

3.3

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE MALOS TRATOS

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid



Resumen

La LIVG ha culminado los avances legislativos iniciados en materia de protección de las víctimas de violencia contra la mujer en 1999 y luego en 2003, y pretende dar una respuesta jurídica integral a ese fenómeno. A este fin regula tanto medidas educativas, informativas, asistenciales o laborales, como algunos instrumentos jurídicos en el marco del proceso penal. La LIVG ha optado por crear Juzgados de Violencia sobre la Mujer en todos los partidos judiciales, desechando la creación de un orden jurisdiccional nuevo.

Las medidas de alejamiento comprenden diferentes modalidades, que se pueden acordar acumulada o separadamente: la salida del domicilio; la prohibición de aproximarse; la prohibición de comunicarse; la prohibición de acudir o de residir en determinados lugares. Su regulación es notoriamente insuficiente.

En el marco de un proceso relacionado con la violencia de género se pueden acordar medidas civiles, como la suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia de menores, así como la suspensión de visitas a éstos, que se desvinculan de un posible proceso civil posterior.

La orden de protección comprende, junto a las prohibiciones propias de las órdenes de alejamiento, medidas civiles y de orden asistencial, que pretenden dispensar un estatus de defensa integral a las víctimas de violencia de género. En casos excepcionales se puede acordar la prisión provisional del imputado como medida de protección.

Sumario:

1. Caracteres generales
2. Las medidas de protección y de seguridad. Naturaleza y garantías para su adopción
3. El procedimiento para la adopción de las medidas de protección y de seguridad
4. Las medidas de alejamiento:
 - 4.1. Supuestos:
 - a) La salida obligatoria del domicilio
 - b) La prohibición de aproximarse
 - c) La prohibición de comunicarse
 - d) La prohibición de acudir a determinados lugares
 - e) La prohibición de residir en determinado lugar
 - 4.2. Adopción de la medida e incumplimiento
5. La suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia de menores y suspensión de visitas
6. La suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas
7. La orden de protección:
 - 7.1. Concepto y contenido.
 - 7.2. Procedimiento
8. La prisión provisional como medida de protección.

1. Caracteres generales

Los reiterados y terribles delitos de violencia de género que están teniendo lugar en nuestro país en el seno de la vida familiar, en el marco de relaciones íntimas de la mujer y de su entorno afectivo más inmediato, con quien está o estuvo ligado a ella por vínculos sentimentales; la indignación, el dolor y el escándalo que producen han obligado a los poderes públicos a reaccionar con medidas políticas, y al propio legislador a intervenir normativamente, y así lo ha hecho con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LIVG).

Por medio de esta disposición legal se pretenden culminar los avances legislativos que ya antes se habían producido de modo parcial y fragmentario: primero en el año 1999, se introdujo en la ley procesal penal la orden de alejamiento: la prohibición de residir en determinados lugares, de acudir a determinados sitios, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas en los casos en que se investigara un delito de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (introduciendo el art. 544 bis en la LECrim). Luego se introdujeron modificaciones legales en 2003, con tres disposiciones diferentes (LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y, sobre todo, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica).

La LIVG, en la idea de proporcionar una respuesta jurídica general al fenómeno de la violencia de género, regula tanto las medidas educativas, informativas, asistenciales o laborales, como algunos instrumentos jurídicos en el marco del proceso penal, modificando el Código Penal para prever medidas específicas de protección contra las lesiones, contra los malos tratos, contra las amenazas, contra las coacciones y contra las vejaciones leves, así como respuestas en el ámbito civil, como consecuencia de casos de violencia de género.

El tratamiento jurídico de la violencia de género, que obviamente representa la violación de uno de los derechos fundamentales básicos, como es el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la dignidad de la mujer, definida por unas preexistentes relaciones entre los sujetos que intervienen, el agresor y la víctima, ha alcanzado también a los modos en que se dispensa la tutela judicial.

Pues bien, la Ley ha partido de una premisa que parece inevitable: la enorme gravedad de la realidad social de la violencia contra la mujer, así como la complejidad de las relaciones afectivas y personales de los sujetos entre quienes se plantea el conflicto y las especificidades que requieren el tratamiento de estas conductas, exige unas habilidades y una preparación específicas, para que la respuesta judicial resulte verdaderamente eficaz.

Precisamente con este fin, la LIVG ha comenzado especializando para el conocimiento de los procesos en que se ventilen cuestiones de violencia contra la mujer, dentro de los tribunales del orden penal, a un Juzgado de Instrucción por cada partido judicial (2 en Madrid y Barcelona), creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que se han de ocupar de los procesos penales que se incoen como consecuencia de la comisión de ciertos delitos por personas unidas con la víctima por vínculos afectivos o parentales. Se trata no sólo de la necesaria especialización del titular del órgano judicial, sino del conjunto de funcionarios que sirven en esos tribunales, que precisan de dotaciones específicas, si no se quiere caer en el puro nominalismo o en la propaganda.

Al propio tiempo, y con una reforma del proceso penal en ciernes, que modifique el reparto de responsabilidades durante los primeros momentos del procedimiento, especialmente para dirigir la investigación de los hechos delictivos, precisamente es el Ministerio Fiscal quien más debe comprometerse con esta lacra social, creando y potenciando, como lo viene haciendo, la especialización de sus miembros para intervenir en los procesos por violencia contra la mujer, poniendo los medios necesarios a este fin, en defensa de la sociedad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, pues el Ministerio Fiscal puede y debe asumir un papel relevante en la ejecución de la política criminal.

Con todo, la respuesta integral que la Ley pretende proporcionar, obviamente tiene que aprovechar todas las potencialidades que se abren como consecuencia de que estos órganos judiciales se doten de personal especializado suficiente (psicólogos, asistentes sociales, etc.) Éste es el motivo por el cual se acumula en un solo tipo de tribunales la respuesta judicial al fenómeno de la violencia de género, no sólo en lo que hace a la sanción penal por la conducta del agresor, sino también a las consecuencias personales y patrimoniales para la víctima relativas a la ruptura de la convivencia con el autor del acto de violencia, es decir, consecuencias de orden civil que deben y pueden ser resueltas por un mismo tribunal especializado, que cuente con el debido asesoramiento técnico para todas las decisiones que hayan de adoptarse. En los actos de violencia contra la mujer, cuando se producen en su entorno afectivo, se debe adoptar, sin duda, una respuesta sancionadora, de radical rechazo de la conducta, pero también es cierto que con frecuencia se halla presente el elemento de afectividad pasada o presente entre el agresor y la víctima, que condiciona o mediatiza la posible sanción, al punto de que por encima del 10% de las denuncias por violencia contra la mujer son retiradas, o los supuestos de reconciliación, con los problemas del posible quebrantamiento de condena, no son infrecuentes.

Se ha optado por la solución de atribuir específicamente la resolución de los conflictos de violencia contra la mujer a un Juzgado en cada partido judicial. Se han creado 14 Juzgados de Violencia sobre la Mujer exclusivos (Granada, Málaga, Sevilla, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife, Barcelona (2), Alicante, Valencia, Madrid (2), Murcia y Bilbao), a los que se han añadido los de San Sebastián y Vitoria (el presupuesto para puesta marcha de estos dos últimos se integra directamente en los del País Vasco) y en el resto de los 419 partidos judiciales el Juzgado de Violencia habrá de compatibilizar sus funciones con las ordinarias del Juzgado de Instrucción.

Así pues, ante esta terrible realidad, la LIVG ha desechado dos alternativas que podían resultar igualmente viables: por un lado, en lugar de acoger una solución netamente penal, basculando por completo sobre la respuesta criminal, la ley podría haber optado por la solución contraria, atribuyendo a los jueces civiles competencias penales, haciendo primar, por encima de la represión de los actos de violencia, la solución de los litigios interpersonales y del problema de las crisis de convivencia, pues es evidente que el tratamiento de este tipo de conductas presenta características diferenciales del resto de los asuntos penales o civiles y, por eso mismo, escapan de la mera respuesta represiva, porque generalmente existe un componente de relaciones personales y patrimoniales entre los sujetos que han intervenido al que es preciso atender y debe ser solventado.

Por otro lado, la Ley ha rechazado la posibilidad de instituir un orden jurisdiccional nuevo, una jurisdicción de familia (entendida en sentido amplio). Es posible que esta jurisdicción no se llegara a justificar por el volumen de asuntos que se habrían de resolver si exclusivamente se circunscribiera a los casos de violencia de género, como ha aconsejado el criterio político que ha movido a la aprobación de la Ley. Sin embargo, para el tratamiento singularizado de los casos de violencia doméstica hubiera resultado preferible crear un orden jurisdiccional propio, con órganos específicos, al que se le encomendara el enjuiciamiento de todos los asuntos relativos a la convivencia familiar, tanto en las repercusiones penales como civiles, aunque no estén vinculados con la violencia intrafamiliar. Este orden jurisdiccional conocería de los procesos no dispositivos regulados en la LEC como procesos especiales, a los que se refiere el art. 87 ter.2 LOPJ. A este respecto no cabe oponer el alto coste de la creación de una jurisdicción, o la existencia de dificultades presupuestarias para ponerla en marcha, tomando en consideración algunas decisiones de política judicial que se han adoptado en los últimos tiempos, como la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que atiende a una litigiosidad ciertamente importante, pero socialmente menos trascendente. Pues bien, precisamente con la solución de la LIVG, el nexo de los Juzgados de Violencia contra la mujer para asumir competencia en materia civil sólo cuando se haya abierto un proceso penal, termina poniendo en riesgo la seguridad jurídica, en muchas ocasiones con escaso aprovechamiento de la potencialidad de unos Juzgados específicos para resolver el complejo entramado de relaciones jurídicas derivadas de la convivencia familiar y con distorsiones importantes en el curso de los procedimientos.

2. Las medidas de protección y de seguridad. Naturaleza y garantías para su adopción

Con buen criterio, la LIVG ha huido de la creación de un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, y a la hora de regular el instrumento de persecución de estas conductas se limita a ampliar las normas propias de algunas medidas de protección y de seguridad, que ya estaban establecidas en la LECrim.

Junto a las medidas anteriormente previstas (básicamente las de alejamiento y la orden de protección, la LIVG ha creado nuevos instrumentos de protección y de

seguridad, como las referidas a las relaciones parentales, llegando hasta la privación de la patria potestad, y relativas a la tenencia y uso de armas, sin olvidar que con la finalidad de garantizar la seguridad de la víctima amenazada cabe llegar a ordenar la más grave de las medidas: la privación de libertad, a través de la prisión provisional.

De todos modos, la LIVG comienza disponiendo en el primero de los artículos relativos a las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas que estas medidas “serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales” (art. 61.1), lo que resulta evidente pues las medidas cautelares están preordenadas a fines exclusivamente procesales, y habrán de ser ordenadas en razón del peligro para los derechos que podrán ser reconocidos en la sentencia como consecuencia de la duración del proceso, para garantizar su cumplimiento, en tanto que las medidas previstas en la LIVG son medidas provisionales, que se dirigen exclusivamente a garantizar la seguridad de la víctima, amenazada por el presunto agresor, con independencia de los avatares procesales, de modo que sus presupuestos y sus garantías pueden diferir.

Claro es que esta opción sólo puede considerarse suficiente porque las sucesivas reformas del proceso penal habían terminado con la vieja fórmula del genérico art. 13 de la LECrim. Este precepto, junto a la exigencia de que se consignen las pruebas del delito que pudieran desaparecer, se recojan y pongan en custodia lo que conduzca a su comprobación y a la identificación de los presuntos responsables, procediendo a su detención, autorizaba para la adopción de las medidas necesarias para “proteger a los ofendidos o perjudicados” por el delito. Como puede comprenderse, la absoluta indefinición legal en relación con las medidas que resultaban autorizadas con esta norma, hacía ineficaz la bienintencionada proclamación legal, precisamente porque las actuaciones reclamadas para proteger a las víctimas con enorme frecuencia representan una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales del presunto responsable y, por lo tanto, tales actuaciones resultarían contrarias a la Constitución, por falta de norma habilitante que específicamente venga a establecer los supuestos y las garantías para la válida adopción de medidas de esta naturaleza.

Por lo tanto, la LIVG ha podido remitirse a las previsiones vigentes en la LECrim, cuyo artículo 13 se refiere ahora a las medidas cautelares del art. 544 bis o a la orden de protección del art. 544 ter. Así pues, se autoriza en la LECrim la prohibición de residir en un lugar determinado; la prohibición de acudir a determinados lugares; la prohibición de aproximarse a determinada persona, y la prohibición de comunicarse con determinada persona; se puede acordar también una orden de protección y, finalmente, cabe incluso ordenar la prisión provisional, según se dirá más adelante. Por lo tanto, se trata de una batería de medidas de distinto grado de intensidad en la esfera de los derechos del presunto agresor, que deben acomodarse a las concretas circunstancias en que el acto de violencia se hubiera producido.

Estas medidas puede ordenarlas el juez durante la fase de instrucción, y así el art. 62 de la LIVG solamente establece que el Juez de Violencia sobre la Mujer o el Juez de Guardia actuarán de conformidad con lo dispuesto en el art. 544 ter de la LECrim; algo parecido sucede con las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones (art. 64), respecto de las que la LIVG perfecciona y concreta su

aplicación al ámbito específico de los delitos de violencia de género, si bien se regula concretamente la salida del domicilio y la prohibición de volver a él, que podría entenderse comprendida en la prohibición de residencia y de acudir a un determinado lugar ya prevista en el art. 544 bis de la LECrim, y se autoriza el uso de los instrumentos necesarios para verificar el cumplimiento de las órdenes de alejamiento.

Ahora bien, desde un punto de vista jurídico debe reconocerse que las medidas previstas en la LECrim (arts. 544 bis y 544 ter), así como las medidas específicas de la LIVG, desbordan la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal, es decir, no se trata de medidas ordenadas con una finalidad procesal, para permitir la adecuada tramitación de proceso o la ejecución de la sentencia que en su día se dicte. La finalidad que se persigue con la adopción de estas medidas está alejada de las que son propias de la justicia cautelar, pues no se dirigen a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, ni tampoco a asegurar el cumplimiento de una posible condena, sino de un modo específico y exclusivo se pretende con ellas proteger a la víctima de un delito para cuya persecución se ha incoado un proceso penal, de unas futuras y probables agresiones; por lo tanto, el título habilitante que establece la ley para autorizar estas medidas de protección y de seguridad es una imputación indiciaria que habrá de realizar la autoridad judicial, bien a iniciativa de una parte o bien de oficio, frente a quien está amparado por la presunción de inocencia.

Pues bien, cumpliéndose en este caso el presupuesto del *fumus boni iuris*, propio de las medidas cautelares, que está sostenido por la apreciación judicial, no se cumple, en cambio, con el presupuesto del *periculum in mora* (peligro para la ordenada marcha del proceso derivada de la tardanza), esencialmente porque ese presupuesto es ajeno a las medidas de protección. Por el contrario, el presupuesto en este caso es el que podríamos denominar *periculum in damnum* (peligro fundado en el daño que podría esperarse si las medidas no se ordenaran, incluido el peligro de repetición delictiva), que parte entonces de la presunción de culpabilidad.

Esta circunstancia acerca las medidas referidas al ámbito de la tutela provisional civil (*v.gr.* las medidas previstas en los procesos matrimoniales), incidiendo en un presupuesto —el peligro de reiteración— del que siempre han procurado escapar las medidas cautelares personales *stricto sensu*, ya que supondría, de algún modo, adelantar los efectos de una sentencia condenatoria.

Así pues, no cabe decir que nos encontremos ante unas medidas cautelares propiamente dichas sino, más bien, ante unos instrumentos de protección, excepcionales en la medida en que afectan a derechos fundamentales y, por eso mismo, limitados en su aplicación, que no permiten obviar sin embargo el cumplimiento de los requisitos propios de las medidas cautelares para ser adoptadas.

Precisamente el art. 68 de la LIVG se refiere a las dos garantías básicas que han de respetarse también para ordenar medidas cautelares, es decir, su proporcionalidad y su necesidad, de forma que el juez vaya valorando las distintas circunstancias que se sucedan a lo largo de la tramitación del proceso y hasta la sentencia firme. Sin embargo, la aplicación de estas garantías cuando se trata de medidas de protección y seguridad ha de entenderse de un modo bien diferente a como se definen para las medidas cautelares. Cuando se deben ordenar para proteger a las víctimas y garantizar su seguridad,

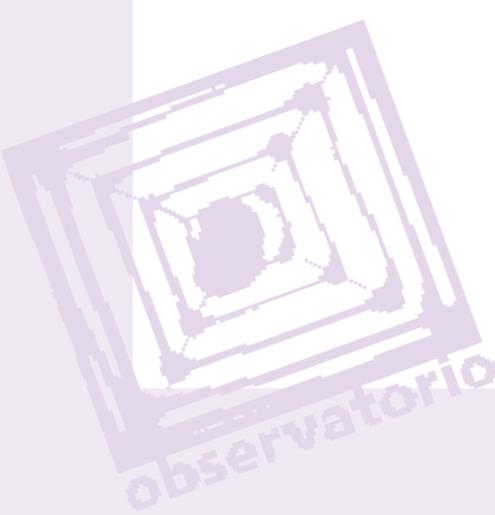
la proporcionalidad y la necesidad no tienen como parámetro la agresión que es objeto de enjuiciamiento, es decir, la gravedad y trascendencia de los hechos que han dado lugar a las actuaciones, sino que estas medidas de protección tienen como parámetro el evitar o disminuir los efectos dañosos de una futura agresión, temida o esperada.

Por esta razón la LIVG no establece límites mínimos previos para poder autorizar las medidas; su art. 61.2 solamente dispone que el juez competente “en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género”, es decir, en todos los procedimientos a que se refiere el art. 87 ter de la LOPJ, “deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo”, de modo que resulta irrelevante la gravedad de la conducta y la sanción esperable, debiendo atenderse para acordar medidas de protección y seguridad personal solamente a la amenaza que derive de las relaciones de la víctima con el presunto agresor.

De todos modos, el respeto a los principios de proporcionalidad y de necesidad exigen una ponderación de todas las circunstancias que concurran en el caso concreto, justificando desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales que el recorte o la privación de los derechos del presunto agresor es una medida necesaria, puesto que aparece como previsible que se produzca una futura agresión; que se trata de una medida idónea para garantizar la seguridad de la víctima y, dentro del catálogo de medidas posibles, se trata además de la menos invasiva o restrictiva de los derechos y libertades del presunto agresor.

El art. 544 bis establece como presupuesto para acordar las medidas de alejamiento que éstas resulten estrictamente necesarias al fin de protección de la víctima, con lo cual, como también dispone el art. 68 de la LIVG, el juez competente habrá de realizar un pronóstico sobre la situación de riesgo de la víctima como consecuencia de una posible actuación dañosa del imputado. Para eso habrá de partir de los datos que obren en las actuaciones y, singularmente, deberá recabar los antecedentes sobre el comportamiento del presunto agresor, a base de la información que le puedan suministrar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales que hubieran asistido previamente a la víctima.

Con todo, no debe ocultarse que las medidas de protección de las víctimas precisan medios materiales y personales de no poca envergadura, al efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento ya que, de otro modo, se habrían defraudado, una vez más y por falta de previsión, las expectativas ofrecidas a quienes sufren las consecuencias de la violencia de género.



3. El procedimiento para la adopción de las medidas de protección y de seguridad

El art. 61.2 de la LIVG establece los sujetos a quienes se atribuye la iniciativa para la adopción de las medidas de protección, y dispone una especial legitimación para instar las medidas de protección a las víctimas de violencia de género.

Como es sabido, la legitimación para ordenar medidas cautelares personales, singularmente cuando se trata de la prisión provisional o de la libertad provisional desde la reforma operada en la LECrim por la Ley orgánica del tribunal del jurado, queda reservada a las partes acusadoras (al Ministerio Fiscal o a la acusación particular o popular), prohibiéndose al instructor que les dicte de oficio. Pues bien, la primera gran diferencia que reconoce la LIVG en punto a la adopción de medidas de protección es la de permitir al juez competente que las ordene de oficio, sin solicitud de nadie.

Junto a la iniciativa del propio juez, y reconociendo legitimación al Ministerio Fiscal, la Ley legitima también a las propias víctimas y a los hijos o a las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia, así como a la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida (en la regulación de la orden de protección, en el art. 544 ter.2.II de la LECrim, la Administración estaba facultada solamente para poner en conocimiento del Juzgado el hecho delictivo).

Esta previsión legal da entrada en el proceso tanto a la propia víctima directa de la agresión como a sus hijos y a las personas que convivan con ella, por ese solo título y, por tanto, con independencia de que hayan adquirido en las actuaciones la condición de partes procesales. Se trata de legitimar a quienes de modo inmediato pueden percibir la situación de peligro que, de acuerdo con la circunstancias, se cierne sobre la víctima por una potencial agresión en el futuro y, partiendo de ese conocimiento, se justifica la posibilidad de que puedan intervenir directamente ante la autoridad judicial. Pero además, en buena lógica, si se permite a las víctimas y a sus familiares más directos que insten la adopción de una medida de protección y no se les exige que se constituyan en parte, parece evidente que podrán comparecer en el procedimiento sin necesidad de que se hagan asistir de letrado ni de procurador; de este modo, cuando la víctima o su cercano conviviente presente la solicitud, el juez habrá de darles entrada en el procedimiento, al menos en las actuaciones que conduzcan a una decisión sobre la solicitud que hubieran formulado, lo que debe extenderse hasta la notificación del auto que recayera.

Por otra parte, la LIVG legitima para instar una medida de protección a la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida. Se trata de una legitimación fundada en la experiencia de la Administración sobre la reiteración de la agresión, y en aras exclusivamente de la protección de las víctimas; pero precisamente porque la ley considera como sujeto interesado a la Administración de asistencia a las víctimas, debe darle entrada en todas las actuaciones que deriven de la solicitud que hubiera presentado.

La disposición del art. 61.2 de la LIVG parece privar de legitimación para instar una medida de protección a las partes acusadoras del proceso, excepción hecha de la víctima y del Ministerio Fiscal. Esta exclusión resulta perfectamente coherente con la naturaleza y el sentido de estas medidas porque, al no venir vinculadas al desarrollo del proceso propiamente dicho sino a la seguridad de la mujer que ha sufrido la agresión, su intervención postulando una medida podría resultar perturbadora y porque, dado su desconocimiento inmediato acerca de la situación de riesgo en que se halla la víctima, no tendría sentido atribuirles la legitimación para solicitar del juez que adopte medidas para protegerla; para eso ya está el propio juez, el Ministerio Fiscal, la Administración de asistencia y, por supuesto, la propia persona que debe ser protegida. Por las mismas razones expuestas, no se justifica la intervención del acusador popular en el concreto incidente para la adopción de medidas de protección, y aunque su condición de parte procesal le garantice según la LECrim (art. 118) su participación en todas las diligencias de la instrucción, y resulte jurídicamente difícil sostener su exclusión de estas actuaciones, es verdad que esta intervención del actor popular en el incidente de medidas de protección de las víctimas nada añade sino que se puede convertir en un elemento de notable perturbación en la tramitación del mismo.

El incidente de medidas de protección debe abrirse de oficio en todos los procesos derivados de un acto de violencia contra la mujer. Así se infiere de lo dispuesto en el art. 61.2 de la LIVG, de tal forma que, sea con petición de parte o de oficio, el juez competente habrá de ordenar la apertura de una pieza separada, en la que se sustanciará la necesidad, la pertinencia y la idoneidad de adoptar alguna medida de protección o de seguridad en favor de la víctima.

Parece conveniente que la tramitación se haga en pieza separada no sólo por la especificidad de la materia sobre la que versa y el contenido de la resolución que le pone fin, sino por la intervención que se ha de dar a la propia víctima y a sus hijos y familiares más directos, que sin embargo pueden permanecer ajenos de todo el resto de las actuaciones de instrucción, y por razón del control sobre el cumplimiento y el mantenimiento de la medida.

El art. 68 de la LIVG establece con carácter general el procedimiento para adoptar medidas de protección, que se concreta en la necesidad de una resolución judicial motivada y en el respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Por tanto, parece que las diferentes medidas, tanto las ya previstas en la LECrim, como las establecidas en la LIVG, precisan de un trámite procesal contradictorio, dando oportunidad al solicitante de la medida para que pueda explicar el fundamento de su petición (el *fumus boni iuris* y el *periculum in damnum*) así como la concurrencia de los requisitos necesarios para adoptarla (necesidad, idoneidad y adecuación), y al propio tiempo dar audiencia al presunto agresor para que aporte los elementos que considere oportunos y alegue lo que a su derecho convenga.

Por supuesto que este trámite contradictorio debe ordenarse no sólo cuando la medida haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal, por la víctima o por sus hijos o familiares, sino también cuando se ordene de oficio; sin embargo, parece evidente que cuando el juez, de oficio, considere necesario adoptar una medida de protección se tratará de casos en que la urgencia de la situación requiera que la medida se ponga en funcionamiento de inmediato, de manera inaplazable. Pues bien, tanto si se trata de

una iniciativa judicial, como si la solicitud proviene de alguno de los legitimados, cuando con la celebración de la vista pueda perjudicarse la medida, se podrá ésta ordenar sin haber prestado audiencia previamente al presunto agresor.

En cambio, no parece posible ordenar una medida de protección sin oír a la víctima (salvo en caso de imposibilidad, v.gr., por encontrarse gravemente herida), pues tanto para considerar que se dan los presupuestos legalmente exigidos como, sobre todo, para determinar el contenido y extensión de la agresión sufrida y de la agresión temida, resulta imprescindible tomar en consideración lo que pueda aportar quien ha padecido la agresión; asimismo debe considerarse su posible deseo de mantener la convivencia a pesar de la agresión, su parecer acerca de la concreta medida y la proporcionalidad de la misma, si las consecuencias las tiene por excesivas o inconvenientes para ella misma, pues a la postre se trata de una medida de protección de un modo concreto y frente a una persona concreta.

Dicho esto, aun cuando pueda adoptarse la medida *inaudita parte*, para evitar que la intervención del presunto agresor frustré su finalidad, será imprescindible prestarle audiencia *a posteriori* ante el propio juez que ha acordado la medida, de modo que el interesado pueda oponerse a la decisión ante el mismo que la dictó, todo ello sin perjuicio de que se abra la vía de recurso contra el auto.

Por otra parte, el art. 61.2 de la LIVG exige al juez competente que determine el plazo de duración de la medida. La práctica judicial suele establecer como plazo de duración de la medida acordada todo el procedimiento, hasta la sentencia definitiva; esta solución se aparta decididamente de la exigencia legal, que invoca una concreta temporalidad de la medida, y contraviene la exigencia de motivación del plazo durante el cual debe mantenerse, en cuanto representa una vulneración de los derechos fundamentales del imputado, a quien se priva de su ejercicio de forma inmotivada, sin que quepa escudarse en las dificultades que entraña la predicción del comportamiento del imputado. Por consiguiente, el cumplimiento de la LIVG requiere determinar un plazo, fijado en medidas de tiempo (días, semanas o meses), o fijado en relación con las fases del procedimiento (instrucción, apertura del juicio, sentencia), pero en todo caso deberá establecerse en el auto, sin acudir a fórmulas que contravienen el sentido de la ley. Desde luego que nada impide para que el plazo inicialmente fijado pueda prorrogarse, aunque la ley no lo prevea específicamente, si bien entonces deberá justificarse las razones de las prórrogas que se vayan acordando. En definitiva, la determinación del plazo se vincula estrechamente con la motivación, con la justificación del mantenimiento de la privación o de la restricción de las libertades del imputado.

Precisamente esta dependencia de los principios de necesidad y proporcionalidad exigen respetar el principio *rebus sic stantibus*, de modo que los cambios de circunstancias deben llevar aparejada una revisión de las medidas acordadas, para conseguir su adaptación a la realidad y no puede haber duda alguna de que si los presupuestos que justificaron las medidas han desaparecido, éstas no podrán legítimamente mantenerse, debiendo el juez, de oficio o a instancia de parte, ordenar su levantamiento.

En todo caso, el art. 69 de la LIVG autoriza al juzgador para que, tras la sentencia definitiva y durante la sustanciación de los recursos, se mantengan las medidas de protección y seguridad que se hubieran adoptado. Es decir, comoquiera que, de acuer-

do con los principios generales, las penas impuestas en la sentencia no pueden ser ejecutadas provisionalmente, aunque tengan como finalidad la salvaguarda de la seguridad de la víctima (como las prohibiciones que define el art. 48 del CP: la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal), la ley autoriza para prolongar las medidas de protección, precisamente en ese concepto, hasta la firmeza de la sentencia.

Por este mismo motivo, cuando se hubiera dictado una sentencia de condena, en la que se impusiera como pena la de alejamiento *lato sensu*, el juez podría imponer entonces una medida de protección con el mismo contenido, si es que la considerase imprescindible a partir de ese momento, debiendo razonarlo en la propia sentencia, puesto que ésta no podría ejecutarse si contra ella se interpusiera algún recurso.

De todos modos, habrán de respetarse los límites máximos previstos por el CP como duración de las penas, de modo que no resulte más gravosa la medida que la pena efectivamente impuesta, pues no puede padecer el imputado unas consecuencias más nocivas por la aplicación de una medida de protección que las que derivarían del cumplimiento de una pena, sea ésta principal o accesoria. Por lo tanto, cuando se impusiera alguna de las prohibiciones del art. 48, que materialmente coinciden con posibles medidas de protección, si se trata del enjuiciamiento de un delito grave, la duración no podrá exceder de diez años, ni de cinco si se trata de un delito menos grave, o de seis meses cuando se trate de una falta (arts. 40 y 57 del CP).

Desde luego que el tiempo por el que se haya prolongado la medida de protección será de abono a la pena principal o accesoria que se impusiera en la sentencia definitiva.

Efectivamente, la resolución judicial que pone fin al incidente reviste la forma de auto, es decir, se trata de una decisión motivada, en la que específicamente el art. 68 de la LIVG exige que el juez aprecie la proporcionalidad de la medida y su necesidad.

4. Las medidas de alejamiento

4.1. Supuestos

Bajo la denominación de medidas de alejamiento entendemos incluidas una serie de prohibiciones, en parte recogidas en el art. 544 bis de la LECrim, y en parte autónomamente reguladas en el art. 64 de la LIVG, que van desde la simple salida del domicilio familiar hasta la prohibición de residir en un determinado lugar, incluso en una Comunidad Autónoma, y son medidas que se pueden acordar acumulada o separadamente (art. 64.5 LIVG).

En el art. 544 bis de la LECrim se establece como parámetro para acordar las medidas de alejamiento la situación económica de inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral, poniendo especial énfasis en esta última, tanto durante la vigencia de la medida como a su finalización, pues si se le priva del trabajo y de los medios de subsistencia, no sólo llegaría a afectar al presunto agresor sino también a la víctima o a sus familiares directos cuando dependiesen económicamente de aquél. Por consiguiente, el juez habrá de ordenar la medida que mejor se adecue a las circunstancias del imputado siempre que de ese modo se garantice la seguridad de la víctima. Y para eso la ley abre un conjunto diverso de medidas, que a continuación se analizan.

a) La salida obligatoria del domicilio

La primera medida de protección, que supone una injerencia de menor intensidad en la esfera de los derechos del imputado es la salida obligatoria del domicilio o del lugar donde estuviere conviviendo con la víctima (art. 64.1 LIVG). En realidad cuando, al amparo del art. 544 bis de la LECrim, se prohibía al presunto agresor residir o acudir a determinados lugares, la orden también suponía implícitamente la salida del domicilio; sin embargo, la LIVG introduce un importante factor diferencial, pues con esta norma el imputado viene obligado en todo caso a abandonar el domicilio, con independencia de lo que haga la víctima. De este modo se evita que, con el argumento de que la víctima se encuentre efectivamente en otro lugar (el domicilio de un familiar, una casa de acogida, etc.), el imputado pudiera llegar a cumplir la prohibición de acercarse a ella permaneciendo en el propio domicilio.

A este propósito el art. 64.2 de la LIVG prevé que el juez, con carácter excepcional, autorice a que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido a la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y por las condiciones que se determinen. Esta novedosa posibilidad permite a la víctima optar por trasladarse lejos de su domicilio y, por tanto, del lugar en donde el agresor conoce que vive, pero sin renunciar al uso de una vivienda que el juez le ha concedido, de modo que a su condición de víctima no se le añada la carga de tener que huir de su vivienda, abandonándola ante el temor de una nueva agresión. Bien es verdad que la permuta prevista en esta norma exige de una intervención activa de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica o local), creando una entidad que pueda administrar un número suficiente de viviendas en distintas zonas de una ciudad para que de ese modo la víctima pueda elegir un lugar donde se sienta segura, que esté alejado de su domicilio y sea desconocido para su presunto agresor. En cualquier caso, la medida está prevista con carácter excepcional, cabe entender que no tanto porque conceptualmente sólo pueda acordarse en muy pocos supuestos, sino porque en este momento no existe en nuestras ciudades, salvo en el País Vasco, un parque de viviendas gestionadas por la Administración, con las que practicar la permuta prevista por la norma. Asimismo, se trata de una medida temporal, cuya duración habrá de fijar el auto que la acuerde; pero no se entiende que la Ley exija que la víctima sea copropietaria de la vivienda (obviamente si es propietaria única no precisaría de la autorización judicial), desatendiendo los supuestos de posesión por otro título, como arrendamiento, pues entonces no parece que exista dificultad alguna para que el juez autorizara también esa permuta temporal.

b) La prohibición de aproximarse

La segunda de las medidas específicamente establecidas en la LIVG es la prohibición de que el inculpaado se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella (art. 64.3).

En realidad con esta norma se reitera la previsión del art. 544 bis.II de la LECrim, que autoriza al juez para acordar la “prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas”. Por lo tanto, la ley procesal extiende la protección no sólo a la víctima, como hace la LIVG, sino a otras personas, entre los que se podrán comprender sus hijos u otros familiares.

Sin embargo, la LIVG garantiza mejor la medida de alejamiento con dos mecanismos que no aparecen en la LECrim: por un lado, la prohibición de aproximación se extiende a cualquier lugar donde se halle la víctima, y comprende no sólo el domicilio, sino también el lugar de trabajo o cualquier otro que la víctima frecuente; por otro lado, se autoriza de forma expresa, sin necesidad de utilizar la prohibida aplicación extensiva de las previsiones del CP para la pena de prohibición de aproximación (art. 48.4), la utilización de instrumentos técnicos para verificar el cumplimiento de la orden de alejamiento, lo que permitirá aplicar la vigilancia electrónica (brazalete o cualquier otro sistema que se desarrolle en el futuro) a los casos de violencia sobre la mujer, detectando automáticamente el incumplimiento del afectado, lo que permitirá a la víctima y a las Fuerzas de Seguridad reaccionar con una mayor rapidez y eficacia para protegerla.

Por otra parte, el art. 64.3 de la LIVG termina exigiendo que el juez fije una distancia mínima entre el presunto agresor y la víctima que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. De acuerdo con el tenor de la norma, parece que la determinación de la distancia mínima es un elemento esencial de la medida, puesto que de otro modo no podría hacerse efectivo el apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal por el quebrantamiento. La distancia mínima que usualmente se establece (a partir del Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género, aprobado el 10 de junio de 2004) es la de 500 metros, que garantiza en principio la ausencia de contacto visual.

Como antes se dijo respecto de la salida del domicilio, la medida de prohibición de acercarse al domicilio debe respetarse aun cuando la víctima lo hubiera abandonado previamente (art. 64.4 LIVG), con lo que se intenta evitar cualquier género de presión para que la persona protegida deje el lugar con el fin de que el agresor pueda utilizarlo sin infringir la prohibición.

Aun cuando no vea expresamente previsto en el art. 64 de la LIVG, es preciso considerar que la medida de alejamiento, aunque no se integre en una orden de protección, puede suponer dejar en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia con ellos, si es que se considera por el juez que tal extensión a esas otras personas resulta necesaria, al amparo del art. 544 bis de la LECrim.

c) La prohibición de comunicarse

En tercer lugar, podrá acordarse por el juez competente la prohibición de comunicarse, con la graduación que sea precisa, con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal (art. 64.5 LIVG y 544 bis LECrim).

Se puede extender esta prohibición no sólo a la víctima, sino también a otras personas, entre ellos los hijos, los familiares u otras personas, y la medida impediría al presunto agresor establecer contacto, sea escrito, verbal o visual con los protegidos.

La medida se extiende a cualquier medio o instrumento de comunicación que se pretenda utilizar. Por lo tanto, no podrá el obligado por la prohibición comunicarse en persona con los protegidos, mediante gestos o con la voz; ni por cualquier otro tipo de medio: correo, telégrafo o teléfono (incluidos los porteros automáticos), ni por medios telemáticos o informáticos. Es decir, la prohibición comprende tanto la comunicación directa como la que se pretenda realizar a través de otra persona.

d) La prohibición de acudir a determinados lugares

Fuera de la LIVG, el art. 544 bis de la LECrim, en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP (es decir, los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), autoriza al juez para que acuerde la medida de prohibir al imputado acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas.

El principal problema que plantea esta medida es la posibilidad de que se decrete de oficio, como puede efectivamente hacer el juez en las anteriores medidas en procesos relacionados con la violencia de género, como autoriza el art. 61.2 de la LIVG. Aun cuando las medidas de protección y seguridad se hallen vinculadas a las diligencias de auxilio a las víctimas previstas en el art. 13 de la LECrim, lo cierto es que la ubicación sistemática del art. 544 bis no puede considerarse irrelevante; la norma que regula esta prohibición se encuentra dentro del título relativo a la libertad provisional del procesado, y para ordenar la libertad provisional con fianza o sin ella es preciso pasar por la aplicación del art. 505 de la LECrim: petición de parte acusadora en una comparecencia ante el juez (art. 529). Precisamente dentro de ese mismo capítulo, cuando la LECrim excepciona una medida de la instancia de parte lo establece expresamente, como sucede con la privación provisional usar el permiso de conducir, que puede ordenar el juez “discrecionalmente” (art. 529 bis) o con la orden de protección, que puede acordar el juez de oficio (art. 544 ter.2). Así pues, como la imposición de la prohibición de acudir a determinados lugares no está excluida de la necesaria instancia de parte acusadora, sólo podría adoptarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 505 de la LECrim, a pesar de lo que en 2003 se ha establecido para la orden de protección.

El segundo problema que plantea esta medida es su aplicabilidad en los juicios de faltas que se abrieran por actos de violencia contra la mujer, por no tratarse de una de las específicamente contempladas en la LIVG, de modo que no puede aplicarse el art. 61.2, referido a la adopción de las medidas contempladas en la propia LIVG en

todos los procedimientos relacionados con la violencia de género. Así pues, dado que la esta prohibición de acudir a determinados lugares no se encuentra mencionada en el art. 64 de la LIVG, su régimen jurídico ha de ser el establecido en la LECrim, en razón de la compatibilidad de las medidas propias de la LIVG con “cualesquiera medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales”, como dice el art. 61.1 LIVG. Pues bien, el art. 544 bis de la LECrim se refiere exactamente a “los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal”, de modo que no cabría extender la prohibición que se analiza cuando se esté procediendo por una falta, ni siquiera por una “falta contra las personas de los artículos 617 y 620”, en cuyo caso el art. 57.3 del CP autoriza al juez para imponer una prohibición como pena accesoria. La falta de previsión normativa que lo autorice (principio de legalidad) impide que en el enjuiciamiento de las faltas relacionadas con violencia de género se pueda adoptar la medida de prohibición de acudir a determinados lugares.

La prohibición le impide al presunto agresor acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, de modo que puede extenderse a varios de ellos, pero estableciéndolos concretamente. La restricción de la libertad que implica esta medida es mayor que las anteriores, que, salvo el abandono del domicilio, están vinculadas a la presencia inmediata y directa de la víctima; en cambio, con esta prohibición se le imposibilita al imputado desde acudir a un lugar determinado (un centro de trabajo, un centro de recreo) hasta a una Comunidad Autónoma, con independencia de que la víctima se encuentre en ese lugar o se conozca a ciencia cierta que ni está allí ni va a acudir a él (la víctima se encuentra de viaje). Por lo tanto, el cumplimiento de esta prohibición no le exige al presunto agresor cambiar de domicilio o de lugar de residencia, sino solamente el prescindir de visitar determinados lugares, pues si fuera de otro modo debería decretarse la prohibición de residir.

Por la especial restricción que esta medida introduce en la libertad del presunto agresor, debe exigirse una especial atención en la motivación de la resolución judicial que la ordene, justificando la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida y estableciendo razonadamente los límites y el alcance de la prohibición y los concretos lugares a que se extiende, sin que pueda determinarse con carácter genérico (los bares del barrio X, o los cines de la ciudad), aunque sí referirse a un edificio o centro de recreo (el centro comercial Y, o las salas de cine Z).

e) La prohibición de residir en un determinado lugar

Al igual que se dijo respecto de la prohibición de acudir a determinados lugares, el art. 544 bis de la LECrim permite que el juez acuerde la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, en los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP

A esta medida le son enteramente aplicables las consideraciones que se acaban de hacer respecto de la prohibición de acudir, tanto por lo que se refiere a la posibilidad de ordenarla de oficio, como de su aplicabilidad en el enjuiciamiento de faltas.

La prohibición de residir en un determinado lugar es la más grave de las medidas de alejamiento, e impide al presunto agresor residir en un determinado ámbito territorial, prohibición que puede extenderse desde un edificio determinado, una o varias calles, uno o varios barrios, uno o varios municipios o entidades locales, una provincia o una Comunidad Autónoma. Como puede comprenderse, esta restricción de la libertad es muy relevante por sus radicales efectos sobre el desarrollo normal de la vida del imputado, pues puede –y suele– obligarle a cambiar su domicilio, a modificar sus relaciones sociales e incluso puede llegar a dificultarle el desempeño de su actividad laboral.

Como antes se dijo, dada la gravedad de la medida para la libertad del presunto agresor, debe exigirse una especial atención en la motivación de la resolución judicial que la ordene, justificando su necesidad, proporcionalidad e idoneidad y estableciendo razonadamente los límites y el alcance de la prohibición.

4.2. Adopción de la medida e incumplimiento

La parquedad normativa es pasmosa, pues fuera de la exigencia de resolución judicial motivada, que puede dictar bien el instructor, o bien el juez o tribunal del juicio cuando las circunstancias lo exigieran en ese momento procesal, no se establece en la Ley procedimiento alguno para adoptar unas medidas que limitan derechos fundamentales del presunto agresor.

Como se ha analizado con carácter general, y aunque no lo diga la LECrim, en todo caso parece necesario oír previamente tanto al imputado como a la víctima, con el fin no sólo de obtener información de lo sucedido sino de ponderar las circunstancias que hacen proporcionada la medida que se adopte. Es decir, debe abrirse un trámite procesal contradictorio, oyendo a la víctima sobre la agresión temida y las medidas idóneas para lograr su protección, dando oportunidad al imputado que aporte los elementos que considere oportunos y alegue lo que a su derecho convenga y permitiendo al solicitante de la medida que explique el fundamento de su petición y la concurrencia de los requisitos necesarios para adoptarla.

Tampoco se establece norma alguna acerca de la duración máxima de estas prohibiciones durante el desarrollo del proceso penal, pero resulta obvio que no cabrá extenderlas más allá de lo que comprenden las penas y habrán de respetarse los límites máximos previstos por el CP como duración de las penas, de modo que no resulte más gravosa la medida que la pena efectivamente impuesta; al menos ese límite no se podrá rebasar en ningún caso.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal dará lugar a la convocatoria de la comparecencia prevista para la adopción de medidas cautelares privativas o limitativas de la libertad, de modo que el juez o tribunal, oyendo a las partes, podrá adoptar medidas que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, dentro del propio art. 544 bis de la LECrim, pudiendo dictar una orden de protección o llegando incluso a ordenar la prisión provisional, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar (art. 544 bis.IV).

5. La suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia de menores y suspensión de visitas

Además de estas medidas que en su mayor parte ya estaban vigentes, al igual que ciertos mecanismos de defensa de las víctimas, como la protección de su intimidad y de sus datos personales (art. 63), que resultan revitalizadas, la LIVG introduce algunas nuevas medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas durante el curso del proceso penal.

Se refiere así esta Ley a las medidas de *suspensión para el inculpado de la patria potestad o de la guardia y custodia de los menores* a que se refiera (art. 65), por una parte, y de la *suspensión de las visitas a sus descendientes* (art. 66), por otra.

Estas medidas pueden adoptarse con independencia de que el menor haya sido la víctima del acto de violencia, a pesar de la rúbrica del Capítulo IV (medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas), aunque evidentemente se enmarcan en procesos penales por violencia de género.

Nada hay que objetar sobre la conveniencia y necesidad de establecer medidas de esta naturaleza en razón de las circunstancias que rodeen la comisión de un delito de violencia de género, o de violencia contra los descendientes propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores que convivan con el agresor o dependientes de la esposa o conviviente cuando también se haya producido un acto de violencia de género (art. 14.5.a LECrim). Sin embargo, la parquedad de la norma, la absoluta falta de regulación de estas medidas, pone en riesgo cierto su virtualidad, porque la Ley no contiene prácticamente parámetro normativo alguno que habilite al juzgador para adoptarlas. Por lo tanto, razonablemente puede incluso ponerse en cuestión la constitucionalidad de que el juez llegue a suspender el ejercicio de la patria potestad, la custodia de los menores o las visitas de su progenitor, a partir de la simple apertura de un proceso penal por violencia de género, sin vincularlas a la apertura de un proceso por delito o sin referencia concreta a los bienes jurídicos que pueden verse amenazados. Esta falta de previsión de los presupuestos y requisitos para acordar las medidas significa que el juzgador solamente podrá tomar como punto de referencia normativo de su resolución los principios de necesidad y proporcionalidad, según ordena el art. 68 de la LIVG, ciertamente que con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de la contradicción, audiencia y defensa, a los que se refiere este último precepto, pero deberá llenar el resto de los requisitos (intensidad y modalidad concreta de la medida, duración, etc.) de acuerdo solamente con lo que en cada momento considere oportuno y pertinente, por lo que el arbitrio judicial resulta indebidamente desequilibrado en detrimento de la exigencia de previsión normativa.

En todo caso, la exigencia de necesidad y de idoneidad de la medida invoca un esfuerzo en la fundamentación del auto judicial, para hacer constar con precisión el peligro que se quiere conjurar y la protección concreta que se dispensa; en definitiva, se habrá de atender al interés de los menores afectados por la suspensión.

Estas medidas de los arts. 65 y 66 de la LIVG tienen virtualidad propia, y deben considerarse diferentes de las medidas civiles reguladas en el art. 544 ter.7 de la LECrim. En efecto, el precepto de la Ley procesal penal atiende a una situación a la que

se pretende dar respuesta en un proceso civil, de modo que tienen una vigencia temporal de treinta días, plazo dentro del cual la víctima habrá de incoar un proceso de familia, y las medidas se mantendrán por otros treinta días tras la incoación del proceso civil, debiendo ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez civil; esto es, se trata de medidas provisionales ordenadas en razón de un futuro proceso civil. En cambio, las medidas de suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia de menores, así como la suspensión de visitas se configuran en la LIVG como medidas de protección autónomas dentro del proceso penal, en atención al peligro en que puedan encontrarse los menores a quienes se refiera, sin el límite de los treinta días y pueden ser acordadas de oficio y también puede solicitarlas el Ministerio Fiscal, la Administración de la que dependan los servicios de protección a las víctimas o su acogida, o la propia víctima de la violencia contra la mujer, o sus hijos o personas que convivan con ella.

6. La suspensión del derecho a la tenencia y uso de armas

Las críticas que se acaban de hacer no son enteramente aplicables a la medida prevista en la LIVG de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, suspensión que debe ir acompañada de la obligación de depositarlas en los términos previstos por la normativa vigente (art. 67), es decir, en la Intervención de Armas de la Guardia Civil o, si se trata de armas amparadas por una licencia de tipo A, en locales de Defensa o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de la propia Guardia Civil (art. 165.1 del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 de enero).

Es cierto que se trata también de una medida que carece de todo desarrollo normativo, pero el derecho afectado queda lejos del grado de protección que merecen aquellos que se niegan con las medidas de suspensión de la patria potestad, de custodia o de visitas, o de la libertad de circulación o residencia.

7. La orden de protección

7.1. Concepto y contenido

La Ley 27/2003, de 31 de julio, haciéndose eco de la creciente preocupación social por los casos de violencia intrafamiliar, con resultado de muerte en numerosos casos, pretende proteger a las víctimas de estos delitos, proporcionándoles a través de la orden de protección un «estatuto integral», que concentre de forma coordinada acciones de naturaleza civil y penal, y para eso se introduce el art. 544 ter de la LECrim. Como dice la Exposición de Motivos, se trata de «una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a pro-

porcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.»

De todos modos, y a pesar de haberse dictado un número importante de órdenes de protección (cerca de un 76% de las solicitadas, que en los cinco primeros meses de vigencia de la Ley fueron casi 8.000), el problema de la violencia doméstica, sobre todo de la violencia sobre las mujeres, no se ha reducido.

Por esos motivos, recogiendo un clamor social ante el escándalo de los actos de violencia contra la mujer, se ha aprobado finalmente la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que pretende dar una respuesta jurídica y política en todos los órdenes a esta lacra social, aunque el legislador se ha quedado a medias, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a quienes se encomienda dictar las órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juzgado de Guardia (art. 187.1.c LOPJ).

La orden de protección, que figura entre las medidas referidas en la LIVG (art. 62), desborda de una manera ostensible el ámbito de las medidas cautelares, y su propio nombre indica que nos hallamos ante algo diferente, ante un mecanismo más amplio que las simples medidas limitativas de derechos. La orden de protección pretende, por encima de cualquier otra consideración, dispensar a la víctima una defensa y un amparo completos en el marco de un proceso penal iniciado, evitándole el peregrinar a la jurisdicción civil y activando los mecanismos asistenciales administrativos.

Así pues, como antes se dijo respecto de las prohibiciones del art. 544 bis de la LECrim, debe cumplirse el *fumus boni iuris* sostenido por la apreciación judicial de la existencia del hecho y de la responsabilidad de un agresor; sin embargo, no necesariamente se cumple el *periculum in mora* (peligro para la ordenada marcha del proceso derivado de la tardanza en la tramitación), sino que se toma en consideración el que podríamos denominar *periculum in damnum*, teniendo en cuenta la situación objetiva de riesgo para la víctima como se dice en el art. 544 ter.1.

La orden de protección, para que resulte realmente eficaz, precisa tanto de medios personales especializados como de medios materiales suficientes, más allá del Observatorio de Violencia Doméstica, y en todo caso no se puede hacer responsables a los jueces más que de acordar o denegar la orden que se le solicite, pero no tienen responsabilidad alguna en el control y ejecución de las órdenes que decreten, porque carecen de competencia para ello.

La orden de protección pretende conferir a la víctima, con más voluntad que eficacia, un estatuto integral que comprende tanto medidas de orden penal, como civil, como de asistencia y protección social (art. 544 ter.5).

– Las medidas de orden penal pueden consistir en cualquiera de las previstas en la LECrim, con los requisitos, contenido y vigencia establecidos con carácter general; por tanto, en razón de la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima se puede acordar tanto la privación de libertad del agresor como cualquier limitación en el ejercicio de sus derechos (art. 544 ter.6).

- Las medidas de orden civil pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos y cualquier disposición oportuna en favor de los menores; en este caso tiene una vigencia de 30 días y quedan condicionadas a la interposición de la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil. (art. 544 ter.7).
- Las medidas de orden asistencial derivan de la comunicación inmediata que de la orden de protección se ha de hacer a las Administraciones públicas competentes, y pueden consistir en medidas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de otra índole (art. 544 ter.8).
- Asimismo, la orden de protección implica el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado y el alcance y vigencia de las medidas adoptadas, en especial, de la situación penitenciaria del agresor (art. 544 ter.9).

7.2. Procedimiento

La orden de protección puede ser acordada por el juez de oficio, o a instancia de la víctima o de sus parientes y allegados, o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, las medidas de carácter civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o por el Ministerio Fiscal cuando existan menores o incapaces, sin que puedan decretarse de oficio.

La orden podrá solicitarse ante las autoridades administrativas de asistencia social, oficinas de atención a las víctimas o servicios sociales e instituciones asistenciales, o ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o el Ministerio Fiscal, o ante la autoridad judicial. Es decir, se ofrece una amplia competencia para recibir la solicitud para facilitar su presentación ante la autoridad más próxima.

La solicitud habrá de ser remitida al juez competente, que es el que deba instruir el proceso penal en el que la orden se inscribe, el juez de guardia en las localidades donde hubiese varios. Sin embargo, de existir dudas acerca de la competencia, el juez ante quien se hubiera presentado o al que se hubiera remitido la solicitud deberá sustanciar el procedimiento para adoptar la orden de protección, sin perjuicio de que luego remita lo actuado al que resulte competente, de modo que se establece como fuero subsidiario el lugar de solicitud.

Recibida la solicitud se convocará a una audiencia urgente a la víctima (o su representante legal), al solicitante (si fuera distinto), al agresor, asistido en su caso, de abogado, y al Ministerio Fiscal (por tanto, no tienen cabida otros acusadores en esta audiencia). En ella se decidirá sobre la procedencia de la aplicación de la orden de protección y, en su caso, sobre el contenido y vigencia de las medidas que en ella se incorporen.

La orden de protección se comunicará e implicará la colaboración y atención de las autoridades administrativas y será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

8. La prisión provisional como medida de protección

La LECrim configura la prisión provisional como una verdadera medida cautelar, privando de la libertad al imputado para sujetarlo al procedimiento y, de ese modo, posibilitar que éste se llegue a sustanciar o que la sentencia se cumpla. Pero junto con esta medida cautelar se establece otro supuesto materialmente idéntico, es decir, se ordena el ingreso en prisión del imputado durante el procedimiento, pero con un sentido y una finalidad sustancialmente distinta: la prisión provisional responde a la necesidad de dispensar con ella protección a la víctima de un concreto hecho delictivo.

En todo caso es preciso considerar la prisión como medida excepcional y cuando sea objetivamente necesaria y no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines (art. 502.2), y se habrá de tener en cuenta no sólo la gravedad del delito imputado, pues puede acordarse aunque la pena privativa de libertad no sea igual o superior a dos años, sino esencialmente el riesgo que supone la libertad del agresor para los bienes jurídicos de la víctima y, muy especialmente, para su vida e integridad física.

La prisión como medida de protección puede acordarse inicialmente, para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta tenga vínculo o relación de convivencia con aquél (art. 503.1.3º.c), y desde luego como específica consecuencia de una orden de protección (art. 544 ter.6).

El art. 173.2 CP, al que se remite la LECrim para determinar las personas relacionadas con el agresor, hace referencia a la persona que sea o haya sido su cónyuge, que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sea descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; que sea menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sea persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, o que se trate de persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Asimismo, la prisión provisional como mecanismo de protección de la víctima puede traer causa del incumplimiento de otras medidas de esta naturaleza de menor agresión a la libertad del imputado, como las prohibiciones de residir o acudir, o de acercarse y comunicarse con la víctima, que se hubieran adoptado en el curso del proceso (art. 544 bis.IV).

Para acordar la prisión provisional por esta causa debe el juez convocar una comparecencia, sea la prevista en el art. 505, sea la establecida para adoptar la orden de protección. Su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena señalada fuera superior a tres años (art. 504.2).

Como la orden de protección puede acordarse de oficio, cuando fuera procedente la prisión provisional del presunto agresor, parece que el juez podrá acordarla tras la audiencia prevista en el art. 544 ter.4, aunque ni el Ministerio Fiscal ni la víctima lo soliciten, aunque no parece ser éste un supuesto muy común.