

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Facultad de Derecho: Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria de julio

DNI: 43378664C

**LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y
DE GÉNERO**

*MEASURES FOR THE PROTECTION OF
VICTIMS OF DOMESTIC AND GENDER-BASED
VIOLENCE*

Realizado por la alumna *Gara Medina González*

Tutorizado por la profesora D. ^a *Juana Pilar Rodríguez Pérez*

Departamento de *Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa*

Área de conocimiento de *Derecho Procesal*

ABSTRACT

The aim of this project is to study some protection measures for victims of domestic and gender-based violence, as well as the effectiveness of these measures in practice, but not before highlighting the need for a legal distinction between both types of violence in order to avoid the same legal treatment of problems that are different. To this end, different doctrinal opinions will be considered, analysing the passive subjects of domestic violence and gender violence and the essential elements that must be present in order to speak of one type of violence or the other.

With regard to protection measures for victims of domestic and gender-based violence, the subject of this study, possible alternatives proposed by the doctrine that resolve the deficiency of some procedural aspects related to these measures will be pointed out.

Key Words: gender-based violence, domestic violence, protection order, restraining order, protection measures, victims.

RESUMEN

El objetivo de este proyecto es estudiar algunas medidas de protección para las víctimas de violencia doméstica y de género, así como la eficacia de dichas medidas en la práctica, no sin antes poner de manifiesto la necesidad de una distinción jurídica entre ambos tipos de violencia para evitar el mismo tratamiento jurídico a problemas que son diferentes. Para ello, se atenderá a diferentes opiniones doctrinales analizando los sujetos pasivos de la violencia doméstica y de la violencia de género y qué elementos esenciales tienen que concurrir para hablar de un tipo de violencia u otro.

En lo que respecta a las medidas de protección para las víctimas de violencia doméstica y de género, objeto de este estudio, se señalarán posibles alternativas propuestas por la doctrina que resuelvan la deficiencia de algunos aspectos procesales relacionados con dichas medidas.

Palabras clave: violencia de género, violencia doméstica, orden de protección, orden de alejamiento, medidas de protección, víctimas.

Índice

<i>Introducción</i>	5
<i>1. La violencia doméstica</i>	6
1.1 Necesidad de una distinción jurídica entre la violencia doméstica y la violencia de género	6
1.2 La orden de protección prevista para las víctimas de violencia doméstica	7
<i>2. Cuestiones procesales relativas a la orden de protección</i>	8
2.1 La orden de protección del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ..	8
2.2 El ámbito de aplicación.....	9
2.3 Presupuestos para adoptar la orden de protección	10
<i>3. Reglas del procedimiento para la adopción de la orden de protección</i>	11
3.1 Forma y lugar de presentación de la solicitud de la orden de protección	11
3.2 Legitimación.....	12
3.3 Órgano jurisdiccional competente, objetiva y territorialmente, para adoptar la orden de protección	13
3.4 Características de la audiencia	15
3.5 Decisión y recursos contra la misma	17
3.6 Consecuencias del incumplimiento de las medidas acordadas en la orden de protección.....	17
3.7 Efectos que se derivan de la adopción de la orden de protección.....	18
<i>4. Eficacia formal de la orden de protección versus eficacia real en la práctica....</i>	19
<i>5. La violencia de género</i>	22
5.1 Régimen jurídico de la violencia de género	22
5.2 Especial mención a las medidas cautelares orientadas, específicamente, a lograr un impacto positivo por razón de género del Anteproyecto de Ley Orgánica de Ley de Enjuiciamiento Criminal	24
<i>6. La detención policial y la prisión provisional como medidas cautelares personales preventivas en supuestos de violencia de género</i>	26

6.1	Alternativas a la detención del presunto autor de hechos delictivos de violencia de género. Propuestas doctrinales y medidas cautelares adoptadas por otros países europeos	26
6.2	Eficacia de la prisión provisional como medida cautelar privativa de libertad y posibles medidas alternativas.....	29
7.	<i>La orden europea de vigilancia como medida cautelar de protección transnacional de la víctima de violencia de género</i>	30
7.1	Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional	31
7.2	Derecho de información de la víctima de violencia de género	32
8.	<i>El derecho a la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género</i>	33
8.1	Problemática que se plantea y posibles alternativas.....	33
8.2	Pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género	35
9.	<i>La desprotección de la víctima de violencia de género en los Puntos de Encuentro Familiar</i>	37
	<i>Conclusiones</i>	40
	<i>Bibliografía.....</i>	42
	Publicaciones electrónicas.....	44
	Anexo de legislación.....	45

Introducción

Históricamente, la violencia en todas sus formas y, en especial, la ejercida contra la mujer, y/o en el núcleo familiar ha constituido y sigue constituyendo uno de los problemas más preocupantes y difíciles de abordar, social y jurídicamente.

Seguramente todos las personas hemos oído hablar, en alguna ocasión, de violencia de género o de violencia doméstica, pero lo cierto es que aún no existe un concepto legal que diferencie un tipo de violencia del otro, por lo que en el presente trabajo se estudiará, diferentes opiniones doctrinales que nos ayudarán a delimitar quienes son las víctimas directas e indirectas de la violencia doméstica y violencia de género y qué elementos esenciales tienen que concurrir en cada tipo de violencia para la clasificación de supuestos particulares en un tipo o en otro.

En este trabajo también se estudiarán los aspectos procesales de la orden de protección prevista para la violencia doméstica en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (también aplicable en casos de violencia de género).

Por otro lado, por lo que se refiere a la violencia de género, se estudiará la eficacia de las medidas de alejamiento y prisión provisional, poniendo de manifiesto posibles deficiencias en la medida de detención policial, así como posibles alternativas, menos restrictivas de los derechos fundamentales del investigado, sin mermar la protección de la víctima.

Para concluir, quiero decir que me decanté por este tema para mi trabajo, por la trascendencia social que, concretamente, la violencia sobre las mujeres ha adquirido en los últimos años en nuestro país, sin que se haya conseguido una solución, ni desde el ámbito político ni jurídico, que ofrezca una protección efectiva, a las mujeres víctimas de esta violencia.

1. La violencia doméstica

1.1 Necesidad de una distinción jurídica entre la violencia doméstica y la violencia de género

Existe una notable confusión en la sociedad sobre el concepto jurídico de la violencia doméstica, ligada, en ocasiones, a la violencia de género. Si bien es cierto que ambos conceptos guardan estrecha relación en algunos de sus aspectos, existen diferencias claves para evitar la ausencia de un buen entendimiento jurídico de estas situaciones.

Una creencia muy común es que la violencia de género es una mera cuestión privada que se identifica con la doméstica, que se trata de una cuestión que solo afecta a las mujeres o bien, que solventar esta problemática mediante un tratamiento común de la violencia de género para todos los casos, sin tener en cuenta los tipos de violencia, es una forma eficaz de acabar con la desigualdad por razón de sexo¹.

Dicho esto, conviene realizar un análisis diferenciado de ambos conceptos:

De un lado, siguiendo a Montalbán Huertas, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la violencia doméstica tiene un doble sentido jurídico:

“En *un sentido amplio*, comprendería cualquier acción u omisión vejatoria similar de uno o varios miembros de la familia contra los otros”². Este concepto se extiende a prácticamente todas las personas del círculo familiar.

“En *un sentido más restringido*, si la víctima es la esposa o mujer con la que el agresor tiene o ha tenido una vinculación, la violencia doméstica en realidad constituye una manifestación de la Violencia de Género, en cuanto que violencia cultural o de clase que tiene su origen en las desigualdades históricas tradicionalmente padecidas por las mujeres

¹ LÍDICE, R.: *El papel del Estado frente a la Lucha Contra la Violencia Doméstica e Intrafamiliar hacia la Mujer. La importancia de la aplicación de buenas prácticas jurídicas y sociales en las políticas públicas*, Ed. BOSCH, Barcelona, 2022, pág. 17.

² MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, núm. 12, 2007, pág. 3.

y sus hijos menores de edad”³. Esta aceptación hace referencia a la violencia de género dentro del ámbito familiar o de pareja (siempre que exista convivencia) y se limita a su ejecución contra la mujer o contra los hijos menores de ésta.

Por otro lado, un concepto “instrumental” de violencia de género se utilizaría para designar los delitos de los que son víctimas las mujeres, únicamente por razón de su sexo.

Actualmente, resulta muy complicado delimitar y obtener una categoría conceptual sobre violencia doméstica y violencia de género, ya que, tanto las Administraciones, como las instancias oficiales utilizan diferentes categorías para referirse a las mismas. Por ello, sería muy conveniente y absolutamente necesario unificar los referidos conceptos para la obtención de información fiable al respecto, y con ello, contribuir de manera eficaz a la inseguridad jurídica que esta cuestión genera.

Por ende, al existir diferencias que han de ser necesariamente contempladas entre los dos tipos de violencia, un tratamiento jurídico particularizado, sin duda sería fundamental para no aplicar las mismas soluciones a problemas que son diferentes⁴.

1.2 La orden de protección prevista para las víctimas de violencia doméstica

La resolución judicial por excelencia adoptada por los órganos jurisdiccionales para proteger a la víctima de violencia doméstica es la orden de protección.

No obstante, cabe aclarar que la aplicación de esta resolución también puede adoptarse en supuestos de violencia de género.

El Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), describe la orden de protección como “aquella resolución judicial que, en los casos en que existan indicios fundados de la comisión de delitos o delitos leves de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, ordena su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, además de activar las medidas de asistencia y

³ *Ibídem.*

⁴ LÍDICE, R.: *El papel del Estado frente a la Lucha Contra la Violencia...*, *op. cit.*, pág. 19.

protección social necesarias, por remisión de la Orden de Protección a los Puntos de Coordinación de las Comunidades Autónomas”.

Asimismo, los Puntos de Coordinación de cada CC. AA, constituyen, también según el CGPJ, “el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”⁵.

En síntesis, los mencionados Puntos de Coordinación, podría decirse que son la única vía de transmisión de las decisiones de los organismos jurisdiccionales, reflejadas en sus resoluciones judiciales, a los organismos competentes en materia de violencia doméstica designados por cada Comunidad Autónoma.

2. Cuestiones procesales relativas a la orden de protección

2.1 La orden de protección del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El régimen jurídico de la orden de protección se encuentra previsto, entre otras normas jurídicas, en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)⁶ y en la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (en adelante, Ley 27/2003 de 31 de julio)⁷.

Para estudiar el art. 544 ter de la LECrim, es importante tener una consciencia real de la gravedad que supone para la sociedad, el problema de la violencia doméstica o familiar, (la familiar hace referencia a un concepto más amplio que el de violencia doméstica), que necesita un tratamiento integral para la obtención de una respuesta global,

⁵ Consejo General del Poder Judicial: *La Orden de Protección*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/> (fecha de última consulta: 27 de junio de 2023).

⁶ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

⁷ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE nº183, de 1 de agosto de 2003.

coordinada, inmediata y conjunta de los poderes públicos en el ámbito procesal penal y procesal civil⁸.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la orden de protección, Serrano Hoyo afirma, que se ha creado, “como un mecanismo de articulación o coordinación de medidas cautelares penales y civiles ya existentes, y que, además, tiene proyección en el ámbito asistencial”⁹.

Por otro lado, siguiendo a Moreno Catena “la orden de protección desborda, de una manera ostensible el ámbito de las medidas cautelares y su propio nombre indica que nos hallamos ante algo diferente, ante un mecanismo más amplio que las simples medidas limitativas de derechos que pretende, por encima de cualquier otra consideración, dispensar a la víctima una protección completa en el proceso penal, evitándole el peregrinar a la jurisdicción civil y activando los mecanismos asistenciales administrativos”¹⁰.

De esta manera, se trata de unificar los distintos instrumentos, de amparo y tutela, mediante un procedimiento judicial rápido y sencillo para las víctimas.

La Ley 27/2003 de 31 de julio, da una nueva redacción al art. 13 LECrim, en la que incluye a la referida orden como, “*una de las primeras diligencias*” a practicar vinculadas al proceso penal.

2.2 El ámbito de aplicación

Para determinar el ámbito de aplicación del art. 544 ter LECrim, resulta conveniente referirse al contenido del art. 544 bis del mismo texto legal, con la finalidad de poner de manifiesto el alcance de ambos preceptos, susceptibles de ser confundidos en la práctica, pero que se adoptan en distintas situaciones.

⁸ SERRANO HOYO, G.: “Derecho Procesal. Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 22, 2004, pág. 71.

⁹ Idem, pág. 72-73.

¹⁰ MORENO CATENA, V.: “Derecho Procesal Penal”, Edit. tiranch lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 380.

Por un lado, el art. 544 bis LECrim, establece la medida de alejamiento para proteger a la víctima; esta medida es aplicable a una larga lista de conductas delictivas, concretamente, las mencionadas en el art. 57 del Código Penal (en adelante, CP) relativas a *“los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares”*¹¹.

Sin embargo, el citado artículo, pese a incluir algunos delitos relativos a la violencia doméstica, excluye la aplicación de la medida de alejamiento a los delitos leves de violencia doméstica, sin perjuicio de que resulten aplicables otras medidas cautelares penales distintas.

Por otro lado, el art. 544 ter LECrim, relativo a la orden de protección, extiende su aplicación, no solo a los delitos y delitos leves, relativos a la violencia doméstica o familiar, sino al delito o delito leve *“contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, y libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP”* y que de lugar a una situación de riesgo para la víctima¹².

De este modo, se puede fácilmente deducir que el alcance de la orden de protección del art. 544 ter LECrim, es menor en lo que a conductas delictivas se refiere, que el de la medida de alejamiento del art. 544 bis LECrim, y ésta última, a su vez, excluye de su ámbito de aplicación a los delitos leves de violencia doméstica (no así la orden de protección).

2.3 Presupuestos para adoptar la orden de protección

Para la adopción de la orden de protección se establecen dos presupuestos:

El primero de ellos, se refiere a que, *“...resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas*

¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

¹² SERRANO HOYO, G.: “Derecho Procesal. Algunas cuestiones procesales...” op. cit., pág. 74.

en este artículo...” (vid. apartado 1 del art. 544 ter LECrim), no bastando con que existan indicios fundados de la comisión del delito o delito leve de violencia doméstica¹³.

El segundo, es “*evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del Código Penal...*” (art. 503.1. 3º c) LECrim)¹⁴.

No obstante, el verdadero presupuesto es la existencia objetiva de una situación de riesgo para la víctima, resultante de una presunta infracción penal.

Desde el punto de vista procesal, que esa situación de riesgo se ciña únicamente a la víctima, da lugar a una contradicción entre el art. 544.1 ter y el art. 13 LECrim; en este último artículo, se extiende esta protección, también, a los ofendidos o perjudicados por el delito.

3. Reglas del procedimiento para la adopción de la orden de protección

3.1 Forma y lugar de presentación de la solicitud de la orden de protección

La presentación de la solicitud de la orden de protección se encuentra prevista en el art. 544 ter apartado 3 LECrim.

El mencionado artículo establece que la orden de protección se puede o bien solicitar directamente ante la autoridad judicial o ante el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. También se puede solicitar ante las oficinas de atención a la víctima o a los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas.

Una vez hecha la solicitud, se remite al juez competente de manera inmediata. Sin embargo, las consecuencias procesales van a variar en función del medio a través del cual se remita dicha solicitud, de manera que:

¹³Ídem, pág. 75.

¹⁴ Ídem, pág. 76.

- Si la orden de protección se ha solicitado en sede policial acompañada de atestado, sólo será posible la tramitación del asunto por el procedimiento de juicio rápido mediante la incoación de diligencias urgentes (art. 797.1 LECrim). El atestado aquí es determinante para la incoación de dichas diligencias.
- De otro modo, la ausencia de atestado da lugar a la incoación de diligencias previas¹⁵.

En cuanto a la forma de la solicitud, esta se encuentra prevista en el Protocolo para la Implantación de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica que recoge un modelo de petición uniforme, concretamente un formulario sencillo. Además, la víctima tiene derecho a estar asistida por un profesional que le prestará información y ayuda ¹⁶.

3.2 Legitimación

La legitimación para solicitar la orden de protección se establece en el apartado 2 del art. 544 ter LECrim. Podrá ser acordada de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones del art. 173.2 del CP y cuya solicitud por éstas no requerirá postulación¹⁷.

Las personas a las que se refiere el mencionado artículo 173.2 CP son:

- *“Quien sea o haya sido su cónyuge”*.
- *“Quien haya estado ligada a la víctima por una relación de afectividad aún sin convivencia”*.
- *“Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”*.

¹⁵ Ídem, pág. 78.

¹⁶ Ídem, pág. 79.

¹⁷ Ibídem

- *“Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente”.*
- *“Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”.*
- *“Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.*

Además de este amplio abanico de sujetos legitimados para dicha solicitud, las entidades y organismos asistenciales de carácter tanto público, como privado, también deberán poner en conocimiento los hechos, objeto de la orden de protección, al Juez Instructor de guardia o al Ministerio Fiscal siempre que los conozcan.

Ese deber general de denuncia, impuesto también a entidades asistenciales privadas, puede resultar gravoso, y, por ende, su incumplimiento no conlleva sanción.

Hay que distinguir la legitimación para promover la orden de protección, por los sujetos citados en el art. 173.2 CP, de la legitimación en sentido estricto de instar medidas concretas en el seno de dicha orden, será el órgano judicial el que decida o no acordarlas¹⁸.

Esta legitimación es importante, ya que la falta de legitimación del sujeto que solicite estas medidas conlleva a que las mismas se tengan por no puestas¹⁹.

3.3 Órgano jurisdiccional competente, objetiva y territorialmente, para adoptar la orden de protección

Es conveniente hacer referencia tanto a la competencia objetiva, como a la territorial, para adoptar la orden de protección.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Idem, pág. 80.

Por un lado, la competencia objetiva la tendrá el Juez de Instrucción en funciones de guardia, tal y como aparece establecido en el art. 544 ter LECrim apartado 3.

Por otro lado, la competencia territorial atiende al lugar en el que se haya presentado la solicitud, pero la competencia territorial definitiva sobre el proceso penal, del cual la orden de protección es accesoria o constituye una de sus primeras diligencias y, en su caso, el posterior reparto, no tiene por qué atender a dicho lugar²⁰.

La atribución de competencia territorial a favor del Juez del lugar en que se presente la solicitud tiene como objetivo, *“garantizar con mayor eficacia los derechos de las víctimas evitando su peregrinaje”*, tal y como se expresa en la Ley 27/2003, de 31 de julio.

De este modo, el art. 544 ter LECrim apartado 3 dispone lo siguiente: *“En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado la misma, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente”*²¹.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, establece que, dada la naturaleza de primeras diligencias de la orden de protección, *“se trata de evitar que cuestiones de competencia, frecuentes en una materia tan propicia como el maltrato habitual con supuestos de acumulación de autos o existencia de denuncias previas, impidan la resolución urgente de la adopción de medidas cautelares, lo que corresponde como primeras diligencias al Juez de Guardia ante el que se formulare la solicitud”*.

El juez de instrucción territorialmente competente, o el del mismo partido judicial que por turno de reparto corresponda, puede modificar o revocar alguna de las medidas penales o civiles acordadas por el juez de guardia ante el que se presentó la solicitud, pero

²⁰ Ibidem.

²¹ SERRANO HOYO, G.: “Derecho Procesal. Algunas cuestiones procesales...” *op.cit.*, pág. 81.

que, finalmente, no resultó competente territorialmente, de oficio, y si observa que no concurren los requisitos para su adopción o como consecuencia de un recurso²².

Además, el art. 544 ter LECrim dispone que también puede ser competente el juez o tribunal penal que conozca de la causa, siempre que no se haya adoptado aún la orden de protección y que la necesidad de que esta surja posteriormente al inicio del proceso penal, durante la tramitación del procedimiento. Se entiende por “causa”, algún delito o delito leve, incluido en el ámbito de aplicación de la orden de protección.

Por tanto, se puede concluir afirmando que:

- Tiene competencia para acordar la orden de protección tanto el juez instructor como el juzgado o tribunal sentenciador.
- La reiteración de conductas delictivas durante el curso del procedimiento penal, sobreviniendo una situación objetiva de riesgo para la víctima, bien puede dar lugar a la acumulación a la instrucción abierta (diligencias previas o urgentes), o bien darán lugar a un nuevo proceso penal²³.

3.4 Características de la audiencia

Cabe aclarar antes de enumerar las características de la audiencia, que el rechazo o la inadmisión de la solicitud de la adopción de la orden de protección por el juez ha de realizarse en una resolución debidamente motivada.

Admitida la solicitud, se celebrará una comparecencia obligatoria para resolver sobre la orden de protección, en la que el Juez de Guardia convocará a una audiencia de carácter urgente, por un lado, a la víctima o a su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado y, por otro lado, al Ministerio Fiscal²⁴.

²² Idem, pág. 82.

²³ Idem, pág. 83.

²⁴ Idem, pág. 84.

Tal audiencia se celebrará en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud (art. 544 ter LECrim apartado 4).

Se entiende, por tanto, que no se cuenta el plazo desde la recepción de dicha solicitud en el juzgado y, ello, el juez ha de tenerlo en cuenta y cumplir con ese plazo legalmente previsto, dado que la Ley no precisa esa distinción entre la presentación de la solicitud y su recepción en el juzgado, en el caso de que se solicite la orden de protección ante instancias no judiciales. Además, en el citado artículo, pero en su apartado 3, se recoge la puesta a disposición de canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal con el objetivo, principalmente, de evitar tiempos muertos²⁵.

Por un lado, cabe la celebración simultánea de la audiencia con la comparecencia de prisión provisional del art. 505 LECrim, si existe, o con la del juicio rápido del art. 798 LECrim, o con el acto del juicio por delitos leves (siguiendo en este caso los trámites propios de dichas actuaciones). Por otro lado, si estas razones de economía procesal no pueden atenderse, cabe la celebración de la audiencia por separado²⁶.

La incomparecencia injustificada de las personas citadas puede dar lugar, si la persona ausente es la víctima o el solicitante, a la suspensión, sobre todo si no existe atestado, ya que el juez no tendría elementos de juicio diferentes de los dispuestos en la solicitud, y la intermediación, cuando las consecuencias para el agresor son importantes, resulta esencial. Sin embargo, la inasistencia injustificada del Fiscal a la audiencia no implica necesariamente la suspensión de tal audiencia²⁷.

En lo relativo a la legitimación para promover o solicitar la orden de protección no tiene sentido que se cite al solicitante de la orden de protección a la audiencia, excepto que pudiera resultar necesaria la declaración por su parte como testigo directo o de referencia²⁸.

²⁵ Idem, pág. 85.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Idem, pág. 86.

²⁸ Ibidem.

Asimismo, del artículo 544 ter LECrim, en su apartado 4 se puede extraer que la asistencia de abogado es preceptiva, aunque no la representación por procurador, salvo que los hechos que den lugar a la orden de protección sean constitutivos de delito leve en cuyo enjuiciamiento la postulación no es preceptiva.

El juez dispondrá medidas para evitar la confrontación entre las partes y, por ello, la declaración, tanto de la víctima, como del agresor, se tomará por separado. Por otro lado, en lo referente a la práctica de la prueba, la regla general es que se realice en la comparecencia, en fecha señalada por el juez, lo más cercana posible²⁹.

3.5 Decisión y recursos contra la misma

Una vez finalizada la audiencia, el juez resolverá mediante auto, susceptible de posterior recurso, a pesar de que la ley guarda silencio sobre la clase de dicho recurso. De este modo, proceden los recursos que se interpongan contra los autos dependiendo de la clase de procedimiento que se trate, principalmente, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido o el abreviado y el juicio por delito leve, así, el recurso de reforma y subsidiario de apelación³⁰.

Los mencionados recursos, con respecto a las medidas cautelares civiles adoptadas, no tendrían mucho sentido ya que éstas tienen una limitada eficacia temporal y, ha de tenerse en cuenta, que, contra las decisiones de las medidas provisionales previas y su confirmación o modificación, no procede ningún recurso³¹.

3.6 Consecuencias del incumplimiento de las medidas acordadas en la orden de protección

Las medidas acordadas en la orden de protección, pueden ser objeto de incumplimiento por el supuesto agresor y las responsabilidades que ello va a suponer, así como algunos mecanismos procesales para dar eficacia a esas medidas, son las siguientes:

²⁹ Idem, pág. 89.

³⁰ Ibidem.

³¹ Idem, pág. 90.

Quebrantar las medidas cautelares penales conllevaría a la aplicación del art. 468 CP que establece las siguientes condenas:

- *“Pena de prisión de 6 meses a 1 año para los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, si estuvieran privados de libertad y pena de multa de 12 a 24 meses en el resto de los casos”.*
- *“La misma pena para los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del mencionado código, y los que quebrantaren la medida de libertad vigilada”.*
- *“Pena de multa de 6 a 12 meses para los que perturben o inutilicen el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o cautelares”.*

El problema procesal se suscita a la hora de determinar si el incumplimiento que da lugar a esta responsabilidad penal del citado artículo impone la *acumulación al procedimiento penal principal* en el que se acordó la orden de protección y la medida incumplida, o, de otro modo, supone la *incoación de una nueva causa penal*.³².

La elección entre una u otra opción, se hará en función de las circunstancias que concurran en cada caso, pero, en cualquier caso, el art. 544 bis LECrim, en su último párrafo, contempla la adopción de nuevas medidas cautelares más graves o restrictivas de la libertad personal del maltratador³³.

3.7 Efectos que se derivan de la adopción de la orden de protección

Conviene enumerar algunos de los efectos que derivan de la resolución judicial de adopción de la orden de protección, objeto de este estudio:

³² Idem, pág. 91.

³³ Ibidem.

- La orden de protección puede hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública, tal y como aparece recogido en el art. 544 ter apartado 5 LECrim.
- Se ha de notificar el auto a las partes personadas en el proceso, de manera inmediata mediante testimonio íntegro, así como a la víctima y a las Administraciones públicas correspondientes para la adopción de medidas de protección, de seguridad o de asistencia social, jurídica, o de cualquier índole (apartado 8 del art. 544 ter LECrim).
- Existe el deber de informar a la víctima de la situación procesal del investigado de forma permanente durante el transcurso del proceso, y del alcance y vigencia de las medidas acordadas (por ejemplo, si el maltratador ingresado en prisión va a ser puesto en libertad provisional); para posibilitar este deber, deberá trasladarse la orden de protección por el Juzgado que la adopte, a la Administración penitenciaria³⁴.
- La orden de protección se inscribirá en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, creado por Ley 27/2003, de 31 de julio; tal inscripción se realiza, aunque se haya interpuesto un recurso posterior, pudiendo, en su caso, cancelarse³⁵.

4. Eficacia formal de la orden de protección versus eficacia real en la práctica

Una vez señaladas las reglas de procedimiento, competencia, especialidades, requisitos objetivos y legitimación para adoptar la orden de protección, así como sus efectos procesales y las consecuencias de su incumplimiento, una vez haya sido adoptada la misma, conviene analizar detenidamente si en la práctica esta orden cumple con el objetivo para la que fue creada: proteger a la víctima de violencia doméstica.

En este sentido, existen varias posturas doctrinales con respecto a su eficacia:

Si se tiene en cuenta que para la concesión de una orden de protección tienen que concurrir una amplia lista de requisitos objetivos y subjetivos, y valorarse su necesidad y

³⁴ Idem, pág. 102-103.

³⁵ Idem, pág. 103-104.

oportunidad, se puede llegar a la conclusión de que, la ausencia de dichos requisitos (cualesquiera de ellos) dará lugar a la denegación de la orden de protección que se solicita³⁶.

El problema reside en que estos requisitos constituyen elementos esenciales a tener en cuenta por la autoridad judicial competente, en especial, la valoración objetiva de riesgo para la víctima es un requisito objetivo de “libre apreciación” por parte de dicha autoridad, pero de vital importancia para la integridad de la víctima³⁷.

Esta valoración objetiva del riesgo es fundamental que se realice desde un marco conceptual despatriarcalizador por parte de las autoridades competentes, con el objetivo de procurar que no se minimice o naturalice la violencia cometida, porque, de no realizarse la valoración objetiva contemplando dicho marco conceptual, esos requisitos objetivos que deben darse para adoptar la orden de protección se transformarían más bien en verdaderos obstáculos para tal adopción³⁸.

Por otro lado, la orden de protección, como ya se ha dicho, se adopta principalmente para la protección de la víctima y de sus bienes jurídicos, pero, cabe plantearse, si dicha protección se ha de proporcionar de manera imperativa y sin atender a la voluntad de la víctima o si, de lo contrario, debe atenderse su opinión y su autonomía.

Se abordará esta cuestión desde la perspectiva de Larrauri Pijoan³⁹, que, a su juicio, los motivos por los que parece existir un consenso en que no debe atenderse la voluntad de la víctima son los siguientes:

- La concepción del carácter público del derecho penal y su indisponibilidad para la víctima. En este aspecto también hay una doble postura: aquellos que confieren a la víctima una mayor participación en el proceso penal, en cuestiones como, por ejemplo, la determinación de la pena; estas personas son los que simpatizan con un

³⁶ ARROYO BLANCO, A. “*La Orden de Protección*” (SAN SEGUNDO MANUEL, T., dir.tes.), UNED, España, 2022, pág. 262.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Idem*, pág. 262-263.

³⁹ LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en AA. VV. (ECHANO BASALDUA, J.I., Dir.): *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, núm. 2. Ed. Cuadernos penales José María Lidón. Universidad de Deusto. Bilbao, 2005. Pág. 157.

modelo de justicia restauradora, y, aquellos que niegan que deba reconocerse a la víctima el derecho de iniciar, influir o finalizar el proceso, esto hace referencia más bien, a un modelo clásico de justicia⁴⁰.

- La imagen pública de mujer maltratada existente en nuestro país en el que se enfatizan los casos de agresiones más graves. Existe una incompreensión generalizada del comportamiento de la mujer relacionada con la imagen pública de irracionalidad de la mujer maltratada, que se convierte, en ocasiones, en rechazo, incluso algunos tópicos referentes al motivo por el cual se impone o se otorga la protección a la víctima como para “evitar que me la maten” lo que dan lugar es a que la mujer parezca propiedad del juez⁴¹.
- Por último, esta profesora opina que otro de los motivos por los que hay un consenso en que no debe atenderse a la voluntad de la mujer es la reticencia para admitir que, dicha voluntad puede provenir del conflicto de intereses creado entre el sistema penal y las mujeres que denuncian. Señala esta autora que la llamada generalizada para que las mujeres, víctimas de violencia, acudan al sistema penal también da lugar a que, en muchas ocasiones, se les culpabilice; una de esas ocasiones es cuando, por ejemplo, se intentan echar atrás⁴².

También hay que abordar otra cuestión que afecta a la eficacia de la orden de protección, que es la saturación que existe en nuestro ordenamiento jurídico por la presentación de denuncias de violencia doméstica, así como la problemática probatoria y la eficacia de las medidas de alejamiento derivadas de la mencionada orden.

Con respecto a la primera cuestión, relativa a la saturación que sufren los Juzgados de Instrucción por la presentación de las denuncias de violencia doméstica, Ruiz de Alegría, afirma que en cada uno de los sobrecargados juzgados de instrucción de Madrid, un 35% de las acusaciones que allí se realizan por el Ministerio Fiscal, diligencias que desembocan en un procedimiento abreviado, son por violencia doméstica y ello implica una dificultad a la hora de atender el resto de procedimientos penales, que también son

⁴⁰ Idem, pág. 158-159.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Idem, pág. 160.

en ocasiones complejos, e incluso a veces, adquieren mayor complejidad que los de este tipo de violencia⁴³.

La problemática que acarrea la práctica probatoria en la comparecencia, tras la interposición de una orden de protección, señala este autor que se resolvería “si se dispusiera del tiempo y de los medios suficientes para que tras una investigación lo más exhaustiva posible, lográramos cuantificar la dimensión del riesgo potencial para la víctima”⁴⁴.

En cuanto a la eficacia de las medidas de alejamiento, Ruiz de Alegría pone de manifiesto la necesidad de medidas de control necesarias para efectuar un seguimiento, mínimamente riguroso, del efectivo cumplimiento de las medidas de alejamiento de manera que, dichas medidas no se limiten meramente a una medida de protección para la víctima “teórica” sino que, en efecto, dicha protección se haga real; esto es que se refleje en la práctica⁴⁵.

5. La violencia de género

5.1 Régimen jurídico de la violencia de género

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico la violencia de género se regula en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG)⁴⁶, además de otras leyes que se incluyen en el Código de Violencia de Género y Doméstica, tales como la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH)⁴⁷ y, a nivel autonómico, en Canarias, concretamente, se regula en la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y

⁴³ RUIZ DE ALEGRÍA, C.: “La orden de protección. Algunas consideraciones prácticas sobre la problemática en cuanto a la aplicación y eficacia de la misma” en AA. VV. (ECHANO BASALDUA, J.I., Dir.): *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, núm. 2. Ed. Cuadernos penales José María Lidón. Universidad de Deusto. Bilbao, 2005. Pág. 135.

⁴⁴ Idem, pág. 136.

⁴⁵ Idem, pág. 137.

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

⁴⁷ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

Protección Integral de Mujeres contra la Violencia de Género (en adelante, Ley 16/2003 de 8 de abril)⁴⁸.

Siguiendo a Gimeno Sendra, “el art. 544 bis de la LECrim⁴⁹ ha convertido en resolución provisional a adoptar por el juez de instrucción lo que para el art. 48 del CP constituye una pena privativa de derechos...” (...), “el juez de instrucción puede, en el curso de la fase de investigación de uno de los delitos mencionados en el art. 57 CP” (...), “imponer al investigado de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesaria al fin de protección de la víctima alguna de las siguientes medidas limitativas de su libertad deambulatoria: a) prohibición de residencia en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma; b) prohibición de acudir a dichos sitios; c) prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, fundamentalmente con la víctima”⁵⁰.

La medida de alejamiento impuesta al investigado para proteger a la víctima de violencia de género, entre otras medidas cautelares que se estudiarán a continuación, y que aparece contemplada en el art. 544 bis LECrim, es la medida de protección que con más frecuencia se adopta para las víctimas de violencia de género.

No obstante, como ya se ha mencionado en los primeros apartados de este trabajo, la orden de protección, prevista en el art. 544 ter de la LECrim, también se puede adoptar en supuestos de delitos de violencia de género, y no sólo de violencia doméstica.

Aunque la redacción literal del art. 544 ter de la LECrim refiere la citada orden de protección sólo a las víctimas de violencia doméstica, el art. 62 de la LOMPIVG, extiende su contenido, también, a las víctimas de violencia de género⁵¹.

⁴⁸ Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género. BOC núm. 86, de 7 de mayo de 2003. BOC núm. 162, de 8 de julio de 2003.

⁴⁹ artículo añadido por el art. 3.8 de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, V.: Derecho procesal penal, ediciones jurídicas Castillo de Luna, 2018, pág. 514.

⁵¹ Disponible en

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/asistenciaSocial/recursos/orden/home.htm> (fecha de última consulta: 29 de junio de 2023).

Por lo que se refiere a la medida de protección de la orden de alejamiento, la adopción de la misma, conlleva a la prohibición del investigado de residir en un determinado lugar, de acudir a determinados sitios o de aproximarse o comunicarse con la víctima de violencia de género.

No obstante, el art. 544 bis párrafo 4 LECrim prevé otras medidas cautelares distintas, así la medida cautelar de la prisión provisional del presunto agresor⁵².

Llegados a este punto, conviene plantearse si, en realidad la prisión provisional es una medida cautelar efectiva o si es conveniente imponer otras medidas alternativas menos graves y orientadas a una protección más eficaz a las víctimas de violencia de género.

5.2 Especial mención a las medidas cautelares orientadas, específicamente, a lograr un impacto positivo por razón de género del Anteproyecto de Ley Orgánica de Ley de Enjuiciamiento Criminal

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante ALECRim)⁵³, propuesto ante el Consejo de Ministros, el 11 de noviembre de 2020, por el Ministerio de Justicia, refuerza la protección de las mujeres, en general, respetando la política del Gobierno en materia de igualdad, y ello se refleja en los siguientes aspectos:

Destacan, los avances realizados en la legislación sustantiva y los mecanismos destinados a proteger a la víctima, en el ámbito de las medidas cautelares personales con el objetivo de ofrecer un panorama más flexible y amplio de tutela cautelar que permita dar una solución que responda a las singularidades de cada caso, como se indicó al comienzo de este trabajo, el tratamiento jurídico particularizado y las singularidades de cada caso de violencia, es fundamental para obtener soluciones óptimas, que se estudiarán, continuación en el ámbito de la violencia de género.

⁵²“En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

⁵³ Anteproyecto de Ley Orgánica de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ministerio de Justicia. Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de 11 de noviembre de 2020, pág. 119.

En primer lugar, en el texto que se propone, la situación de libertad del sujeto pasivo de la medida cautelar puede quedar supeditada al cumplimiento efectivo de ciertas obligaciones tales como, estar localizable mediante aparatos electrónicos, comunicar de modo inmediato los cambios de residencia o de lugar de trabajo de dicho sujeto, seguir tratamiento médico externo, someterse a un control médico periódico o participar e involucrase en determinados programas. Esta situación de libertad dependerá también de que, efectivamente, no se incumplan las prohibiciones como las de aproximación a la víctima, de comunicación con ella o de acudir a territorios, lugares o establecimientos, de residir en un lugar concreto o de desempeñar determinadas actividades.

La medida cautelar de libertad provisional, puede también estar condicionada a la prestación de una caución suficiente, pudiéndose optar por un régimen de custodia a cargo de la persona o la institución que se señale al respecto⁵⁴.

En este sentido, recoge el ALECrím, medidas cautelares destinadas a proporcionar, una protección eficaz, no solo a la propia víctima, sino también, a sus bienes jurídicos, así como, contempla la orden de protección a terceras personas y también otras medidas, que necesariamente se han de adoptar para anticipar y prevenir posibles perjuicios para las actividades públicas o profesionales que desarrolla el investigado.

Cabe destacar de este anteproyecto, entre otras garantías, la protección especial proporcionada a los menores hijos de mujeres víctimas de violencia de género, concretamente, en materia testimonial, se facilita la declaración de los testigos menores de edad, otorgándoles mayores garantías, como la ausencia de juramento para testigos menores de catorce años, la limitación de la confrontación visual, el derecho a ser acompañados en su declaración por quienes tengan su patria potestad, tutela o guarda, a no ser que el procedimiento que se pretende iniciar vaya dirigido contra estos últimos sujetos.

Otra novedad del mencionado ALECrím, es la regulación de la dispensa de declaración, especialmente aplicable en supuestos de delitos de violencia de género. De este modo, se recogería la dispensa tradicional, pero exceptuando ciertos aspectos por

⁵⁴ *Ibidem*.

razones de tutela de personas vulnerables o de conciliación de la privacidad de la víctima con la protección de los intereses generales, no siendo de aplicación la dispensa cuando por razón de edad o discapacidad el testigo no pueda entender su sentido, cuando tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima, haya estado personado en el procedimiento como acusador particular o cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento, tras haber sido debidamente informado acerca de su derecho⁵⁵.

La excepción antes expuesta, referida a la dispensa de declarar, es trascendente en materia de violencia de género, ya que, el ejercicio de la dispensa en momentos avanzados del procedimiento penal puede suponer distorsiones graves en el desarrollo de la acción penal⁵⁶.

Por último, se establece la facultad al juez de que pueda llevar a cabo las comprobaciones que considere con el fin de asegurarse de la concurrencia de los supuestos que justifican la dispensa del testigo y que su decisión haya sido tomada de forma libre⁵⁷.

6. La detención policial y la prisión provisional como medidas cautelares personales preventivas en supuestos de violencia de género

6.1 Alternativas a la detención del presunto autor de hechos delictivos de violencia de género. Propuestas doctrinales y medidas cautelares adoptadas por otros países europeos

Algunas de las medidas cautelares que incorpora la LOMPIVG, ofrecen dificultades, a la hora de su implementación respecto a la legislación sustantiva, procesal y orgánica vigente. Conviene poner de manifiesto la necesidad de que éstas

⁵⁵ Idem, pág. 120.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem. Con respecto a la dispensa de la obligación de declarar, ya la disposición final 1.4 de la ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021) modifica el apartado 1 del art. 416 LECrim, en este sentido.

sean adaptadas a la normativa de la Unión Europea, sobre todo, las relativas a la protección de víctimas especialmente vulnerables⁵⁸.

De esta manera, de Hoyos Sancho, señala algunas deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico en materia de medidas cautelares, concretamente, en las medidas de detención policial del presunto autor de un delito de violencia de género y propone alternativas inspiradas en otros sistemas jurídicos de la Unión Europea como Alemania o Austria, en un estudio que realiza de derecho comparado.

- Así, de Hoyos Sancho, indica que otros ordenamientos jurídicos como Alemania o Austria, prevén la salida del presunto autor de la vivienda de la víctima, con entrega de las llaves de la vivienda y orden de no regresar a la misma durante el plazo legalmente previsto, como alternativa menos gravosa que la detención y menos restrictiva de sus derechos fundamentales, dependiendo, evidentemente, de la gravedad del delito de que se trate, del grado de riesgo de reiteración delictiva del presunto agresor y del peligro eventual de fuga o de ocultamiento de pruebas⁵⁹.
- Por otro lado, señala esta autora que el sistema español de medidas cautelares policiales y las posibilidades de las que disponen las Fuerzas y los Cuerpos de Seguridad del Estado, cuando han de intervenir por razón de la comisión de un hecho de violencia doméstica, carece de una regulación que proteja eficazmente a las víctimas de este tipo, a diferencia de las denominadas “Leyes de Policía” que se han expuesto en el párrafo anterior de Alemania y Austria.
- Según esta autora, estas Leyes de Policía parecen centrarse y concederle mayor importancia a la protección de las víctimas, que a la detención del agresor (la alternativa más frecuente que se da en nuestro sistema jurídico es el traslado a los calabozos de la correspondiente Comisaría del detenido como presunto autor del hecho delictivo).

⁵⁸ DE HOYOS SANCHO, M.: “Propuestas de actuación policial: Alternativas a la detención del sospechoso como medida cautelar previa a la resolución judicial”, (CABRERA MERCADO, R., Coord.): *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Informe, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, Madrid. Pág. 3.

⁵⁹ Idem, pág. 4.

- La medida de detención cautelar policial se caracteriza por ser de corta duración, por su instrumentalidad y por su provisionalidad, hasta que las autoridades pertinentes resuelvan, en el tiempo estrictamente necesario y dentro del plazo máximo establecido por ley de 24 horas (art. 496 LECrim) o, habitualmente en la práctica, de 72 horas (art. 520 LECrim), pudiendo la víctima quedar en situación de indefensión a corto plazo⁶⁰.
- Además, se supone que la detención, según estos preceptos, debe practicarse de la manera que menos perjudique al detenido y, ello puede generar una contradicción con lo dispuesto en las leyes procesales vigentes, en las cuales, la Policía tiene, no la facultad, sino la obligación de detener en los supuestos de violencia de este tipo y, no solo ello, sino que tampoco se prevé ninguna otra alternativa que no sea la detención, resultando así, casi imposible adoptar una medida menos restrictiva para el supuesto agresor y que proteja más a la víctima del hecho delictivo⁶¹.

Por ende, esta autora concluye, que dicha medida no asegura la integridad de la víctima y esto constituye uno de los fines principales del proceso penal.

Por otro lado, la detención en nuestro sistema jurídico penal, junto con la libertad provisional y la prisión provisional, son medidas cautelares personales, pero, tras sucesivas reformas introducidas en la LECrim este elenco de medidas se ha completado con las medidas de protección a la víctima introducidas por vía cautelar tal y como señala el art. 13 LECrim. Esto ha generado debate a la hora de determinar la naturaleza jurídica de las mencionadas medidas.

Así, Chocrón Giráldez, ha puesto de manifiesto la necesidad de buscar instrumentos procesales que respondan a una necesaria protección y defensa de los intereses de las víctimas, pero que, a su vez, también respondan a la protección de la presunción de inocencia del investigado; este sujeto, con la aplicación de medidas cautelares como la de detención policial, ve mermado su derecho fundamental a la

⁶⁰ Idem, pág. 14-15.

⁶¹ Ibidem.

libertad personal por lo que resultaría conveniente una decisión judicial que equilibre ambos intereses en conflicto.

Para esta autora, la regulación de medidas de protección penal, como la medida de detención policial, desde la perspectiva de las víctimas, sólo puede calificarse como positiva, otra cosa será que las mismas vayan acompañadas de medios materiales y personales necesarios para su efectividad⁶².

6.2 Eficacia de la prisión provisional como medida cautelar privativa de libertad y posibles medidas alternativas

Como ya se sabe, la prisión provisional se adopta, principalmente, como medida cautelar ante un riesgo de fuga del imputado, para evitar el ocultamiento de pruebas de un posible hecho delictivo o para evitar un ataque a los bienes jurídicos de la víctima (art. 503 LECrim).

Los inconvenientes que pueden acarrear la prisión provisional para el sujeto al que se le aplica, según un importante sector doctrinal, destacando a Alonso Fernández, son ciertos e indiscutibles⁶³.

No obstante, Alonso Fernández aboga por la necesidad de la prisión provisional en el ordenamiento jurídico español actual.

Para él, tal necesidad resulta evidente, y las razones de ello las basa en la obra maestra “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” de Ferrajoli⁶⁴. En esta obra, Ferrajoli se opone a la adopción de la prisión provisional como medida cautelar preventiva por ser “ilegítima e inadmisibles”. Al respecto, este último autor realiza las siguientes consideraciones:

⁶² CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A M^a.: “Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal”, en Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2041, 2007, pág. 23.

⁶³ ALONSO FERNÁNDEZ, J.A.: *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*. (AGUSTINA, J.R., Dir.tes.), Universitat Internacional de Catalunya, 2017. Pág. 243.

⁶⁴ FERRAJOLI, L.: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta Editorial, Madrid, 2011, 10^a ed., colección Estructuras y procesos. Pág. 551-555.

- En primer lugar, señala que, con respecto al peligro de fuga del investigado, hoy en día es verdaderamente difícil que esta se produzca si tomamos en consideración que nos encontramos en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada.
- En lo referido a la alteración de pruebas, Ferrajoli estima que su coordinación pasa por interrogar con celeridad al investigado y desarrollar en un breve tiempo (horas o a lo sumo días) las correspondientes comprobaciones sobre las explicaciones dadas por dicho investigado.
- En último lugar, en relación con el peligro de reiteración delictiva, cataloga tal peligro como, “la perversión mas grave del instituto, por tratarse de un instrumento de prevención y defensa social frente a los peligrosos y sospechosos”.

En contraposición a la postura adoptada por Ferrajoli, Alonso Fernández considera que, las soluciones propuestas por el mencionado autor para conjurar los tres clásicos riesgos que afectan al procedimiento penal sin la necesidad de adoptar la prisión provisional, “difícilmente tendrían éxito en España, tal y como se encuentra diseñado nuestro procedimiento penal y por el funcionamiento característicamente lento de la administración de justicia, en general”⁶⁵.

7. La orden europea de vigilancia como medida cautelar de protección transnacional de la víctima de violencia de género

Según el apartado 3 de la exposición de motivos de la Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, PDMCOEV)⁶⁶, la orden europea de vigilancia es “una resolución dictada en un Estado miembro por una autoridad judicial (es decir, un tribunal, un juez, un magistrado instructor o un fiscal) que debe ser reconocida por la autoridad competente de otro Estado miembro”.

⁶⁵ ALONSO FERNÁNDEZ, J.A.: *Pasado y presente de los fines...*, op. cit., pág. 244.

⁶⁶ Propuesta de decisión marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de agosto de 2006, Bruselas.

El objetivo de este reconocimiento, según esta PDMCOEV, es permitir que el sospechoso se acoja a una medida cautelar de vigilancia en el entorno habitual de su residencia y constituye una opción cuando el Derecho nacional del Estado miembro prevea la posibilidad de ordenar prisión provisional de un sospechoso; se puede decir que es una alternativa a la detención provisional.

7.1 Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional

El reconocimiento mutuo de medidas cautelares sustitutivas de la prisión provisional se dirige hacia un doble objetivo de muy distinta naturaleza, doble objetivo que se estudiará siguiendo a Aragüena Fanego.

El primer objetivo del reconocimiento mutuo de estas medidas, según la autora va a ser el servicio que presta a la ciudadanía europea, que “verá reforzado el campo de la protección y la seguridad dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al disponer de nuevos medios tendentes a hacer efectiva la debida acción de justicia, asegurando que los investigados en un proceso penal estén disponibles para comparecer en juicio, y posibilitando, en su caso, la eventual movilidad del sujeto por territorio europeo hasta la fecha de aquél con la oportuna y debida vigilancia”⁶⁷.

El segundo objetivo va orientado hacia el “reforzamiento del estatus del investigado en el proceso penal, al que procurará tratar de manera, que su nacionalidad no influya en la mayor o menor gravedad de las medidas cautelares que puedan ser adoptadas, algo que, siendo europeo, no debe tener lugar en un espacio sin fronteras, permitiendo la circulación y supervisión en el territorio europeo de las medidas cautelares no privativas de libertad adoptadas”⁶⁸.

⁶⁷ ARANGÜENA FANEGO, C.: “La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea”, (CABRERA MERCADO, R., Coord.): *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Informe, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, Madrid. Pág. 76-77.

⁶⁸ *Ibidem*.

Este reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como medida cautelar en la esfera de la protección de la víctima de violencia de género, en particular, explica Aragüena Fanego que tiene un impacto positivo, señalando que en la mayor parte de los supuestos, el delito cometido no da lugar a la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad como lo es la prisión provisional, pero sí que da lugar a la libertad provisional con o sin fianza además de una medida de alejamiento para el agresor⁶⁹.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta los razonamientos expuestos por la autora, tomando en consideración las dos posibles opciones que, en su opinión, se suelen adoptar en la mayor parte de supuestos de violencia de género, caben las siguientes alternativas con respecto a la persona del investigado:

- Que cuente con la economía suficiente para pagar una fianza, en caso de que se dicte para él la libertad provisional con orden de alejamiento.
- Que el investigado quiebre la orden de alejamiento.

En ambos casos el investigado tiene posibilidades de volver a cometer el hecho delictivo, quedando sus movimientos no vigilados y quedando la víctima de violencia de género desprotegida.

Si se tienen estos aspectos en cuenta, desde una perspectiva de seguridad para la víctima, la orden de vigilancia europea parece ser una medida cautelar efectiva.

7.2 Derecho de información de la víctima de violencia de género

El derecho a la información, junto con el derecho a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, atribuido a las víctimas de violencia de género es un derecho que se recoge en el art. 17 de la LOMPIVG.

En concreto, el derecho a la información aparece regulado en el art.18 del mismo texto legal, que establece lo siguiente: *“Las mujeres víctimas de violencia de género*

⁶⁹ Idem, pág. 75.

tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las administraciones públicas”.

El mismo precepto, aclara que, dicho derecho a la información debe incluir las medidas de protección y seguridad, así como los derechos y ayudas correspondientes y la información referente al lugar en el que se van a prestar los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

Este derecho se garantiza a través de una serie de medios⁷⁰:

- El servicio 016 de información y de asesoramiento jurídico. Las consultas se pueden dirigir también por correo electrónico; este servicio está disponible las 24 horas del día, los 365 días del año y es totalmente confidencial para las personas usuarias.
- Web de recursos de apoyo y prevención ante casos de violencia de género. Esta web esta disponible en la página del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, en el área de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, y permite localizar sobre mapas activos los diferentes recursos policiales, judiciales, de información, atención, asesoramiento, entre otros. Estos recursos los ponen las administraciones públicas y entidades sociales a disposición de la ciudadanía y de las víctimas de violencia de género⁷¹.

8. El derecho a la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género

8.1 Problemática que se plantea y posibles alternativas

⁷⁰ Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes e Igualdad. “Guía de derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”. Gobierno de España. Centro de publicaciones, Madrid. Elaborada por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, actualizada en mayo de 2019. Pág. 7.

⁷¹ Idem. Pág. 8.

El art. 416 de la LECrim, recoge la dispensa de la obligación de declarar a los “parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil”.

El problema de la lectura literal de este artículo, tal y como manifiesta Piñeiro Zabala, es que el citado art. 416 de esta ley, solo se refiere al cónyuge en un sentido estricto⁷².

Sin embargo, si acudimos a la LOMPIVG el abanico de las personas dispensadas de la obligación de declarar se amplía, en relación con supuestos de violencia de género y ello provoca una disfunción respecto de la exención que se refleja en los diferentes criterios de interpretación de la jurisprudencia que, a lo largo del tiempo, ha ido estableciendo como doctrina la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁷³.

Este autor propone una serie de modificaciones legislativas dirigidas a paliar esta problemática basándose en una propuesta de Magro Servet⁷⁴ y que ofrece el siguiente planteamiento:

Magro Servet, propone una reforma puntual del citado artículo, con el objetivo de excluir de manera literal a las víctimas-testigos de la opción de la dispensa en la declaración establecida en la ley de ritos procesales penales; todo ello para “ampliar y garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas”⁷⁵.

En la misma línea, Moreno Cuerva señala las numerosas líneas de interpretación de este derecho, estableciendo que para la jurisprudencia mayoritaria la dispensa del deber de declarar es, “una especie de excusa absolutoria de naturaleza extrapenal, basada en la inexigibilidad de otra conducta, que incorpora una expresa ponderación del legislador

⁷² PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 24, 2011, pág. 97.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ MAGROT SERVET, V.: “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. Artículo 416 de la LECrim: ¿es necesaria una reforma legal?” en *Diario la Ley*, núm. 6333, 2005.

⁷⁵ PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género...” *op. cit.*, pág.106.

entre el valor de la persecución eficaz del delito y el valor de respeto a la idea de solidaridad familiar, otorgando prioridad al segundo”⁷⁶.

Conviene exponer a continuación algunas sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con la materia.

8.2 Pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género

En lo que respecta a la situación en la que debe encontrarse la relación de pareja para poder acogerse a la dispensa de declarar, señala Moreno Cuerva, sentencias emanadas de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que establecen soluciones contradictorias, de manera que las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009 y 14 de mayo de 2013, disponían que el testigo podía acogerse a la dispensa aunque en el momento del juicio oral hubiera finalizado la convivencia siempre y cuando la declaración suponga una amenaza para la intimidad familiar bajo la cual sucedieron los hechos objeto del pleito, a diferencia de la tendencia de otro sector jurisprudencial que consideraba que la dispensa estaba condicionada a que la pareja continuara conviviendo al tiempo del juicio⁷⁷.

Por otro lado, Piñeiro Zabala, menciona la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 2007, núm. 385/2007, que versa sobre la condena del acusado como consecuencia de la denuncia realizada por su hermana formulada en dependencias policiales; posteriormente en fase de plenario, rectifica diciendo que su intención no era denunciar a su hermano sino entregar la droga (la hermana entregó una bolsa de cocaína que pertenecía a su hermano)⁷⁸.

Esa rectificación que hizo la hermana se debió a que, en las dependencias policiales no se le informó de su derecho a no declarar contra su hermano, sino posteriormente, ya en fase plenaria, como se ha señalado en el párrafo anterior.

⁷⁶MORENO CUERVA, L.P.: “La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación”, (IGAREDA GONZÁLEZ, N. dir.tes). Universidad Autónoma de Barcelona, 2016. Pág. 262-263.

⁷⁷ Idem, pág. 263-264.

⁷⁸ PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género...”, *op. cit.*, pág.98.

Este autor, también se refiere a jurisprudencia emanada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, sobre supuestos similares en la que se establece que, “la información de derechos al testigo sobre su derecho a no declarar contra su hermano y la inexistencia de la obligación de denunciarle no es superflua, ya que la ausencia de dicha diligencia entraña la prohibición de valorar la prueba obtenida con el alcance previsto en los artículos 238 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)⁷⁹, incumbiendo tanto a la Policía como al órgano judicial”⁸⁰.

Llegados a este punto, cabe señalar que, el párrafo primero del art. 416 de la LECrim ha sido modificado por el art. 261 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio⁸¹ que mantiene la dispensa de la víctima de violencia de género para declarar, pero, en cinco supuestos, la misma, no está dispensada de hacerlo y son los siguientes:

“1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección”.

“2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

“3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver”.

“4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular”.

“5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo”.

⁷⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm.157, de 2 de julio de 1985.

⁸⁰ PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género...”, *op. cit.*, pág.98.

⁸¹Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

9. La desprotección de la víctima de violencia de género en los Puntos de Encuentro Familiar

Los Puntos de Encuentro Familiar (en adelante PEF), como recurso social especializado, “cumplen una función esencial en materia de asistencia y protección de las personas menores de edad, actuando como espacios de intervención familiar y psicosocial destinados a garantizar que los niños, niñas y adolescentes vivan y se desarrollen en un ambiente seguro, estable y libre de violencia”⁸².

Concretamente, en Canarias, la regulación legal de los PEF se encuentra en el Reglamento de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar, aprobado por Decreto 166/2022, de 21 de julio⁸³.

El artículo 2 del mencionado Reglamento, se refiere al concepto legal de punto de encuentro familiar como recurso social especializado (como bien se indicaba en el primer párrafo de este apartado), “que ofrece un espacio neutral e idóneo en el que, con el apoyo de un equipo técnico interdisciplinar, se facilite la relación de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores y demás miembros de su familia en situaciones de conflictividad familiar o cuando la relación de estos con algún familiar se encuentra interrumpida o dificultada y así se haya acordado por resolución judicial o administrativa”.

Tras lo expuesto, parece haber quedado claro que uno de los objetivos por los que se establecen estos PEF es proteger al menor y conseguir su bienestar emocional, tras haber presenciado o experimentado un episodio de violencia en el ámbito familiar, pero ¿en que medida los Puntos de Encuentro Familiar protegen eficazmente a las víctimas de violencia de género?

⁸² Disponible en <https://www.gobiernodecanarias.org/justicia/puntodeencuentrofamiliar/>. Consultado el 30 de junio de 2023.

⁸³ Decreto 166/2022, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar. BOC núm. 150, de 29 de julio de 2022.

Esta cuestión la abordan Peris Remón y Guardiola García, en el libro de actas de un Seminario Judicial, Policial y Social sobre la Violencia de Género⁸⁴.

Según estos autores, el objetivo de los PEF es posibilitar las visitas supervisadas, así como las entregas y salidas de menores en un ámbito orientado a garantizar que no sea posible una agresión, ni intimidación a las progenitoras, víctimas de violencia machista, del menor para así protegerles del contacto con su agresor.

Sin embargo, la actual configuración de este servicio, así como los espacios en los que se presta éste, están lejos de garantizar tal protección, entre otros, por los motivos siguientes:

- El incumplimiento de los horarios establecidos; señalan Peris Remón y Guardiola García que, en muchas ocasiones los horarios de visita no se respetan, pudiendo producirse retrasos por parte del agresor que ocasionen encuentros agresor-víctima y quedando esta última desprotegida. Esto puede acarrear tanto, consecuencias en la integridad física y psicológica de la víctima, como consecuencias penales (por ejemplo, por quebrantamiento de una medida de alejamiento).
- Víctima y agresor en un mismo espacio físico; al respecto estos autores indican que, a pesar de que las salas en las que se encuentran ambos progenitores no son las mismas, en ocasiones suelen estar cerca la una de la otra, y en esos espacios, normalmente, dos de los PEF cuentan con agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, mientras que en el resto de PEF la protección la suele garantizar el propio equipo técnico⁸⁵.
- Víctimas en recursos de protección; “la obligatoriedad del cumplimiento del régimen de visitas expone la seguridad de la víctima, ya que la casa de acogida dejará de ser un recurso seguro y de ubicación desconocida”.

⁸⁴ PERIS REMÓN, P.: “La desprotección de las víctimas de la violencia de género en los puntos de encuentro familiar”, en AA.VV. (GUARDIOLA GARCÍA, J., Coord.): *II Seminario Jurídico, Policial y Social sobre la Violencia de Género*, Universidad de Valencia, marzo de 2019. Pág. 52.

⁸⁵ Idem, pág. 52-53.

- El cuarto y último motivo hace referencia a los encuentros en los desplazamientos de agresor y víctima al PEF, por ejemplo, en el transporte público cuando ambos progenitores proceden del mismo municipio o en los lugares de espera de dicho transporte, quedando nuevamente la víctima en situación de desprotección⁸⁶.

Los PEF parecen ser eficaces con respecto a la protección de hijos menores de las víctimas de violencia de género, pero no con las propias víctimas, por lo que resultaría esencial que nuestro sistema jurídico facilitara nuevos recursos o estableciera nuevas medidas con respecto a los ya mencionados PEF, que garanticen y aseguren de manera real la integridad, tanto física como psicológica, de la víctima de violencia de género.

⁸⁶ Ibidem.

Conclusiones

PRIMERA. – La necesidad de una distinción jurídica entre la violencia de género y doméstica que se ha tratado de realizar en los primeros apartados del presente trabajo, nace del hecho de que el programa electoral del partido político VOX, pretende “derogar la Ley de violencia de género y de toda norma que discrimine a un sexo de otro”. En su lugar, este partido quiere establecer una ley de violencia intrafamiliar que proteja por igual a ancianos, hombres, mujeres y niños. En resumen, lo que persiguen es que desaparezca la categoría conceptual de violencia de género y en su lugar, se sustituya por la de violencia doméstica o familiar porque, los miembros de este partido defienden que no existe el machismo y, por ende, no es necesario que exista una Ley que proteja específicamente a las mujeres. En mi opinión, este es un motivo suficiente para que precisamente se refuerce tal distinción ya que, si se le da el mismo tratamiento jurídico a ambos tipos de violencia y, teniendo en cuenta el desgraciado número de muertes de mujeres por violencia machista al año, en comparación con el número de muertes de hombres en manos de mujeres (que es casi inexistente) resultaría evidente pensar que, si prospera esta propuesta de derogación, la mujer se verá desamparada y desprotegida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA. – La eficacia formal de la orden de protección no coincide con su eficacia real ya que, dicha orden está condicionada a la libre valoración del juez para su adopción, por la concurrencia de una serie de requisitos objetivos y excluyentes en la víctima de violencia doméstica y de género, que resultan de vital importancia para la integridad de la misma y que deben realizarse desde un punto de vista despatriarcalizador. Asimismo, la saturación en nuestro ordenamiento jurídico de denuncias por violencia domestica también constituye un impedimento en la concesión de la orden de protección.

TERCERA. – El carácter temporal de la detención policial como medida de protección de la víctima de violencia de género no asegura la integridad física de la misma, por lo que convendría tomar de ejemplo las alternativas que recogen las Leyes de Policía previstas en ordenamientos jurídicos de otros países como Alemania o Austria. La prisión provisional tampoco garantiza la integridad de la víctima de violencia de género ya que, es la excepción a la regla general de libertad provisional y además constituye la medida cautelar más invasiva del derecho fundamental a la libertad

deambulatoria del investigado. Por otro lado, la orden europea de vigilancia, desde el punto de vista de la víctima de violencia de género, tiene un impacto positivo, en la medida que le proporciona protección transnacional.

CUARTA. – Tras realizar este estudio, he llegado a la conclusión de que la violencia doméstica y la violencia de género nunca podrá ser excepcional o un caso aislado en nuestra sociedad, y tampoco se podrá solucionar de manera definitiva por el Derecho; esto sería una utopía. Por mucho que el ordenamiento jurídico proporcione los medios e instrumentos para lograr solventar este problema, es difícil legislar en el ámbito de la intimidad de una pareja o de una familia. Se producen un elevado número de muertes al año por violencia de género y por violencia doméstica sin denuncia previa por parte de la víctima, incluso si existe esa denuncia previa, y se decide adoptar una medida de alejamiento, dicha medida, en algunas ocasiones, se puede quebrantar por parte de la propia víctima, que decide volver con su pareja como resultado del maltrato psicológico al que está siendo sometida. Si comparamos el problema de la violencia de género y doméstica con la discriminación por razón de discapacidad, podemos ver que, en el segundo supuesto, el ordenamiento jurídico, proporcionando los medios necesarios y adaptando los ya existentes, podría lograr de manera efectiva solucionar dicha discriminación. En la misma línea, tal es la desprotección de una víctima de violencia de género o doméstica, que se encuentran desprotegidas en su propio hogar, a diferencia de lo que podría ocurrir con la homofobia; las víctimas de homofobia pueden verse desprotegidas en la sociedad, pero, en algunos casos, sí pueden sentirse seguras en el ámbito familiar.

Bibliografía

ALONSO FERNÁNDEZ, J.A.: *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*. (AGUSTINA, J.R., Dir.tes.). Universitat Internacional de Catalunya, 2017.

ARANGÜENA FANEGO, C.: “La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea”, (CABRERA MERCADO, R., Coord.): *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Informe, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, Madrid.

ARROYO BLANCO, A. “*La Orden de Protección*” (SAN SEGUNDO MANUEL, T., dir.tes.). UNED, España, 2022.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A M^a.: “Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal”, en Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2041, 2007.

DE HOYOS SANCHO, M.: “Propuestas de actuación policial: Alternativas a la detención del sospechoso como medida cautelar previa a la resolución judicial”, (CABRERA MERCADO, R., Coord.): *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Informe, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, Madrid.

GIMENO SENDRA, V.: Derecho procesal penal, ediciones jurídicas Castillo de Luna, 2018.

LARRAURI PIJOAN, E.: “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?” en AA. VV. (ECHANO BASALDUA, J.I., Dir.): *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, núm.2. Ed. Cuadernos penales José María Lidón. Universidad de Deusto. Bilbao, 2005.

LÍDICE, R.: *El papel del Estado frente a la Lucha Contra la Violencia Doméstica e Intrafamiliar Hacia la Mujer. La importancia de la aplicación de buenas prácticas jurídicas y sociales en las políticas públicas*, Ed. BOSCH, Barcelona, 2022.

MAGROT SERVET, V.: “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. Artículo 416 de la LECrim: ¿es necesaria una reforma legal?” en *Diario la Ley*, núm. 6333, 2005.

Ministerio de la Presidencia, relaciones con las Cortes e Igualdad. “Guía de derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”. Gobierno de España. Centro de publicaciones, Madrid. Elaborada por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, actualizada en mayo de 2019.

MONTALBÁN HUERTAS, I.: “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, núm. 12, 2007.

MORENO CATENA, V.: “Derecho Procesal Penal”, Edit. tiranch lo Blanch, Valencia, 2021.

MORENO CUERVA, L.P.: “La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación”, (IGAREDA GONZÁLEZ, N. dir.tes). Universidad Autónoma de Barcelona, 2016.

PERIS REMÓN, P.: “La desprotección de las víctimas de la violencia de género en los puntos de encuentro familiar”, en AA.VV. (GUARDIOLA GARCÍA, J., Coord.): *II Seminario Jurídico, Policial y Social sobre la Violencia de Género*, Universidad de Valencia, marzo de 2019.

PIÑEIRO ZABALA, I.: “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 24, 2011.

RUIZ DE ALEGRÍA, C.: “La orden de protección. Algunas consideraciones prácticas sobre la problemática en cuanto a la aplicación y eficacia de la misma” en AA. VV.

(ECHANO BASALDUA, J.I., Dir.): *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, núm.2. Ed. Cuadernos penales José María Lidón. Universidad de Deusto. Bilbao, 2005.

SERRANO HOYO, G.: “Derecho Procesal. Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 22, 2004.

Publicaciones electrónicas

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/asistenciaSocial/recursos/orden/home.htm> (fecha de última consulta: 29 de junio de 2023).

<https://www.gobiernodecanarias.org/justicia/puntodeencuentrofamiliar/>(fecha de última consulta: 30 de junio de 2023).

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/La-orden-de-proteccion/> (fecha de última consulta: 27 de junio de 2023).

Anexo de legislación

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE nº183, de 1 de agosto de 2003.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género. BOC núm. 86, de 7 de mayo de 2003. BOC núm. 162, de 8 de julio de 2003.

Anteproyecto de Ley Orgánica de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ministerio de Justicia. Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de 11 de noviembre de 2020.

Propuesta de decisión marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de agosto de 2006, Bruselas. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm.157, de 2 de julio de 1985.

Decreto 166/2022, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar. BOC núm. 150 de 29 de julio de 2022.