

**MEDIDAS CIVILES PARA EL CESE
DE LA VIOLENCIA. COORDINACIÓN
ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL**

Carmen Tirado Garabatos
Fiscal

MEDIDAS CIVILES PARA EL CESE DE LA VIOLENCIA. COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y PENAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. IV. PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES. CUESTIONES PROCESALES. 1. Intervención del Ministerio Fiscal. 2. Facultades del Juez. A) Medidas provisionales en los procesos matrimoniales. a) Medidas provisionales previas. a') Medidas previas urgentes. a'') Medidas previas de régimen ordinario. b) Medidas provisionales coetáneas. V. MEDIDAS Y MEDIOS PARA PREVENIR LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. VI. MEDIDAS CONCRETAS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN PENAL Y CIVIL.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica se ha convertido en realidad insoslayable que hiere las conciencias y causa terribles daños individuales y sociales. Exige una respuesta en primer lugar en la organización de medios materiales y personales para hacerle frente. De otra en

el diseño de instrumentos normativos específico dirigidos a proteger a las víctimas y a prevenir y poner fin a los episodios violentos. Nos ocupamos en este trabajo de los instrumentos jurídico-civiles con que se cuenta en nuestro ordenamiento.

La exposición de Motivos de la ley 27/2003 reguladora de la Orden de protección de la violencia doméstica resalta en su calidad de trasfondo ideológico la consideración de los malos tratos como realidad lacerante, lacra que excede el marco privado y afecta a toda la ciudadanía. La gravedad de los problemas de la llamada violencia de género ha generado –se añade– una inquietud generalizada traducida en informes e iniciativas de organismos nacionales y supranacionales. Frente a ello surge la ley para articular una respuesta que de acuerdo con la *mens legislatoris* tiene una doble finalidad. En primer lugar prevenir y evitar la realización o repetición en el futuro de estas graves conductas. De otra parte ofrecer un adecuado marco de protección para las víctimas.

La naturaleza de la respuesta se atiene a los principios de coordinación, globalidad y celeridad. De conformidad con el primero se trata de aunar los recursos jurídicos, sociales e institucionales de que se dispone para afrontar la realidad de los malos tratos. De otra parte se ofrece una protección que pretende ser integral o total y abarcar remedios civiles, penales y administrativos. Baraja el legislador la idea de diseñar medidas concebidas desde el prisma del ordenamiento jurídico en su totalidad. Por eso se habla de estatuto integral de protección y en art. 544 ter.5 se alude expresamente a medidas "establecidas en el ordenamiento jurídico...". Finalmente sin rapidez en la tramitación y resoluciones de aplicación de los medios previstos nada puede conseguirse en relación con los objetivos que se proponen.

La manera de hacer efectivos estos designios es la centralización o unificación de la respuesta en el órgano que se estima más idóneo para ello, el Juez de Instrucción en funciones de Guardia. Se elige así el proceso penal concebido bajo las ideas de sencillez y accesibilidad a las víctimas de la violencia doméstica, aprovechando los propios trámites y cauces de los diversos procedimientos para hacer efectiva en ellos la orden de protección regulada.

Estudiaremos los apartados 5 y 7 del nuevo art. 544 ter LECrim. El comentario del primero de ellos nos servirá para situar las medidas civiles en el estatuto de protección integral a las víctimas que configura la nueva ley. En el apartado 7 se regula la vertiente civil de la orden de protección.

Nos ocuparemos también de las medidas civiles de protección de menores en los casos de violencia, tanto las que permite la ley 27/2003 como las que pueden acordarse al margen de ella, con específica referencia a las situaciones de desamparo y riesgo apreciadas por la Administración y a las previsiones del art. 158 CC. Junto a ello recordaremos los procedimientos de familia y examinaremos las posibilidades de diseñar desde ellos una respuesta a la llamada violencia de género.

Aunque esta ponencia se concibe en su totalidad bajo el prisma de la coordinación, dedicaremos un último apartado de orden específico a recoger sugerencias concretas en esta materia que puedan ayudar a una mayor eficacia de las medidas que se adoptan.

II. LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Como expresábamos en el apartado introductorio anterior examinaremos los apartados 5 y 7 de la ley 27/2003 que contiene la regulación general de las medidas y las civiles en concreto que pueden acordarse cuando concurren los presupuestos del art. 544 ter.1.

En el apartado 5 reza el precepto "...la orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública".

La norma confiere a las víctimas de las infracciones contempladas en el apartado 1 "un estatuto integral de protección". La palabra estatuto carece de un preciso significado jurídico y el que tiene despliega su eficacia en los ámbitos colectivos e institucio-

nales. Creo que con ella se trata de expresar en primer lugar la voluntad legislativa de otorgar una tutela completa en los casos de violencia doméstica. La finalidad es abordar la preservación de los graves riesgos derivados de estas situaciones. También conseguir la recuperación de las secuelas y daños de toda índole que originan. La tutela mencionada se ofrece desde el ordenamiento jurídico contemplado en su totalidad.

Esta perspectiva globalizadora permite acordar medidas previstas en cualquier rama del Derecho, o al menos eso se deriva de la expresión reseñada, aun cuando la norma acota la remisión al orden civil y penal y a la legislación asistencial. En este último caso el reenvío debe referirse al orden laboral y administrativo. Las medidas de orden civil y penal son "las contempladas en este artículo", en concreto en los apartados 6 y 7 a que posteriormente nos referiremos con diferentes niveles de concreción.

Las de asistencia y protección social son las "establecidas en el ordenamiento jurídico". El reenvío aquí carece de toda determinación. Legitima al Juez para acordar las expresamente previstas en esta legislación asistencial. Estimo que también aquellas que sin tipificarse específicamente para la hipótesis del apartado 1 están incluidas en conceptos más amplios referidos a situaciones de desprotección o riesgo social en que sea posible subsumir los casos de violencia doméstica. La norma autoriza al juez para aplicar preceptos de las leyes laborales y administrativas referidos a estas materias.

Considero que el alcance del precepto es aún mayor y dimana del inciso "podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública". La orden de protección legitima no sólo para que las administraciones y autoridades estén obligadas a cooperar en la ejecución de lo acordado por el juez de guardia sino también para decretar otras medidas no decididas por el órgano judicial y que puedan ser complementarias de lo resuelto. Ha de tratarse de aquéllas que sean exigidas por las circunstancias del caso y la situación de riesgo en que se encuentre la víctima. También es preciso que se hallen dentro del ámbito de competencias de la autoridad o funcionario.

El estatuto integral de protección a que nos venimos refiriendo es de carácter personal. Su titularidad, por emplear una palabra gráfica, es sólo de la víctima, con exclusión de otros familiares o personas a ella vinculadas, salvo que también sean sujetos pasivos del delito según los datos de que se disponga. O que concurra para ellos una situación de riesgo durante la tramitación del procedimiento penal en los términos del apartado 11 a que más adelante nos referiremos.

En el apartado 7 se dice " las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Estas medidas podrán 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 así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente".

La primera observación que hemos de hacer es que las medidas de naturaleza civil sólo pueden acordarse a instancia de parte, matizando así la declaración contenida en el apartado 2. La actuación de oficio del Juez de Guardia queda así reservada a las medidas penales y las que pueda decretar con fundamento en otras ramas del Derecho de acuerdo con el apartado 5. La legitimación se restringe en relación con la regulada en los apartados 2 y 4, pues se excluye al solicitante, persona que tiene con la víctima alguna de las relaciones del art. 153 CP.

Requisito para su adopción es que no hayan sido acordadas por un órgano de la jurisdicción civil, en cuyo caso hay que atenerse a la resolución que éste haya dictado. Ningún obstáculo habrá cuando el juez civil haya dictado resolución denegatoria sobre las medidas que van a decretarse ahora en la orden de protección. Recordemos además que la decisión judicial civil sobre las mismas no tiene el valor o efecto de cosa juzgada. Tampoco hay inconveniente en que el juez de guardia complemente las ya acordadas en la jurisdicción civil.

Entiendo que el espíritu de inmediata protección que anima la ley debe llevar a admitir sin dudas que quepa la modificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales civiles, por ejemplo alterando el régimen de visitas o de guarda vigente hasta entonces. No es preciso decretarlas cuando ya estén decididas por el juez civil y el de guardia estime que son las procedentes y que no es necesario completarlas o modificarlas.

Atendiendo a la finalidad de la ley sí creo que al juez penal han de reconocérsele competencias para la ejecución inmediata de las medidas acordadas por el civil cuando sean imprescindibles para preservar la situación objetiva de riesgo para la víctima a que se refiere el apartado 1.

Las medidas que pueden adoptarse están reguladas con una enumeración concreta que finaliza con una expresión de carácter general que trataremos de interpretar: "cualquier disposición que se considere oportuna...". No hay una remisión a todas las de los arts. 90 y 103 CC sino a algunas de ellas. Es claro que el legislador se refiere a la de los arts. 90.A y 103.1 así como a las de los arts. 90.B y 103.2 cuando alude a "la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos...".

Considero que el reenvío ha de entenderse al contenido normativo diseñado en los citados artículos y así aunque no se cite expresamente el juez penal si lo requiere la situación de riesgo y la finalidad tuitiva de la ley podrá adoptar decisiones sobre los bienes del hogar familiar y acerca de la posibilidad de encomendar al menor a tercero o institución idónea (art. 103.1 y 2 CC). La cuestión se

plantea en relación con la vivienda familiar en el sentido de si más allá de la remisión mencionada puede aplicarse a otras situaciones en que el sujeto pasivo afectado no es el cónyuge.

Merecen ponderarse en particular los supuestos de las parejas de hecho y de los discapacitados víctimas de las infracciones del apartado 1. El espíritu de los nuevos preceptos y el designio de otorgar un estatuto integral de protección a las víctimas debe llevar a admitir decisiones sobre la vivienda familiar en favor de los discapacitados o pareja de hecho sin hijos, a pesar de la carencia de previsiones en la legislación civil. Creo que es de aplicación por las mismas razones a los discapacitados con carácter general el art. 216 CC con la posibilidad de ésta y de las demás medidas del art. 158 CC. En cualquier caso debe resaltarse la falta de previsiones expresas respecto de ellos, especialmente necesarias tras las nuevas estadísticas sobre incremento de malos tratos a personas de la tercera edad y con discapacidad.

La norma alude también a a determinar "el régimen de prestación de alimentos...". Desde luego se refiere a las previsiones de los arts. 90.C y 103.3 CC. Estimo que también habrán de incluirse los que conforme a los arts. 143 y ss. CC puedan corresponder a los parientes víctimas de los hechos. La aplicación de estas medidas supone un reenvío al contenido normativo de los preceptos citados.

Finalmente la norma comentada se refiere a "...cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios...". Con anterioridad la prescripción estudiada dispone que las medidas de naturaleza civil se adoptan sin perjuicio de las previstas en el art. 158 CC. Creo que se trata de una fórmula redundante que confiere al Juez de Guardia un amplio título legitimador para acordar medidas protectoras de los menores en las situaciones de riesgo contempladas en el apartado 1.

Tales medidas protectoras no sólo pueden acordarse cuando el menor sea sujeto pasivo o víctima de los hechos sino cuando se halle en situación de riesgo a consecuencia de los mismos. Esta inteligencia deriva del texto del apartado 11 a que posteriormente

nos referiremos. El riesgo entiendo que no es el del art. 17 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor sino el definido en el apartado 1 del precepto estudiado que se formula con mayores intensidades.

Las medidas que pueden adoptarse son las del art. 158 CC. Las de los números 1 y 2 en realidad tienen similar contenido al de las ya examinadas en los conceptos anteriores (art. 90.A y B). La novedad la constituye la del número 3 introducida por LO 9/2002 conectada a los delitos del art. 224 in fine y 225 bis CP creados por la misma. Recordemos que entre los delitos contra la seguridad a que se refiere el apartado 1 del art. 544 ter LECrim objeto de nuestro estudio, figuran los reseñados.

El supuesto legal de mayor amplitud es de todos modos el del art. 158.4 CC recogido literalmente en el precepto comentado. Supone una habilitación in genere al Juez para que adopte cualquier medida protectora del menor en evitación de riesgos o perjuicios. Creo que implica la facultad de acordar no sólo las expresamente normadas en el CC (arts. 172 y ss.) y legislación foral y autonómica sino también las que deriven de los principios inspiradores de la legislación protectora de menores. Así el juez de guardia podrá decretar por ejemplo el ingreso del menor en centros de protección o la suspensión o modificación provisional de las facultades de guarda, encomendándola a un tercero. Sobre ello volveremos en el apartado siguiente.

El Juez sólo puede suspender la guarda ínsita a la patria potestad, tutela o acogimiento de menores, pero no otras facultades, entiendo que por el carácter provisionalísimo de la medida, que han ventilarse en el correspondiente procedimiento de familia. Como comentábamos existe un vacío legal en relación con los discapacitados. Creo que la fuerza expansiva de la regla y principios del apartado 5 deben llevar a reconocer al juez facultades de suspensión y modificación provisional de la guarda de discapacitados víctimas de violencia doméstica, aplicando los arts. 762 y 763 LEC.

Las medidas tienen un plazo limitado de vigencia que es el de 30 días, dentro del cual es preciso incoar el correspondiente pro-

ceso de familia ante la jurisdicción civil en cuyo caso se prorroga su vigencia por otros 30 días a partir de la presentación de la demanda. Se impone al juez civil la obligación de resolver sobre ellas dentro de este plazo. La norma revela la naturaleza provisoria de estas medidas a que nos venimos refiriendo ligadas en su nacimiento a una situación de urgencia que requiere una respuesta inmediata. También hay quizá en ella una concepción restrictiva sobre las medidas cautelares que el juez penal puede dictar para proteger a la víctima. En la LECrim sólo se cuenta con el genérico art. 13 LECrim y con el art. 544 bis.

Digamos por último que la restringida legitimación que se otorga a la víctima o su representante legal parece ir en contra de la finalidad de la propia ley y de la realidad de la violencia doméstica en que son frecuentes los cambios de actitud procesales de aquella debido al temor, las carencias de todo orden, traumas psíquicos o falsas reconciliaciones. Desde luego cuando hay hijos menores o discapacitados ha de reconocerse legitimación al MF.

Creo que en todo caso las medidas del art. 158 CC no requieren ratificación por el juez civil. No son medidas que surjan al proceso penal por la ley estudiada. El art. 158 CC in fine las prevé también en el proceso penal. Antes de la ley 27/2003 el juez penal las podía acordar sin sujeción a límites temporales y la intención de la nueva ley no puede ser restringir el ámbito del precepto. Añadamos que el juez civil debe requerir testimonios de las actuaciones penales antes de decidir sobre la ratificación y que será precisa, en todo caso, comparecencia previa.

III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Abordamos seguidamente la problemática de las medidas civiles en el ámbito de protección de menores, desarrollando las ideas que acabamos de exponer en el apartado anterior. Vamos en concreto a referirnos a la normativa de mayor relieve, la relativa a las situaciones de desamparo y riesgo y a las medidas civiles protec-

toras dimanantes de las mismas. Examinaremos las previsiones que en ellas se puedan contener para afrontar el problema de los malos tratos y su aplicación en el cauce del apartado 5 de la ley estudiada así como la relación entre procedimientos administrativos y judiciales, civiles y penales.

El concepto de desamparo introducido por la ley de 11-11-87 supuso el comienzo de la asunción por las CCAA de relevantes tareas en el ámbito de la protección de menores. El desamparo se convirtió en un título jurídico que otorga amplia legitimación para articular inmediatas respuestas tuitivas ante las necesidades del menor desamparado. El art. 172.1 CC define un concepto jurídico relativamente indeterminado estructurado en base a los incumplimientos de los deberes de protección previstos en la ley para la guarda de menores unidos en relación causal con la situación de privación para ellos de la necesaria asistencia material o moral.

Las consecuencias jurídicas del desamparo están previstas en los arts. 172 a 174 CC y en la legislación foral y autonómica de protección de menores. Se contraen a las llamadas tutela automática y guarda que asumen las entidades públicas. La primera exige una constatación y declaración de la situación de desamparo que ha de notificarse a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas con una información presencial y de modo claro y comprensible, tras la cual *ex lege* la entidad se convierte en tutor del menor, produciéndose la suspensión de la patria potestad y tutela ordinarias en los términos previstos en el art. 172.1 p. 3.º. Sólo conservan validez los actos de contenido patrimonial beneficiosos para el menor.

La guarda se asume a petición de los padres o tutores cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor que les está encomendado. Son los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección previstos en la definición de desamparo antes reseñada y que se extraen de ella para asignarle efectos jurídicos de menor entidad. No hay una suspensión generalizada de facultades tuitivas sino una distribución, en interés del menor, de ellas entre los titulares de los deberes tuitivos y la entidad pública.

Se requiere formalización escrita con concreción de las responsabilidades que asumen la entidad y los familiares o tutores, atribuyéndose un *ius variandi* a la administración con adecuada motivación y notificación a los interesados y MF. El CC no prevé una decisión judicial constitutiva de la tutela pública, pero sí una guarda acordada por el Juez "en los casos en que legalmente proceda", precepto de indudable utilidad exegética para la orden de protección como posteriormente veremos.

La tutela pública implica la atribución a la entidad de todas las facultades de la tutela, también la guarda, concebida con tintes personalistas y constreñida a decidir con quien va a estar el menor y en qué condiciones el propio tutor o terceros van a asumir el ejercicio de los deberes tuitivos de orden personal contemplados en el art. 269 CC. Tanto esta guarda intitulada en el art. 172.3 "como función de la tutela por ministerio de la ley", como la antes comentada del art. 172.2 se ejercen por la entidad mediante el acogimiento familiar y el residencial, inspirados en los principios de interés del menor y reinserción en la propia familia.

El art. 173 regula el régimen normativo del acogimiento familiar que puede articularse a través de un hogar funcional, hallándose huérfano de disciplina legal el residencial. Tanto uno como otro se constituyen en el ámbito administrativo. El primeramente citado exige el consentimiento de la entidad, el del menor de 12 años y el de los padres o tutores. De oponerse estos últimos es precisa decisión judicial tras preceptiva propuesta del ente público. Para el residencial sólo parece exigirse decisión administrativa.

El acogimiento familiar formalizado en el plano administrativo con los requisitos del art. 173.2 y sin intervención judicial cesa a petición de padres o tutores o por la voluntad de los acogedores o de la entidad (art. 173.4). Respecto del residencial sólo se cuenta con la confusa previsión del art. 172.3, que no clarifica el régimen de extinción... El art. 173 bis introducido por LO 1/96 regula las modalidades de acogimiento familiar, simple, permanente y pre-adoptivo en una gradación de menor a mayor en la atribución de facultades a los acogedores. Por su parte el art. 173.3 prevé la posibilidad de un acogimiento familiar provisional.

Además de los acogimientos el art. 172.1 y el 174.2 aluden a medidas de protección in genere. Estimo que bajo este amparo normativo el juez puede en los supuestos reseñados acordar otras medidas de protección de menor entidad en cuanto a los efectos jurídicos pero de igual eficacia en la atención de los menores desamparados.

El régimen procesal de impugnación de las actuaciones administrativas está regulado en el art. 172.6 CC y en los arts. 779 y 780 LEC. La amplitud de la fórmula legal da pie a entender que tanto puede revisarse judicialmente las decisiones administrativas en que se asumen las facultades tuitivas como aquéllas en que se rechaza. La cuestión es discutible en particular en lo referente a la tutela automática, dada el automatismo legal con que se le configura y el sentido desjudicializador con que se concibió en la ley introductoria de 11-11-87.

Junto al desamparo la LO 1/96 reguló en su art. 17 la situación de riesgo, convertido en título habilitante complementario para la adopción de medidas protectoras sobre menores necesitados. El precepto dice "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar, en todo caso, los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social en que se encuentre y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia".

La fórmula es residual o subsidiaria en relación con la del desamparo del art. 172 CC. Se trata en todo caso de supuesto de menor relevancia tanto en la carga de riesgos y perjuicios para el menor como en la entidad de las consecuencias jurídicas subsiguientes. Repárese en que el legislador no requiere aquí el incumplimiento de deberes tuitivos, pues la situación se conforma sea cual fuere su origen "de cualquier índole...". Tampoco exige el resultado carencial al

que nos referíamos cuando comentamos el precepto definidor del desamparo. Basta en efecto con que concurra una situación de riesgo para el desarrollo personal o social del menor sin que se exija una especial inminencia o intensidad en el mismo.

Se requiere una declaración administrativa que supone la obligación en la entidad de intervenir para paliar el citado riesgo. Las medidas son en consonancia con el principio de proporcionalidad de menor fuste como se decía que las dimanantes del desamparo. La norma no las individualiza sino que utiliza una fórmula genérica. La única especificación es la relativa a la medida de seguimiento que está obligada a llevar a cabo la Administración.

El precepto debe completarse con la legislación foral, administrativa y autonómica de protección de menores en la que se hallan previstas medidas asistenciales de las que aquí no podemos ocuparnos. Entre otras medidas de carácter educativo y formativo del menor y su familia, ayuda sanitaria, control y evaluación del entorno familiar y social, ayuda a domicilio, asistencia a centros de unos y otros, etc.

Proyectaremos ahora estas consideraciones sobre los supuestos contemplados en el apartado 1 de la ley comentada y examinaremos las medidas que pueden adoptarse frente a ellos en el ámbito estrictamente civil y administrativo. Comencemos por decir que las situaciones descritas en la norma definitoria de la ley 27/2003 son subsumibles en las hipótesis de desamparo o riesgo expuestas.

Los malos tratos habituales a menores del art. 173 CC son un caso paradigmático de desamparo. Se incumplen los deberes tuitivos sometiendo al menor a conductas de violencia física o síquica y se le priva de esta manera de la necesaria asistencia material y moral. Se cumplen los requisitos que recordamos de la definición del art. 172 CP. En efecto el incumplimiento es grave, de orden general o esencial en cuanto a afecta a esferas elementales de la atención a los menores. La gravedad de la repercusión en el ámbito asistencial es clara y también la urgencia y necesidad de respuesta. La legislación autonómica protectora en muchos casos expresamente los incluye en fórmulas ejemplificativas. Así el art. 5 de la ley 7/95 de Protección de Menores de Baleares.

Los mismos razonamientos pueden hacerse respecto de los demás delitos contra los menores contemplados en el apartado 1 del art. 544 ter LECrim nuevo. En cuanto a las faltas en algún caso podría pensarse que nos encontramos en una situación del art. 17 LO 1/96. El supuesto es de difícil concurrencia, pues en todo caso el citado apartado 1 exige la situación de riesgo con la relevancia que propusimos. Ha de tenerse en cuenta además que la ley orgánica 11/2003 ha creado un nuevo tipo, el del art. 153 en que se elevan a la categoría de delito en realidad, casi todas las faltas antes contempladas en la norma habilitante.

El desamparo puede producirse en los casos en que el menor no es víctima directa de los delitos del art. 544 ter.1, pero los presencia y vive en el entorno en que se realizan. La ley 11/2003 ha mostrado específica sensibilidad frente a estos fenómenos al construir tipos agravados en los delitos de los arts. 153 y 173 CC. En la mayoría de los casos nos encontraremos ante supuestos de desamparo subsumibles en el art. 172 CC y en otros en todo caso en la situación de riesgo del art. 17 de la LO 1/96. Forzoso es realizar un comentario sucinto del art. 544 ter.11.

La norma prescribe que: "En aquellos casos en que durante la tramitación del procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores".

El precepto obedece a una concepción expansiva de la orden de protección más allá de las actuaciones en el Juzgado de Guardia. Ya comentábamos que conduce a interpretar que la tan citada orden puede dictarse en cualquier momento del procedimiento penal por violencia doméstica de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 544 ter. Al mismo tiempo extiende el ámbito personal de los sujetos protegidos.

Creo que se contemplan dos hipótesis. De un lado la del procedimiento tramitado por delitos no incluidos en el apartado 1 en los que se detecta una novedosa situación de peligro de las previstas

en el art. 544 ter.1 para personas vinculadas con el imputado por las relaciones del art. 173. En estos casos creo que aun cuando no haya conexión del art. 17 LECrim el juez con fundamento en las disposiciones sobre competencia territorial ya comentadas, estará legitimado para intervenir, siempre que no constriñamos la expresión "imputado" al que lo sea por los delitos del citado art. 544 ter.1. De otro aquellos que sí se incoan por tales infracciones y en el curso de la instrucción el riesgo se concentra en persona que no es la víctima inicialmente considerada, o se presenta para aquélla una situación arriesgada que había desaparecido. En ambos casos podrá dictarse la orden de protección.

La cuestión es si basta con la situación de riesgo para el familiar o conviviente del art. 173 CP del imputado, o es preciso además que concurren todos los supuestos del apartado 1 del art. 544 ter y entre ellos el de indicios fundados de la comisión de delito contra la persona en cuyo favor se interesa la orden. La dicción literal del precepto parece conformarse con la referida situación de riesgo sin más exigencias, aunque habrán de cumplirse los requerimientos de intensidad y objetividad del citado apartado 1 y afectar a los bienes jurídicos protegidos. En definitiva se contemplarían no sólo los riesgos o peligros para la víctima de la violencia doméstica sino también para los demás inmersos en la situación de convivencia, especialmente menores y discapacitados.

Cuando la Administración tiene noticia de datos que apuntan a una hipótesis fáctica de violencia doméstica sobre menores de edad de uno y otro signo, podemos plantearnos a la vista de las reflexiones anteriores, cuál debe ser su actuación. Desde luego la ley que examinamos le impone concretos deberes de colaboración judicial. El art. 544 ter apartado 2 obliga a los organismos asistenciales públicos a una puesta inmediata en conocimiento del juez y del Ministerio Fiscal.

En el apartado 3 se prescribe que la solicitud de la orden de protección se puede formular ante los servicios sociales o instituciones asistenciales quienes la remiten de forma inmediata al juez. En definitiva las entidades públicas cuando vengan por cualquier medio en conocimiento de los hechos contemplados en el aparta-

do 1, de oficio o a instancia de parte han de dar cuenta con toda celeridad a la autoridad judicial.

La cuestión es si tras la comunicación al juez, los entes públicos pierden su capacidad de actuación frente a la realidad de los malos tratos detectados. Entiendo que no. En primer lugar porque nada dice la ley 27/2003 al respecto. De otra parte porque aún no se ha iniciado el procedimiento judicial. Finalmente porque la declaración de desamparo es una obligación legal para la Administración en el art. 172.1 y ella y las medidas y actuaciones que comporta no quedan impedidas por la tramitación de la orden de protección como se desprende del apartado 8. Los entes protectores están llamados legalmente a intervenir más allá de los límites de vigencia de la orden en materia civil señalados en el apartado 7 y de la suerte de los procesos que ante la jurisdicción de este orden se entablen.

Al margen de consideraciones hermenéuticas lo deseable y a ellos nos referiremos más adelante es que el mandato general de coordinación que se desprende de la nueva ley se cumpla en la realidad y que la Administración protectora actúe en estrecho contacto con el MF (art. 174 CC) y con el Juez de Guardia. La elaboración de protocolos de alcance general (disposición adicional 2.^a) será una herramienta indispensable para diseñar un plan eficaz de respuesta urgente y coordinada ante los malos tratos a menores, en especial en estos primeros momentos en que se tiene noticia de ellos y se requiere una rápida actuación.

En definitiva la entidad debe declarar el desamparo en los términos del art. 172.1 CC, con la notificación a los guardadores en él previstas. Ministerio legis asume la tutela del menor, originándose la suspensión de la patria potestad y tutela ordinaria del modo en que lo recordábamos al comentar el art. 172.1 in fine. La tutela implica la guarda como función de ella según exponíamos al hilo del art. 172.3 y por tanto las facultades para decidir sobre el cuidado personal del menor.

Nada impide iniciar la tramitación del acogimiento familiar conforme al art. 173 CC ni acordar el acogimiento provisional del art. 173.3 ya citado. Tampoco hay obstáculo para decidir con

carácter inmediato el acogimiento residencial y ejecutarlo ingresando al menor en centro adecuado. Decíamos que además de los acogimientos las entidades públicas pueden acordar otras medidas de protección a que se refiere el art. 172.1 y el 174.1. Así la vigilancia y seguimiento de la situación, apoyo familiar, sanitario, etc. Pues, bien, nada se opone a que sean éstas la respuesta que en el ejercicio de su guarda dé la Administración.

Las decisiones de las entidades sobre guarda del menor sólo cederán ante la resolución de signo contrario que adopte el juez de guardia ejerciendo las facultades de los apartados 6 y 7 del art. 544 ter. Puede también suceder que al darle cuenta a éste de conformidad con los deberes de colaboración examinados venga ya la Administración ejerciendo la tutela y guarda del menor y tenga formalizados los acogimientos del art. 172 y 173.

Las reflexiones en este último caso han de ser las mismas y las concretas medidas adoptadas se supeditarán a las que acuerde órgano judicial penal. No obstará a la prevalencia de la decisión de éste que el juez civil al conocer del desamparo por la vía de los arts. 780 LEC y 1828 LEC 1881 haya dictado resoluciones sobre la cuestión. Debe tenerse en cuenta que tales resoluciones no tienen el valor de cosa juzgada y que ha de darse preferencia a la competencia del juez de guardia que está examinando una situación urgente y posterior a la enjuiciada por el juez civil. Los principios subyacentes en los arts. 3 y 114 LECrim abonan la solución que proponemos.

Veamos por último cuales son las facultades del juez de guardia en materia de protección de menores, examinando las hipótesis de que haya o no haya habido actuación administrativa previa. El apartado 7 del art. 544 ter cita entre las medidas civiles que el juez puede adoptar "cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios". De otra parte de la enumeración de posibles medidas se salvan expresamente las del art. 158 "sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 CC". La norma es confusa y obliga a una exégesis equilibrada.

La primera conclusión que ofrece su lectura es que el fundamento jurídico civil de las medidas protectoras que puede decretar

el Juez de Guardia es el art. 158 CC. No sólo se deja a salvo expresamente toda su virtualidad aplicativa, sino que se recoge literalmente en la enumeración el número 4 del precepto "cualquier disposición...". Creo que esta última deja claro al menos en lo que a los menores de edad se refiere que la orden —en lo que atañe a medidas civiles— puede dictarse para protegerlos de riesgos aun cuando no sean sujetos pasivos directos de las conductas de violencia doméstica.

Hemos de empezar por decir que el art. 158 CC desde la reforma introducida por la LO 1/96 se ha convertido en un instrumento procesal de protección de menores de general aplicación y eficacia constatada. Sobre todo porque las medidas en él previstas pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria. Su dictado no queda en exclusiva encomendado al procedimiento de jurisdicción voluntaria que tenga por objeto exclusivo pronunciarse sobre ellas sino que pueden acordarse en el seno de cualquier otro proceso.

De otra parte la norma aún cuando está inicialmente configurada y ubicada (título 7 libro 1 CC) para resolver cuestiones atinentes al ejercicio de la patria potestad, ha desbordado su cauce normativo tras la LO 1/96 para convertirse en mecanismo protector del menor en todos los ámbitos como lo revela el modificado art. 216.2 CC. El art. 544 ter apartado 7 responde a los mismos principios.

La ley 27/2003 nada ha innovado sobre la virtualidad del precepto. De no haberlo mencionado ni recogido el número 4, no habría obstáculo para su aplicación por el Juez de Guardia en virtud del mandato contenido en el art. 158 in fine. La norma se ha vuelto a modificar y alcanzar mayor amplitud en virtud de la ley orgánica 9/2002 como veíamos.

Las medidas que puede acordar el órgano judicial penal son en primer lugar las cautelares para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo en casos de incumplimiento de este deber por los padres. Están emparentadas con las de los arts. 90.C y 103.3 CC. Quizá el matiz diferencial radique en que las del art. 158 están pensadas para paliar los riesgos del incumplimiento de ambos progenitores desde la perspectiva del

hijo y no de uno respecto de las posibles infracciones del deber alimenticio del otro.

En segundo lugar el juez penal puede acordar "las disposiciones apropiadas" para proteger a los hijos en los casos en que acuerde cambios en la potestad de guarda. Se trata de una cláusula general innominada que permite acordar medidas protectoras en los casos que más adelante examinaremos en que decida modificar el status de guarda del menor. Se trata de fórmulas complementarias de apoyo de cualquier índole que palien los perjuicios que en su esfera personal, sicológica y puedan producirse. Aquí se acudirá a la entidades públicas con competencias en la materia y a la legislación y medios específicos con que cuentan.

La LO 9/2002 ha añadido en el art. 158 medidas protectoras en los casos de riesgos de sustracción del menor por progenitores o por terceras personas. La enumeración es ejemplificativa y no cerrada y contiene prohibiciones de salida, prohibición de expedición del pasaporte del menor o su retirada y autorización previa para los cambios de domicilio de este último. Son los casos en que el juez de guardia constate riesgos para la libertad del menor y para la interrupción de su marco legal asistencial a través de la comisión de delitos del art. 163 y 224 y 225 bis a los que nos referíamos al comentar el ámbito del apartado 7 del art. 544.

El art. 158.4 creo que es el que puede tener mayor virtualidad aplicativa y el que plantea mayores problemas exegéticos. Contiene una fórmula genérica también innominada bajo la que el Juez puede decretar medidas sin que sean necesarias como apuntábamos ni una especial intensidad en el riesgo o peligro ni en los perjuicios que se están produciendo o se pueden producir. Es ejemplificativa o enumerativa, representando el número 4 una cláusula de cierre omnicomprendensiva como lo revela la propia dicción de la norma "En general..." expresiva de que en el tan citado art. 158.4 están incluidas también las medidas de los números o apartados anteriores.

Examinemos ahora qué concretas decisiones puede adoptar el juez de guardia al amparo del art. 158.4. Desde luego deben reconocérsele amplias facultades para decidir sobre la guarda del

menor. Es una exigencia elemental de la finalidad de la regulación estudiada que no es otra que otorgar una respuesta integral e inmediata en nuestro caso a los menores de edad, víctimas directas o indirectas de la violencia doméstica. Tales facultades incluyen la de modificar el status de guarda, entregando al menor a terceros que le presten la asistencia necesaria o ingresándolo en centro público o privado, todo ello para evitar los riesgos derivados de la situación violenta objeto de las diligencias penales.

Creo que también ha de reconocérsele al órgano judicial penal facultades dimanantes del art. 158.4 para organizar los contactos, visitas y comunicación de los padres, tutores y guardadores con el menor víctima de malos tratos en los casos en que se decide entregar su guarda a tercero. El art. 544 ter.7 prevé expresamente estas medidas conectadas a la patria potestad y así se refiere a "determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos". Bajo esta fórmula legal debe incluirse la aplicabilidad del art. 103.1.2 CC y se ofrece así un argumento más para que admitamos en todos los casos la posibilidad que tiene el Juez de Guardia de atribuir la guarda a terceros y organizarla. En la misma línea argumentativa y de acuerdo con la finalidad tuitiva de los nuevos preceptos el Juez tiene asimismo facultades para suspender visitas y todo contacto con el menor maltratado de los padres, tutores y guardadores.

El art. 172.2 CC permite al órgano judicial además decretar la guarda administrativa "en los demás casos en que legalmente proceda...". Este precepto de acuerdo con la doctrina más autorizada contiene una remisión a todos aquellos supuestos normativos en que se prevé genérica o específicamente la atribución a terceros de todo el contenido personal de la patria potestad o tutela. Uno de ellos es sin duda el del art. 158.4 reseñado en el 544 ter LECrim. Lo que ocurre es que el ejercicio de esta guarda habrá de acomodarse a su régimen legal que es el de los arts. 172 y 173 CC.

Además de las decisiones de modificación del régimen de guarda el juez al amparo de los arts. 158.4 y 172.2 CC puede acordar otras medidas complementarias o sustitutivas de ésta como la de control, vigilancias y seguimiento de la situación, apoyo a domicilio, ayuda médica, etc.

Estimo que el precepto del CC que comentamos no le permite al juez declarar el desamparo del art. 172 CC ni constituir los acogimientos residencial y familiar del art. 172 y 173 CC. Estamos ante competencias conferidas por el CC a las entidades públicas protectoras respecto de las cuales sólo se otorgan a los jueces civiles funciones revisoras de lo por ellas actuado. Citamos con anterioridad a estos efectos los arts. 172.6 CC y 780 LEC.

En los acogimientos familiares la formalización judicial sólo cabe cuando faltan los consentimientos de padres y tutores y siempre con propuesta de la entidad y consentimiento del mayor de 12 años, requisitos estos últimos que no pueden obviarse ni entenderse modificados por la ley 27/2003. En todo caso el Juez debe dar cuenta a la entidad de los hechos a efectos de las normas mencionadas, arts. 172 y ss. CC y cumplir el mandato legal de coordinación para ofrecer respuestas integrales y coordinadas. En definitiva, como apuntábamos, el órgano judicial podrá decretar la guarda a favor de la administración, pero el ejercicio de ésta se halla sujeto a los tan citados arts. 172 y 173 CC

Decíamos que la intervención de las entidades por la vía de los preceptos últimamente citados no se suspende por la incoación del procedimiento del art. 544 ter. De todos modos las medidas acordadas por el juez como también expresábamos son preferentes a las decretadas por la Administración protectora con anterioridad y a las que posteriormente a la orden pueda acordar en el ejercicio de sus competencias.

Entre las medidas administrativas y judiciales debe regir el principio de complementariedad, explicitado en el art. 544 ter.8 en el que se prescribe la notificación a las Administraciones públicas de la orden para "la adopción de de medidas de protección social, sean éstas de asistencia social, jurídica, sanitaria, sicológica o de cualquier otra índole...". En efecto decretadas las medidas civiles por el Juez de guardia, la entidad está obligada a continuar aplicando o aplicar ex novo las previstas en el CC y legislación foral, autonómica y administrativa de protección de menores.

Respecto de los menores no sometidos a la patria potestad será de aplicación lo previsto en el art. 216.2 CC que se remite en un

todo al art. 158 CC. El art. 544 ter 7 explícitamente permite la exégesis apuntada al recoger literalmente como veíamos el art. 158.4. que alude al menor y no al hijo.

Recordemos por último que las medidas dictadas por el órgano judicial penal al amparo del art. 158 CC no está sometidas a plazo de vigencia ni a necesidad de ratificación en proceso civil como exponíamos. En realidad son medidas cautelares del orden penal (también del orden civil y de la jurisdicción voluntaria) y como éstas no están sometidas a plazos de vigencia sino a la evolución y estado probatorio y jurídico del proceso penal. Aún cuando se hallan prescritas para el proceso penal en un precepto del CC, lo cierto es que el juez de instrucción las puede decretar sin limitaciones de vigencia. Como comentábamos no puede ser designio legislativo el restarle vigor procesal a este régimen protector de menores precisamente en materias tan sensibles y necesitadas de tutela como la violencia doméstica.

IV. PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES. CUESTIONES PROCESALES

En este apartado abordaremos con un recordatorio del panorama legislativo el problema de la violencia doméstica detectada en los procedimientos matrimoniales. Examinaremos las posibilidades de respuesta con las que se cuenta en los actuales cauces procesales. Dejamos de lado la perspectiva exclusivamente exegética de los apartados anteriores y exponemos las principales cuestiones que se plantean a jueces y fiscales en la realidad diaria de estos procedimientos de familia. Finalmente nos ocuparemos con el mismo enfoque de las pautas con las que se está actuando en los citados procedimientos ante los casos del apartado 1 del nuevo art. 544 ter LECrim.

La disciplina normativa de los procesos matrimoniales y de menores se encuentra ubicada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en el Libro IV, "De los Procesos Especiales", siéndoles de aplicación las Disposiciones Generales

(Capítulo I, arts. 748 a 755), y más específicamente las contenidas en el Capítulo IV, arts. 769 a 780. Novedad importante es la regulación legal de las relaciones paterno-filiales en los supuestos de parejas de hecho con hijos comunes, cuando se solicite por uno de los progenitores la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores o se reclamen alimentos al otro progenitor en nombre de aquéllos, a los que se aplicarán los trámites previstos en la Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio (ex art. 770.6.º).

Antes de entrar a examinar los procedimientos y las medidas que en el ámbito del D.º de Familia se pueden seguir y adoptar y su eficacia para prevenir o poner fin a las situaciones de violencia tanto física como psíquica que existan en el núcleo familiar matrimonial o no matrimonial, considero que es necesario hacer alusión a dos presupuestos previos: de un lado la intervención del M.º Fiscal en estos procesos, y de otro, las amplias facultades que se le conceden al Juez civil en este orden jurisdiccional como consecuencia del principio inspirador del mismo: el del "favor filii".

1. Intervención del Ministerio Fiscal

El art. 749 de la LEC prevé la intervención preceptiva del M.º Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento (procesos de nulidad, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos –ex art. 748.3.º– y procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores –ex art. 748.4.º LEC) sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

En definitiva, el M.º Fiscal interviene en el procedimiento siempre que en la unión matrimonial o no matrimonial existan hijos menores o incapacitados en virtud de sentencia judicial de incapacitación, o alguno de los progenitores sea menor o haya sido judicialmente incapacitado, o declarado en situación de ausencia legal, ejerciendo, por consiguiente, una legitimación no sustituti-

va de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido.

En efecto, el Fiscal actúa siempre en interés del menor, y solicitará que se acuerden las medidas oportunas para el adecuado desarrollo social y psico-afectivo del mismo, sobre todo en los supuestos en que sea el sujeto pasivo de los malos tratos o bien observador de los infligidos a uno de sus progenitores con el consiguiente deterioro de su situación emocional. Por lo expuesto, considero que es imprescindible su presencia en todas las comparecencias y vistas en las que por existir hijos menores, deban de adoptarse medidas relacionadas con ellos, realizando con el Juez una labor coordinada y encaminada a llegar a la convicción de que la medida a decidir va a ser la más beneficiosa para el menor.

2. Facultades del Juez

En lo que respecta a los principios inspiradores de este tipo de procesos, debemos resaltar que se debilita el principio dispositivo. En garantía de cualquiera de los cónyuges (art. 90.2 C.ºc), de los hijos o del interés más necesitado de protección (art. 103 C.ºc), se incrementan notablemente las facultades de actuación de oficio del Juez, el cual se ve investido de potestades de tutela que ha de ejercitar en defecto e incluso en lugar de las propuestas y peticiones de los litigantes.

Es cierto que existen pretensiones sobre cuestiones de las que las partes pueden disponer libremente. Ahora bien, en los aspectos indisponibles, el Tribunal detenta un amplio poder de configuración del proceso que no queda abandonado al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Así en materia probatoria, el órgano judicial podrá acordar la práctica de todas aquellas pruebas que estime son precisas para llegar a conocer mejor la verdadera situación familiar, tanto personal como patrimonial, supliendo incluso la inactividad de las partes (arts. 752.1.º, 770.4.º.2, 771.3.º.1 y 774.2 de la LEC). De otro lado, tiene y goza de libertad de apreciación de los hechos ya que no está vinculado por la

conformidad que exista entre la partes y dictará la resolución que proceda. Asimismo tampoco está sometido a las disposiciones establecidas en la LEC sobre fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2.º de la LEC).

Pues bien, en los casos de violencia doméstica el Derecho de Familia cuenta con medios eficaces para prevenir y tratar de terminar con los episodios violentos, buscando soluciones que lleven, en interés de los menores y de la mujer maltratada, a ir preparando y abonando el camino de la ruptura definitiva que puede llevar aparejada el cese de la violencia. Es cierto, sin embargo, que son precisas las ayudas procedentes de otros órganos jurisdiccionales, así como de la Administración del Estado y de la Comunidades Autónomas para poner fin a estas situaciones. Seguidamente vamos a analizar los procedimientos previstos en la vigente LEC en los que pueden acordarse medidas para intentar prevenir y cortar de raíz la violencia en el seno de las uniones matrimoniales y de las parejas de hecho.

A) Medidas Provisionales en los procesos matrimoniales

A su vez, dentro de las mismas vamos a distinguir entre:

A) Medidas provisionales previas a la interposición de la demanda (art. 771 LEC).

B) Medidas provisionales derivadas o coetáneas a la interposición de la demanda (art. 773 LEC).

a) Medidas provisionales previas

En el art. 771 la Ley prevé dos supuestos, a saber: las medidas previas urgentes (medidas inaudita parte) y las de régimen ordinario. Características comunes a ambas son:

— *Competencia territorial*. Como excepción a las reglas de competencia generales establecidas en el art. 769, en este tipo de Medidas la competencia corresponde al Juez del domicilio del solicitante. Entendemos que el legislador ha querido, de acuerdo con la naturaleza propia de las mismas, dar una mayor facilidad a la persona que se proponga solicitarlas y que puede estar necesitada, por la situación personal o patrimonial en que se encuentra, de una rápida solución para su situación de crisis matrimonial.

— *Legitimación*. Sólo los cónyuges están legitimados para solicitarlas (art. 771.1.º). En cuanto al M.º Fiscal carece de ella, si bien al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del C.ºC podrá instar las medidas necesarias con el fin de dar protección al menor. Sin embargo, y como ya hemos visto sí que cuenta con legitimación expresa para pedir las en la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica (Ley 27/03, de 31 de julio).

— *Solicitud*. Cualquiera de los cónyuges puede formularla mediante escrito dirigido al Juzgado sin que sea precisa la asistencia de Abogado ni la representación de Procurador.

a') Medidas previas urgentes

Dispone el párrafo 2.º del n.º 2 del art. 771 de la LEC que "En la misma resolución (es decir aquélla en que se cita a las partes a comparecencia una vez recibida la solicitud) podrá (el juez) acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares".

Este es el cauce legal que favorece la celeridad exigida por las situaciones de violencia familiares para poder poner fin al estado de riesgo permanente al que se ven sometidos todos los integrantes del núcleo familiar. Es evidente la naturaleza tuitiva de estas medidas pensadas para proteger los intereses de cualquiera de los

cónyuges o los de sus hijos menores o incapacitados ante una situación de grave crisis familiar que requiera una intervención judicial inmediata: supuestos de alcoholismo, drogadicción, abusos sexuales, violencia doméstica, etc. En cuanto al contenido del precepto ha de destacarse:

1. *Adopción de oficio por el juez.* Una vez recibida la solicitud, si estima que existe una situación familiar grave que demanda una solución urgente, puede, sin oír a la otra parte, dictar la resolución pertinente. Nótese que tampoco dice nada la Ley respecto a la audiencia del M.^o Fiscal, si bien estimo que sería conveniente darle cuenta a fin de que pudiera tener conocimiento de los hechos motivadores de la previsión legislativa estudiada y emitir informe sobre las medidas que considere necesarias para la protección del menor o para la aplicación de los efectos jurídicos de la ley 27/2003.

2. *Urgencia del caso.* Dada la redacción del precepto, la resolución sobre estas medidas inaudita parte está supeditada a la existencia de una situación familiar de riesgo que justifique su adopción. Los supuestos de violencia doméstica, entre otros, fundamentan la intervención judicial inspirada en la regla de celeridad.

Ahora bien debe exigirse una previa comprobación del supuesto mediante actuaciones judiciales rápidas, que pongan de manifiesto que la demora en decidir supondría consecuencias perjudiciales para algún miembro de la familia. Al ser las medidas provisionales previas medidas cautelares especiales, les son aplicables los presupuestos de estas últimas, es decir, el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho del solicitante) y el *periculum in mora* (peligro derivado del retraso).

Así, además del examen de la documentación aportada (denuncias, informes sociales, psiquiátricos, psicológicos, etc.) entendemos que nada se opone a la posibilidad de oír de modo inmediato tanto al cónyuge que sostiene la urgencia como al demandado a fin

de poder comprobar la veracidad de lo alegado. Todo ello, sin que sea precisa la intervención de Abogado ni Procurador, dada la necesidad de resolver de inmediato en pro de la estabilidad familiar.

3. No recurribilidad. Dispone la Ley que contra la resolución que se dicte "no se dará recurso alguno", lo cual es coherente con la urgencia y pendencia procesal o subordinación al trámite de comparecencia en la que se salva el principio de contradicción.

Las medidas acordadas por el Juez en esta vía son inmediatamente ejecutables. El principio de contradicción queda salvaguardado mediante la comparecencia posterior a la que son citadas las partes. Establece el n.º 2 del art. 771 que se celebrará en los diez días siguientes al de la citación, plazo que deberá ser escrupulosamente cumplido y en ella tras la práctica de las pruebas y audiencia de los litigantes con asistencia letrada las medidas urgentes adoptadas serán confirmadas o sustituidas por las medidas provisionales previas procedentes.

4. Medidas urgentes a adoptar. Son las del art. 102 del C.ºC esto es:

— Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

— Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

— Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Y además: medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos menores, a la vivienda y al ajuar familiares. Cabe plantearse si el juez puede pronunciarse también sobre el régimen de visitas y la prestación de alimentos. Parece que la hipótesis legal es taxativa, no obstante siempre está la posibilidad de utilizar la vía del

art. 158 CC. Más adelante desarrollaremos el contenido de cada una de ellas.

Hasta aquí el régimen normativo del art. 771.2 y sus posibilidades de aplicación a los casos de violencia antes de la entrada en vigor de la ley 27/2003. A partir de la vigencia de esta norma hemos de plantearnos cómo actuar en el procedimiento de familia ante la noticia de que nos hallamos ante un supuesto de malos tratos.

Deben ponderarse en primer lugar las prescripciones de los apartados 2 y 3 del art. 544 ter.a) Si hay solicitud de orden de protección por parte de las personas para ello legitimadas –a las que es preciso instruir de sus derechos– habrá de trasladarse de inmediato al Juez de guardia ante el que también está legitimado para solicitarla el MF. Mientras se tramita el procedimiento de la ley reguladora de la orden protectora nada se opone a que el Juez Civil decrete las medidas del art. 771.2 citado y las demás a que haremos referencia de los arts. 773 y 774 LEC, orientándolas a la prevención de la violencia.

a) Si no hay solicitud y se trata de procesos en que no es parte el MF, entiendo que el órgano judicial civil habrá de instruir a la víctima de sus derechos y de la manera de formular la solicitud. Al margen de ello habrá de dar cuenta al MF cuando se trate como ocurrirá en la mayoría de los supuestos del art. 544 ter.1, de delitos perseguibles de oficio. En los delitos y faltas perseguibles a instancia de parte sólo procederá en su caso la puesta en conocimiento del MF (arts. 191 y 620 CP).

También en este último caso el Juez civil acordará las medidas que estime procedentes sin ninguna limitación utilizando como veremos los trámites del procedimiento de familia con las finalidades tuitivas y preventivas de los malos tratos a que hacíamos referencia. En una y otra hipótesis la única restricción proviene de la preferencia que ha reconocerse a las decisiones del juez de guardia conforme al art. 544 ter.6, siendo lo deseable que se opere con el principio de complementariedad y coordinación entre una y otra jurisdicción a los que posteriormente aludiremos.

a'') Medidas previas de régimen ordinario

La LEC regula en sus arts. 771 y 772 el procedimiento a seguir para acordar las medidas contempladas en el art. 104 del C.ºC. Así, dispone en el n.º 1.º del art. 771 que "el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los arts. 102 y 103 del Código Civil ante el Tribunal de su domicilio".

1. *Intervención de Abogado y Procurador.* Como expusimos anteriormente, el procedimiento se inicia mediante solicitud dirigida por uno de los cónyuges al Juez de su domicilio sin que sea precisa la intervención de Abogado ni Procurador, si bien la Ley reputa necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior, y más concretamente, en el n.º 2 del art. 771 establece que a la comparecencia "deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador". Así pues, la solicitud no requiere ningún formulismo, lo que tiene como finalidad el hacer más accesible el trámite a personas con dificultades. Sin embargo, una vez presentada, la postulación y asistencia letrada es preceptiva para evitar desequilibrios entre las partes en el proceso en aras del principio de igualdad.

Ciñéndonos a los casos de maltrato familiar en los que se solicite por alguna de las partes el nombramiento de profesionales de oficio, no es infrecuente que se produzcan dilaciones contrarias al principio de celeridad y a la prevención de la violencia. Como solución a este problema se acordó aprobar como conclusión en las I Jornadas de Jueces de Familia y Jueces con competencia en materia de incapaces, celebrada en Madrid los días 30 de junio a 2 de julio de 2003, hacer uso del art. 21 de la Ley 1/1996, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita que dispone que: "si, conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté conociendo del asunto estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de manera inmediata el derecho de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una

resolución motivada requiriendo a los Colegios de profesionales el nombramiento provisional de abogado y procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad. Dicha resolución se comunicará por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en los artículos precedentes".

2. *Comparecencia.* Como dispone la Ley, debe celebrarse en los diez días siguientes a la citación, debiendo acudir las partes asistidas por su letrado y representadas por su procurador así como el M.^o Fiscal. En la comparecencia rige la oralidad y los principios que derivan de ella de inmediación, concentración y publicidad. El Juez y el Fiscal deben asumir una postura activa y una atención constante, tanto en lo relativo al examen de las pruebas propuestas y admitidas (documental aportada, etc.), como en las preguntas que ambos puedan dirigir a los progenitores tendentes a indagar la verdadera situación familiar (verosimilitud de los malos tratos alegados, situación patrimonial del núcleo familiar, etc.), y a adoptar las medidas que sean precisas para regular la situación de crisis matrimonial, y en los casos de violencia las necesarias para poner fin a la misma. Puede suceder:

— Que las partes lleguen a un acuerdo, en cuyo caso el Fiscal informará si está conforme con las medidas que los progenitores hayan acordado respecto a sus hijos. Evidentemente este consenso es difícil que se logre cuando existen situaciones de violencia en el seno familiar.

— Que no se llegue a un acuerdo, y entonces se procede a practicar las pruebas propuestas por las partes y MF, así como las que el Juez acuerde de oficio (art. 771.3 LEC) y a oír las alegaciones de las mismas.

3. *Auto.* "Finalizada la comparecencia o en su caso, terminado el acto que se hubiese señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el Tribunal resolve-

rá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno" (art. 771.4 LEC). Igualmente se pone de manifiesto en estas medidas, de un lado, la urgencia de su adopción para regular lo antes posible la situación de ruptura matrimonial y poner fin, en su caso, a los episodios de violencia de que pueden ser objeto alguno de los integrantes de la familia, y de otro, su naturaleza cautelar ya que las mismas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771.5).

— *Integración o modificación.* El Juez puede completar o modificar estas medidas, una vez presentada la demanda principal, cuando lo estime necesario, en cuyo caso convocará a las partes a una comparecencia que se celebrará con arreglo a lo señalado anteriormente, y contra este auto tampoco se dará recurso alguno (art. 772 LEC). Dar al Juez la opción de abrir un nuevo debate para la modificación o integración de las medidas previas acordadas tiene una justificación fácilmente comprensible cuando ha sido otro Tribunal distinto quien las ha adoptado. Sin embargo la Ley no circunscribe esta posibilidad sólo a los casos de rectificación por un órgano judicial de lo resuelto por el otro. No hay obstáculo legal para que sea el propio Tribunal que adoptó las medidas como previas quien convoque a una nueva comparecencia al Fiscal y a las partes, cuando alguna de ellas fuera perjudicial para el interés de los menores, incapacitados o ausentes, o cuando sea contraria al interés más necesitado de protección. Esta percepción puede provenir de datos nuevos o de datos no debidamente contrastados en el procedimiento preliminar, como por ejemplo la manifestación posterior de parte o la comprobación por otros medios de la existencia de malos tratos que haga inviable el cumplimiento del régimen de visitas acordado.

La Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado señala a este respecto que el M.^o Fiscal, debe promover una nueva comparecencia cuando lo hasta el momento acordado no satisface las necesidades mínimas de protección de los intereses de los hijos

menores, o bien cuando aparezcan datos nuevos cuyo conocimiento revela exigencias distintas en el tratamiento de la situación familiar de estos hijos.

b) Medidas provisionales coetáneas

1. *Solicitud*: De modo preclusivo ha de formularse en la demanda y en la contestación.

a) *Solicitud por el demandante*. En este caso debe realizarse en el mismo escrito de demanda y una vez admitida la misma, el Juez convocará a las partes y al M.º Fiscal a una comparecencia que se celebrará conforme a lo previsto en el art. 771 LEC.

b) *Solicitud por el demandado*. En este supuesto, se sustanciará en la vista principal siempre que se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, y el auto contra el que no cabe recurso, se dictará una vez acabado el acto cuando la sentencia no pueda pronunciarse inmediatamente después de la citada vista. Si ésta no puede celebrarse en el plazo señalado, tiene lugar la comparecencia del art. 771.

2. *Acuerdo de las partes*. Se prevé la posibilidad de que sometan a la aprobación del Tribunal el acuerdo a que hubieran llegado, con la matización de que no será vinculante para sus pretensiones ni para la decisión que el Tribunal pueda adoptar en lo que respecta a las medidas definitivas (art. 773.1).

3. *Duración de las medidas*. Subsistirán durante la tramitación del pleito principal, quedando sin efecto al ser sustituidas por las que se establezcan en la sentencia, o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

En todos los casos que venimos examinando ante la noticia de malos tratos se procederá de la forma que apuntamos al analizar las medidas urgentes. Ha de reconocerse que a medida que avanza el

proceso de familia se cuenta con más datos probatorios sobre la realidad de la violencia en el ámbito familiar y su entidad y por tanto hay mayor conocimiento de causa para actuar en consecuencia.

En todo caso el juez que conoce de los procedimientos que acabamos de recordar con las matizaciones expuestas puede y debe orientar la adopción de las medidas previstas en los arts. 90 y ss CC a la prevención de la violencia de género. También y en cualquier momento puede en los casos que examinamos aplicar las previsiones del art. 158 CC en los términos que ya comentamos

4. *Medidas provisionales en las uniones de hecho.* Como señalábamos anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 770.6 LEC para acordar las medidas cautelares que sean adecuadas a estos procesos que versan exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de aquéllos, "se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio". Por consiguiente existe una remisión directa a los preceptos reguladores de las medidas de los procesos matrimoniales (art. 771 a 775 LEC). La norma competencial es la del art. 769.3, a saber: El Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores, y en el caso de residir éstos en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

Por otra parte estimamos que son posibles las medidas previas urgentes en aquellos supuestos en que existan situaciones de riesgo inminente, con un contenido limitado a la guarda del menor, al uso de la vivienda familiar y también, como decíamos, al régimen de visitas.

Legitimados para solicitarlas están ambos progenitores, y en cuanto a la prueba tampoco existe limitación a las facultades del Juez para acordar las que crea necesarias (art. 752.1).

En los casos de violencia objeto de nuestro trabajo el Juez tiene las mismas opciones de respuesta ya examinadas en el apartado

anterior, con idéntica aplicabilidad del art. 158.3 CC y pautas de actuación ante la noticia o detección de tales casos durante la tramitación del procedimiento.

V. MEDIDAS Y MEDIOS PARA PREVENIR LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Como venimos comentando en el ámbito del Derecho de Familia, procesal y sustantivo se pueden generar respuestas relevantes en materia de violencia familiar, no sólo en el ámbito preventivo sino también una vez que los hechos ya se han producido.

Todo ello pasa por una pronta y coordinada actuación de todos los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de familia (Jueces, Fiscales, Abogados, Secretarios y Personal auxiliar, equipos técnicos), ya que una rápida intervención hará posible adoptar las medidas oportunas para conseguir el cese de la situación de violencia existente en el seno familiar e ir preparando la ruptura definitiva cuando la misma está directamente relacionada con la agresión psíquica o física continuada en el tiempo.

Para conseguirlo es importante que exista en todos los intervinientes una concienciación de la gravedad del problema, de la realidad de su existencia y de las posibilidades que proporciona la Ley para afrontarlo y solucionarlo. En este sentido, y como ya apuntábamos anteriormente, se deberá hacer uso del art. 21 de la Ley 1 / 1996, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, para la designación de abogado y procurador de oficio.

Exigencia imprescindible es la especialización de todos ellos en materia de familia, así como la unificación de criterios procesales y de praxis judicial. Por otra parte ha de destacarse también la necesidad de impulsar la actividad de mediación pre e intra judicial, pudiéndose utilizar las comparecencias y vistas para ejercer labores de mediación y conseguir un acuerdo definitivo que será más difícil cuando las relaciones están muy deterioradas. Siempre acordando la práctica de las diligencias y medidas oportunas para evitar que el cumplimiento del régimen de visitas, o la retirada de

los efectos personales, o el abandono de la vivienda familiar puedan originar la aparición de nuevos episodios de violencia.

Es igualmente relevante la claridad y concreción del fallo de la sentencia o de la parte dispositiva del auto, evitando con ello interpretaciones interesadas y abusivas de cualquiera de los progenitores. Así para facilitar la ejecución relativa al lanzamiento del cónyuge que ha de abandonar el domicilio familiar, es conveniente que en la resolución judicial se fije el plazo o el día, e incluso la hora, en que se ha de producir ese abandono. Y en cuanto al régimen de visitas, si bien es cierto que el Juez no puede recoger en la parte dispositiva de su resolución todos los puentes escolares, la fecha de comienzo de las vacaciones, etc., sí debe establecer un régimen subsidiario, para el caso de que no haya acuerdo entre los padres, lo más concreto posible, sobre todo en los puntos de mayor conflictividad puestos de manifiesto en la comparecencia.

— *Patria potestad*. Está configurada en nuestro ordenamiento jurídico (art. 154 C.º: "velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), como un conglomerado de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear a un hijo o a quienes le adoptan con identidad de consecuencias jurídicas (art. 178 CC). Y tan importantísima función en orden al cuidado y formación del hijo menor se confía a ambos progenitores conjuntamente, y ello no sólo para consagrar el principio de igualdad de derecho de los padres, sino también y fundamentalmente, con el fin de lograr una mejor protección del interés preponderante del hijo.

Ahora bien, puede ocurrir que las circunstancias concurrentes en determinados casos hagan necesario privar del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores. El supuesto legal en el procedimiento de familia está previsto en el art. 92.3.º y 4.º C.ºc, que dispone que "en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá acordarse también, cuando así convenga a los hijos, que la

patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges...". El régimen general se halla disciplinado en el art. 170 C.ºc que establece que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial".

De la interpretación de ambos preceptos se desprende (y así se ha confirmado por constante jurisprudencia) que la privación de la patria potestad se ha de limitar a supuestos fácticos acreditados, basados no en meras sospechas o alegaciones de una de las partes, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa, del perjuicio que para el hijo implica el que uno de sus padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida potestad.

Uno de estos supuestos es sin duda la violencia familiar.

Ante una situación probada de malos tratos (mediante declaraciones de la víctima, testigos, denuncias, informes médicos, partes de lesiones, informes periciales, exploraciones judiciales, etc.), la respuesta judicial debe ser contundente, no sólo cuando la violencia se ha ejercido sobre los menores (supuestos claros de privación de la potestad), sino también cuando aquélla se ha infligido a la madre en presencia de los hijos provocando en los mismos situaciones de temor y ansiedad con trastornos psicológicos, procediendo, en consecuencia, y en su beneficio e interés, privar al maltratador de la potestad sobre ellos.

En todo caso, la singularidad del Derecho de familia, su dependencia de las realidades personales y la complejidad de las mismas, exigirá siempre apreciaciones *ad casum*.

— *Guarda y custodia*. En los casos de malos tratos a uno de los progenitores o a los menores, la guarda y custodia de éstos debe ser atribuida al otro progenitor. En muchas ocasiones la mujer objeto de malos tratos, huyendo precisamente de ellos, se refugia junto con sus hijos en casas de acogida o en centros especializados de atención, recuperación y reinserción de mujeres maltratadas. Consideramos muy importante todo el material de conocimiento que pueden aportar estos centros a los Juzgados.

Es necesario potenciar las aportaciones de los servicios de protección a mujeres maltratadas, sobre todo en aquellos casos en que el Juzgado carezca del equipo técnico especializado en la elaboración de los informes periciales, para así poder contar con el informe psicológico de la madre y los hijos, previa realización de entrevistas, test y sesiones, elaborado por los profesionales que trabajan en el centro, y ratificación de su dictamen en presencia judicial. Todo ello con la imprescindible reserva de los datos que puedan servir para localizar el lugar donde se encuentra la mujer.

Es evidente la importancia de que los órganos judiciales cuenten con un equipo técnico especializado en materia de familia constituido por un psicólogo y un trabajador social. El desideratum sería que cada Juzgado tuviera su propio equipo. La realidad es bien distinta y con ello se priva al Juez de contar con una prueba fundamental dada la información que proporciona de todo el grupo familiar: perfil psicológico de los miembros de la familia, posibles adicciones alcohólicas o farmacológicas, drogodependencias, verosimilitud de los malos tratos o abusos alegados, relaciones paterno y materno –filiales, adaptación social, rendimiento escolar, orientación, teniendo en cuenta la necesaria estabilidad psicoafectiva de los menores, acerca de cual de los progenitores se encuentra más capacitado para ejercer la guarda y custodia, régimen de visitas con el progenitor no custodio, etc. Debe exigirse a los organismos competentes que doten a todos los Juzgados de los equipos pertinentes, o del refuerzo de los adscritos a otros órganos. La realidad diaria pone de manifiesto la necesidad de que los Gabinetes Psicosociales elaboren sus informes en el plazo legalmente establecido, sobre todo en los casos en que existan sospechas de violencia doméstica.

En esta línea debemos aludir a la exploración judicial de los menores. La Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, consagra en su art. 9 el derecho del menor a ser oído. Dispone el art. 92. 2.º C.º que "las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años". Y, por su parte la LEC vigente, establece en su art.

770.4.º que "cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años". En esta diligencia el menor puede aportar información trascendente sobre la situación familiar y sobre la realidad y entidad de los malos tratos físicos y psíquicos a la madre o a él mismo y percibir y analizar pericialmente el impacto que tienen los episodios violentos en su personalidad y proceso de formación.

Debemos ponderar asimismo los supuestos en que la custodia de los hijos menores se encomienda a terceras personas. Dispone el art. 103.1 p.º 2.º C.ºc que "excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez". La doctrina ha sostenido, con diversos argumentos, que se trata de una tutela *sui generis*, de la institución del defensor judicial y algunos, con más acierto, de un supuesto de guarda legal o jurídica. Lo cierto es que hay un ejercicio provisional por terceros de las facultades tuitivas, (bien de orden personal o patrimonial al no excluirse éstas últimas), asumiéndose en todo caso las estrictamente personales y muy particularmente el deber de tener a los hijos en su compañía (éste parece el sentido de la expresión "encomendándolos"). El poder de decisión ordinaria que exige el ejercicio de estos deberes se atribuye a los terceros. Ante el interés del menor el Juez determinará según los casos, el modo en que los padres se relacionarán con ellos, pudiendo reservarles la toma de decisiones básicas y la participación circunstancial en el proceso de atención de sus hijos. Esta óptica de flexibilidad creemos que es la más adecuada al espíritu del precepto y a su ubicación en sede de medidas cautelares o provisionales y desde luego es un útil instrumento para abordar los casos de malos tratos objeto de nuestro estudio. El Juez puede así extraer al menor del medio familiar y encomendar su guarda a un particular o a institución pública o privada alejándolo del clima de violencia familiar que directa o indirectamente perjudique su normal desarrollo.

— *Régimen de visitas*. Dispone el art. 94 del C.ºc que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados

gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". El denominado derecho de visitas se configura como un complejo derecho-deber cuya finalidad no es primordialmente la de satisfacer los deseos de los progenitores, en especial los de aquél que no ostenta la custodia diaria del hijo, sino la de proteger los derechos y el interés del menor, a los cuales deben subordinarse cualesquiera otras consideraciones, exigiéndose, como norma general, unos contactos lo más racionales y amplios posibles con aquel de sus padres de cuya compañía cotidiana se le ha privado. Es cierto que el cumplimiento del régimen de visitas acordado en la resolución judicial es el que mayores problemas plantea en la fase de ejecución. Ya aludíamos anteriormente a la conveniencia de que en el fallo se realizaran las mayores precisiones sobre el sistema de comunicaciones con el progenitor no custodio.

Es evidente que en los casos de malos tratos deberán establecerse las cautelas precisas a fin de preservar en todo momento a la mujer y a los menores de cualquier riesgo para su integridad física o psíquica y que los denominados Puntos de Encuentro desempeñan un papel fundamental en la disminución del conflicto familiar. En efecto, el esfuerzo por evitar la coincidencia de ambos progenitores en aquellos casos en que existe conflictividad familiar, es una forma de prevenir o evitar situaciones de violencia. Los referidos puntos de encuentro deberían existir en todos los partidos judiciales, y cuando no se cuente con ellos ha de pensarse en otras precauciones como por ejemplo la entrega y recogida de los menores en el centro escolar, o a través de una tercera persona, etc.

Cumplen tales centros también una importante labor mediadora, y los informes que remiten periódicamente sobre el desarrollo de las visitas aportan una información decisiva sobre el cumplimiento del régimen acordado y acerca de conductas reveladoras de violencias en la familia.

Desde la perspectiva de los medios no es ocioso volver a insistir en la necesidad de que el Juzgado cuente con el equipo técnico necesario para que le asesore. Los trabajadores sociales también desempeñan un relevante papel mediador, y sus informes son muy

ilustrativos a la hora de concretar el régimen de comunicaciones y de vigilar su desarrollo.

Establece el art. 94 C.ºc que "el Juez determinará el tiempo y lugar del ejercicio de ese derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen...".

Si el derecho de visitas y comunicaciones tiene por finalidad establecer relaciones estables de los progenitores no custodios y sus hijos permitiendo la estancia y convivencia de los mismos durante periodos de tiempo, en aras de un equilibrado desarrollo emocional y afectivo de los menores, solamente podrá ser reducido o limitado con carácter restrictivo, en atención a razones fundadas. Es evidente que la violencia familiar grave ha de ser causa inmediata de la suspensión del régimen de visitas ya que, como dijimos, la víctima no es sólo quien sufre directamente la violencia, sino también los demás integrantes del núcleo familiar que, como espectadores de los episodios violentos pueden desarrollar graves patologías. Todo ello requerirá una ponderación ad casum valorando el material probatorio de que se dispone.

— *Pensión de alimentos.* Uno de los deberes fundamentales de la patria potestad es el de alimentar a los hijos, de acuerdo con lo que dispone el art. 154 C.ºc, deber que permanece más allá incluso de la subsistencia de la patria potestad de acuerdo con lo establecido en el art. 110 C.º c. Por su parte el art. 93 C.ºc preceptúa que "el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor, para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

Por alimentos debemos entender todo aquello que es indispensable para satisfacer las necesidades de los hijos de acuerdo con la posición social de la familia. Por ello, ambos progenitores deben contribuir de acuerdo con sus capacidades económicas. Existe pues un deber de contribución proporcional, e indisponible. Son los hijos los titulares del crédito por alimentos y quienes pueden reclamar su efectividad, si bien cuando son menores o incapaces

deberán actuar por medio de su representante legal. De lo expuesto se deduce que el hecho de que el progenitor no guardador carezca de ingresos actuales para poder hacer efectiva una pensión no extingue, por sí sólo, el derecho del hijo, que en todo caso debe ser reconocido, sin perjuicio de su futura cuantificación. No cabe la renuncia del padre custodio a recibir del otro prestación de alimentos a favor del hijo, y de haber pactos al respecto son nulos.

La forma usual de hacer efectiva la pensión alimenticia es la aportación de una cantidad de dinero mensual. También puede contribuirse con el trabajo que cada uno de los padres dedica a la atención de los hijos sujetos a la patria potestad. Asimismo, cuando existen hijos menores o incapaces, la asignación de la vivienda familiar al progenitor bajo cuya guarda y cuidado queden, debe considerarse como supuesto de contribución al deber de prestar los alimentos.

De acuerdo con el criterio de proporcionalidad anteriormente referenciado (art. 146 C.ºc), habrá que valorar el status económico-familiar en cada caso concreto y realizar un trabajo comparativo de los ingresos de todo tipo de los progenitores y las necesidades de los hijos, a la hora de fijar la pensión alimenticia. Ha de destacarse la importancia por el valor orientativo que proporciona a todos los intervinientes en el proceso de familia, de contar con tablas orientadoras para la fijación de la pensión de alimentos. En las I Jornadas de Jueces de Familia se acordó instar al CENDOJ para la elaboración de unas tablas de estas características. Mientras tanto en la comparecencia se deberá examinar toda la prueba practicada (documental, interrogatorio de las partes, etc.), y solicitarse por el M.º Fiscal y acordarse por el Juez en el fallo de la resolución, cuando ello sea posible, el importe exacto de la pensión alimenticia. Siempre conviene recordar la prescripción del apartado n.º 3 del art. 771 (medidas previas) sobre la falta de asistencia sin causa justificada de una de las partes a la comparecencia, lo que podrá "determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial".

Todo lo que venimos exponiendo es de aplicación a las previsiones del apartado 7 del art. 544 ter. En los casos de malos tratos debe resaltarse que esta medida que comentamos deberá orientarse a su prevención. También desde luego una adecuada cobertura alimenticia es mecanismo protector de la posición personal y procesal de los miembros más débiles de la familia y en situación de especial vulnerabilidad ante los episodios de violencia.

— *Ejecución.* No es aplicable a las ejecuciones de los procesos de familia el trámite específico de la ejecución provisional. Todas las medidas son ejecutables desde que se dicta el auto (provisionales previas o provisionales coetáneas, dada la firmeza del mismo, ex arts. 771.4 y 773.3 LEC) o la sentencia en primera instancia (ex art. 774.5 LEC). En los supuestos de violencia doméstica es de suma relevancia para los fines de prevención o protección, el cumplimiento efectivo de lo acordado en la resolución judicial: abandono inmediato de la vivienda, cumplimiento estricto del régimen de visitas, pago puntual de la pensión por alimentos, etc. El art. 776 contiene una serie de reglas destinadas a reforzar la ejecución forzosa de las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales, de específica aplicabilidad en las hipótesis de malos tratos.

1. *Ejecución dineraria.* Las pensiones se pueden reclamar desde el momento en que existe una resolución judicial que las establece. En los procesos contenciosos, la exigencia se puede retrotraer, en caso de alimentos, al momento de presentación de la demanda (ex art. 148 C.ºc) si así se solicita y se recoge en la sentencia. Toda demanda ejecutiva de reclamación de cantidad, líquida y determinada judicialmente, dará lugar a que se dicte Auto despachando ejecución por la cantidad principal que se reclame y la presupuestada para intereses y costas (sin determinar). Cuando la Sentencia no contenga una condena dineraria por cantidad líquida y determinada, la determinación y liquidación se efectuarán en el trámite previo al despacho de ejecución, y, una vez que se concreten, se dictará Auto por la suma correspondiente, devengándolo-

se intereses y pudiendo embargarse bienes del deudor a partir de ese momento de integración del título (art. 713 LEC).

— *Medidas civiles para el caso de incumplimiento.* Dispone el art. 776.1 LEC que "al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérseles multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas". Así pues, el citado precepto admite, además de las medidas persecutorias ordinarias sobre el patrimonio del padre incumplidor (orden de retención de parte de la nómina, embargo de bienes, etc.), la posibilidad de imponer multas pecuniarias coercitivas y periódicas, de manera que si no paga la pensión alimenticia se le deberá de requerir para que cumpla, bajo apercibimiento de incurrir en una multa, que efectivamente se le impondrá si el incumplimiento es reiterado. No obstante, deberá examinarse en cada caso la situación económica familiar tanto para adoptar la decisión sobre la procedencia de imponer la multa, como para fijar la cuantía de la misma. A estos efectos habrán de tenerse en cuenta las previsiones del art. 711 LEC, esto es, las multas mensuales podrán ascender a un 20% del precio o valor y la multa única al 50% de dicho precio o valor.

Todo ello al margen de que los hechos puedan constituir delito de impago de pensiones y pueda incoarse el oportuno procedimiento penal conforme al art. 227 CP.

2. *Cuestiones de ejecución no dineraria.* Sería conveniente que para los supuestos de incumplimiento del régimen de visitas acordado en la resolución judicial se regulara un procedimiento ágil y específico de ejecución. Mientras tanto estimamos que el trámite más adecuado para resolver los incidentes planteados, tanto por el progenitor custodio, como por el no custodio, es el siguiente:

— Despacho de la ejecución requiriendo personalmente a la otra parte el cumplimiento del régimen acordado.

— Traslado para oposición por término de 10 días, con cinco días para impugnación.

— Celebración de vista, en su caso, con asistencia de ambos progenitores y del M.º Fiscal. Asimismo cuando proceda, exploración del menor

— Si no hay vista, pase a informe del M.º Fiscal.

Resolución acordando mantener o no el requerimiento y adoptando medidas adecuadas en garantía del interés del menor, con respecto a la naturaleza y finalidad del fallo.

Dispone el n.º 2 del art. 776 LEC que "en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto". En definitiva, en caso de incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio se puede acudir a la imposición de multas e, incluso, a la fijación de una indemnización a favor del custodio perjudicado.

Ya hemos resaltado anteriormente la importancia de que todos los Juzgados cuenten con Puntos de Encuentro, dada su labor fundamental en la ejecución del cumplimiento de las visitas.

Establece el n.º 3 del art. 776 LEC que "el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas". Estamos ante un supuesto de modificabilidad de las circunstancias que faculta para variar el régimen establecido en resolución anterior (ex art. 775 LEC). La solicitud puede provenir de uno de los progenitores o del M.º Fiscal, si bien la redacción del artículo permite la iniciación de oficio, siempre que el Juez tenga conocimiento de la reiteración en el incumplimiento.

Todo ello al margen de que mediante un incidente de ejecución se pueda modificar también el régimen de visitas y comunicacio-

nes por la vía del art. 158.4 C.ºc. En todo caso sería conveniente que, con carácter previo al dictado de la resolución, se contara con el informe de los peritos adscritos al Juzgado favorable al cambio por ser más beneficioso para el menor.

Ya comentábamos que el art. 158 C.ºc otorga al Juez de familia unas amplias facultades de intervención de oficio, o bien a instancia del propio hijo, o del MF.

Ha de señalarse que se sigue echando en falta un precepto similar al del art. 158 C.ºc en el que la persona protegida sea la mujer maltratada, si bien en aquellos casos en que la guarda y custodia de los hijos se ha otorgado a la madre y la misma es objeto de malos tratos por parte de su cónyuge o pareja, las resoluciones de protección de los menores se proyectarán igualmente sobre ella en tanto en cuanto se mantengan las circunstancias. El art. 544 ter 7 sólo regula concretas medidas como la pensión alimenticia o el uso de la vivienda familiar. Carecemos de una norma que garantice un elenco amplio de medidas protectoras al modo del art. 158.3, aplicable en todos los procedimientos.

Lo cierto es que en la práctica se recurre en múltiples ocasiones al art. 158 C.ºc a fin de poder adoptar, en cualquier tipo de procedimiento o fase del mismo, o modificar, en su caso, las medidas que, por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto, sean necesarias para asegurar el beneficio del menor o para apartarlo de un peligro o evitarle un perjuicio. La amplitud de la norma es evidente y podemos plantearnos si con fundamento en ella, pudiera acordarse por el Juez civil la prohibición de acercamiento del progenitor que ha ejercido violencia grave en el núcleo familiar.

Recordemos el supuesto de pareja con hijos menores en que la mujer es objeto de malos tratos continuos en presencia de aquellos, causando además de problemas psicológicos, temor y miedo en los menores a la figura paterna, y en que la guarda y custodia de los hijos se ha concedido a la madre y el uso de la vivienda familiar a los mismos. ¿Podría acordarse por el Juez, como medida de protección de los hijos, la prohibición de acercamiento del padre a éstos y a la madre en un radio de distancia? Es dudosa la

respuesta afirmativa ante la falta de previsión expresa y el tratarse de restricciones de derechos reguladas en las normas penales. En todo caso es precisa una reforma legal en la línea que apuntamos

VI. MEDIDAS CONCRETAS DE COORDINACION ENTRE LA JURISDICCION PENAL Y CIVIL

Ya decíamos que la ley 27/2003 en su Exposición de Motivos formula el principio de coordinación que debe presidir la respuesta global que los malos tratos han de merecer en el ámbito administrativo y jurisdiccional y que inspira el nuevo art. 544 ter. De modo particular el apartado 10 y las disposiciones adicionales 1.^a y 2.^a traducen fórmulas concretas para lograr este objetivo, por lo que nos ocupamos seguidamente de comentar estos preceptos.

En el apartado 10 se indica que "la orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica".

El citado Registro es un novedad en nuestro Derecho en cuanto en él se anotan no sentencias firmes sino resoluciones provisionales. A pesar de la inclusión de la norma en la LECrim, no puede tener otro significado y finalidad que convertirse en instrumento para una más eficaz investigación y coordinación ante el gravísimo fenómeno de la violencia doméstica. También para la acumulación de procedimientos depurando y precisando la calificación jurídica y para ajustar la respuesta que haya de darse a los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento.

La disposición adicional primera prescribe que "El Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo general del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad".

La regulación de este novedoso Registro se confía a la vía reglamentaria. La única ordenación es la del apartado 10 en el que se señala como materia inscribible las órdenes de protección. Entiendo como apuntaba que no es preciso se trate de resoluciones firmes dada la finalidad perseguida con el mismo y que para la cancelación sí será necesaria la firmeza.

El acceso a la información contenida en el mismo corresponderá, bajo el principio de confidencialidad o secreto a los jueces civiles y penales y a las autoridades administrativas con competencias en las materias atinentes o relacionadas con la violencia doméstica. Los jueces de guardia encontrarán en sus datos una relevante información para ajustar la respuesta que deba darse en la orden de protección y valorar la situación de riesgo del art. 544 ter.1. En su caso, para proceder a la acumulación de procedimientos. Los jueces de familia contarán con mayores datos para decretar medidas que prevengan la violencia y para actuar coordinadamente con los jueces penales.

En la disposición adicional 2.^a se ordena que: "El seguimiento de la implantación de esta ley se llevará a cabo por una comisión integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado, de las profesiones jurídicas 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. Corresponderá a esta comisión la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección regulada en esta ley, así como 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 competentes".

El precepto está inspirado en el reiterado designio de coordinación, de conjuntar ordenadamente todos los medios de que se dispone para combatir la violencia doméstica, de lograr la eficacia y efectividad en las respuestas que deben merecer hechos tan graves. En realidad se trata de norma organizativa en la que se crea una comisión mixta judicial-administrativa y con representación

estatal, local y de las CCAA. Se ha buscado para lograr estos fines que estén presentes todos los organismos con competencias en la materia. Se prevé la elaboración de protocolos que son desde luego instrumentos de máxima eficacia para las actuaciones primeras que han de seguirse si se quiere lograr la efectividad en la investigación de los hechos y en los mecanismos de protección de las víctimas. Tal eficacia se ha demostrado ya en la materia de malos tratos a menores.

Descendiendo al modo concreto de operar en las jurisdicciones civil y penal en los supuestos de violencia, centrémonos en primer lugar en las actuaciones del Juzgado de Guardia en el procedimiento del art. 544 ter LECrim. Entiendo que además de recabar los antecedentes al Registro ya estudiado, es necesario que en la audiencia del apartado 4 de dicho precepto se interroge a las partes acerca de si hay procedimiento de familia. Ante las noticias o sospechas de que se halla en trámite, ha de intentarse que se unan o recaben los testimonios oportunos y que la decisión se adopte, previo su conocimiento. Recordemos que el apartado 4 permite extender en 72 horas el plazo de la audiencia, que puede ser suficiente para saber cuales son las medidas adoptadas por el juez civil (el art. 544 ter 7 obliga a tener constancia de ellas) y en base a qué pruebas.

Si no es posible contar con los testimonios del procedimiento civil para el dictado de la orden sí que es imprescindible que se aporten lo antes posible a las diligencias penales tramitadas por los malos tratos.

Tras la resolución del Juez de Guardia, el Fiscal adscrito a la misma debe dar cuenta a los Fiscales de Civil y Menores. También antes de tal resolución ha de comunicarse con ellos a efectos de recabar los antecedentes que pudieran existir. Los Fiscales de Menores con los testimonios de las actuaciones del art. 544 ter , completados en su caso por diligencias de investigación, promoverán el ejercicio de acciones de privación de patria potestad, remoción de tutela y en general de la adopción de medidas de protección que sean procedentes. Ya decíamos de todos modos que las del art. 158.4 CC no necesitan ratificación. En cualquier caso

cuando se produzca sentencia absolutoria o el Juez penal deje sin efecto lo acordado con fundamento en el citado precepto, será necesario si persiste una situación de riesgo para el menor, instar de nuevo la aplicación de sus previsiones ante la jurisdicción civil.

Los Fiscales adscritos a los Juzgados de Familia o de 1.^a Instancia –que pueden según el organigrama de la Fiscalía tener competencias en los asuntos antes reseñados de protección de menores– en los procedimientos matrimoniales con los testimonios del procedimiento penal promoverán medidas tendentes a prevenir y evitar las situaciones de violencia en el seno de la familia. Todo ello además de que tales testimonios figuren en la comparecencia que para la ratificación prevista en el art. 544 ter.7 ha de celebrarse conforme a lo que exponíamos. El MF ha de procurar, en todo caso, el trasvase de información de los procesos penales a los civiles y viceversa. La prosecución en la instrucción puede aportar nuevos datos que interese conocer al Juez Civil y éste acordar medidas o contar con informaciones que sea preciso que consten en las actuaciones penales.

Cuando es en el procedimiento de familia donde aparecen por vez primera indicios de malos tratos ya decíamos que ha de instruirse a los perjudicados de sus derechos a solicitar la orden de protección. El MF, presente en los procedimientos puede asimismo solicitarla a través del Fiscal de Guardia entregándole los testimonios oportunos del proceso civil. Si no es parte también comentábamos que el Juez habrá de poner en su conocimiento la información de que disponga para los mismos fines.

No podemos olvidar la necesaria coordinación que debe existir también entre las jurisdicciones civil y penal y las entidades públicas con competencia en protección de menores. En el trámite del art. 544 ter y cuando se detecte una situación de riesgo para ellos o sean víctimas directas de malos tratos ha de indagarse si existen actuaciones previas de la Administración y en su caso aportarse antes del dictado de la orden.

El Juez de instrucción si estima que nos hallamos ante un situación de desamparo o riesgo a las que antes nos referimos deberá comunicarlo a la entidad para que ejerza sus competencias descri-

tas en los arts. 172 y 173 CC, a más de la específica obligación de comunicación en los casos de dictado de la orden de protección (art. 544 ter.8).

Todo ello requerirá un obligado contacto entre el Fiscal de Guardia y el de Menores, a fin de que éste ejercite las facultades de superior vigilancia de la entidad y de accionar para que se adopten medidas de protección conforme al art. 174.1 y 2 CC. Podrá instar la declaración de desamparo o riesgo y en todo caso buscar con la Administración las fórmulas de coordinación con el Juzgado de Guardia para que antes y después de las actuaciones del art. 544 ter se ofrezca una respuesta jurídica y de medios global y coordinada. Las mismas pautas han de seguirse por los Fiscales adscritos a los Juzgados que tramitan procedimientos de familia.

En definitiva corresponde al MF la tarea de impulsar la tan citada coordinación entre las jurisdicciones civil y penal y la Administración. A ello le obliga su función de promover la unificación de criterios ante los Tribunales, sus relevantes competencias en materia de protección de menores y las que ha venido específicamente asumiendo ante el fenómeno de la violencia doméstica.