

LA ORDEN DE PROTECCIÓN

por D. Ignacio de la Prieta Gobantes, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ceuta.

1.- INTRODUCCIÓN.

La orden de protección es un mecanismo judicial para la adopción de medidas de protección de una persona frente al fenómeno que se ha venido a denominar como violencia doméstica o de género.

No es hasta el año 1.999 cuando el legislador decide regular unas medidas dirigidas exclusivamente a dicha finalidad; hasta entonces, se había venido confiando en que el propio entorno familiar y social del agresor pudiera servir para controlar dicha lacra social, acudiendo, en los casos más extremos, a las medidas cautelares ordinarias, tales como la prisión preventiva; pero la realidad demostró la ineficacia de dichos mecanismos de control, por lo que el legislador decidió dotar al sistema de medidas cautelares para los supuestos de violencia doméstica, mediante la introducción en la LECrim. del art. 544 bis en el que se regulaban una serie de prohibiciones al supuesto agresor, de residir, acercarse o comunicarse con la víctima, si bien ha de señalarse que algunos jueces ya las venían aplicando al amparo de la cobertura genérica del art. 13 LECrim.

Pero estas cautelas se han mostrado claramente insuficientes para abortar el problema, y el esfuerzo legislativo para solucionarlo ha dado lugar a la Ley 27/2003, que introduce el art. 544 ter en la LECrim., que crea la denominada orden de protección.

Esta orden de protección nace con la vocación de ser un instrumento total y completo de protección de las víctimas, al establecer la posibilidad de adoptar por el Juez de Guardia, no sólo medidas de orden penal, como ya se venía haciendo, sino también determinadas medidas de orden civil. Quizás no sea la solución idónea la de atribuir a los Juzgados de guardia, ya de por sí sobrecargados de trabajo, la resolución de este tipo de cuestiones que, aunque no complicadas jurídicamente, si que requieren de un sosiego y una profunda reflexión, difícilmente alcanzable durante la vorágine del servicio de guardia, pero lo que es innegable es que únicamente con las medidas de orden penal no se daba solución al problema, puesto que quedaban una serie de cuestiones que tenían, necesariamente, que ser resueltas, tales como las aportaciones económicas, custodia y visitas de los menores, y que, además, tenían que ser solucionadas con rapidez, rapidez ésta que, por diversas circunstancias, no se conseguía ante los Juzgados de 1ª Instancia, por lo que resulta, en cierto modo, lógico, que al final se atribuyera dicha competencia al juzgado de guardia, hasta tanto se arbitre un mejor sistema.

Por lo tanto, la citada Ley lo que innova no es en las medidas que permite adoptar, estando todas ellas ya reguladas en la legislación civil o penal, sino el hecho de que establece un sistema integral para la adopción de las mismas, al permitir su adopción, de forma inmediata, ante el Juzgado de guardia.

Todo el fundamento de la orden de protección gira en torno a la finalidad de reducir de forma significativa, y, si es posible, eliminar, el riesgo o peligro de reiteración de nuevas situaciones de violencia; y esto se realiza adoptando, durante la tramitación del proceso penal, las medidas civiles y penales que se estimen necesarias, dentro de las legalmente previstas, a tal fin, así como mediante las medidas de protección social y de asistencia social, tales como asistencia psicológica, la vigilancia por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de las medidas de alejamiento, o el establecimiento de una pensión económica a las víctimas.

2.- PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN.

La orden de protección, como medida cautelar o de protección que es, exige, obviamente, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- Que la víctima sea alguna de las personas referidas en el art. 173 C.P.

2.- Que se trate de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad

3.- Que exista lo que viene en denominarse, *fumus bonis iuris*, apariencia de buen derecho, esto es, que existan indicios, no siendo suficiente con las meras sospechas o conjeturas, de que se ha cometido un hecho que reviste caracteres de delito y que el autor del mismo es la persona contra la que se dirige la medida; esto es, si bien no puede exigirse una plenitud probatoria, sí que han de existir datos externos o señales que puedan ser apreciados judicialmente, y que permitan pasar de la mera sospecha a la sospecha fundada de la responsabilidad criminal de la persona. De otro modo, si admitiéramos que la medida cautelar se puede adoptar exclusivamente por temor a que ocurra un hipotético incidente sin que anteriormente hubiese ocurrido alguna de las infracciones penales descritas anteriormente, se vendría a atribuir de facto a los juzgados funciones exclusivamente preventivas más propiamente policiales que serían contrarias al espíritu de la jurisdicción penal, que sólo admite la adopción de medidas cautelares o de seguridad como consecuencia de la existencia de presunta infracción de las normas penales.

4.- Que concurra un evidente riesgo de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados en el caso de no adoptarse la medida, que es lo que la Ley denomina "situación objetiva de riesgo". No se trata aquí, como en las medidas cautelares normales, de adoptar una medida que asegure la eventual condena que se pueda dictar, sino que lo que se trata es de conjurar el riesgo o el peligro de que se vuelva a atender contra la víctima. Aquí la cuestión realmente relevante es la apreciación de la concurrencia de dicha situación objetiva de riesgo; obviamente, no se pueden establecer reglas apriorísticas al respecto, sino que habrá de estar a las circunstancias del caso concreto, tales como datos objetivos, como, por ejemplo, la existencia de un parte de lesiones, testigos, o siendo fundamental la apreciación inmediata de las declaraciones de las partes cuando no existan otras pruebas.

5.- Que se dicte una resolución motivada, explicando cuales son los motivos y causas que han llevado a la adopción de la medida, máxime cuando la misma afecta a derechos fundamentales de la persona.

3.- PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN.

El procedimiento para la adopción de la orden de protección es rápido y sencillo.

La competencia para su resolución corresponde al Juez de Guardia ante quien se haya presentado, independientemente de quien sea competente para la instrucción de la causa.

Una vez que el Juez de Guardia recibe la orden de protección, ha de convocarse a una comparecencia urgente, que habrá de realizarse inmediatamente, y como máximo, en el plazo de 72 horas.

A dicha comparecencia se cita al Ministerio Fiscal, al solicitante, a la víctima si fuera distinta de quien lo solicita, y al agresor y al Letrado de éste; normalmente, también la víctima estará asistida de Letrado de oficio. El desarrollo de la comparecencia se produce instando la solicitante, por sí o a través de su letrado, las medidas que estime necesarias, posteriormente se concede la palabra al supuesto agresor, por sí o a través de su letrado, quien manifestará su parecer sobre las medidas solicitadas, y, asimismo se oirá también el informe del Ministerio Fiscal al respecto; ahora bien, tratándose de medidas de orden penal, las mismas pueden ser solicitadas por el Ministerio Fiscal o incluso adoptadas de oficio por el Juez, y lo mismo ocurre respecto a las medidas de orden civil cuando hay menores habida cuenta del principio de orden público que impera en la materia. Aunque la Ley prevé la posibilidad de que la declaración de las partes en la audiencia se realice por separado, se estima más conveniente que se realice siempre por separado, pues debe ser bastante duro para la víctima tener que verse cara a cara con el supuesto agresor, con lo que la experiencia demuestra que cuesta denunciar el hecho; por ello, y a pesar de que la Ley viene a configurar dicha Audiencia separada como excepción, sin embargo, estimo que debiera ser la regla general, así, como, por ejemplo, adoptar todo tipo de cautelas para que no exista ni comunicación visual entre ellos.

¿Qué ocurre si no se ha podido citar a la audiencia al presunto agresor, o bien, citado no comparece?. Sectores doctrinales defienden la posibilidad de adoptar la orden de alejamiento sin oír al supuesto agresor, al amparo del art. 13 LECrim., sobre la base de que las medidas no pretenden la protección del acusado, sino que están orientadas exclusivamente a la protección de la víctima, para evitar la producción de daños irreparables, siendo posible subsanar posteriormente cualquier posible irregularidad ratificando el auto tras la declaración del imputado. Otro sector doctrinal opina que tal posibilidad no es admisible, ya que no sólo va en contra de los principios generales del proceso (contradicción, tutela efectiva y audiencia), sino que si la medida se solicita en el curso de unas diligencias penales por delito y tiene como finalidad imponer al obligado por la misma una serie de prohibiciones y limitaciones a su conducta, lo lógico es que se ponga a éste cuanto antes a disposición del Tribunal para que la medida pueda serle notificada y, así surta sus efectos, y, además, ningún perjuicio puede producir, sino todo lo contrario, que se oiga al denunciado antes de que se tome la decisión, porque, en definitiva, hasta que no comparezca ante los Tribunales la medida cautelar adoptada no puede desplegar sus efectos y por eso ninguna ventaja puede deparar que se adopte la medida sin previa audiencia; sin que, por otra parte, sea necesario que vuelva a comparecer la víctima en el Juzgado, pues ya se ha podido realizar la audiencia con ella el día que compareciera, pues, como se ha señalado, es posible realizar la audiencia por separado. Entonces, en el supuesto de que no haya sido posible citar al imputado a la audiencia, procederá oficiar a las fuerzas y cuerpos de seguridad de estado para que procedan a su inmediata citación; citado y no comparecido puede acordarse su detención y puesta a disposición judicial.

Por otro lado, cabe preguntarse si es posible inadmitir a trámite ad limine la solicitud de orden de protección; es posible la inadmisión a trámite de la orden de protección, si bien debiera restringirse dicha decisión a los supuesto en que no concurren los requisitos formales, como por ejemplo, que no se trate de las personas mencionadas en los art. 153 o 173, o que no sean de los delitos señalados en el art. 544 ter; fuera de tal supuesto no debiera inadmitirse a trámite la petición sin haber oído, al menos, a la persona solicitante, pues el hecho de que en la denuncia inicial no se contengan indicios racionales de delito, o no se aprecie una situación objetiva de riesgo, puede deberse, por ejemplo, a que por nervios de la persona no se han reflejado todos los detalles debidamente, o el agente que recogió la denuncia omitió algún tipo de detalle, por lo que inadmitir de entrada pudiera conllevar el riesgo de pasar por alto una situación objetiva de riesgo.

Ha notificarse la orden a las partes y al Ministerio Fiscal, así como comunicarse la orden a todas las administraciones publicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean estas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole, en especial para la policía para que cuide del cumplimiento de la orden de alejamiento que se hubiere adoptado.

La orden de protección también puede adoptarse en el seno de un juicio de faltas, si bien, en éste caso, la audiencia puede celebrarse en el propio acto del juicio, y las medidas se establecerán en la Sentencia en vez de auto independiente.

En cuanto a los recursos que quepan contra el auto, nada establece la Ley al respecto, por lo habrá de acudir a las normas generales. Así, contra el auto que fije las medidas caben los recursos ordinarios, esto es, reforma y apelación, pero sólo contra las medidas de orden penal, no contra las medidas de orden civil, y ello, porque el propio art. 544 ter LECr ya establece expresamente un sistema revisor propio de las medidas cautelares civiles al margen de los recursos ordinarios penales. Así establece que, planteado en el plazo de 30 días de su vigencia un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas seguirán en vigor durante los 30 días posteriores a la presentación de la demanda, y en este plazo el Juez civil competente las deberá ratificar, modificar o suprimir.

En definitiva, deberá ser el juez civil el que las revise, sistema lógico pues es el competente para conocer de tales temas civiles. De admitirse el recurso de apelación se iría contra la propia naturaleza inmediata y provisional de las medidas, pues difícilmente este recurso podría resolverse en el plazo de 30 días de su duración. Además, podrían producirse graves conflictos entre lo resuelto por la sección penal de la Audiencia y lo resuelto por el Juez civil (imaginemos que ambos órganos dictasen resoluciones contrarias). Atendiendo a la naturaleza de tales medidas cautelares civiles, no dejan de ser éstas unas medidas provisionales previas al procedimiento civil, equiparables totalmente, salvo por el Juez que las dicta, a las previstas en el art. 771 LEC. Por ello, estableciendo expresamente el art. 771-4 LEC que contra el auto que las resuelva no cabe recurso alguno, menos aún puede haber respecto a las adoptadas en una orden de protección por el Juez de Guardia.

Contra las medidas establecidas en la Sentencia de juicio de faltas cabría apelación.

Hay que informar a la víctima de la situación del imputado, en especial de la situación penitenciaria.

Nada impide que la orden pueda adoptarse en el curso de un procedimiento ya iniciado, siempre que se cumplan los requisitos señalados anteriormente para su adopción.

4.- QUÉ MEDIDAS PUEDEN ADOPTARSE.

Como se ha señalado, las medidas adoptar son de orden penal y orden civil.

A) MEDIDAS PENALES

En el orden penal, el art. 544 ter se remite a las medidas establecidas en la legislación criminal, que no son otras que las establecidas en el art. 544 bis, las innominadas del art. 13 LECrim., o la prisión provisional.

En cuanto a la prisión provisional, en la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en octubre de 2003 en materia de prisión provisional, en su artículo 504, se recoge por primera vez de forma expresa la posibilidad de adoptar la medida cautelar de prisión provisional a fin de garantizar la protección de las víctimas a que se refiere el artículo 173 del Código Penal; y, además, como excepción al sistema general, establece la posibilidad de adoptar dicha medida aún cuando la pena señalada al delito no exceda de los dos años de prisión; y, por otro lado, su duración no está sujeta a límites tan precisos como cuando los fines son otros, por lo que durará en cuanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. En cualquier caso, se trata de una medida de aplicación excepcional y subsidiaria, sólo aplicable cuando no se pueda conseguir dicha finalidad con otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad.

Las prohibiciones establecidas en el art. 544 bis son o bien de residir en determinados lugares, o de acercarse a determinados lugares, o a determinadas personas o comunicarse con ellas. Se trata, sin duda, de la medida cautelar de mayor aplicación, al estimarse básico el distanciamiento físico entre agresor y víctima, si bien, a diferencia de lo acontecido en tiempos pasados en que era la víctima quien tenía que marcharse del lugar, ahora es el presunto infractor quien ha de abandonar el domicilio familiar o el lugar frecuentado por la víctima. Establece la Ley que para la adopción de tales medidas han de tenerse en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral, atendándose especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. Suele ser objeto de crítica el que se establezca la prohibición con relación a una determinada distancia en metros, alegando que ello no impide el desasosiego de la víctima en el supuesto de que el agresor se mantenga a más distancia de la establecida pero en actitud de vigilancia, pero este problema tiene fácil solución atendiendo a la finalidad de la medida.

Y en cuanto a las medidas innominadas, entre las mismas pueden citarse el secuestro y depósito de armas de caza, y suspensión de licencia de armas de caza.

Existen, asimismo, otras posibilidades de control derivados de las nuevas tecnologías, que aparecen expresamente previstas en el actual art. 48 C.P. conforme al cual el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan; tales como el brazalete electromagnético, que se activaría si el imputado se encontrase a determinada distancia de la víctima, o el denominado "homelink", que es un aparato que proporciona la policía a la víctima, a petición de ésta, que permite su localización inmediata, y que se activa en los supuestos de peligro, grabando las conversaciones que puedan producirse, o mediante la entrega de un teléfono móvil a la víctima para que pueda comunicar con la policía en cualquier momento.

También la Ley 19/94, de Protección a testigos y peritos establece medidas que pueden utilizarse en los supuestos de violencia doméstica, a fin de mantener en secreto toda la información relativa a la residencia, centro de trabajo o cualquier otro dato que pueda servir para su localización, cuando la víctima se haya visto obligada a abandonar el hogar, o impedir su identificación visual en los actos procesales.

B) MEDIDAS CIVILES

En cuanto a las medidas de orden civil, establece la Ley que deberán ser solicitadas por la víctima, o por el fiscal, existiendo menores o incapaces, si bien luego establece la coetilla de sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 C.C., con lo que, en definitiva, viene a establecer la posibilidad de que, existiendo menores, pueda adoptarse cualquier medida relativa a estos de oficio.

Es preciso que no se hayan adoptado antes en el orden civil, impidiendo, por tanto, que a través de la orden de protección puedan modificarse las medidas establecidas en un procedimiento civil, debiendo, en consecuencia, acudir, en tal caso, al procedimiento de modificación de medidas, a excepción de las relativas a menores; y tales medidas vienen tasadas, consistiendo en la atribución del uso de la vivienda familiar, atribución de la custodia de los hijos comunes, establecimiento de un derecho de visitas, en su caso, para el progenitor no custodio, establecimiento de alimentos para los hijos o cónyuge, y, en general, cualquier medida que se estime conveniente para apartar al menor de cualquier perjuicio; se plantea la cuestión de si pueden adoptarse medidas distintas de las referidas; realmente aquí se trata de dar solución provisional a un problema, por lo que sólo habrá de estarse a las cuestiones puntuales, difiriendo para el posterior y obligatorio proceso civil aquellas medidas que no resulten imprescindibles para el problema inmediato, amén de que en cuanto a los menores, que justificaría la adopción de cualquier tipo de solución, ya la propia ley prevé la posibilidad de adoptar cualquier medida.

Sobre todo, debe tenerse presente que cuando se adopten medidas cautelares que limiten o restrinjan indirectamente otros derechos de naturaleza civil, como puede ser la relación paterno-filial, que se impide o restringe con la prohibición de mantener contacto o el alejamiento con los hijos menores, no sólo debe actuarse de modo especialmente prudente y ponderado, sino que no puede perderse de vista que existe una jurisdicción especializada que no sólo es la competente para juzgar esos asuntos sino que, a diferencia del juzgado de instrucción, quizás cuente con medios más adecuados de asesoramiento y materiales para adoptar determinadas decisiones (psicólogos, puntos de encuentro). Por esa razón es por la el art. 544 ter, establece un vigencia temporal de las medidas de 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 treinta 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". En consecuencia, si actualmente la ley exige que la medida que limite o impida las relaciones paterno-filiales se adopte con extremas cautelas y por un plazo máximo, no parece muy coherente ni admisible que por aplicación del art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pueda adoptar esa misma medida con menores garantías, sin audiencia del presunto agresor, y con carácter indefinido a través de otra medida que aunque, en principio, no conlleva esa limitación, de hecho, y aunque de forma indirecta, supone una total limitación del derecho. Si en el plazo de 30 días no se ha presentado la demanda, las medidas quedan sin efecto.

5.- OTROS INSTRUMENTOS DIRIGIDOS A PROTEGER A LAS VICTIMAS DE VIOLENCIA DOMESTICA.

A) Comisiones de seguimiento.

En la D.A. 2ª de la Ley 27/2003, se establece una comisión de seguimiento de implantación de la Ley, a quien se le encomienda la elaboración de protocolos para la implantación de la Ley e instrumentos de coordinación.

Uno de los frutos de dicha comisión es el Protocolo de Coordinación entre los Ordenes Jurisdiccionales Penal y Civil, que trata de solucionar las posibles descoordinaciones que se puedan producir entre los juzgados civiles y penales, ya que pudieran establecer resoluciones contradictorias, como ocurriría si existiera una resolución civil estableciendo derechos de visitas, y, posteriormente, una auto penal estableciendo alejamiento del cónyuge e hijos; a través de tales protocolos, se establecen unas pautas de actuación a fin de solucionar los problemas que pudieran surgir de tal diversidad de resoluciones; muy interesante a tales efectos sería la posibilidad de que fuere un mismo letrado el que actuase en ambas jurisdicciones; ayudaría a coordinar más aún el asunto.

B) Juicios rápidos civiles.

La L.O 19/2003 modifica la LEC, introduciendo una D.A. 5ª de Medidas de agilización de determinados procesos civiles, establece la posibilidad de crear oficinas de señalamiento inmediato en aquellos partidos con separación de jurisdicciones, para diversas materias, entre ellas las medidas cautelares previas o simultáneas, que registrarán las demandas, las repartirán y señalarán vistas, comparecencias y actuaciones, en breves plazos.

C) Puntos de encuentro.

Uno de los mayores problemas que se plantean en el establecimiento de medidas en el orden civil es el relativo a la fijación de visitas en los supuestos de violencia doméstica, ya que los cónyuges no pueden encontrarse, y no siempre es posible encontrar un familiar que mantenga una relación distendida con ambos progenitores que evite situaciones de tensión. Es en estas situaciones cuando resultan de gran utilidad los llamados puntos de encuentro, con los que, por desgracia, aún no se cuenta en esta ciudad.

Los puntos de encuentro son lugares especialmente acondicionados y atendidos por profesionales cualificados que facilitan el desarrollo del régimen de visitas en los supuestos de relación conflictiva entre los progenitores, bien para que la visita establecida en la resolución judicial se lleve a cabo en tal local, que es lo que se llama visitas tutelada, especialmente indicada en los supuestos de problemas del padre con el alcohol o drogas, o algún problema de tipo mental, bien como mero lugar de recogida y entrega del menor, cuidando que los padres no se encuentren, evitando así situaciones de riesgo.

La utilidad de los puntos de encuentro no sólo se refiere a la evitación de situaciones de confrontación, sino que va más allá, como por ejemplo, permite mantener el anonimato de la residencia de la víctima, un control sobre el cumplimiento del derecho de visitas, e incluso para recibir terapia psicológica por los progenitores; en los lugares donde existen han disminuido notablemente los juicios derivados del incumplimiento del derecho de visitas.

6.- PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Centrándonos en el Título V de la mencionada Ley, referente a la tutela judicial efectiva, ya que dicho proyecto será objeto de una ponencia expresa, como novedad más significativa se encuentra la creación de unos órganos jurisdiccionales nuevos y especializados, los Juzgados de Violencia sobre la mujer, que conocerán de todo el aspecto penal en materia de violencia sobre la mujer, y las causas civiles relacionadas con aquellas.

En lo que se refiere a los juzgados especializados, en el año 1999 se realizó una experiencia piloto en diversos juzgados, atribuyéndoseles el conocimiento exclusivo de los delitos de violencia doméstica en el respectivo partido judicial; pues bien, durante el tiempo que dicho experimento estuvo en vigor se produjo un notable incremento de las denuncias realizadas, siendo tal incremento un dato elocuente de que tal especialización da una mayor confianza a la mujer de que su caso va a ser tratado de un modo específico e individualizado, permitiendo un mayor conocimiento por parte del Juzgador de los hechos, permite dar las mismas respuestas a los mismos hechos, mejor preparación de los profesionales; problema, el juzgado estará en la capital de provincia, lo que ocasiona dificultades a las personas que tienen que desplazarse hasta la capital, si bien se podría solucionar dicho problema.

En cuanto a las medidas cautelares, se remite para la adopción de la orden de protección a lo dispuesto en el art. 544 ter LECrim., y si bien se recogen expresamente algunas medidas cautelares que pueden establecerse, se hace una remisión genérica a cualesquiera medidas que puedan adoptarse en un proceso civil y penal.