

DONES JURISTES

JORNADAS "LEY 1/04 DE MEDIDAS INTEGRALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS DE SEIS AÑOS DE APLICACIÓN" Barcelona, 2 y 3 de junio de 2011

ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y SU PROCEDIMIENTO

Por María Isabel López Montañez
Jueza del Juzgado VIDO de Gavà

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo instrumento encaminado a unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de este tipo de violencia, con la finalidad de que pudieran obtener un estatuto integral de protección que concentrara de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Como se expone en la Exposición de Motivos “una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil”, decantándose por atribuir la competencia para adoptar la orden de protección al Juez de Instrucción en funciones de guardia, y siguiendo y ampliando la propuesta que se recogía en el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) en cuanto a la posibilidad de regular que los Juzgados de Guardia puedan adoptar medidas provisionales en caso de separación o divorcio con el fin de hacer efectiva la separación de hecho respecto del agresor y garantizar así la salvaguardia de los derechos de las víctimas.

Tras esta primera atribución de competencias civiles a los órganos de la jurisdicción penal, al año siguiente se dio un paso más mediante la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, bien fueran exclusivos o con funciones compartidas con los Juzgados de Instrucción o con los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género justifica esta decisión en los siguientes términos: “En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de

competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan en lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”.

Esta opción política, de atribución de competencias civiles a los órganos de la jurisdicción penal, que puede asumirse con normalidad cuando se trata de órganos mixtos – Juzgados de Primera Instancia e Instrucción – al ser inherente a ellos tramitar asuntos civiles y penales, sufre cierto rechazo cuando se residencia en los Juzgados de Instrucción y en menor medida en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En esta línea de rechazo a la materia civil, no son pocas las resoluciones adoptadas por los Juzgados en funciones de guardia penal, en sustitución de los Jueces de Violencia sobre la Mujer, que no hacen pronunciamiento alguno sobre las medidas de naturaleza civil al resolver sobre las órdenes de protección que le son solicitadas.

En este sentido, el auto de 31 de marzo de 2009 de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de La Coruña: “La excepcionalidad de la adopción de medidas de carácter civil en un procedimiento penal es de por sí bastante perturbadora, pero aceptable si se atiende así a la exigible celeridad que dependa de la urgencia. Esa urgencia, ni fue apreciada ante el Juzgado de guardia, ni fue apreciada por el Juzgado "a quo" ni se ha visto fundamentada en datos consistentes más allá del contenido de las peticiones y de la necesidad obvia de remediar la desestructuración de una convivencia familiar. Es extraordinariamente dudoso que no cupiera la adopción de medidas solicitada, pero hoy en día carecería de todo fundamento, pues si esas medidas sólo tendrían una vigencia de 30 o 60 días, parece que ha excedido con mucho ese plazo a los efectos de protección y garantía de las facultades ad hoc del Juzgado "a quo". Se trata de una regulación donde la fundamentación básica es la urgencia de situaciones derivadas de lo que ha dado en llamarse violencia doméstica, de modo que si inicialmente no se instaron esa urgencia debía ser relativa y si se debió a error debiera justificarse de manera más evidente o acudir a la vía civil donde la urgencia también puede apreciarse adecuadamente, dicho sea sin dejar de insistir en que el criterio más garantista es el ya señalado en esta resolución”²

Como expone Teresa Peramato “existe una práctica judicial en relación a las solicitudes de orden de protección referidas a violencia de género, constatada en algunos juzgados de guardia, consistente en que durante el servicio de guardia se celebra la comparecencia del art.544.ter LECR, pero no se permite que se formulen peticiones de medidas de carácter civil, entendiendo tales juzgados que las mismas deben ser, en su caso, acordadas

por el Juzgado de Violencia competente para la instrucción de la causa. Tal práctica determina que, después, y en el contexto de la orden de protección ya resuelta, no se pueden acordar esas medidas aún cuando sean absolutamente necesarias para garantizar la protección que el legislador pretende no solo para la víctima, sino también para sus hijos produciéndose en algunos casos auténticas situaciones de absoluto desamparo para la víctima y en concreto para los hijos, quienes pueden verse privados del mínimo sustento para cubrir sus necesidades más básicas y de la relación paterno-filial con el progenitor a quien se le prohíbe la aproximación a la solicitante. Estas consecuencias resultan evidentes en aquellas situaciones en las que toda la familia depende económicamente del imputado (al carecer la denunciante de ingresos), pues el alejamiento puede conllevar que aquél (el imputado) no haga llegar voluntariamente ninguna aportación a fin de garantizar la supervivencia de los suyos y que no puede contactar con sus hijos (si tal contacto se advierte no perjudicial y necesario para la adecuada evolución y desarrollo de la personalidad de los menores). La solución a la que se ha tenido que acudir en algunos casos para proteger efectivamente a los menores, es la de adoptar esas medidas de conformidad con el art.158 del Cc, pero es evidente que las medidas adoptadas en base a ese precepto no están vinculadas a un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 en los términos previstos en el art.544.ter de la LECR, lo que puede conllevar a que esas medidas, que se adoptan sin contar con los elementos de prueba “contundentes y definitorios”, al igual que en la orden de protección, se perpetúen más allá de lo estrictamente necesario. Ciertamente es que se pueden acordar estableciendo un plazo en que se exhorte a las partes a que insten el correspondiente procedimiento civil pero a nadie se nos escapa que esto no es más que un parche utilizado excepcionalmente para resolver una situación creada por una práctica judicial incorrecta”.

2. MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

El art.544.ter.7 establece que “estas medidas podrán consistir en la atribución del uso de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”.

2.1. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CIVILES

Dictada la orden de protección por concurrir los requisitos previstos en el art.544.ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal – víctima de violencia doméstica, comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad y situación objetiva de riesgo – cabe la adopción de medidas cautelares de carácter penal y de medidas de naturaleza civil.

La razón de la posibilidad de adopción de las medidas de naturaleza civil no es otra que la de evitar el menor trastorno posible en las relaciones jurídico-civiles familiares. Ello debido al establecimiento de un día para otro, nunca más

allá desde las setenta y dos horas de la solicitud, de unas medidas cautelares de carácter penal que imposibilitan que las relaciones paternofiliales puedan desenvolverse con normalidad, puesto que se ha impuesto la salida del imputado del domicilio familiar y se le ha prohibido acercarse al mismo, por continuar siendo el de la perjudicada, lo que directamente provoca que no pueda acercarse al domicilio de los hijos comunes por continuar éstos en compañía de aquélla, lo cual hace necesario establecer un régimen de comunicaciones y visitas, así como evitar que la adopción de la orden de protección pueda servir al progenitor para eludir sus obligaciones económicas relativas al sustento familiar, ya sea el de los hijos o el de su cónyuge.

Desde esta perspectiva es desde la que debe darse respuesta a la cuestión relativa a las medidas civiles que pueden adoptarse en el dictado de la orden de protección y no teniendo la vista puesta en el posterior proceso de familia que puede incoarse. No obstante, cabe que no siempre se acuerden medidas civiles en la orden de protección. En primer lugar, el propio art.544.ter.7 sólo prevé su adopción cuando “no hubieren sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil”, por lo que en la comparecencia deberá inquirirse a las partes sobre la existencia de medidas previas, provisionales o definitivas que puedan haberse acordado en otro procedimiento, ya sea por un Juzgado de Primera Instancia (o de Familia) o por otro Juzgado de Violencia sobre la Mujer, bastando la duda acerca de su existencia o la posibilidad de que pudieran haberse dictado para justificar su denegación (Auto de 16 de septiembre de 2009, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26, Recurso 1548/2009); su simple petición, existiendo estas medidas, pudiera llegar incluso a considerarse como una motivación espuria en la solicitud de la orden (Auto de 2 de diciembre de 2009, Audiencia Provincial de Madrid. Sección 26ª, Rollo 2266/2009: “Tales mensajes se remitieron el día de los hechos, con anterioridad a que sucedieran, y aparte que su contenido es evidentemente provocador, evidencian la inexistencia de un temor real al imputado y sí motivaciones espurias para interesar la orden, pues se pidieron medidas civiles para aumentar la pensión de alimentos, pese a que existe ya una regulación civil de las mismas, sin que la naturaleza puntual del incidente, en el que se vio inmersa la víctima por interponerse y sufrió una agresión en todo caso leve, y el contenido de los mensajes, emitidos al instante y al calor de la ira, denoten en este caso una situación de riesgo relevante de reiteración que merezca la adopción con carácter provisional de la orden, toda vez que tampoco consta que se hayan reproducido estos hechos desde la fecha de su denegación”).

Esta previsión legal no permite que se obvie el pronunciamiento sobre medidas civiles, en los casos en los que la orden de protección se solicite estando ya señalada la vista de las medidas provisionales, puesto que no se puede hacer de peor condición a la unidad familiar en la que la mujer es objeto de un acto de violencia estando señalada la vista, que a aquélla que no tiene tal señalamiento; si bien, en este supuesto se plantea el problema relativo a la vigencia de las medidas civiles acordadas, puesto que no cabe la incoación posterior de un proceso civil, dado que este acto jurídico ya se ha producido. Lo que cabe es que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer requiera de inhibición al Juzgado de Primera Instancia, dado que ningún sentido tiene que el Juzgado

de Violencia sobre la Mujer dicte unas medidas, el Juzgado de Primera Instancia acuerde otras o las ratifique y posteriormente la competencia deba volver al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En esta línea el art.49.bis.3.LECV establece que “cuando un Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano competente. A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada”.

No obstante, hay quien mantiene la postura contraria y que entiende que no cabe su adopción en estos supuestos sin perjuicio de que puedan acordarse medidas urgentes al amparo del art.158 del Código civil y remisión de testimonio de lo actuado al Juzgado que conoce del procedimiento civil (PERAMATO MARTÍN, Teresa.”La orden de protección”.Manuales de formación continua 46-2007. Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial .CGPJ 2009. Pags 587-588).

7 Auto de 13 de mayo de 2009, Audiencia Provincial de Madrid. Sección 26, Recurso 788/2009: “Se ha de partir del hecho de que se recurre sólo el aspecto civil de la orden de protección, y más concretamente la ausencia de un pronunciamiento sobre medidas civiles. Y procede confirmar el auto dictado a tenor de lo establecido en el propio artículo 577 ter de la LECriminal, pues la situación de la persona amparada por la medida no cubre los requisitos establecidos para acordar medidas civiles (...) Y en este caso como se dice en el auto recurrido y reconoce la apelante, no hay hijos menores ni incapaces, la hija de 18 años es mayor de edad, aunque siga estudiando y la otra hija, mayor de edad y con un hijo de 4 años, tampoco cumple los requisitos porque la norma se refiere a hijos y no a nietos”.

8 Auto de 1 de abril de 2009. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, Recurso 458/2009: “Es decir que se necesita para establecer medidas civiles que haya menores o incapaces, y en el caso de autos y a tenor de lo declarado por las partes la hija del matrimonio es mayor de edad, por lo tanto la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar debe instarla en el procedimiento civil correspondiente, no obstante hay que señalar que aunque se hubiera otorgado tal medida la misma sólo cubre 30 días, y luego hay que instar el procedimiento civil y a fecha de hoy sería una medida caducada”

En segundo lugar, no procederá la adopción de medidas civiles, cuando no existan hijos menores y no sean solicitadas por la perjudicada, aunque sí si ésta las solicita.

Aún en este caso, hay quienes entienden que no cabe en ningún caso su adopción si no hay hijos menores. Al respecto, podemos señalar la siguiente jurisprudencia:

- Auto de 13 de mayo de 2009, Audiencia Provincial de Madrid. Sección 26, Recurso 788/2009: “Se ha de partir del hecho de que se recurre sólo el aspecto

civil de la orden de protección, y más concretamente la ausencia de un pronunciamiento sobre medidas civiles. Y procede confirmar el auto dictado a tenor de lo establecido en el propio artículo 577 ter de la LECriminal, pues la situación de la persona amparada por la medida no cubre los requisitos establecidos para acordar medidas civiles (...) Y en este caso como se dice en el auto recurrido y reconoce la apelante, no hay hijos menores ni incapaces, la hija de 18 años es mayor de edad, aunque siga estudiando y la otra hija, mayor de edad y con un hijo de 4 años, tampoco cumple los requisitos porque la norma se refiere a hijos y no a nietos”.

- Auto de 1 de abril de 2009. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, Recurso 458/2009: “Es decir que se necesita para establecer medidas civiles que haya menores o incapaces, y en el caso de autos y a tenor de lo declarado por las partes la hija del matrimonio es mayor de edad, por lo tanto la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar debe instarla en el procedimiento civil correspondiente, no obstante hay que señalar que aunque se hubiera otorgado tal medida la misma sólo cubre 30 días, y luego hay que instar el procedimiento civil y a fecha de hoy sería una medida caducada” .

Sin embargo, el art.544.ter se refiere expresamente al régimen de prestación de los alimentos y es sabido que conforme al art.143.1º del Código civil los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el art.142 y que según el art.68 del Código civil los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente. Esta obligación alimenticia no desaparece ni aún en los supuestos de separación de hecho, no siendo infrecuentes los casos en los que los únicos ingresos de la unidad familiar son los del cónyuge varón y la adopción de la orden de protección sin establecer alimentos a su cargo privaría a la mujer de poder atender sus necesidades mas perentorias, siendo el ejemplo más evidente el de los matrimonios mayores en los que sólo se percibe la pensión de jubilación del marido (Conclusión II.38. Seminario implicaciones civiles de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (Madrid, 21 a 23 de junio de 2006), ni siendo asumible que se remita a la mujer la sistema público de asistencia que puede ser insuficiente para atender a esas necesidades que quedarían cubiertas y aseguradas en el caso de acordarse alimentos a su favor.

Más discutible es que proceda establecimiento de alimentos a favor de la mujer y a cargo del hombre en el caso de que no mediara entre ellos una relación conyugal, puesto que en nuestro ordenamiento no se prevé una obligación alimenticia ni de socorro mutuo entre los convivientes en las uniones no matrimoniales, ni es factible que se incoara posteriormente un proceso de familia que permitiera que la medida se prolongara en el tiempo.

Otro supuesto es el de aquellas relaciones en las que habiendo hijos en común, no existiendo medidas acordadas en la vía civil, ni convivencia entre ellos, llevan un tiempo dilatado sin que el imputado haya mostrado el más mínimo interés en relacionarse con sus hijos menores, ni la perjudicada se haya preocupado en ejercitar acciones civiles para que se obligue al padre al pago de los alimentos a los que vendría obligado; ningún sentido tiene

establecer en este momento medidas civiles cuando el hecho denunciado ninguna relación tiene las relaciones de naturaleza civil.

Puede ocurrir asimismo que, pese a lo ocurrido, las partes no tengan la más mínima intención de separarse ni de divorciarse y así lo manifiesten al Juez de Violencia; la actuación del Ministerio Fiscal solicitando medidas en defensa de los intereses de los hijos menores, que sólo van a estar en vigor durante treinta días, parece superflua, salvo que pasado el plazo legal de vigencia tutelara ese interés promoviendo un proceso de familia ante la jurisdicción civil.

A la posibilidad de no proceder automáticamente al dictado de medidas civiles al dictarse la orden de protección se refiere el Auto de 26 de julio de 2009 de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona: “(...) interesando que, las medidas penales que le fueron concedidas, se añadan otras de naturaleza civil, consistentes en la atribución a ella de la vivienda familiar. Pero tampoco esta pretensión puede ser atendida, toda vez que lo que se perseguía con el dictado del auto que hoy se apela era su debida protección, sin que los artículos 544 bis y 544 ter de la LECRIM establezcan una obligatoriedad para el órgano de instrucción de pronunciarse necesariamente sobre esas cuestiones civiles, un pronunciamiento al que sólo habrá lugar cuando se considere que concurren motivos de urgencia para ello, al ser la jurisdicción civil la más adecuada para su adopción, una vez escuchadas todas las partes sobre el particular y ponderadas adecuadamente las circunstancias concurrentes en cada caso, un extremo que no se ha efectuado en el que nos ocupa.

En el mismo sentido, el Auto de 20 de octubre de 2009 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona: “El supuesto de hecho enjuiciado viene caracterizado por la circunstancia de que el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia no apreció que existiese una situación de urgencia que aconsejase acordar medidas de carácter civil ni tampoco que su adopción resultase necesaria de forma inaplazable, remitiéndose las actuaciones, una vez dictado el Auto de 3 de Agosto de 2008 acordando una orden de protección, al Juzgado de Violencia sobre la mujer correspondiente para el conocimiento de las mismas. Tampoco el juzgado de violencia sobre la mujer adoptó tales medidas civiles, pese a haber sido de nuevo solicitadas ante él, e instó a la solicitante a recurrir el Auto del Juzgado de Instrucción de fecha 3 de Agosto de 2008 . Ahora, la recurrente afirma que por el juzgado de instrucción se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al no haber acordado en un inicio la adopción de dichas medidas civiles.

Dejando a un lado las posibles cuestiones de competencia, lo cierto es que la resolución judicial del juzgado de instrucción nº 24 de Barcelona resulta conforme a la legalidad vigente, en la medida que sustenta la no adopción de medidas civiles en su apreciación omnímoda de que no concurría en el caso la situación de urgencia precisa para ello, por cuanto que ambas partes habían sido ya citadas para comparecer ante el juzgado competente, el de violencia sobre la mujer, tan sólo tres días después; esto es el siguiente 6 de Agosto, habida cuenta de que la adopción de tales medidas de carácter civil requiere

una serie de elementos probatorios que permitan la adecuada resolución de aspectos tan fundamentales en el caso como la guarda y custodia, el régimen de visitas o la pensión alimenticia, siendo así que –Juez de Instrucción en funciones de guardia consideraba que no podía contar en aquel momento con los elementos de prueba precisos para la adopción de tales medidas civiles; máxime al no haber reputado la concurrencia en el caso de ninguna situación de riesgo inminente para la hija menor de la pareja que aconsejase la adopción de alguna de estas medidas. En este mismo sentido se expresó el digno representante del Ministerio Fiscal en su informe de fecha 8 de Agosto de 2008 despachando el traslado conferido, e interesó la confirmación de la resolución del juzgado de instrucción de fecha 3 de Agosto, por entender que no existían circunstancias urgentes en el presente caso que justificasen la adopción de medidas civiles por el Juzgado de Guardia, más allá de la prohibición de alejamiento y comunicación entre la denunciante y el denunciado”

También sigue esta línea la Audiencia Provincial de Madrid que omite hacer pronunciamiento alguno sobre las medidas civiles pese a la existencia de un hijo menor, al no haber sido solicitadas de forma expresa en el recurso ni tampoco en la comparecencia prevista en el art.544.ter.LECR11 (Auto de 24 de septiembre de 2008.Audiencia provincial de Madrid. Sección 26ª. Recurso 1206/2008).

Admitiendo, por tanto la posibilidad de que no en toda orden de protección deben adoptarse medidas civiles, no cabría que se acordaran medidas de esta naturaleza si no hay unas medida penales adoptadas conjuntamente.

Una excepción a la afirmación anterior: en el supuesto de encontrarnos tramitando unas diligencias urgentes por delito en los que la perjudicada ha solicitado una orden de protección y se ha dictado una sentencia de conformidad. En estos casos, las medidas penales no pueden ser otras que las adoptadas en la sentencia, según obliga el art.57.2 del Código penal conforme al cual “se acordará en todo caso, la pena prevista en el art.48.2 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave”, - prohibición de aproximación a la víctima durante al menos seis meses -, o en su caso, en el auto de suspensión de la ejecución de la pena, en el que por tratarse de delitos relacionados con la violencia de género, estará en todo caso condicionada al cumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª, - prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos y participación en programas formativos -.

Siendo la orden de protección una resolución judicial de naturaleza cautelar, ningún sentido tiene su dictado si el procedimiento ha finalizado con una sentencia condenatoria firme y las actuaciones posteriores son las propias de la fase de ejecución y no de la instrucción en la que procede el dictado de aquélla. De seguirse esta argumentación resultaría de peor condición la mujer víctima de violencia de género, cuya pareja ha sido condenada como autora de un delito en contra de ella, sobre cuya culpabilidad no hay ninguna duda pues así lo ha aceptado, que la mujer sobre cuya pareja sólo existen indicios de

culpabilidad la cual sí obtendría, partiendo de que existe una situación objetiva de riesgo, el dictado de la orden solicitada, lo que en algunos casos podría provocar que la petición de pena por parte de la acusación particular en el escrito de acusación se exacerbara con la intención de dificultar la conformidad del acusado, que debe serlo con la más grave de las acusaciones según el art.801.5.LECr, forzando así la celebración del juicio ante el Juzgado de lo Penal y el dictado de la orden de protección con las medidas penales y civiles que resultaran procedentes. Únicamente, con el fin de no perjudicar a la víctima ni al imputado, es en este supuesto en el que cabe que se dicte una orden de protección, pese al dictado de una sentencia penal condenatoria, y limitado su contenido a las medidas civiles, puesto que no cabe que se acuerden medidas penales aunque fueran las mismas que las acordadas en la sentencia o en el auto de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Una alternativa sería el dictado de una resolución al amparo del art.158 del Código civil, que permite que el Juez pueda dictar en general medidas de protección de los hijos dentro de cualquier proceso penal, si bien en estos casos no quedarían supeditadas al plazo de caducidad de treinta días.

No obstante, debe tenerse en cuenta que las medidas civiles relativas a los menores previstas en el artículo citado tienen una naturaleza cautelar y provisional para responder a una situación urgente necesitada de protección, que no puede en ningún caso sustituir a las resoluciones definitivas reguladoras de las relaciones paterno filiales al margen de los cauces establecidos en las normas procesales, pues en caso contrario provocaría indefensión a las partes.

Una última cuestión en este punto, la posibilidad de dictar medidas civiles al margen de la orden de protección y al amparo del art.544,bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según expone Vicente Magro Servet “si la víctima solicita medidas civiles, el Juez estaría obligado a pronunciarse sobre ella, es decir, concediéndolas o denegándolas, pero no resolviendo sobre su incapacidad para ser adoptadas bajo el criterio erróneo de que no existe orden de protección, sino auto de medidas cautelares del art.544 bis.LECR. No negaremos que la cuestión no está exenta de polémica, ya que es la vía del art.544 ter LECrim la que introdujo la opción de incluir medidas civiles en el auto que resuelve sobre medidas cautelares penales de protección y seguridad de la víctima, pero hay que integrar el contenido de la Ley Orgánica 1/2004 con los arts. 544 bis y 544 ter LECrim según la regulación contemplada en los arts. 61 a 69 de la Ley Orgánica 1/2004, y hay que recordar que lo que prevé la Ley en el art.61 es que se trate de un procedimiento relacionado con la violencia de género y éste lo es con independencia de que el denunciado haya comparecido o no a la citación a la audiencia señalada”

14 Circular 3/2003 de 18 de diciembre de la Fiscalía General del Estado: 15. Recursos: Pese al silencio del art.544 ter debe entenderse que el auto será recurrible. En vía penal con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean exclusivamente civiles, a tenor de lo previsto en el art.766 LECR, cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiere

Como ha mantenido la Audiencia Provincial, las medidas civiles contempladas en el art.544.ter.LECR carecen de autonomía respecto de las penales por lo que de no adoptarse ésta no caben aquéllas, ostentando además una naturaleza excepcional y una vigencia muy limitada por cuanto la jurisdicción que ha de resolver los conflictos de los particulares en orden a la regulación de los aspectos personales y patrimoniales derivados de las crisis familiares es la jurisdicción civil y no la penal que tiene como función el ejercicio del ius puniendi (Auto de 22 de julio de 2009, Audiencia Provincial de Madrid. Sección 26ª, Recurso 1419/2099).

2.2. RECURSOS CONTRA LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La resolución de la orden de protección acordando medidas penales y civiles no deja de ser un “auto” que se dicta en el curso de la instrucción de un proceso penal y respecto del cual el art.544.ter.LECR no establece ninguna previsión en materia de recursos, por lo que se encuentra sometido al régimen general previsto para los autos dictados por el Juez en el procedimiento que se trate, en la mayor parte de los casos el procedimiento abreviado conforme a lo establecido en el art.766.LECR que establece que contra los autos que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y apelación; éste podrá serlo subsidiariamente con el de reforma o por separado y en ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los arts.798.3 y 507.LECrim.

17 Auto de 15 de junio de 2009, Audiencia Provincial de Madrid. Sección 26ª, Rollo 910/09: “Y en cuanto a las medidas civiles no ha lugar a la concesión de las mismas por cuanto el tiempo transcurrido desde su denegación y siendo que el fundamento de las mismas consiste en la protección, en este caso, civil en los primeros momentos en los que existe una situación de

Por el contrario, podría mantenerse, atendiendo a la naturaleza de estas medidas civiles – cuya similitud con las medidas previas o provisionales de los procedimientos civiles en materia de familia es evidente y contra las que no cabe recurso de reposición ni de apelación – que contra las medidas civiles de la orden de protección no cabe interponer recurso y que la revisión de lo acordado por el Juez debe efectuarse en el procedimiento civil posterior, e incluso que los recursos a interponer serían los de reposición y apelación en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Auto de 30 de octubre de 2009, Audiencia Provincial de Cádiz. Sección 3ª, Recurso 2267/2009: “Con respecto a las medidas de carácter civil, como ya puso de relieve el auto que resuelve el recurso de reforma, no procede ningún pronunciamiento, al no haber recurso alguno contra ellas”.
- Auto de 24 de abril de 2009, Audiencia Provincial de Tarragona. Sección 4ª. Recurso 232/2009: “En segundo lugar, por lo que respecta a las medidas de naturaleza civil, como ya se ha puesto de manifiesto por esta Sala en pronunciamientos anteriores, el artículo 544 LECrim ,

según redacción dada por Ley 27/2003 de 31 de julio , que regula la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, nada establece respecto a la posibilidad de recurso respecto a las medidas de carácter civil que puedan adoptarse por el Juez de Instrucción o del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de forma coetánea a aquella medida cautelar. Tampoco la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género ha especificado qué recurso puede interponerse contra esas medidas civiles. Debe tenerse en cuenta, además, el plazo de vigencia temporal de treinta días que establece el artículo 544 LECrim respecto a las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección, y que si, dentro de dicho plazo, fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, en cuyo último término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente, razón por la que, atendida dicha limitación temporal, es obvio que a día de hoy o la medida ha dejado de tener efectos por el transcurso del plazo de caducidad que empieza a computar desde el 23 de enero de 2009, lo que priva al recurso de gravamen, o la medida ha sido ratificada por el juez civil mediante el oportuno procedimiento declarativo o cautelar, no constando a este respecto ningún dato en el testimonio aportado, en cuyo caso la competencia revisora de tales medidas le correspondería a. Por otro lado, en aplicación analógica de la norma prevista en el art. 771 de la LEC que establece la irrecurribilidad de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, que al igual que las medidas que ahora nos ocupan, que regulan las medidas o efectos, esto es, la forma de organizarse las partes en situación de crisis familiares, y que asimismo tienen una vigencia de treinta días hasta que se presente la correspondiente demanda, es por lo que consideramos que la resolución por la que se acuerda adoptar las medidas civiles interesadas junto con una Orden de Protección, no son recurribles. Considerando, por tanto, la pérdida del objeto del recurso y la irrecurribilidad de la decisión sobre medidas civiles contenidas en la orden de protección, procede desestimar el recurso de apelación también en este extremo.

Realmente, la eficacia de estos recursos limitados a los aspectos civiles de la orden de protección es escasa, pues entre los plazos de interposición, traslados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, remisión, resolución y devolución por parte de la Audiencia Provincial es bastante probable que hayan transcurridos en exceso los treinta días de vigencia de las medidas civiles por lo que ninguna eficacia tendría la revocación del auto.

2.3. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Los pronunciamientos civiles de la orden de protección son ejecutables desde el mismo momento de su dictado, por lo que no es de aplicación el plazo de espera a de veinte días que se prevé en el art.548 de la Ley de Enjuiciamiento civil para la ejecución de las resoluciones judiciales. Ello es así por la naturaleza urgente de estas medidas, su finalidad y su vigencia temporal, y si bien en algunos de ellos su ejecución es inherente al cumplimiento de las medidas cautelares penales, como puedan ser los relativos al uso de la vivienda familiar o a la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, otros necesitaran de un acto de la parte, bien de la perjudicada interesando que se acuerden las medidas oportunas para asegurar el pago de los alimentos (tan sólo de la cantidad acordada en el auto, pues las restantes deberán ser interesadas en el procedimiento civil), como pueda ser facilitar los datos bancarios donde efectuar el ingreso de la cantidad acordada, bien del imputado solicitando que se libren los oficios necesarios para asegurar la intervención del punto de encuentro familiar en el cumplimiento del régimen de visitas con los hijos menores, si bien en estos casos bastará con el escrito de la parte solicitando la ejecución de la medida en la parte que le interese.

En este sentido, en sede de alimentos, el art.148. del Código civil en su párrafo tercero establece que "el Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades".

Esta ejecución, en aquellos casos en que el Juez de Violencia sobre la Mujer competente para la instrucción de la causa sea distinto del Juez de Violencia sobre la Mujer o del Juez de Instrucción que acordó la medida civil, deberá solicitarse ante aquél que es quien, en definitiva conocerá, del procedimiento civil posterior, y es independiente de que con posterioridad o no se incoe dicho procedimiento, que no supone una convalidación de la resolución dictada, sino una prórroga por treinta días más de sus efectos, y como en toda resolución judicial la parte tiene derecho a que sea ejecutada en sus propios términos (art.24CE y art.18.2 LOPJ). Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo. de 24 de diciembre de 2.002 : "La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático de Derecho que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la Jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del artículo 117-3 de la Constitución Española. También ha dicho el Tribunal Constitucional que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretando, en caso de duda, cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia (sentencias del Tribunal Constitucional 125/1987 y 167/1987).

Así el auto de 28 de septiembre de 2006 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Recurso 531/2006: “ Las medidas civiles adoptadas en la orden de protección, por parte del órgano judicial competente, referidas a la atribución del uso de la vivienda familiar, a la determinación del régimen de custodia de los menores y de visitas, a la prestación alimenticia, y, cualquier otra tendente a apartar a los menores de un peligro o de evitarles perjuicios, son susceptibles de ser ejecutadas, es decir llevadas a su aplicación práctica por parte del órgano judicial que dictó la orden de protección, sin perjuicio de lo que luego resulte por la consecuencia de ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que conoce posteriormente del proceso de familia incoado. No entenderlo así supone privar de imperatividad ejecutoria a lo fijado judicialmente en la orden de protección”.

2.4. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CIVILES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte del imputado de las medidas civiles acordadas en la orden de protección han sido abordadas correctamente en la Circular 3/2003, de 30 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, sin que existan controversias al respecto.

En esta circular se parte de abandonar una interpretación literal de la mención genérica que el art.468 del Código Penal efectúa al quebrantamiento de medidas cautelares, puesto que al redactarse este precepto se estaba pensando en el quebrantamiento de medidas cautelares penales, no en otras. Se añade que el Código penal tipifica en otros preceptos el incumplimiento de las medidas civiles, como puedan ser el delito de impago de pensiones del art.227 o del abandono de familia en el art. 226, por lo que el incumplimiento de las medidas cautelares civiles no supone la comisión del delito previsto en el art.468, sino los de los específicos tipos penales sin concurrieran los requisitos exigidos por el tipo penal, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, poniendo el ejemplo del incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja, que puede coincidir con un delito del art.468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar, siendo el incumplimiento de ésta última medida la que motivaría la aplicación del art.468.

3. EXTENSIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN A LOS HIJOS/AS MENORES

Dentro del ámbito competencial que describe el art. 87 de la LOPJ, los delitos cometidos contra descendientes y/o menores o incapaces serán también competencia del juez de violencia, “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. Se deben producir, pues en “unidad de acto” con el de violencia de género. Por tanto, reside en la interpretación que se le dé a esta “unidad de acto”, que requiere que exista conexión en el tiempo y en el espacio, según las circunstancias de cada caso concreto.

Respecto a la expresión legal “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”, considero que debemos estar a los delitos que la ley describe de la competencia del juez de violencia, es decir, al contenido del art. 87 ter de la LOPJ; a saber, los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad o indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación. Producido un presunto delito o falta de los enumerados contra la esposa o mujer unida por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, el presunto delito o falta cometido en unidad de acto contra descendientes y/o menores o incapaces será también competencia del juez de violencia.

En las conclusiones del Seminario de Jueces de Violencia celebrado en Madrid del 18 al 20 de octubre de 2010, se concluyó que si bien es cierto que, con carácter general, los menores, hijos/as, de la víctima de violencia de género son también víctimas de esa propia violencia, se considera que no debe extenderse a ellos, imperativamente, la prohibición de aproximación que establece el artículo 57.2 del Código Penal, que ahora sólo se les aplica cuando resultan ellos mismos víctimas (violencia doméstica) o se les hace extensiva la prohibición por las razones que se consideren convenientes, que deberán justificarse en cada caso, de ser aplicadas. Ni siquiera resulta mayoritaria la posición de que se prive a sus hijos del contacto permanente con su padre, imputado o, en su caso, condenado por violencia de género contra su madre, por parte de las víctimas en los procesos penales.

Tampoco se considera adecuada la imposición obligatoria del alejamiento forzoso del agresor respecto de sus hijos/as menores, cuando se produzca una condena por un delito de violencia de género, sin perjuicio de que pueda valorarse la oportunidad de su imposición por causas justificadas, que el Juez o Tribunal razonará en cada caso concreto.

La guarda y custodia y el régimen de visitas de los hijos e hijas menores no tiene que verse necesariamente afectado en los supuestos en que exista entre los progenitores una situación de violencia de género. Se estima que, al igual que lo hiciera la Circular 4/ 2005, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (que ya mantuviera en la Instrucción 4/2004, de 14 de junio) no debe imponerse en todo caso la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor para con los hijos comunes, puesto que puede resultar conveniente el mantenimiento de una relación paterno-filial bien estructurada, debiendo, en todo caso, adaptarse a las circunstancias concretas para evitar el contacto directo entre agresor y víctima, y evitar supuestos de instrumentalización de los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la madre. Más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de

los progenitores. En ese sentido, se destaca la falta de acceso a Puntos de Encuentro en muchos territorios y, en todo caso, su deficiente funcionamiento y la falta de una regulación específica.

4. EXAMEN Y DEBATE DEL INFORME DEL OBSERVATORIO DE VIOLENCIA DE LA MUJER Y DE GÉNERO DEL AÑO 2010.