o de la protección de un “desorden social previsible” (Caso Letellier, S.T.E.D.H. 26-6-1991), o mejor, de conjurar riesgos muy probables contra las partes y sus familias (evitando venganzas o represalias posdelictuales).

Los “bienes jurídicos” a proteger no se determinan, pero, sin duda, podemos pensar en la vida, integridad física y psíquica, libertad, intimidad, honor y patrimonio.

La fundamentación de la prisión en esta finalidad exige una motivación no sólo de la decisión, sino una concreción de detalle, de las personas a proteger y de los bienes y derechos que se estiman están, especialmente, en riesgo.

Por otro lado, el que se trate de un delito del ámbito de la denominada “violencia de género”, familiar o doméstica, no es más que una especial llamada de atención para el juzgador, pero no acarrea una decisión automática de privación de libertad», en «La prisión provisional del maltratador», en *A.J.A.*, n.º 602, de 4 de diciembre de 2003, pág. 4.

⁵⁶ El art. 504 L.E.Crim. dispone que: «Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en las letras a) o c) del ordinal 3º del ap. 1 o en el ap. 2 del artículo anterior,

de libertad señalada para el delito fuera igual o inferior a tres años, o de dos si fuera superior a tres años⁵⁷, nunca por la falta del art. 620.2º, párr. 2º C.P., única que queda en materia de violencia doméstica.

De otra parte, como hemos visto más arriba, cabe acordar la prisión provisional por incumplimiento de la medida de alejamiento.

VI. MEDIDAS CAUTELARES CIVILES

Las medidas cautelares de naturaleza civil reguladas en el ap. 7 del art. 544 ter L.E.Crim. constituyen una innovación respecto de las ya existentes en la legislación procesal civil y presentan una serie de características.

Tiene *legitimación* para solicitarlas la víctima o su representante legal, no el solicitante de la orden de protección que no tenga esta condición. También el Ministerio Fiscal puede interesarlas o se pronunciará sobre las solicitadas cuando existan hijos menores o incapaces⁵⁸.

Únicamente podrán adoptarse en caso de que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil (*subsidiariedad*). Con ello se evita que se adopten medidas contradictorias en un orden o proceso y en otro⁵⁹,

su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el art. 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años».

⁵⁷ El art. 153 C.P. señala una pena de prisión de tres meses a un año y el art. 173.2 C.P. la de seis meses a tres años, aunque todo ello con independencia del delito o delitos y faltas que se hubieran cometido que serán sancionados con independencia de la habitualidad en el maltrato. *Vid.* también los arts. 39, 40 y 48 C.P.

⁵⁸ No acertamos bien a entender qué es lo que se quiere decir en la Circular F.G.E. 3/2003 cuando señala: «La única excepción a la restricción de la intervención del Fiscal radica en la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas civiles, pese a la inexistencia de menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan incidir oponiéndose frontalmente al contenido de las acordadas penalmente que, en tal caso, deberán considerarse prioritarias con apoyo en el art. 8 L.E.Crim.». El hecho de que la jurisdicción penal sea improrrogable, como dispone ese precepto, o que tenga carácter prevalente o preferente, como señala el art. 44 L.O.P.J., nada obsta a que, posteriormente, un juez también del orden penal modifique determinadas medidas civiles por haber variado sustancialmente las circunstancias (nuevo acto de violencia doméstica que provocó la solicitud de orden de protección), cosa que expresamente prevé el art. 775 L.E.C. al regular la modificación de medidas definitivas.

⁵⁹ Como sostiene De Hoyos Sancho merece enérgico reproche «la posible falta de coordinación entre los juzgados civiles y penales cuando se están tramitando simultáneamente, lo que no es infrecuente en la práctica, una nulidad, separación o divorcio y el enjuiciamiento de un hecho constitutivo de violencia doméstica; es preciso tener muy en cuenta que se pueden adoptar medidas provisionales o cautelares en ambos órdenes que eventualmente pueden resultar contradictorias entre sí, como por ejemplo una medida cautelar de alejamiento del agresor y un cierto régimen de visitas a los hijos de la pareja.

pero puede padecer la protección de la víctima o del menor, que habrán de acudir al proceso civil ya incoado para poner de manifiesto la situación objetiva de riesgo y obtener la modificación de las medidas en el mismo acordadas⁶⁰. En este sentido, de nuevo hay que poner de relieve la importancia de la coordinación de los Registros.

Para evitar que padezca la protección de la víctima o del menor, también cabría interpretar que lo que se veda es reiterar medidas ya acordadas, pero no modificarlas en la jurisdicción penal a la vista de violencia doméstica producida con posterioridad, sin perjuicio de que el Juez de Primera Instancia que ya estaba conociendo de las mismas deba en los treinta días siguientes a su adopción (nótese que el plazo no volvería a contarse porque no se presenta demanda ni se incoa proceso de familia que ya estaba incoado) ratificar, modificar o revocar las acordadas por el Juez de Instrucción⁶¹.

Tal falta de coordinación podría seguramente solventarse con la correcta implantación y funcionamiento del Registro especial de causas de violencia doméstica, completo y actualizado, que contara con los suficientes medios personales y materiales, informatizado lógicamente, en el que fuera quedando puntual constancia de los posibles atestados, denuncias o querellas y principales resoluciones que se fueran adoptando en el curso del proceso penal o civil por separación, nulidad y divorcio en el que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos. Además, para que pudiera cumplir su función eficazmente, debería tratarse no sólo de un Registro accesible para la Fiscalía, incluso sólo de una determinada provincia, como sucede ahora, sino que debería crearse una base de datos lo suficientemente segura, exhaustiva y actualizada que permitiera, desde cualquier punto de la geografía nacional y con las garantías pertinentes conocer a todos los implicados –órganos jurisdiccionales, fiscalías, fuerzas y cuerpos de seguridad y oficinas de atención a la víctima–, los datos relevantes de los procedimientos así como de los sujetos implicados en los mismos», en «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», *Actualidad Penal*, n.º 32, semana del 02 al 08 de septiembre de 2002.

No nos convence que la finalidad sea respetar el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que aduce Cerezo García-Verdugo, P., *loc. cit.*

⁶⁰ Cuando proceda, debe tenerse en cuenta la D. A. 5ª de la L.E.C. (Medidas de agilización de determinados procesos civiles) introducida por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dado que dentro de su ámbito se encuentran las medidas cautelares previas o simultáneas a la demanda, a las que se refiere la regla 6ª del art. 770 y las medidas provisionales, previas o simultáneas a la demanda previstas en los arts. 771 y 773.1 L.E.C.

⁶¹ Así, el criterio 7.1 del Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil señala: «1. Con carácter general, y de conformidad con el apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano penal que dicte una Orden de Protección no podrá modificar aquellas medidas de naturaleza civil que hayan sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, sin perjuicio de las consecuencias que las medidas penales, siempre preferentes, puedan desplegar sobre aquellas medidas civiles.

2. De conformidad con el mismo apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez penal que dicte una Orden de Protección podrá excepcionalmente modificar o complementar las medidas adoptadas por el Juez civil, por aplicación del art. 158 del Código Civil y en beneficio del interés del menor de edad. En todo caso, el órgano penal hará constar en el auto que dichas medidas tienen carácter provisional y sin perjuicio de la resolución que dicte el órgano judicial civil competente para conocer del asunto.

Si así ocurre, el órgano judicial que dicte la Orden de Protección deberá remitir de oficio al órgano jurisdiccional civil que conozca del asunto testimonio de la Solicitud de Orden de Protección, del Auto de Orden de Protección, de la diligencia de notificación del auto a la víctima con indicación

Las medidas de carácter civil podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar⁶², determinar el régimen de custodia⁶³, visitas, comunicación y estancia con los hijos y el régimen de prestación de alimentos⁶⁴.

Tales medidas también podrán entrañar cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Esto coincide exactamente con lo ya dispuesto en el art. 158.4.º del C.c., que establece que el Juez, de oficio a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, acordará «las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», y que dichas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal. Esto corrobora lo que más arriba dijimos sobre el ámbito subjetivo al que se refiere

del día en que tuvo lugar, y de cuantos extremos considere necesarios, con un signo distintivo claramente visible con la expresión “Urgente: Violencia Doméstica”.

El mencionado testimonio deberá ser recibido en el órgano civil dentro del día hábil siguiente a aquél en el que se dictó el auto de protección. Cuando ello resulte imposible, ya sea por encontrarse el Juzgado en otro partido judicial, o por otras circunstancias concurrentes, el órgano penal lo remitirá en todo caso por fax o por vía telemática, sin perjuicio de enviar asimismo el testimonio por vía ordinaria.

3. Una vez recibido el testimonio por el órgano judicial civil que conozca del asunto, éste lo pondrá en el día siguiente hábil en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal, quienes podrán instar las actuaciones procesales que consideren oportunas, sin perjuicio de la propia actuación de oficio por parte órgano civil de conformidad con el art. 158 del Código Civil». Lo que aconseja este punto 3 nos parece innecesario por constituir una duplicidad, dado que debe hacerlo el órgano judicial penal por imponerlo el apartado 8 del art. 544 ter.

⁶² En el caso, acreditada la existencia de malos tratos por parte del esposo a la esposa, cual resulta del testimonio de los dos hijos del matrimonio que han depuesto como testigos en los autos, deviene de todo punto inatendible la pretensión del esposo de que se atribuya a ambos el uso y disfrute de la vivienda familiar, dado que la adopción de tal medida, de por sí desaconsejable en cualquier separación matrimonial por amistosa que fuere, se hace absolutamente descartable en el supuesto enjuiciado, en el que el cese de la convivencia conyugal ha de imponerse del modo más radical y concluyente, con efectivo y material alejamiento entre los cónyuges como única solución eficaz a la situación de violencia doméstica existente. De otra parte, ha de estimarse procedente la adjudicación del uso de la vivienda familiar a la esposa, por ser su interés el más necesitado de protección –dados sus inferiores ingresos y su deficiente estado de salud parejo al del esposo–, así como por pertenecerle la misma, además, a título privativo. Así lo acuerda la Sentencia de A.P. (Secc. 3.ª) de Pontevedra de 24 de enero de 2003, *La Ley*, 10 de julio de 2003, ref. 2339.

⁶³ *Vid.* Zurita Martín, I., «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», en *Actualidad Civil*, nº 32, 2003.

⁶⁴ En este sentido, el criterio 5.3 del Protocolo de coordinación señala: «1. El establecimiento de una prestación de alimentos despliega importantes efectos protectores de la víctima y de su familia en los supuestos de violencia doméstica.

2. Para la adopción de medidas de naturaleza civil referidas a la prestación de alimentos, es importante el establecimiento de fórmulas para facilitar al Juzgado de guardia el acceso rápido y ágil a los datos relativos a la capacidad económica del núcleo familiar, especialmente a través de medios informatizados o telemáticos, para lo cual resultaría oportuno el establecimiento de nuevos convenios u otros instrumentos jurídicos o la profundización en la aplicación de los existentes.

3. También se reconoce la utilidad de la difusión y uso por el Juzgado de guardia, así como por el resto de operadores jurídicos, de tablas orientadoras para la fijación de la prestación de alimentos».

el segundo presupuesto para la adopción de la orden de protección, esto es, la situación objetiva de riesgo para la víctima o los menores, hayan presenciado o no la agresión.

Todo ello, sin perjuicio de poder adoptar las demás medidas de protección previstas en el art. 158 del C.c.⁶⁵, para lo cual no existe la limitación consistente en que no hayan sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil.

Por la que se refiere a su *duración*, se fija como período de vigencia de las medidas civiles –distintas a las del art. 158 del C.c.– el de treinta días desde su adopción, eficacia temporal que coincide con la que el art. 771.5 establece para las medidas provisionales previas a la demanda⁶⁶ que iniciará el proceso matrimonial; con la previsión de que, si dentro de ese plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, en cuyo término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente (párrafo segundo del ap. 7 del art. 544 ter L.E.Crim.). Por tanto, su eficacia temporal está en función de la incoación o no de un proceso de familia.

En el caso de que en el partido judicial la jurisdicción civil y penal no estén divididas, la demanda, en la que se incluirá la solicitud de ratificación, modificación o levantamiento, debiera turnarse por antecedentes al mismo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que las acordó en la orden de protección para asegurar un mejor conocimiento y acierto⁶⁷.

⁶⁵ Su tenor actual es el siguiente: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

⁶⁶ Afirma Lamo Rubio que «el contenido de las mismas viene a equivalerse, prácticamente, con las denominadas “medidas provisionales”, o “medidas provisionales previas”, a adoptar en la jurisdicción civil (cfr. art. 104 en relación con los arts. 102 y 103 del Código Civil y arts. 771 y siguientes L.E.Civ.2000); de modo que se adoptan, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil», *loc. cit.*, págs. 1045 a 1070.

⁶⁷ El criterio 7.2, relativo a la inexistencia de proceso civil anterior, del Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil dice: «1. La demanda solicitando la ratificación,

Si no se inicia dentro de los treinta días a su adopción proceso de familia que tenga por objeto asunto relacionado (en realidad, un proceso de separación o divorcio, de guarda y custodia de hijos menores o de alimentos o –si la víctima ya está divorciada o separada al producirse el acto de violencia– el trámite de modificación de medidas) con la adopción de las medidas civiles acordadas por el juez del orden penal, las medidas civiles adoptadas en el seno de la orden de protección *caducan* y pierden su eficacia. El legislador parece entender que ha habido una reconciliación y que la parte legitimada para solicitarlas ha perdido el interés en su mantenimiento.

En cambio, si en dicho plazo sí se incoa el proceso de familia permanecen vigentes las medidas durante los *treinta días siguientes a la presentación de la demanda* para que el juez civil en dicho plazo ratifique, modifique o deje sin efectos las expresadas medidas⁶⁸. Por tanto, el régimen es distinto del de las medidas provisionales previas que en caso de incoación de proceso matrimonial subsisten durante el mismo salvo que se deban completar o modificar (art. 771.5 y 772.2 L.E.C.), mientras que el Juez de Primera Instancia que resulte competente debe ineludiblemente ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto en el plazo de treinta días (art. 544 ter 7 i. f. L.E.Crim.)⁶⁹.

La parte demandante aportará al Juzgado de Familia competente junto con la demanda el testimonio íntegro de la orden de protección en que se acordaron, ya que dispone del mismo por imponer su entrega el apartado 8 del art. 544 ter.

La exigencia de que las medidas civiles deban ratificarse (ap. 7.º) en el proceso de familia ante la jurisdicción civil suscita la duda de si pueden aplicarse

modificación o levantamiento de las medidas civiles podrá presentarse en el Decanato u otro Servicio Común creado para la agilización de la tramitación de los juicios civiles.

2. En aquellos partidos judiciales en los que existan Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, las normas de reparto podrán atribuir la competencia para la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles al Juzgado que dictó la orden de protección al encontrarse en servicio de guardia.

3. El Decanato, así como el Servicio Común que pueda crearse para la agilización de la tramitación de los juicios civiles, practicarán de forma urgente y preferente las actuaciones en relación con este tipo de asuntos. En el procedimiento figurará un signo distintivo claramente visible con la expresión “Urgente: Violencia Doméstica”.

4. Los Jueces civiles deberán dar preferencia a la tramitación de estos asuntos, con estricto sometimiento a los plazos previstos por la legislación».

⁶⁸ En este sentido, el criterio 5.4.1 del Protocolo de coordinación concreta lo siguiente: «Una vez recibida la demanda referida a la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles dictadas en el seno de una orden de protección, el Juzgado civil incoará el procedimiento cautelar previo o simultáneo al pleito principal civil que corresponda». No nos parece acertado que de nuevo se adopten medidas provisionales previas puesto que ya hay demanda que incoa el proceso «de familia».

⁶⁹ El Juez debe ser especialmente diligente en el cumplimiento de este deber, pero no comparamos que, como considera la Comisión de seguimiento, «al tratarse de un plazo perentorio cuyo no cumplimiento produciría la grave consecuencia de la extinción de las medidas acordadas por el Juez de Instrucción» (Protocolo para la implantación 3.3), ya que la norma exige expresamente que el Juez acuerde dejarlas sin efecto.

las medidas civiles de la orden de protección a las *parejas de hecho*⁷⁰ o sólo se aplican a las parejas matrimoniales. Dado que no existe en sentido estricto el proceso de familia que señala el art. 544 ter 7 L.E.Crim., que o bien se aplica analógicamente el Capítulo IV del Título I del Libro IV LEC o se va a las medidas cautelares generales y que la referida norma procesal penal no excluye expresamente la adopción de medidas civiles cuando la víctima y el agresor estén unidos por análoga relación de afectividad, el Juez de Instrucción puede acordar tales medidas civiles en la orden de protección emitida⁷¹.

VII. OTROS EFECTOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Además de las posibles medidas civiles y/o penales adoptadas, la orden de protección acordada judicialmente comporta los *efectos* siguientes:

- a) Podrá hacerse valer ante cualquier Autoridad y Administración pública (párrafo segundo del apartado 5 del art. 544 ter)⁷².

⁷⁰ Conviene recordar que el nuevo art. 173.2 C.P., frente al anterior art. 153, no exige la convivencia para el delito de maltrato habitual; ello permite encuadrar en este tipo penal la violencia no sólo sobre cónyuges o parejas de hecho, sino también frente a novios, que la jurisprudencia había excluido. Así, en el párrafo final del F.J. 2 de la S.A.P. (Sección 1ª) de Sevilla de 12 junio 2002 (*Actualidad Penal*, n.º 209) se puede leer: «En efecto, entendemos que la conducta del acusado no es sancionable como maltrato habitual conforme al art. 153 del C.P., ya que éste, tanto en la redacción anterior a la reforma por L.O. 14/1999, de 9 junio, como en la introducida por esta reforma, al referirse a la “persona que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad” a la del cónyuge, le denomina a continuación “conviviente”, con lo que cuando se trata de relaciones análogas a las conyugales, la convivencia, actual o, en la redacción hoy vigente, pasada, se constituye en un elemento del tipo. Así se entendió también por esta Sección Primera en sentencia de fecha 22 mayo 2001. La reforma de 1999, en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplió el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a la misma. En nuestro caso no concurre el requisito típico señalado de la convivencia (actual o pasada), ya que aunque Luz y Moisés eran novios, sin embargo no vivían ni vivieron nunca juntos, sino que cada uno habitaba en su propia casa, sin que pueda hacerse una interpretación extensiva del tipo penal». En idéntico sentido, S.T.S. 2 febrero 2002.

⁷¹ Como señala Magro Servet, «al no existir prohibición expresa y existir la vía de la aplicación analógica de citado Capítulo, aparte de no existir, propiamente, el proceso de familia al que se refiere el ap. 7.º, una interpretación lógica de la norma debe aconsejar extender a las parejas de hecho la adopción de las medidas civiles de la orden de protección que serían ratificadas, luego, por el juez de primera instancia competente al que se acudiera para dar cumplimiento al contenido del ap. 7º y mantener las medidas acordadas. Por ello, se insiste, también, en la coordinación entre los jueces de primera instancia a los que se acudiría para ratificar las medidas respecto a las parejas de hecho y los de familia –donde existan–, en el caso de ratificación de las mismas en el caso de parejas matrimoniales», en «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *La Ley*, n.º 5914, 16 de diciembre de 2003, págs. 1 y ss.

⁷² Como refleja la Circular F.G.E. 3/2003: «El auto concediendo la orden de protección atribuye a la víctima la condición o estatuto de persona protegida, extremo éste que se erige en requisito para solicitar ante la Administración, en la forma y cumpliendo los requisitos que por ésta se establezcan,

- b) Notificación del auto a las partes [acusada y acusadoras (necesaria –acusación pública–⁷³ y contingentes –acusación particular y popular–⁷⁴)], y comunicación por el Juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima (en el supuesto de que no se hubiese constituido en parte acusadora) y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier índole (apartado 8 del art. 544 ter)⁷⁵.
- c) Deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas (por ejemplo, si el maltratador ingresado en prisión

determinadas medidas de naturaleza asistencial. Ahora bien, el Juez no entra a la valoración de si la víctima es o no acreedora de determinadas prestaciones (como por ejemplo la renta de inserción activa) sino que se limita a reseñar en el auto la condición de persona protegida por la orden, confiriendo así una suerte de título legitimador, en el modo y con los efectos que se establezcan por la legislación administrativa, para la obtención de ayudas y asistencia (art. 544 ter 5)».

⁷³ De acuerdo con la Circular 3/2003, «los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitirán copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección de lo Civil de la Fiscalía, para procurar de ese modo la coordinación entre ambas jurisdicciones; ello sin perjuicio de que sea la consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas el principal instrumento para conocer la existencia de órdenes en vigor».

Igualmente, la Comisión de seguimiento señala: «Se reconoce el destacado papel que está llamado a desempeñar el Ministerio Fiscal en la coordinación entre los órdenes jurisdiccionales civil y penal, así como entre éstos y los órganos administrativos de asistencia y protección social. Esta última función resulta especialmente relevante en aquellas actuaciones relativas a los menores de edad en situación de riesgo o desamparo.

A los anteriores efectos resulta importante promover, dentro de cada Fiscalía, la coordinación entre los Fiscales de Guardia, los que realicen funciones relacionadas con la protección de menores y aquéllos que se encuentren adscritos a los Juzgados civiles que conozcan de los asuntos de familia» (criterio primero del Protocolo de coordinación).

⁷⁴ Vid. el magnífico estudio de Pérez Muñoz, M., «¿Puede personarse la Junta de Extremadura en un proceso penal por delito de malos tratos?», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vols. 19-20, 2001-2002, págs. 171 a 189. El autor, fundadamente, concluye con una respuesta negativa a la cuestión, que apoya en el F.J. 4º de la S.T.C. (1ª) 128/2001, de 4 de junio, a la que no obsta la posibilidad prevista en el último inciso del art. 110 L.E.Crim. introducido por la L.O. 1/2002, de 3 de marzo. Por supuesto, el hecho de que la Administración autonómica no pueda personarse como acusación –ni pública, ni particular, ni popular– no impide que se le comunique el auto que norma expresamente impone.

⁷⁵ Para posibilitar tales comunicaciones, reglamentariamente se establecerá un sistema de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones (ap. 8 del art. 544 ter L.E.Crim.).

Al respecto, el criterio 5.4.2.3 del Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil señala: «El órgano judicial que dicte la orden de protección deberá remitir a la Oficina de Atención a la Víctima, en los partidos en los que ésta exista, una copia de la resolución en el plazo más breve posible. Todo ello sin perjuicio tanto de la comunicación del auto al Punto correspondiente establecido a los efectos del apartado 8 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; como de su comunicación a la Policía Judicial». Sobre los Puntos de encuentro, puede consultarse De Rosa Torner, F. y Martínez Lluésma, J., «“Punto de encuentro”: una nueva experiencia», *La Ley*, n.º 5652, 11 de noviembre de 2002, págs. 1 y ss., y Magro Servet, V., «La necesidad de implantar en España los puntos de encuentro familiar», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 565, págs. 1 a 5.

va a ser puesto en libertad provisional)⁷⁶. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor (por ej., si se la va a conceder un permiso de salida); y, para posibilitar tal información, de la orden de protección deberá darse cuenta, por el Juzgado que la adopte, a la Administración penitenciaria (ap. 9 del art. 544 ter). Esto continúa en la línea de lo establecido en el último párrafo del art. 109 L.E.Crim., introducido por la L.O. 14/1999, y los arts. 789.4 y 792.4 L.E.Crim., en la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

- d) Inscripción de la orden de protección en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (ap. 10 del art. 544 ter), que se crea en la Ley 27/2003, de 31 de julio⁷⁷. Tal inscripción se

⁷⁶ «Las Oficinas de Atención a la Víctima están llamadas a desempeñar un papel fundamental en su función de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. A los anteriores efectos, el Juzgado que acuerde la Orden de Protección comunicará a la Oficina de Atención a la Víctima correspondiente tanto la propia existencia de la orden, como las diferentes situaciones procesales que afecten al imputado, también en la fase de la ejecución de la pena.

La actividad de las Oficinas de Atención a la Víctima se desarrollará de manera pro-activa, es decir, tomando la iniciativa de contactar con la víctima y anticipándose a sus posibles necesidades. Téngase en cuenta que la Recomendación (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre protección de las mujeres contra la violencia, recomienda como una de las medidas la de “promover la puesta en funcionamiento de servicios pro-activos de protección de las víctimas que tomen la iniciativa de contactar con las víctimas desde que el asunto es transmitido a los servicios de policía”.

Asimismo, las funciones de las Oficinas de Atención a la Víctima se adaptarán a la regulación e implantación de la Orden de Protección, con la finalidad de mejorar la asistencia a las víctimas. Por ello, se impulsarán módulos formativos específicos dirigidos a los que prestan sus servicios en dichas Oficinas», establece el Protocolo para la implantación (3.4).

⁷⁷ Corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia Española de Protección de Datos, el desarrollo reglamentario correspondiente, para la organización del Registro, régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad (D.A. 1.ª Ley 27/2003).

Debe registrar cualquier medida acordada en materia de violencia doméstica sea de naturaleza cautelar, sea como pena privativa de derechos impuesta en una sentencia.

En todo caso, este Registro Central deberá coordinarse e interconectarse adecuadamente con los registros existentes, tanto los de los Servicios de violencia doméstica de las fiscalías, como los registros de Violencia Doméstica creados a nivel autonómico o mediante la *Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del C.G.P.J., sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica* (B.O.E. de 15 de abril de 2003). La coordinación e intercambiabilidad de información entre los mismos los convertirá en instrumentos de gran utilidad en la lucha contra la violencia familiar. *Vid.* López López, E., «Consideraciones sobre el Registro Nacional para la Protección de las Víctimas de la violencia Doméstica», *Diario de Noticias, La ley, Especial monográfico sobre Violencia Doméstica*, julio de 2003, pág. 8.

El Consejo de Ministros del día 5 de marzo de 2004, con los informes favorables del C.G.P.J., del Consejo de Estado, de la Fiscalía General del Estado y de la Agencia de Protección de Datos, ha aprobado un Real Decreto en el que se regula la organización, funciones, contenidos y procedimientos

efectuará aunque se haya interpuesto recurso, sin perjuicio de su ulterior cancelación⁷⁸.

del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. Cuando se cierra este trabajo no ha sido publicado tal Decreto.

El Registro permitirá la activación inmediata en 24 horas desde que se produce la decisión judicial y la inscripción de decisiones tanto en materia penal como civil adoptadas inmediatamente por el mismo juez en lugar de tener que acudir a dos distintos.

Además, el Registro permitirá la imposición al fiscal y al juez de las agravantes en la condena en caso de reiteración que establece la reforma del Código Penal.

Así, el Registro Central permitirá conocer desde la primera agresión, tanto las acciones del agresor como garantizar la eficacia en el cumplimiento de las medidas dictadas para proteger mejor a la víctima o para regular la situación jurídico familiar o paterno filial que relaciona a la víctima con el agresor.

El Registro, que constituirá una base de datos informatizada, se activará electrónicamente y con información en tiempo real. Al mismo, podrán acceder la Policía Judicial, fiscales y jueces durante los 365 días del año a lo largo de las 24 horas.

⁷⁸ En este sentido, según Lamo Rubio, «en todo caso, emitida la Orden de protección, la misma será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (ap. 10 art. 544 ter); y, como nada se dice al respecto, y, los posibles recursos contra tal auto no tiene carácter suspensivo (cfr. art. 766.1 L.E.Crim.), dicha inscripción, así como la ejecución de la Orden de protección es de ejecución inmediata, sin perjuicio de los posibles recursos», *op. cit.*, págs. 1045 a 1070. Debemos precisar que, en sentido estricto, no puede hablarse de ejecución, se trata de una ejecución impropia. Igualmente, hay que tener en cuenta que los recursos contra la medidas definitivas en los procesos matrimoniales no tienen efecto suspensivo (art. 774.5 L.E.C.).

Según la Circular 3/2003, «en las ejecutorias penales, máxime si la sentencia fuere absolutoria, cuidarán especialmente los Fiscales de que sean levantadas las medidas cautelares así como de que dicha circunstancia se ponga en conocimiento del citado Registro por el Secretario judicial a los efectos de cancelación oportunos».